rBD

REVISTA
BOLIVIANA
DE DERECHO

FUNDACIÓN IVRIS TANTVM

IDIBE
Instituto de Derecho Iberoamericano

tirant lo blanch

REVISTA BOLIVIANA DE DERECHO / EDICIÓN SEMESTRAL / JULIO 2021 / SANTA CRUZ - BOLIVIA

Publicación de circulación Internacional
Revista Boliviana de Derecho
https://www.revista-rbd.com/

Edita Fundación Iuris Tantum
C/ Luis García Berlanga, núm. 7, 1-15
Valencia, España. 46023.
Correo Electrónico: contacto@idibe.org
Edita: Instituto de Derecho Iberoamericano
C/ Luis García Berlanga, núm. 7, 1-15
Valencia, España. 46023.
Correo Electrónico: contacto@idibe.org
web: www.idibe.org
Edita: Tirant lo Blanch
C/Artes Gráficas, 14, 46010 Valencia (España)
Telf. +34 963 61 00 48
Correo electrónico: tlb@tirant.com
www.tirant.com

Indexada en:
• LATINDEX (Producido por la Universidad Nacional Autónoma de México)
• CIRC (Clasificación Integrada de Revistas Científicas)
• ESCI (ISI-Thomson Reuters)
• ANVUR (Agencia Nacional de Evaluación del sistema universitario y de investigación en Italia)
• REDIB (Consejo Superior de Investigaciones Científicas de España)
• REDALYC (Red de Revistas Científicas de América Latina y El Caribe, España y Portugal) Expediente 156/2015A/E.
• MIAR (Matriz de Información para el Análisis de Revistas)

Depósito Legal: 4-3-18-06
ISSN: 2070-8157
e-ISNN:: 2706-8080
© Derechos Reservados de los Autores

Impreso en Bolivia - Printend in Bolivia
Diagramación General: Elias On - elias.on@live.com

SUMARIO

32

DOCTRINA

A) TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

01/ Claves vertebradoras del modelo de justicia en el siglo XXI. Silvia Barona Vilar (España) 14

B) DERECHO DE LA PERSONA

02/ La ambigua institucionalización de la eutanasia como derecho individual de carácter prestacional. Apunte crítico sobre la LO 3/2021, de 24 de marzo. Rosa Mª Moliner Navarro (España) 46

03/ El fundamento liberal del derecho a la intimidad. Luis de las Heras Vives y Daniel José Gallego Morales (España) 70

04/ El consentimiento informado de los menores de edad en el ámbito sanitario. Manuel Ortiz Fernández (España) 96

C) DERECHO DE FAMILIA

05/ Reflexiones sobre la concurrencia de violencia económica en el contexto de familia: impacto y mecanismos para su neutralización. Gabriel Caro Herrero (España) 124

06/ La preservación del *favor filii* en supuestos de ruptura de la convivencia de los acogedores, tutores o guardadores del menor. Javier Martínez Calvo (España) 150

07/ Ciudadanía de la familia y derecho-deber educativo de los padres. María Teresa Cid Vázquez (España) 170

08/ El enriquecimiento injusto en los procedimientos de familia. Juan José Nevado Montero (España) 190

09/ La autonomía progresiva del niño en los procesos de cuidado y custodia: comprensión del caso colombiano. Esperanza Castillo Yara (Colombia) 214

10/ La patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada en el nuevo Proyecto de Ley de reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad (actual Ley 8/2021). Pablo Tortajada Chardí (España) 236

D) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

11/ Futuro profesional de los menores y ejercicio de la patria potestad. Purificación Cremades García (España) 252

12/ La delimitación del concepto de daño moral: un estudio de la cuestión en el ordenamiento jurídico español. Loreto Carmen Mate Satué (España) 278

E) DERECHOS REALES

13/ Los procedimientos civiles para recuperar la posesión de inmuebles ocupados. Federico Arnau Moya (España) 314

F) DERECHO DE SUCESIONES

14/ Temas e interpretaciones del Derecho sucesorio italiano. Vincenzo Barba (Italia) 366

15/ La desheredación del menor de edad. Manuel Ángel Gómez Valenzuela (España) 384

G) DERECHO MERCANTIL

16/ La obsolescencia programada: un supuesto de práctica comercial desleal con consumidores. Elisabet González Pons (España) 466

H) DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

17/ El fomento de la mediación y de otros medios alternativos de justicia (también) en relación con la sustracción internacional de menores en Europa. Carlos Esplugues Mota (España) 482

18/ El impacto del cambio climático en la movilidad humana: las migraciones climáticas en el contexto internacional y europeo. Karla Zambrano González (España) 526

19/ Servicios de intermediación en línea en Europa: diseño de un sistema específico de solución de controversias. Enrique Fernández Masiá (España) 560

I) DERECHO ADMINISTRATIVO

20/ La sentencia y su ejecución en el Proyecto dominicano de Ley sobre control judicial de la administración pública. Miguel Ángel Torrealba Sánchez (Venezuela) 586

J) DERECHO FINANCIERO

21/ Agrupaciones autónomas de personas ante el Impuesto sobre el Valor Añadido. Enrique de Miguel Canuto (España) 618

K) DERECHO PENAL

22/ La tutela del menor víctima de la violencia de género. Marco normativo procesal y penal. Mª. Asunción Colás Turégano (España) 650

L) DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

23/ El laberinto de la sucesión de estados respecto de los tratados internacionales sobre derechos humanos. Valentín Bou Franch (España) 690

M) DERECHO Y NUEVAS TECNOLOGÍAS

24/ De la prohibición del terrorismo on-line. Una reflexión constitucional. Ignacio Álvarez Rodríguez (España) 732

N) DERECHO Y MEDIO AMBIENTE

25/ Hacia La Ley europea del clima: las evaluaciones científicas y el futuro papel de las respuestas jurídicas de los estados miembros. Pasquale Viola (Italia) 758

CUESTIONES DE INTERÉS JURÍDICO

26/ La temporalidad de la pensión compensatoria en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. José Ramón de Verda y Beamonte y Álvaro Bueno Biot (España) .. 776

27/ La preferencia de la vía civil a la penal para recobrar la posesión en las ocupaciones pacíficas de inmuebles. Federico Arnau Moya (España) 798

28/ Derecho de acceso a la información: el desafío de una sociedad guiada por la transparencia en el ordenamiento jurídico español. Mª Nieves Alonso García (España) 828

29/ ¿El Estado de Derecho en peligro? El juez constitucional contra la Constitución y a favor de la reelección presidencial indefinida: caso Bolivia. Michael Juan Ramón Vega Quevedo (Bolivia) 862

30/ La aplicación de los tributos en los casos de delito contra la hacienda pública. Paloma Alonso Dromant (España) 900

31/ El Registro Civil y el contenido de su publicidad: experiencias españolas para el contexto cubano. Malena Proenza Reyes (Cuba) 934

32/ Análisis jurisprudencial de la legitimación pasiva de las entidades financieras en las reclamaciones realizadas por consumidores derivadas de una compraventa con subrogación hipotecaria: especial referencia a la de nulidad de la cláusula de gastos. Roberto Martín López (España) 966

33/ Primeras consideraciones a la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia. el reconocimiento de un nuevo derecho. María Teresa Agut García (España) 980

34/ El complicado equilibrio entre la programación de la enseñanza y el derecho de los padres a escoger la formación moral y religiosa de sus hijos: aspectos polémicos en la LOMLOE. Julia Martínez-Candado (España)..... 996

COMENTARIOS DE SENTENCIAS

A) DERECHO PROCESAL

35/ El nuevo escenario del orden público en el arbitraje. Comentario a la STC de España, Sala Primera, núm. 17/2021, de 15 de febrero. Ana Isabel Blanco García (España) 1022

B) DERECHO DEL TRABAJO

36/ Discriminación indirecta por pertenencia a minoría nacional: denegación de prestación de viudedad en el caso de matrimonio celebrado según el rito gitano. Comentario de la STC de España 1/2021, de 25 de enero). Antonio Folgoso Olmo (España) 1032

C) DERECHO FINANCIERO

37/ Deducibilidad de los intereses de demora en el Impuesto sobre Sociedades. Comentario de la STS de España núm. 150/2021, de 8 de febrero. Fernando Hernández Guijarro (España)..... 1052

PANORAMA

38/ El *Grand Débat National* de Francia: análisis de un proceso participativo multicanal. Álvaro González Andreu (España) 1064

39/ Evolución histórica de la autonomía de la voluntad en el Derecho matrimonial. Lucía Rozalén Creus (España) 1090

RECENSIONES

40/ Aznar Traval, A.: *Economía colaborativa, alojamiento y transporte, Thomson Reuters*, Navarra, 2018. Patricia Vargas Portillo 1112

41/ Martínez Nadal, A.: *Big data, cloud computing y otros retos jurídicos planteados por las tecnologías emergentes,* Thomson Reuters Aranzadi, 2019. David López Jiménez 1118

42/ Martínez Otero, J. Mª.: *El ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración en el ámbito audiovisual,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2021. Belén Andrés Segovia 1124

43/ Ramos Herranz, I.: *La protección de los menores de edad en la publicidad infantil de juguetes,* Thomson Reuters Aranzadi, 2019. David López Jiménez 1132

FUNDACIÓN IURIS TANTUM
DR. ORLANDO PARADA VACA
Presidente

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

DIRECCIÓN ACADÉMICA
DR. ALEX PARADA MENDÍA
Prof. Universidad Autónoma Gabriel René Moreno, Bolivia

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

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

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

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

Msc. JERJES JUSTINIANO ATALÁ
Universidad Autónoma Gabriel René Moreno, Bolivia

COMITÉ CIENTÍFICO:

DR. SALVATORE ACETO DI CAPRIGLIA
Profesor Titular de Derecho Comparado, Universidad Parthenope de Nápoles, Italia

DR. VICENZO BARBA
Catedrático de Derecho Privado, Universidad de la Sapienza, Italia

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

DR. CESARE MASSIMO BIANCA
Catedrático Emérito de Derecho Privado, LUMSA, Roma, Italia

DRA. MIRZIA ROSA BIANCA
Catedrática de Derecho Privado, Universidad de la Sapienza, Italia

DR. ÁNGEL A. BLASCO PELLICER
Catedrático de Derecho del Trabajo, Magistrado Sala 4ª del Tribunal Supremo, España

DR. EMILIANO BORJA JIMÉNEZ
Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Valencia, España

DRA. PÍA CALDERÓN CUADRADO
Catedrática de Derecho Procesal, Magistrada del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, España

DR. GABRIELE CARAPEZZA FIGLIA
Catedrático de Derecho Privado, LUMSA, Palermo, Italia

DR. SALVADOR CARRIÓN OLMOS
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

DR. JOSÉ ANTONIO COBACHO GÓMEZ
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Murcia, España

DR. ÍÑIGO DE LA MAZA GAZMURI
Catedrático de Derecho Civil, Universidad Diego Portales, Chile

DRA. MARIA CANDELARIA DOMÍNGUEZ GUILLÉN
Catedrática de Derecho Civil, Universidad Central, Venezuela

DR. JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO
Catedrático de Derecho Mercantil, Universidad de Valencia, España

DR. JORGE ESQUIROL
Law Professor, Florida International University (FIU), USA

DR. ANDREA FEDERICO
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Salerno, Italia

DR. GIAMPAOLO FREZA
Catedrático de Derecho Privado, Universidad Lumsa de Palermo, Italia

DR. GABRIEL GARCÍA CANTERO
Catedrático Emérito de Derecho Civil, Universidad de Zaragoza, España

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

DR. FRANCISCO JOSÉ MAGRANER MORENO
Catedrático de Derecho Financiero, Universidad de Valencia, España

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

DRA. MARIEL MOLINA DE JUAN
Catedrática de Derecho de Familia, Universidad Nacional de Cuyo, Argentina

DR. LORENZO MEZZASOMA
Catedrático de Derecho Privado, Universidad de Perugia, Italia

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

DR. GIOVANNI PERLINGIERI
Catedrático de Derecho Privado, Universidad Luigi Vanvitelli, Italia

DR. CARLOS PIZARRO WILSON
Catedrático de Derecho Civil, Universidad Diego Portales, Chile

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

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

DR. FERMÍN MORALES PRATS
Catedrático de Derecho Penal, Universidad Autónoma de Barcelona, España

DR. NELSON ROSENVALD
Fiscal, Presidente del Instituto Brasileño de Estudios de Responsabilidad Civil, Brasil

DRA. ANTONELLA TARTAGLIA POLCINI
Catedrática de Derecho Privado, Universidad del Sannio, Italia

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

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

RESPONSABLES DE SECCIÓN:

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

Derecho Constitucional
DR. JUAN MARTÍNEZ OTERO
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Administrativo, Universidad de Valencia, España

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

Derecho Internacional Privado
DR. ALFONSO ORTEGA GIMÉNEZ
Profesor Contratado Derecho Internacional Privado, Universidad Miguel Hernández de Elche, España

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

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

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

Derecho Financiero
DR. FERNANDO HERNÁNDEZ GUIJARRO
Profesor Asociado de la Universidad Politécnica de Valencia, España

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

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

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

Propiedad Intelectual e Industrial
DR. PEDRO CHAPARRO MATAMOROS
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

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

Derecho Comparado
DR. GABRIELE CARAPEZZA FIGLIA
Catedrático de Derecho Privado, LUMSA, Palermo, Italia

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

Presidente: ÁLVARO BUENO BIOT
Investigador Predoctoral, Universidad de Valencia, España

DR. ADRIÁN ARRÉBOLA BLANCO
Investigador postdoctoral, Universidad Complutense de Madrid, España

DR. GIOVANNI BERTI DE MARINIS
Profesor Titular de Derecho de la Economía, Universidad de Perugia, Italia

DR. LUIS DE LAS HERAS VIVES
Vicepresidente del Instituto de Derecho Iberoamericano, España

DIEGO ELOY GARCÍA GARCÍA
Abogado, España

DR. FRANCESCO LA FATA
Investigador postdoctoral, Universidad de Florencia, Italia

DR. ANDRÉS MARÍN SALMERÓN
Investigador Postdoctoral, Universidad de Murcia, España

DR. JAVIER MARTÍNEZ CALVO
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil, Universidad de Zaragoza, España

GONZALO MUÑOZ RODRIGO
Investigador Predoctoral, Universidad de Valencia, España

DR. RICARDO PAZOS CASTRO
Investigador postdoctoral, Universidad de Santiago de Compostela, España

DR. VALERIO ROTONDO
Investigador postdoctoral, Universidad del Molise, Italia

DOCTRINA

CLAVES VERTEBRADORAS DEL MODELO DE JUSTICIA EN EL SIGLO XXI

KEY ELEMENTS OF JUSTICE SYSTEM IN THE 21ST CENTURY

Rev. Boliv. de Derecho Nº 32, julio 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 14-45

Silvia BARONA VILAR

ARTÍCULO RECIBIDO: 21 de mayo de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 31 de mayo de 2021

RESUMEN: El Siglo XXI presenta una sociedad dinámica, internacional, digital, cambiante, ágil, veloz, que exige un modelo de Justicia que se le adecúe. La incorporación con la globalización de claves como la supranacionalidad, la internacionalización, la eficiencia, la feminización, la tecnología, algoritmos e inteligencia artificial, se implican en los cambios de la nueva mirada de la Justicia.

PALABRAS CLAVE: Tutela efectiva; justicia eficiente; feminismo; ADR-ODR; justicia algorímica.

ABSTRACT: *The 21st Century presents a dynamic, international, digital, changing, agile, and fast Society, that demands an adequated Justice System. The Incorporation due to Globalization of Keys such a Supranationality, Internationalization, Efficiency, Feminization, Technology, Algorithms and Artificial Intelligence, are involved in the changes of the new look of Justice.*

KEY WORDS: *Effective remedy; efficient justice; feminism; ADR-ODR; algorithmic justice.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. SOCIEDAD, CONFLICTOS Y SOLUCIONES.- 1. Pueblos primitivos: venganza y autotutela.- 2. De la venganza al "reproche civilizado" e imbricación con el modelo de "Justicia" desde una mirada preferentemente procesal. Hemisferio privado y hemisferio público.- III. LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL PARADIGMA DE JUSTICIA DE LA MODERNIDAD: DE LA AUTOCOMPOSICIÓN A LA HETEROCOMPOSICIÓN.- IV. MUTACIÓN DE LA JUSTICIA EN EL SIGLO XXI: MÁS ALLÁ DE LA JURISDICCIÓN, ACCIÓN Y PROCESO.- 1. Claves del cambio de paradigma e la Justicia el S. XXI.- 2. Globalización.- 3. Consecuencia de la globalización: Supranacionalidad e internacionalidad.- 4. Tutela jurisdiccional de conflictos (de las ADR a las ODR).- 5. Incorporación del enfoque de "género".- 6. Irrupción de las tenologías y la algoritmización de la Justicia.

I. INTRODUCCIÓN.

Reflexionar en la actualidad sobre el modelo de Justicia nos obliga inexorablemente a referirnos no ya al sentido filosófico de la misma, sino al modelo que los ordenamientos jurídicos están diseñando en un periodo de la historia jurídica en la que los acontecimientos sociales se desencadenan a una velocidad insuitada, de difícil seguibilidad por los legisladores. Vivimos en un momento en el que la realidad fáctica transforma la realidad jurídica, de manera que se legisla tras las respuestas sociales que mueven el mundo y exigen seguridad jurídica a aquéllas.

Durante un largo periodo de la historia jurídica el viejo paradigma liberal de la Justicia, que se diseñara tras la Revolución francesa y perfeccionara con el sistema jurídico napoleónico, acompañó un modelo de Justicia que, aun cuando no negara otras realidades, se asentaba esencialmente en la idea de garantizar a la ciudadanía el acceso a la Justicia estatalmente configurada, nucleada sobre la intervención de los representantes del Estado, los jueces y magistrados, y a través del proceso judicial. Ese modelo convenció no solo a los ideológos políticos, sino también al pueblo, encontrando una bocanada de aire frente al viejo modelo monárquico que tanta influencia recibió del sistema piramidal, autárquico y heterocomponedor del derecho canónico. Ley y orden sirvieron también en el periodo de la historia francesa que tanto influyó en los modelos jurídicos continentales para construir un sistema jurídico procesal que ofreciera una tutela a la ciudadanía frente a

• Silvia Barona Vilar
Prof. Dra. Dra. h.c. mult. Silvia Barona Vilar, Catedrática de Derecho Procesal de la Universitat de València, Doctora honoris causa por las Universidades de Santa Cruz de la Sierra (Bolivia), Örebro (Suecia) e Inca Garcilaso (Perú); Presidenta de la Corte de Arbitraje y Mediación Cámara Valencia y autora de más de 600 obras científicas (entre ellas 21 libros de autoría única). Miembro de la Comisión Nacional de Codificación española y Directora del Grupo MedArb de excelencia, destacando sus obras sobre ADR, medidas cautelares, sistemas de negociación en el proceso penal, competencia desleal, algoritmos, inteligencia artificial y Justicia, así como feminización de la Justicia. Silvia.barona@uv.es

infracciones, violaciones o discrepancias que pudieren hallar reproche en el ordenamiento jurídico correspondiente.

Ese modelo de Justicia garantista supuso una ruptura en muchos sentidos respecto de la Historia pasada, pero marcó el hito del denominado paradigma de Justicia de la modernidad.

El Siglo XXI irrumpió en nuestra vidas, en nuestras sociedades, en nuestras maneras de actuar, en nuestros valores y principios, y por supuesto, en nuestra Justicia, en una nueva mirada de la misma, en la emergencia de protagonistas, nuevos, y la difuminación de algunas de las viejas claves que marcaron el devenir de la Justicia en los inicios y la consolidación de la modernidad. Muchos de esos cambios, hasta mutaciones, en la sociedad del S. XXI se gestaron con la aparición de la globalización, la expansión imparable de lo global sobre lo local, todo y que en ciertos sectores lo local (de las grandes potencias) se convirtió en un elemento más de lo que globalmente se venía expandiendo y asumiendo a pesar de la pérdida de identidades.

También en la emergencia de los conflictos y la manera de solucionarlos hemos asistido a un nuevo *modus operandi,* que responde a la sociedad "economizada" que nos acompaña. Son los disvalores de la sociedad actual, la eficiencia y la eficacia, los que han permeado en el pensamiento jurídico, y también en la configuración de una Justicia moderna, digitalizada, automatizada en ciertos casos, y con necesidad de eliminación del papel, reducción de trámites, eliminación de tiempos muertos, lo que arroja, por un lado, una mejora del funcionamiento del sistema, indudablemente, empero también puede -hay que evaluarlo convenientemente- implicar una obstaculización, cuando no discriminación de los desfavorecidos socialmente, o por hallarse en esa categoría de "analfabetos digitales", que no tiene por qué vincularse al *status* social, sino más realistamente a la edad.

Son numerosas las claves que en la década de los años veinte de este Siglo XXI hallamos en la concepción de una realidad diversa de la Justicia, tanto en lo conceptual como en lo instrumental, e incluso respecto de los sujetos implicados directa o funcionalmente. La visión de los conflictos y su paulatina incorporación como conflicto jurídico a nociones como litigación, consenso, complejidad de situaciones conflictuales, internacionalización, eliminación de espacios en sentido geográfico debido a la irrupción y consolidación del ciberespacio, la vinculación de la Justicia con la seguridad, y la necesidad de consagrar una mirada feminista en el Derecho en general y en la Justicia, en particular, nos ofrecen un interesante, inquietante y prometedor -también- horizonte de una realidad de la Justicia que abandona poco a poco maneras, instrumentos, tiempos, principios, protagonistas y valores para consagrar una visión diversa, transversal, de lo que como procesalistas debemos abordar.

II. SOCIEDAD, CONFLICTOS Y SOLUCIONES.

Las tribus, comunidades, sociedades, han ido evolucionando con el iter de los tiempos y en todas ellas se han venido conformando, con mayor o menor detalle y con mayor o menor rigor, una suerte de protocolo actuacional o normativo para hacer frente a aquellas diferencias que pueden concurrir entre sus integrantes, o bien aquellas vulneraciones de las reglas propias de éstas. Es incuestionable que desde que apareció la Humanidad, los seres humanos han mostrado su enorme capacidad relacional y, con ella, su capacidad para generar conflictos.

Ahora bien, la búsqueda de la solución a estos conflictos ha sido asimétrica, heterogénea y directamente vinculada a los hábitos y cultura de la sociedad en cada momento. Los modos de actuar en la sociedad, en la comunidad o en la tribu, se extrapolaban a los modos de gestionar y solventar conflictos. De ahí que en tiempos primitivos se permitiera el uso de la violencia frente a la violencia, incluso desproporcionada, y poco o nada tenían que ver con una idea de "tutela", sino más bien como respuesta indiscutible a los ataques recibidos, una suerte de consecuencia retributiva a las afrentas percibidas.

Un paseo por la Historia nos permite encontrar la respuesta a la pregunta de por qué el presente, dado que un buen entendimiento del presente se adquiere cuando se conoce el pasado y se es capaz de prever, o siquiera influir de alguna forma, en lo que puede llegar a ser el futuro, asumiendo, en el más puro concepto bergsoniano, que "*el yo vive el presente con el recuerdo del pasado y la anticipación del futuro*", siendo inútil ir a la búsqueda del tiempo perdido[1]. No obstante, y aun asumida esta idea de la irreversibilidad del tiempo, se aprende mucho del pasado, de las falencias y de los aciertos, y es por ello que, siguiendo lo que algún autor en la doctrina apuntó, *la experiencia del pasado ilumina el presente, tanto como la comparación de las legislaciones positivas facilita la interpretación de la ley*[2]. En suma, debemos conocer de dónde partimos, dónde estamos y hacia dónde caminamos inexorablemente.

1. Pueblos primitivos: venganza y autotutela.

Los pueblos primitivos, inicialmente nómadas, fueron paulatinamente asentándose, y con este cambio de vida emergieron los intereses de sus comunidades, grupos o tribus, a la tierra, al espacio, a las aguas, a la caza, a la siembra o a la recolección. Si bien carecían de un "orden jurídico", entendido en un sentido formal, regulador de la vida en estas sociedades o grupos primitivos, fueron conformando una suerte de reglas de comportamiento, que permitieran

1 Bergson, H.: *Materia y memoria*, Buenos Aires, Ed Cactus, 2016.

2 Velez mariconde, A.: *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Lerner, 1968, p. 15.

no solo estipular conductas exigibles *ad intra,* sino también *ad extra*[3]. Y en ellas, la costumbre y la tradición ejercieron una gran influencia en la conformación de una suerte de "Derecho", primitivo y probablemente no conformado formalmente, que fue evolucionando con el asentamiento de las denominadas sociedades primitivas, esto es, Mesopotamia, India y Egipto, amén de las ya denominadas civilizaciones clásicas como Grecia. Se gestó un modelo jurídico primitivo en el que las tradiciones y costumbres fueron paulatinamente dando lugar a las normativas y, como tales, de obligado cumplimiento. Esto propició la aparición de los primeros "códigos", en los que se establecen reglas de actuación en la guerra, en el trabajo, en los mismos ceremoniales, en las costumbres etc., convirtiéndose, sin lugar a dudas, en una suerte de derecho escrito, primitivo, pero regulador de las conductas de estos pueblos primitivos. Incluso puede considerarse que esa inicial regulación también permitió y favoreció su propio desarrollo, especialmente en lo que se refiere a la convivencia más pacífica entre ellos, conformando acuerdos, estructuras e instituciones.

Éstas son poco equiparables al concepto de derecho actual o al que se otorgaba en los pueblos de la antigüedad clásica griega y romana. Sin embargo, a esta primera etapa debe considerársele como lo que es, una realidad poco nítida, tanto en las fuentes como en las observaciones que pueden efectuarse de la misma[4]. Pero así fue como aparecieron los denominados "ordenamientos jurídicos no formulados", en los que, en palabras de García-Gallo[5], existe una conciencia o convicción común que todos comparten sin necesidad de que nadie la haya definido y exteriorizado; que está viva y latente en el espíritu de todos. Aun sin haber sido expresado, todos coinciden en apreciar de la misma manera lo que es justo e injusto, lo que puede hacerse y lo que no es lícito. Precisamente, esa ausente exteriorización de las normas en su conformación es lo que este autor considera como ordenamiento jurídico no formulado, en contraste con aquellos que, poco a poco, fueron gestándose con el paso del tiempo, mediante la integración de normas precisas y concretas, expresadas de diversas maneras.

Así, como apuntábamos *supra,* poco a poco, las sucesivas sociedades primitivas, Mesopotamia, India y Egipto, y las civilizaciones clásicas como Grecia, gestaron normativas de obligado cumplimiento (una especie de "códigos"), que establecían reglas de actuación en la guerra, en el trabajo, en los ceremoniales, en las costumbres, etc., para garantizar la convivencia pacífica, en unos casos

3 Barona vilar, S.: "Fundamento, evolución y contenido de la Disciplina en el Siglo XXI", en AA.VV. *Derecho Procesal I. Introducción,* (coord. por Gómez colomer, J. L. y Barona Vilar, S.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, p. 26.

4 Barona vilar, S.: *Proceso penal desde la Historia. Desde sus orígenes hasta la sociedad global del miedo,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 27-28.

5 García gallo, A.: *Manual de Historia del derecho español, I. El origen y la evolución del Derecho*, 10ª ed., Madrid, 1984, p. 180.

como prevención de conflictos; en otros, como solución de los mismos. Así, el quebrantamiento de las reglas del grupo, de la tribu, recibía respuesta de éstos. Y esa respuesta, con mayor o menor intensidad y estructuración, se canalizaba a través de la venganza. Las respuestas a los quebrantamientos de las normas -respuestas del grupo o tribu-, vinculadas a la naturaleza, la divinidad y la visión supersticiosa, se presentaban como venganza de sangre. Ahora bien, se distinguía entre el castigo de un miembro del grupo o tribu, que consistía en su expulsión, perdiendo su protección "social"; y el castigo al no perteneciente a la tribu, en el que se ejercía venganza colectiva o social.

La venganza se presentaba como un mal que había que insuflar a quien infringía las reglas del grupo; un mal que debía ser de mayor gravedad que el que había cometido el infractor con su actuación; una respuesta que se entronaba en una concepción altamente extraterrenal, ya vinculada a la concepción religiosa del momento, o a una visión supersticiosa y, en ciertos casos, vinculada a ritos de brujería. La intervención de las divinidades en la aplicación de ritos o fórmulas ancestrales en la imposición de sanciones como venganza, encontraba perfecto acomodo; una venganza cruel, incluso despiadada, y exageradamente desproporcionada a la acción realizada por quien podía sufrirla[6].

Fue en la evolución de esta situación cuando ante infracción, vulneración o quebrantamiento, comenzó a sostenerse una venganza limitada, fruto de la evolución de la misma sociedad primitiva, que se consagró a través de la Ley del Talión (o *el ojo por ojo, diente por diente*), el Código Hammurabi (Babilonia, Siglo V a.C.), la Ley de las XII Tablas (S. V a.C.) o la Ley Mosaica (S. XIV a.C.)[7]. Pese a su dureza, se percibieron como una clara limitación a la respuesta de venganza que se insuflaba desde los pueblos ancestrales. Existían límites en la respuesta otorgada frente a la acción del infractor; se incorporaba una suerte de *proporcionalidad* en la respuesta vengativa; un avance en el desarrollo de la civilización[8]. En cualquier caso, se trataba de la etapa en la que los conflictos se solventaban mediante autotutela.

6 En esas primeras manifestaciones jugó un papel importante la visión de la religión totémica, que imponía tabú (sacrilegio, incesto, brujería, traición…) y a lo que se respondía con muertes violentas, ritos, canibalismo, venganza…Puede verse, Jiménez de assúa, L.: *Tratado de Derecho Penal, Tomo I,* Buenos Aires, Losada, 3ª ed., 1964.

7 Un interesante trabajo de comparación entre los textos puede encontrarse en Müller, D. H.: *Das Gesetz Hammurabis und ihr Verhältnis zur mosaischen Gesetzgebung sowie zu den XII Tafeln*, Wien, Alfred Hölder, 1903, pp. 174-188.

8 También esta evolución se dio en otras civilizaciones como en el derecho chino, en el que el libro de *las Cinco penas* incidía precisamente en la venganza y en el Talión, aplicando penas como amputar las piernas al ladrón para evitar la huída, la pena de muerte por decapitación, horca, descuartizamiento y entierro vivo. Sobre ello puede verse Jiménez de assúa, L.: *Tratado de Derecho Penal, Tomo I,* cit., p. 268, quien cita a Escarra, J.: *Code penal de la Republique de Chine*, París, Giard, 1930. E igualmente en el derecho persa, en el que es posible encontrar un primer estadio en el que la venganza y el talión son elementos de medición de la reacción para otorgar justicia (Jiménez de assúa, L.: *Tratado de Derecho Penal, Tomo I,* , cit., p. 269).

En este periodo de evolución, desde los pueblos primitivos ancestrales a los evolucionados, se hacía presente la idea de que, antes de que existieran los tribunales y el proceso, como una suerte de aplicación de la justicia en las sociedades, apareció el significado de la justicia, sobre la que los pensadores, filósofos y posteriormente teólogos, centrarían sus pensamientos y obras. Esa idea de Justicia en materia de reproche social iría progresivamente vinculada al *ius puniendi*, siquiera fuere de forma primitiva, un *ius puniendi* coordinado y concentrado en los poderes políticos, sean quienes fueren los que en cada momento los detentasen, dejando cada vez más en manos de las personas particulares aquellas reclamaciones, peticiones, etc que tuvieren que ver con asuntos inicialmente domésticos, de modo que a medida que el sistema jurídico va ordenándose comenzó a diferenciarse dos grandes hemisferios: aquel en el que la sociedad responde como tal y lo hace a través de un orden impositivo, retributivo y sancionador por haber realizado conductas que son las más reprochables socialmente (hemisferio penal, indisponible) y aquel otro en el que se incorporan las reclamaciones, las pretensiones, las solicitudes fundadas en la decisión voluntaria y de autonomía de la parte para reclamar, o no, siguiendo las pautas establecidas en los sistemas jurídicos. El *modus operandi* de ambos es bien diverso y las estructuras, principios y protagonistas en ambos lados irán poco a poco separándose, con identidad propia cada uno de estos hemisferios, pero siendo ambos el núcleo sobre el que se asentará el modelo de Justicia, entendido como orden jurídico consolidado geográficamente en cada país y para determinados sujetos.

2. De la venganza al "reproche civilizado" e imbricación con el modelo de "Justicia" desde una mirada preferentemente procesal. Hemisferio privado y hemisferio público.

A medida que la evolución de los pueblos fue dando pasos hacia una organización, cada vez más compleja, que requería de una regulación de las relaciones jurídicas interpersonales y de las propias entre súbditos y gobernantes, el mundo jurídico fue avanzando hacia una necesidad, por un lado, de conformar un sistema jurídico adaptado a esa nueva realidad y que ofreciera el marco necesario para garantizar la seguridad jurídica. Y en ese marco jurídico, cada vez más, fue ganando espacio la regulación de los métodos que debían emplearse para efectuar un reproche civilizado, propio de la sociedad del momento, ante quienes actuaban contrariamente al modelo jurídico estandarizado. Un reproche que, con el tiempo, vino a minimizar la autotutela mediante la incorporación de cauces adecuados que propendieron a lo que conformaría el modelo "oficial"; un modelo nucleado sobre la participación activa de los jueces y magistrados y a través del proceso, como cauce instrumental adecuado para solventar los conflictos jurídicos suscitados.

Este reproche encontró, allende las normas, o quizás éstas como consecuencia, en los pensadores, filósofos y posteriormente teólogos, en torno a la idea de "justicia" (en sus múltiples y heterogéneas acepciones), el germen de un modelo de respuesta ordenada y organizada ante las discrepancias, ofensas, infracciones que desembocaban en conflictos y frente a los que había de reaccionar con soluciones civilizadas.

Así es como con el despertar de la civilización en el mundo jurídico, de la mano del derecho griego, romano y germano -en los que se configura el germen de los sistemas jurídicos modernos y, por ende, de los procesales también, se van conformando dos realidades jurídicas, referidas a intereses particulares o a intereses sociales o públicos[9]. La vulneración de unas u otras realidades comienza a recibir soluciones diversas, con protagonistas distintos, todo y que inicialmente el germen del proceso y del procedimiento permitiera solventar cualquiera fuera la discrepancia. Se fueron pergeñando dos "maneras procesales" de actuar, según se tratara de afrentas de naturaleza privada o particular o se tratare de ofensas colectivas o públicas. Y esas maneras procesales, aun cuando no negaran las otras no procesales, fueron expandiéndose como el mejor y más adecuado cauce de solventar los conflictos que se plantearan.

Será en el periodo medieval cuando la separación proceso civil-proceso penal adquiere su máximo apogeo. Esta situación se alcanza por varios motivos fundamentalmente:

a) Presencia fuerte de la idea de "autoridad", inspirada en la monarquía primitiva y la Iglesia, que garantizaban con mano firme la convivencia de la comunidad. El modelo "heterocomponedor" –imposición de la solución por un tercero *supra partes*- casaba muy bien con la jerarquía eclesial, con los principios de obediencia y autoridad[10], e inspiró especialmente el modelo procesal, y más especialmente el penal y el fortalecimiento de lo "público" en la pacificación de los conflictos-pecados-delitos.

En el Alto Medioevo se produjo el triunfo de la conciencia sacramental cristiana y católica, influyendo en el pensamiento y en las instituciones, así como en el ordenamiento jurídico que la Iglesia ejerció[11]. Ello no es óbice a considerar que

9 Un mayor desarrollo de estos derechos y su incidencia en la conformación de sistemas jurídicos estáticos, sólidos, también procesales y la destacada línea divisoria entre los privado y lo público, tanto en el ámbito de la regulación de las relaciones jurídicas como en el de las maneras de resolver los posibles conflictos que pudieren plantearse, puede verse en mi obra Barona vilar, S.: *Proceso penal desde la Historia,* cit., pp. 43-44.

10 Malinveri, A.: *Lineamenti di Storia del processo penale*, Torino, Giappichelli, 1972, p. 26.

11 Hacía finales del Siglo VIII la Iglesia había adquirido un papel esencial en el Reino de Italia, por ejemplo, siendo los mismos obispos los que llegaron a integrar los órganos jurisdiccionales, de manera que, como señala Salvioli, G.: *Storia del Diritto Italiano. Vol. III. Storia dellla procedura civile e criminale*, Parte Prima, en los tribunales existía la presencia de los eclesiásticos siempre que en la controversia o disputa esté presente alguien vinculado a la Iglesia o siempre que la materia de la causa tenga relación con la misma, pp. 112-113.

la influencia de la Iglesia no solo se va a encontrar en este periodo histórico en el que esencialmente el modelo inquisitivo y la Inquisición marcarán una enorme impronta en el modelo de justicia y en las maneras de desarrollarla, sino que en los Siglos anteriores también la Iglesia, la teología cristiana, el judaísmo, el budismo y las grandes crisis de la Iglesia, incluidos los cismas religiosos, tuvieron una enorme influencia en la respuesta que se daba frente a las afrentas o quebrantamientos de las normas, en la condena, en su contenido y en los componentes que llevaban a su toma de decisión, amén de la consideración que debía otorgarse a la idea de Justicia con mayúsculas, como respuestas de la colectividad, comunidad, sociedad o Estado. Y en esta línea de gran influencia debemos destacar el papel de los teológos cristianos como San Ambrosio, San Jerónimo o San Agustín, quienes a finales del Siglo III, principio del Siglo IV, fueron incorporando una visión bien diversa de la que se había mantenido hasta el momento y fueron absolutamente decisivos en la ruptura de algunos conceptos que venían arrastrándose desde etapas anteriores y que, especialmente, tuvieron una larga proyección en el pensamiento medieval[12].

Fue el periodo en el que emerge la simbiosis entre poder político y poder eclesial y la exigencia de un comportamiento adecuado, recto, de respeto a los mandatos ora políticos ora religiosos. Lo contrario se consideraba como contrario a los principios esenciales de la convivencia social. Con esta simbiosis se favorecieron en este periodo de finales de la Alta Edad Media las intervenciones eclesiales en los tribunales. Se dice que en gran medida éstas se dieron como consecuencia de la relajación de los poderes públicos. Ahora bien, paralelamente hubo que configurar un contrapeso debido al crecimiento de las irregularidades y los escándalos del clero, que transmitían una falta de credibilidad en sus actuaciones. Es por ello que se entiende que, si bien en el periodo anterior el binomio proceso civil versus proceso penal se hallaba poco o nulamente definido, muy probablemente porque la parcela de lo privado era con mucho significativamente mayor que la pública, fue en el periodo medieval cuando la difuminación entre lo público y lo privado daría lugar a dos maneras de solventar las afrentas, respondiendo de manera diversa y con consecuencias igualmente diferentes. La idea de pecado, su traslado a la construcción del "delito" como afrenta contra lo público, contra la sociedad, y exigiendo, por tanto, procedimientos y reglas de actuación diversas, influyó en una construcción del Derecho desde dos realidades complementarias pero diversas: el mundo del derecho privado, con infracciones y sanciones disponibles para las partes y proceso civil asentado en la oportunidad y la disponibilidad; y el mundo del derecho penal, con delitos que trascienden de la esfera individual y se proyectan

Con la dominación de los francos en Italia se reconoció como ley la participación de los clérigos como foro especial de la jurisdicción. Con la dominación carolingia se consolidan una serie de privilegios eclesiásticos (foro especial); los tribunales eclesiales se constituían según normas establecidas en el Concilio de la Iglesia oriental (p. 119).

12 Barona vilar, S.: *Proceso penal desde la Historia,* cit., p. 105.

sobre la sociedad en su conjunto, por conductas que implican la reprobación de la comunidad, y para su "castigo" se requiere de métodos más duros, controlados políticamente por el gobierno (político o eclesial). Demasiados componentes para que la influencia de papas, obispos y juristas de aquel momento no fuere decisiva[13].

b) La fundación de las Universidades europeas medievales, muy estrechamente vinculadas a la Iglesia. Enseñaban los más cualificados, los clérigos, en el lenguaje culto, el latín, en el que se publicaban las obras científicas. El derecho canónico inspiró normas, códigos escritos, que permeabilizaron a diversos sectores jurídicos, entre ellos el proceso, favoreciendo no solo su perfeccionamiento técnico, sino también maneras en su aplicación; favorecieron la transmisión de la cultura, del conocimiento y la configuración de los estudios universitarios, seguidos a lo largo de los siglos. Fue en las Universidades donde se configuró el legado de los documentos escritos, de las copias que se hacían en los monasterios, de las traducciones árabes y de los textos bizantinos, todo lo que, en suma, vino a propiciar la aparición del humanismo y favorecer la codificación del derecho, a través de las compilaciones jurídicas[14]. Este iter universitario comenzó con la fundación de la Universidad de Bolonia, cuna jurídica, centro de estudio del derecho en Europa, donde acudían los religiosos del momento, que formaban la clase social más culta; e igualmente París, era el centro líder en el estudio de Teología.

Fue en esas circunstancias cuando se produce la aparición de los dos sistemas legales: el *common law*[15] de Inglaterra y el *civil law* del continente[16]. Y su traslación al ámbito de los sistemas procesales fue su consecuencia. Pero lo que fue indudable es que el proceso se consolidó como el medio a través del cual la autoridad política reaccionaba y actuaba ante la comisión de hechos relevantes para la sociedad, asumiendo el monopolio tanto a la hora de determinar cuándo, como a la hora de delimitar cómo y a través de quién (penal), y convivió con la otra respuesta,

13 Alessi, G.: *Il processo penale. Profilo storico*, Roma, Laterza, 2001, p. XIII.

14 Barona vilar, S.: *Proceso penal desde la Historia,* cit., p. 115.

15 La situación geográfica de Inglaterra, separada del continente, jugó un papel importante. Hay que pensar en un dato histórico de interés, 1066, fecha en la que se produce la batalla de Hastings del último monarca sajón, que se denominó la "Conquista", que permitió una reconstrucción de la sociedad inglesa. Se institucionalizaron las cortes reales centralizadas en Londres, que implicaban una centralización del poder político inevitablemente. El *common law* es el derecho común de todos los hombres libres del reino que proviene de un fuerte poder real que se aplica a través de los tribunales de justicia. La manera de manifestarse es a través de las *writ*, que no eran sino las peticiones que se planteaban al presidente de un tribunal local, quien aplicaba caso por caso, la solución adecuada. Los que actuaban en estos tribunales eran aquellos que se habían formado en Londres en las "Inns" que eran una suerte de corporaciones profesionales. Estos juristas eran considerados como los mediadores entre el poder real y los ciudadanos. Tras la aprobación de la Carta Magna de 1215 el poder ya no estará más en manos del rey. A medida que el common law se afianza, se crean las "rule of law", que suponen la aplicación de un derecho del estado aplicado por los profesionales (juristas, abogados y jueces) que habían sido instruidos en las "Inns". En conclusión, common law significa un derecho producido por juristas prácticos, hombres de la práctica. Puede verse, Rossi, P.: "Schemi "L'Europa del Diritto", en *Storia dei diritto medievale* e moderno, Università Florencia, 2011, http://www.pasqualeclarizio.com/me/dispense/diritto/medievale/P_Grossi_LEuropa_del_diritto.pdf.

16 Whitman, J. Q.: *The Origins of Reasonable Doubts*, New Haven, Yale University, 2008, p. 52.

también procesal, que permitía resolver los conflictos privados (civil). Dos maneras de actuar inspiraban las actuaciones instrumentales de solución de conflictos, si bien en ambos casos la intervención del tercero con *auctoritas* e *imperium* se hacía palmaria. Ese tercero ejercía jurisdicción, y lo hacía frente a quienes actuaban como partes en el proceso, con sus derechos, cargas y obligaciones. Elementos todos ellos que irían integrando el contenido de la disciplina "Derecho Procesal". Si bien -insistimos-, en materia de Justicia fue el periodo de la Edad Media cuando se gestó la génesis de la Justicia en el modelo continental, fruto de lo que venía sucediendo en la sociedad. Es por ello, como apunta DAMASKA, si la catedral gótica es un ejemplo arquitectónico que simboliza la jerarquía piramidal, ese paisaje se trasladó a la estructura y organización de la Justicia. El propio término *hiertachia,* desconocido en épocas de la historia anteriores, fue acuñado por un monje sirio para expresar la perfecta estructura del gobierno celestial y también la organización ideal del poder eclesiástico[17].

III. SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL PARADIGMA DE JUSTICIA DE LA MODERNIDAD: DE LA AUTOCOMPOSICIÓN A LA HETEROCOMPOSICIÓN.

Llegado a este punto y expuestos los antecedentes anteriores, podemos considerar que en la modernidad se consagró, y lo hizo en el mundo continental de la mano del movimiento codificador, que simbiotizó los principios consagrados tras la Revolución francesa y su incorporación a los códigos de la época napoleónica, la idea de "Justicia" entendida como el paradigma de la modernidad, vinculada estrechamente al acceso a la justicia, al derecho constitucional consagrados en las Constituciones del S. XX de la tutela efectiva, o la referida a la proclamación en los sistemas jurídicos del derecho al proceso debido.

Con este paradigma de la Justicia de la modernidad, la mayor parte de la literatura confeccionada y mucha de la energía jurisprudencial se ha venido centrando en sede procesal, judicial y jurisdiccional, si bien la historia jurídica nos muestra que, allende el proceso judicial y los tribunales de justicia, es posible afirmar que para ofrecer tutela a la ciudadanía debe conformarse un modelo plural de respuestas en Justicia y con Justicia para mantener la pacificación social y el respeto ajeno, amén de garantizar la solución de los conflictos.

Es por ello que, desde la Historia, y más especificamente en los momentos en que vivimos -como haremos referencia *infra-,* los conflictos jurídicos necesitan soluciones jurídicas. Y estas pueden clasificarse en tres modelos o sistemas, en función de la estructura, principios, protagonistas y efectos jurídicos:

17 DAMASKA, M. R.: *The faces of Justice and state authority*, Yale University Press, 1986, p. 29.

1. En primer lugar, es posible considerar la *Autotutela,* o tomarse la justicia por cuenta de uno mismo[18]. Es un cauce peligroso que favorece al más fuerte. Su destierro de los ordenamientos jurídicos se produce con el devenir de la civilización, todo y que en la actualidad existe alguna manifestación de "autotutela reglada" como la legítima defensa en el ámbito penal o el derecho a la huelga en sede laboral. En suma y como cauce de solventar los conflictos ha venido a desterrarse del sistema jurídico con carácter general, para evitar la imposición del más fuerte sobre el más débil, para evitar la desproporción de la respuesta y para evitar que se torno en un mecanismo de escalada del conflicto que provoque guerra en lugar de pacificación social.

2. *Autocomposición*: implica la intervención de las partes interesadas en conflicto, tratando de alcanzar una solución consensuada. Pueden hacerlo de forma directa (negociación) o a través de un tercero *inter partes* (negociación asistida o indirecta, mediación, conciliación, Ombudsman, etc). Se trata de tutela más allá del proceso. En estos cauces de autocomposición lo que se busca es favorecer la intervención de quienes se hallan en conflicto, trabajando valores como responsabilidad, reconocimiento del otro, perdón, comunicación, escucha, etc. En unas ocasiones son, como se ha dicho, las mismas partes las que interactúan en aras de conseguir la solución a sus conflictos; en otros, cuentan con la colaboración de un tercero facilitador, que no resuelve, que no impone la solución, sino que aproxima, abre los canales de comunicación y trabaja con las partes, en grados diversos de intensidad según se trata de uno u otro cauce diverso, para que sean aquéllas, las mismas partes, las que consigan solventar sus disputas.

Los métodos autocompositivos no son en absoluto nuevos, sino que responden a parámetros existentes a lo largo de la Historia, todo y que en los momentos actuales han visto un enorme impulso, especialmente la mediación-conciliación. Resulta interesante que su estudio y análisis si que ha venido formando parte de la disciplina del "derecho procesal", aun cuando no fuere proceso propiamente dicho. El gran procesalista italiano Carnelutti[19] se refería a los medios autocompositivos como equivalentes jurisdiccionales, no porque se ejerciera en ellos la función que ejercen los jueces en el proceso, empero sí porque sirven a los mismos fines que el proceso jurisdiccional, esto es, alcanzar la solución del conflicto, favoreciendo la pacificación social.

La amplia proliferación legislativa de los últimos tiempos en torno a estos cauces autocompositivos, bien con vida propia o como sistemas mixtos con

18 Es lo que el ilustre procesalistas Alcalá-zamora, N.: *Proceso, Autocomposición y Autodefensa,* México, UNAM, (reimpresión), 2000, p. 23, denominaba como "autodefensa", y afirmaba que no es éste un concepto que haya preocupado a los procesalistas, y que quienes a ella se refieren precisamente lo es *sensu contrario,* a saber, para afirmar que el "proceso es sustitutivo y sucesor de la autodefensa".

19 Carnelutti, F.: *Lezioni di Diritto Processuale Civile,* Vol. II, (reimpresión), Padova, 1930, p. 153.

los heterocompositivos, ha llevado a un interés mayor en la doctrina procesal por la autocomposición, y en el caso de Europa ha sido el impulso efectuado desde el seno de la Unión Europea, a través de diversas Directivas, lo que ha obligado a los Estados miembros a incorporar normas reguladoras de estos sistemas autocompositivos, e incluso en algunos casos regulando situaciones de obligatoriedad de estos sistemas, que han suscitado cuestionamientos en sede constitucional (como sucedió con Italia), aun cuando en otros países se ha podido salvar la obligatoriedad, siquiera porque es limitada, y sin perjuicio del posible acceso posterior a los tribunales de justicia.

En suma, como señaló en su día Alcalá-Zamora[20], se trata con estos sistemas de obtener la denominada "justa composición del litigio", lo que obviamente excluye a las formas de autotutela *supra* expuestas.

3. *Heterocomposición*: son aquellos medios en los que interviene un tercero *supra partes* (jueces o árbitros), imponiendo la solución a las partes (vía sentencia o laudo). En ambos casos la tutela es procesal (judicial o arbitral), es a través de un medio, un instrumento por el que se despliega la tutela, el proceso, siendo los árbitros en el proceso arbitral y los jueces, en el proceso judicial, los terceros que asumen esta función heterocomponedora.

A lo largo de la Historia jurídica, y muy probablemente asumiendo la influencia en el paradigma jurídico que tuvo la estructura de los sistemas jurídicos en la época medieval, el modelo jerárquico ganaba adeptos. Es más, la consagración de los principios y los derechos del sujeto-parte en el proceso, especialmente consagrado tras el periodo revolucionario frances, y la seguridad jurídica que ofrecía un modelo codificado en la época napoleónica[21], permitieron agrandar la credibilidad en el modelo procesal; un modelo que permitía seguridad jurídica, garantías, y que fue poco a poco solidificándose, aun cuando los otros cauces siguieran vigentes en la historia jurídica. La cultura por el proceso se obtuvo tras siglos de historia jurídica y es quizás por ello que, pese a los cambios legislativos acaecidos en las últimas décadas y pese a los intentos de rehabilitar algunas de las instituciones autocomponedoras en el modelo de Justicia del S XXI, está siendo tediosamente compleja cambiar el hábito procesal por una cultura de la autocomposición. No obstante, es inevitable avizorar que ese lento movimiento de apertura hacia una Justicia allende el proceso y allende los tribunales, es plausible.

20 Alcalá-zamora, N.: *Proceso, Autocomposición y Autodefensa,* cit., p. 25.

21 Repárese que la Revolución Francesa favoreció la consolidación de la ley como expresión de la voluntad general (art. 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1789); y que ello claramente favoreció el movimiento de la codificación napoleónica. Se produjo no solo la incorporación de códigos procesales sino que esto, amén de regular la manera de proceder los tribunales a través del proceso, supuso la independencia de las normas procesales respecto de las materiales. Es el momento de la sublimación de la ley.

IV. MUTACIÓN DE LA JUSTICIA EN EL S. XXI: MÁS ALLÁ DE LA JURISDICCIÓN, ACCIÓN Y PROCESO.

Durante el S. XX los procesalistas nucleaban su estudio, su análisis, sobre la idea de Justicia concebida en torno a tres conceptos: la Jurisdicción, la acción y el proceso. Aun cuando el concepto base es el proceso, éste no es sino porque existe la Jurisdicción y porque existe la acción (basta pensar en la polémica sobre la *actio* suscitada en 1856-1857 entre WINDSCHEID y MUTHER, de la que resultó la autonomía del derecho de acción). Fue la época de construcción de la conceptualización procesal, de la teoría del proceso, con sujetos, actos, principios, fases, efectos, etc.

Ahora bien, el paso de los años, el constitucionalismo, los derechos de quienes dejaban de ser súbditos o administrados para convertirse en ciudadanos y ciudadanas, dieron paso a la consideración del proceso como elemento esencial de ese modelo de Justicia estatalmente configurado, empero era un instrumento del titular de la potestad jurisdiccional para cumplir su función e instrumento del ciudadano para exigir la efectividad de sus derechos, esto es, el proceso no podía ser un fin en sí mismo, sino solo un medio. Se siguió estructurando, empero, la idea de Justicia estatal sobre estos tres conceptos y se siguieron diseñando las normas sobre la configuración legal del modelo procesal.

La evolución social imparable, exponencialmente acelerada, innovativa, disruptiva, anacional y un largo etcétera de las últimas décadas del siglo XX y el periodo del S. XXI ha transformado el modo de vida de las personas, favoreciendo múltiples y variables relaciones personales, económicas, políticas, y generando un flujo interpersonal y económico inusitado, en el que las tecnologías han revolucionado el mundo, generando mundos paralelos que permiten actuaciones presenciales y actuaciones en línea. La multiplicación de situaciones y relaciones jurídicas propició igualmente el aumento de conflictos e incluso favoreció una nueva y sofisticada criminalidad. Si el Derecho Civil, Mercantil, Penal, Administrativo o Laboral, entre otros, han experimentado una transformación indiscutible, también el Derecho Procesal ha evolucionado, al albor de los cambios, también políticos y económicos, abriendo la mirada hacia nuevos medios, nuevos protagonistas, nuevas garantías y nuevos tiempos. Más conflictos jurídicos, más sofisticadas relaciones jurídicas, más flujo personal y económico nacional e internacional, han llenado los juzgados de causas, y han propiciado una percepción de frustración. Hemos asistido a una extensión omnipresente de la regulación jurídica y una presencia ubicua del Poder Judicial, de los tribunales, a todos los posibles espacios jurídicos; algo que ha provocado irremediablemente la asfixia, y en ciertos casos la inoperancia, del Poder Judicial, simultáneamente a esa sensación de frustración de la ciudadanía. El mundo jurídico en general y el derecho procesal, en particular, ha experimentado una mutación complejamente narrable.

1. Claves del cambio de paradigma de la Justicia del S. XXI.

Poco a poco han sido y son nuevas las claves que vertebran el modelo de Justicia, adaptado, diverso al que el Siglo XX diseñare. La búsqueda de tutela se va a convertir en el eje sobre el que pivotan las estructuras (que la permiten y garantizan), los principios (que ofrecen un soporte del modelo de Justicia) y los protagonistas (tanto de instituciones públicas, dentro y fuera del Poder Judicial, como privadas), a los que se anuda una pluralidad de instrumentos de obtención de esa tutela (procesales y no procesales, judiciales y no judiciales, autocompositivos y heterocompositivos), así como espacios supranacionales e internacionales desde los que construir esa visión de "Justicia" (allende las fronteras)[22].

De este modo, el modelo de Justicia estatal, analógico, presencial, y con papel, del S. XX, ha dado el salto hacia una Justicia digital, supranacional, internacional, tendente al papel-cero, con pluralidad de variables de tutela efectiva, judicial y no judicial, procesal y no procesal, y con la intervención de numerosos profesionales que interactuan igualmente para favorecer el fin esencial de la Justicia: la tutela de la ciudadanía.

Es por ello que en ese modelo de Justicia del S. XXI deben integrarse nuevas claves vertebradoras de nuestra disciplina, para mejorar el derecho de tutela. Claves que engarzan con los valores del Siglo XXI; algunas son fruto de la reivindicación; otras, son resultado de la evolución, pero todas ellas forman parte de nuestra disciplina, inspirando cambios legislativos, transformaciones en los protagonistas o en el modo de actuar, si bien en todo caso, ameritan su incorporación en los estudios y planes de estudio de Derecho, como ejes de esa nueva realidad que llamamos Justicia o derecho de tutela.

2. Globalización.

Desde finales del Siglo XX y comienzos del Siglo XXI una nueva era fue emergiendo; una etapa resultado de la consolidación agresiva del capitalismo, de los avances tecnológicos y de la necesidad de expansión del flujo comercial mundial. Esa nueva etapa es la era de la globalización. Una etapa de la Historia que ha presentado una integración mundial en los ámbitos político, económico, social, cultural y tecnológico, apareciendo lo que el canadiense Marshall McLuhan denominó *aldea global*[23], a saber, un cambio introducido por la radio, el cine, la televisión, los medios de comunicación audiovisual que difunden imágenes y sonidos de cualquier lugar y en cualquier momento y que se han ido introduciendo

22 Barona vilar, S.: "Fundamento, evolución y contenido de la Disciplina en el Siglo XXI", cit., pp. 33-34.

23 Mcluhan, M.: (1962), *The Gutenberg Galaxy: The Making of Typographic Man*, 1962; también en *Understanding Media, 1964*.

en las sociedades, en los hogares y en las vidas de las personas, viviendo en tiempo real lo que sucede en otros lugares y en otros tiempos.

Esta nueva era global ha supuesto una clara integración mundial política, económica, social, cultural y también jurídica. Los avances en la comunicación tecnológica y la respuesta inminente que producen ha fomentado un periodo de interconexión global que viene en gran medida sustentado en el flujo de las innovaciones de la informática. Es innegable que asistimos a la sublimación de la digitalización como elemento de fascinación social.

En ese nuevo mundo globalizado y digitalizado también el Derecho se ha visto afectado. Experimentamos una globalización jurídica innegable, en la que la interpretación y el comportamiento economicista se ha colado en la hoja de ruta de los políticos, se ha instalado en las decisiones de política legislativa y ha penetrado en los operadores jurídicos. En ciertos ámbitos, especialmente referidos al sector económico y privado, la globalización jurídica ha favorecido los flujos económicos, las inversiones, las relaciones jurídico-económicas comerciales y de consumo, ha generado una suerte de parámetros jurídicos globales que han venido a favorecer la aparición de las *soft law* y su aceptación en la mayor parte de los países. Nuevos protagonistas emergen en ese mundo del derecho económico, en el que el mercado, y por ende las grandes compañías internacionales, los *lobbies* económicos y los *holdings* financieros y bancarios ponen de relieve que en el Derecho y en la Justicia en general la economía ha engullido a la política (Estado). Y en ese escenario los consumidores asumen una posición de privilegio, convirtiéndose en los árbitros de la economía, dado que sin consumo no hay actividad económica.

La consecuencia no se ha dejado sentir, se ha propulsado una profusa transformación integral de los sistemas jurídicos, que han venido integrándose en un proceso de armonización jurídica global, que arrastra una pérdida, en ciertos casos, de su propia identidad, amén de generar un re-pensamiento de los principios y fundamentos dogmáticos que permitieron en su momento conformar su propio Derecho y su propia visión de la Justicia. Nos hallamos ante un verdadero cambio de era. En esta era de la globalización el mundo se ha transformado. Y es por ello que también los postulados de la Justicia clásica han cedido paso a otros nuevos[24]; otros que se sustentan en nuevos principios, nuevos conceptos, nuevas instituciones, nuevos actores y nuevos instrumentos para materializar la Justicia, y que se nuclean sobre la eficiencia (o el eficientismo).

24 Barona vilar, S.: *Justicia penal, globalización y digitalización*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2018, pp. 1-2.

3. Consecuencia de la globalización: Supranacionalidad e internacionalidad.

La globalización ha arrastrado todo, lo bueno y lo malo, las identidades, las barreras, los muros, pero también ineludiblemente ha afectado a las soberanías estatales, y ha propiciado un cambio de valores, de políticas, de ideologías, generado movimientos interregionales, nuevas relaciones jurídicas personales, profesionales, políticas, etc, ha dado lugar a un nuevo paisaje social, político, jurídico, económico y, por supuesto, también en materia de Justicia.

Se han sucedido a un ritmo descontrolado las normas, nuevos protagonistas, algunos supranacionales e internacionales, la minimización del Estado, afectando a los postulados del Estado social y protector de los derechos de la ciudadanía.

Uno de los ejes vertebradores de ese nuevo modelo de Justicia va a venir precisamente de la mano de un Estado muy interdependiente del orden económico (el denominado principio de *Interdependenz der Ordnungen*[25]), de manera que hemos asistido a esa sustitución del Estado por el mercado en determinados sectores[26], y también en el Derecho. Y de ahí que algunos autores hablen de minimización del Estado o lo que denominan *residualstaat*[27] mientras que otros hablan de Estado *atópico*[28]. Un Estado con una pírrica fuerza, que cede ante el dominio del mercado y ante instancias supranacionales e internacionales que han mermado su capacidad decisoria.

También en el ámbito de la Justicia se hace presente una constante interacción entre la Justicia estatal y los tribunales supranacionales e internacionales. Así:

1. Por un lado, en nuestro paisaje han emergido movimientos interregionales, apareciendo organismos supranacionales, como la Unión Europea, el Mercosur, el Unasur, el SICA, que favorecieron una visión aperturista política, con caída de muros, eliminación o reducción de fronteras, personales, económicas, etc. Una sociedad abierta y global fotografiaban los primeros años del S. XXI, con

25 A él se refería Eucken, W.: *Die Grundlage der Nationalökonomie,* 1960, p. 303, al justificar su posición como padre del Ordoliberalismo.

26 El Estado debe mantenerse del lado de los empresarios, reduce salarios, liquida empresas pequeñas, se concentrará en las grandes empresas, y cambiará el marco institucional y también jurídico para propulsar la actividad económica de las grandes entidades empresariales, favoreciendo la acumulación de capital. Es un Estado que "debe estar", "debe actuar" y así lo hace, pero con una clara pérdida de autoridad. Es uno de los actores necesarios para que el tráfico económico exista y la economía fluya, pero no como actor protagonista, sino como cooperador necesario

27 Biebricher, T.: "Neoliberalismus und Staat –ziemlich beste Feinde", en *Der Staat des Neoliberalismus*, Nomos, 2016, p. 9.

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

gran permeabilidad social y cultural. Con esos movimientos interregionales con apariencia de funcionalidad económica trascienden allende las decisiones económicas y penetran en una suerte de integración jurídica, propia de esta supranacionalidad.

Esto significa, por un lado, que se favorece ineludiblemente una enorme armonización jurídica y, por otro, indiscutiblemente, se lleva a una pérdida de señas de identidad. Esto no es neutro, dado que ha propulsado una frenética actividad legislativa, acompañada paralelamente de una tendencia -no contraria a lo anterior- a la desregularización en ciertos ámbitos, resultado de las reglas impuestas por el "mercado", proliferando las normas *soft law*.

Y en ese escenario hemos asistido a la integración en la jurisprudencia nacional de la jurisprudencia supranacional e internacional. Es por ello que, junto a la proliferación de normas supranacionales, con aplicación directa por los jueces nacionales, hemos venido asistiendo al cada vez más creciente protagonismo de los Tribunales supranacionales, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, o el Tribunal de Justicia de la Unión Europea con sede en Luxemburgo, o la Corte Interamericana de Derechos, entre otros. La doctrina sentada por estos tribunales supranacionales ha ocupado un espacio esencial en la evolución conceptual y jurídica de los Estados miembros implicados, de manera que ya no se afirma que esto no es derecho nacional, sino que su jurisprudencia es parte del sistema jurídico nacional.

2. Junto a este movimiento supranacional que ha propiciado un cambio de espacios geográficos y de influencia jurídica, hemos asistido igualmente -especialmente en determinados sectores más que en otros- a la incorporación del elemento "internacional". Con este elemento se ha visto proliferar las normas nacionales que incorporan la regulación, la exigencia y la necesidad de garantizar y trabajar con y desde la cooperación internacional, como mecanismo de garantía y de seguridad jurídica en el planeta. Y, por otro lado, han surgido tribunales internacionales de enorme trascendencia como la configuración del Tribunal Penal Internacional, un tribunal estático -tras las experiencias de los tribunales *ex post facto* de Nuremberg, Tokio, Yugoslavia o Ruanda-que apareció ante la necesidad internacional de luchar contra abusos criminales intolerables en la sociedad, tales como crímenes de guerra, genocidio, agresión y lesa humanidad[29].

29 Creado este TPI mediante Estatuto de Roma de 17 de junio de 1998, entró en vigor en 2002, y pese a la ratificación de un gran número de países, entre los que no se encuentra, sin embargo, EEUU, Israel o China, ha sido criticado en el sentido de que el mismo es una creación del mundo occidental, lo que se traduce en una mirada de los derechos humanos desde el mundo occidental. Puede verse, Martínez García, E.: "Tribunales Supranacionales", en AA.VV., *Derecho Procesal I. Introducción,* (coord. por Gómez colomer, j.l.; Barona Vilar, S.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, p. 104.

Ora desde esa supranacionalidad arriba expuesta, ora desde la mirada internacional, es indudable que la soberanía de los Estados ha perdido entidad, todo y que el poder estatal ha quedado minimizado, políticamente por supuesto, pero también en algunas cuestiones de Justicia. Y a esta laminación de la soberanía nacional ha contribuido enormemente la digitalización social; con ella los límites territoriales geográficos han cedido en aras de una ciberproyección en la que el adjetivo "internacional", sin fronteras, sin espacios geográficos, se ha impuesto sobre los compartimentos fronterizos geográficos.

Trasladado todo esto a los ordenamientos jurídicos, hemos asistido a esa proliferación legislativa y a esa desregularización sectorial fruto de un sistema jurídico en constante movimiento. Esto, lejos de generar seguridad, crea en ciertos sectores, inestabilidad o inseguridad jurídica, presenciando supuestos de tensión entre las respuestas aportadas por los jueces nacionales ante las pretensiones de tutela efectiva y las que pueden ofrecerse, simultáneamente, por tribunales supranacionales e internacionales, propiciando un diálogo-debate entre ellos, vivo, creciente y latente.

En suma, la supranacionalidad y la internacionalidad revolucionan los viejos postulados de la Justicia del S. XX, los de los Estados, llevando a repensar su función y su misma razón de ser. Las consecuencias que se derivan para los interesados o afectados por la justicia, a saber, el legislador, los operadores jurídicos, los ciudadanos y los estudiantes de Derecho, son grandes[30].

4. Tutela extrajurisdiccional de conflictos (De las ADR a las ODR).

Globalización, supranacionalidad, internacionalización y digitalización van a ser componentes que casan muy bien con el momento que vive la Justicia en búsqueda de cauces y vías de gestión y solución de conflictos que salen de la esfera de los tribunales de Justicia y del *modus operandi* judicial y procesal. Si bien en sus orígenes vinieron de la mano de la irrupción de las ADR (*Alternative Dispute Resolution*) con una mayor proyección en el sistema jurídico anglosajón, en la actualidad están cobrando un papel esencial si se pretende retratar a la Justicia en el Siglo XXI.

En sus orígenes las ADR respondían a soluciones que desde el voluntariado se realizaban para alcanzar una posible solución de los conflictos de quienes, más desfavorecidos, no tenían acceso a la Justicia americana. En ese estadio previo no concurría un hilo conector entre todas ellas, más allá de situarse ante o frente a los tribunales de justicia, a saber, frente al sistema estatalmente configurado. El paso de los años y la consolidación de algunos de estos medios favoreció la expansión de los mismos, generando un verdadero movimiento, que tuvo una buena

30 Barona vilar, S.: "Fundamento, evolución y contenido de la disciplina en el Siglo XXI", cit., p. 37.

imbricación en todos los ámbitos sociales, sociológicos, jurídicos, económicos, etc, de la vida, ofreciendo respuestas a los ciudadanos fuera de los tribunales y sin el proceso judicial. El paso de los años, la imbricación de los jueces, los legisladores y las Universidades, convirtieron estos métodos en una pieza del modelo de Justicia americano, si bien en esencia su gran bondad se hallaba y se halla en que en todos ellos emerge un elemento nuclear: que no solo son métodos para solucionar, sino también para gestionar los conflictos, en aras de una pacificación personal y social.

Tras su evolución, los métodos dejaron de ser medios contra el sistema estatalmente configurado (de ahí que se les entroncara en la filosofía del realismo jurídico) para convertirse en medios complementarios, manteniendo las siglas ADR pero denominándoles "Adequated Dispute Resolution", y fue poco a poco penetrando, aunque no con demasiada fuerza pero sí timidamente, en los sistemas jurídicos, como medios adecuados de solucionar y gestionar los conflictos extrajurisdiccionalmente.

Esa incorporación, que va ganando adeptos en los diversos ordenamientos jurídicos, ofrece una interesante perspectiva de tutela para los ciudadanos, en cuanto permite valorar, en cada caso concreto, y desde la libertad, las diversas opciones. Y, asimismo, favorece el mejor funcionamiento de los procesos judiciales, al no mantenerse como las únicas opciones de tutela posible. En esa línea se viene mostrando la Unión Europea que, tras efectuar recomendaciones a los Estados miembros para que incorporaran procedimientos extrajurisdiccionales de conflictos, pasó a las Directivas (sectoriales) que conminan a legislar a los Estados miembros y muy especialmente sobre mediación. En España es especialmente interesante la apuesta que se efectua por un sistema abierto (MASC, métodos adecuados de solución de conflictos) en el Anteproyecto de Ley de Medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia. En este texto se valoriza el consenso, los acuerdos, los pactos, las soluciones consensuadas, alcanzadas de forma directa entre quienes se hallan en conflicto o bien a través de la ayuda de un tercero. La apuesta por incorporar estos medios de forma ya no sectorial sino integradora es especialmente significativo y abriga esperanzas hacia una Justicia allende los tribunales y allende el proceso.

Ahora bien, la euforia y fascinación que arrastran las ADR en el marco de la tutela de los ciudadanos (*Access to justice)* debe, sin embargo, valorarse y temperarse en su justo equilibrio, so pena de convertir la eficiencia en el elemento esencial de conformación de este nuevo modelo, en detrimento de la *justicia*, como valor superior de un Estado social, que exige en todo momento el control por parte del Estado de aquél. La Justicia es un servicio público y como tal debe mantenerse. El peligro de "pseudoprivatizar" la justicia en aras de una mayor economía y eficiencia existe, especialmente si este apoyo a las ADR viene de la

mano de una disminución de presupuestos públicos a la Justicia[31]. En consecuencia, en el término medio y ponderado entre tribunales-procesos-MASC está la proporcionada respuesta que siempre desde el Estado debe darse a la ciudadanía, en la búsqueda y fomento de la paz social y personal.

Las ADR-MASC, una verdadera bocanada de aire en un modelo de Justicia decimonónico y pétreo, puede reportar enormes beneficios, favoreciendo un modelo poliédrico, que incorpora medios de tutela estatales, con personal y medios públicos, con otros medios de tutela de naturaleza privada o incluso cuasi-privada, pero con una característica propia del Siglo XXI: hoy el ciudadano puede en la mayor parte de los casos y desde el ejercicio de la libertad, elegir entre los Tribunales de Justicia del Estado, amparándose en el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en la mayor parte de los textos constitucionales y en otros internacionales, o acudir a otros medios de tutela que hay que entender integrados en el modelo de Justicia (diseñado y controlado por el Estado), que pueden implicar participación privada total o parcialmente. Se ofrece, en suma, un modelo de Justicia plural, un sistema multipuerta de acceso a la Justicia (*multi-door-Justice System*).

En ese sistema de puertas diversas ha venido a incidir la tecnología, remodelando las ADR para convertirlas en ODR (*On line Dispute Resolution).* Encajan en el paisaje de la era digital. Esa impronta de las ODR se ha producido esencialmente en el ámbito de la tutela de los consumidores y usuarios. La Unión Europea ha puesto en marcha la nueva plataforma de ODR de consumo a través del Reglamento 524/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, sobre "resolución de litigios en línea en materia de consumo" y los países de la UE han aprobado leyes que han desarrollado estos mecanismos ODR para sobre todo favorecer la confianza de los consumidores como auténticos agentes del consumo, aquellos que realizan transacciones económicas en el mercado y al que hay que allanar el terreno para que así sea. Ello no es óbice a la extensión de los mecanismos ODR a otros sectores de la conflictividad, posibilitando mediaciones, negociaciones o arbitrajes en línea, lo que se ha ido paulatinamente favoreciendo en las mismas normas reguladoras de la mediación y el arbitraje. O, también, la posibilidad de combinar ambos, ADR-ODR o si se quiere cauces en los que hay actuaciones presenciales y actuaciones en línea. Y avanzamos hacia un paso más, la introducción de herramientas digitales computacionales e inteligencia artificial como negociadores, mediadores o árbitros-robots. La evolución parece imparable y a ello nos referimos *infra.*

31 Sobre un análisis en profundidad de las ADR, vid. Barona vilar, S.: *Nociones y principios de las ADR (Solución extrajurisdiccional de conflictos),* Valencia, Tirant lo Blanc, 2018. Especialmente, puede verse en este punto pp. 27-30.

5. Incorporación del enfoque de «género».

Asistimos, día a día, y de forma universal, a la cada vez más insistente proclamación de la necesidad de incorporar el enfoque de género y la mirada feminista en el contexto de la Justicia.

Cuando se escucha que la sociedad ha cambiado, no puede negarse que es cierto, pero no en todo el planeta (hay multitud de espacios en los que esos cambios no son ni atisbos), y en otros, se muestra como una suerte de cosmética y de plastelina, puramente formal y sin convencimiento sólido de mutación social en busca de la igualdad plena. En algunos países del planeta está todavía todo por hacer y no hay que bajar la guardia en la reivindicación por los derechos de las mujeres de todo el mundo[32].

En ese escenario son muchas las transformaciones que quedan por realizar, pero sobre todo queda por generar una metamorfosis interna, en el pensamiento, en la cultura y en la mirada. Una metamorfosis que permitirá el empoderamiento de quienes durante siglos formaban parte de la "nada cotidiana", de los estereotipos, de los roles patriarcales, de ese papel secundario cuando no del no papel. El momento que vivimos, en una sociedad líquida, es altamente inquietante[33]; una sociedad del miedo, del control, de la seguridad, de la inseguridad, de la desigualdad, y de la injusticia. En ese mundo absolutamente infesto de claroscuros se propicia el sometimiento de lo poderoso sobre el débil (llámese economía sobre justicia, rico sobre pobre, blanco sobre negro, hombre sobre mujer). Y como no, la Justicia también se ve influida por estos claroscuros.

La mirada de género está presente en la Justicia y ha ido generando una suerte de cambios, tanto en lo formal -cuerpo- como en la mente (alma), si bien es indudable que en las sociedades más avanzadas, más allá de la integración legal de medidas que tienden hacia la igualdad formal, se reclama un verdadero cambio, una transformación que lleve a cambiar la mirada y a defender una Justicia con ojos de mujer. Defendemos, en consecuencia, que una de las claves de desarrollo de la Justicia en el Siglo XXI es la feminización de la misma. Y esto exige, amén de medidas legales, simultáneamente, una transformación cultural, de hábitos, de gestión, de interpretación, de pensamiento. Se requiere por ello una metamorfosis del pensamiento[34].

32 Barona vilar, S.: "La necesaria deconstrucción del modelo patriarcal de Justicia", en *Análisis de la Justicia desde la perspectiva de género*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 30-31.

33 No en vano, como apunta Bauman, Z.: *Vida líquida*, Barcelona, Paidós, 2006, p. 9, la liquidez de la vida y de la sociedad se alimentan y se refuerzan mutuamente; esto es, a diferencia de la sociedad "sólida" que precedió a la actual, la modernidad líquida o se fija ningún objetivo ni traza línea de meta alguna y sólo asigna una cualidad permanente al estado de fugacidad.

34 Barona vilar, S.: "La necesaria deconstrucción del modelo patriarcal de Justicia", cit., p. 32.

Se ha caminado en algunos casos hacia políticas de discriminación positiva, que pretenden equilibrar lo desigual, esto es, promover una mayor igualdad de hecho o garantizar a los miembros de los grupos con desventaja una verdadera igualdad de oportunidades[35], compensando las diferencias, si bien no necesariamente permiten trabajar hacia esa transformación del pensamiento. Esto comporta que, ante la desigualdad, se aplican políticas de desigualdad o de trato diferenciado, esto es, un trato preferente, lo que exige obviamente que nazcan con vocación de desaparición en tanto en cuanto se haya superado el desequilibrio real. A mi parecer, toda política de discriminación positiva debe venir configurada desde su estricta temporalidad o estaremos favoreciendo la denominada *injusta justicia.* Y aun considerando que es un mal menor, creo que es un mal, que sería más que conveniente no tener que aplicar para equilibrar lo que es de "justicia" y lo que es de "lealtad" y respeto al ser humano.

Nos preocupa que las respuestas "a golpe de ley" que forman parte de nuestra realidad global (no local) se conviertan en mero maquillaje, y que además en ciertos casos respondan a una irreflexiva necesidad de ofrecer *mucho en poco tiempo*, garante de esa obsesiva apuesta por la eficiencia, la seguridad, la rapidez, el menor coste o el ningún coste, abandonando los viejos parámetros de la Justicia desde las personas, con las personas, por las personas y para las personas. Todo y que algo hemos ido conquistando y como en toda crisis, tambíen aquí pueden encontrarse luces. Los movimientos abanderados por los movimientos feministas, secundados y dirigidos por los organismos internacionales y defendidos por grupos políticos en países democráticos han permitido avizorar una suerte de pequeños cambios, que afectan a las normas, a las políticas de discriminación positiva, y también a la transformación del mundo mediante la educación en valores de igualdad. Como era de esperar, alcanza también al mundo universitario.

En el año 2003 se proclama con la "Declaración de la Conferencia de Ministros con competencias en Educación Superior, celebrada el 19 de septiembre, en Berlín, la necesidad de introducir la perspectiva de género en las titulaciones y estructuras académicas de los distintos países de la UE. Se aprueba asimismo la LO 3/2007, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, en la que se regula (arts. 24 y 25), la integración del principio de igualdad en la política educativa y en el ámbito universitario, subrayando el papel de la universidad como transmisor de valores de igualdad entre mujeres y hombres. Se contempla también que las administraciones públicas deberán promover la inclusión en los planes de estudio de la materia de igualdad entre mujeres y hombres, así como la creación de posgrados específicos y estudios especializados en dicha materia. El marco programático es claro y las Universidades han ido incorporando en los estudios de Grado y Postgrado

35 Uretaga, E.: "Las políticas de discriminación positiva", *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, núm. 146, Madrid, octubre-diciembre 2009, p. 183.

contenidos que transmitan esa formación en perspectiva de igualdad de género, amén de ir pausiblemente realizando una aproximación, siquiera segmentada, de los problemas de género que pueden suscitarse en el ámbito jurídico, también en el mundo de la Justicia[36].

Podríamos afirmar que la primera dimensión de esa mirada desde una perspectiva de género casa con la abrumadora presencia crecientemente mayoritaria de mujeres en la Justicia con números globales (entendida tanto en sede Poder Judicial como en las ADR), si bien no lo hace si se valora la desproporción numérica respecto de quienes se hallan en la cúspide (órganos superiores) y en los órganos de gobierno. Durante siglos las leyes las elaboraron hombres, las aplicaban hombres y las transmitían como académicos también mayoritariamente hombres. Romper esa visión monolítica no ha venido resultando fácil todo y lo que se pretende no es invertir sino integrar miradas, en pro de garantizar la igualdad de quienes deben ser iguales y descubrir que la interpretación jurídica integral e integrada es absolutamente necesaria si se quiere hacer verdadera Justicia.

Para avanzar en esa línea es absolutamente trascendental trasladar a la academia esa mirada plural y esa integración del género en la misma. En el derecho de tutela son numerosas las cuestiones que quedan afectadas por esa importancia del género y que requieren explicación de las instituciones desde la misma: medidas cautelares y de protección de personas implicadas en el proceso, competencia judicial, valoración de la prueba, responsabilidad patrimonial del Estado por errores judiciales de forma diversa según el género, ejecución de sentencia, entre otras. Deben provocarse ideas, pensamientos, reflexiones, que impliquen ruptura, superación de argumentos jurídicos pensados y reflexionados en el pasado desde una visión unidimensional masculina, caminando hacia esa integración del pensamiento con perspectiva de género, especialmente cuando se trata personas en situación de especial vulnerabilidad, como sucede con los supuestos de violencia de género.

Es ineludible que la dimensión que ofrece mayor grado de complejidad para alcanzar una formación jurídica desde el principio de igualdad es la que en su día, en la década de los años setenta comenzara a realizarse por la denominada *Feminist Jurisprudence*, cuyo objeto era precisamente el derecho, la norma jurídica, como objeto de análisis con perspectiva de género y denunciar con datos que el derecho es masculino (la ley ve y trata a las mujeres como los hombres ven y tratan a las mujeres), tiene sexo (no tiene en cuenta las experiencias y necesidades de las mujeres….un ejemplo claro lo constituye la manera en que se construyeron los tipos penales relativos a los delitos sexuales) y tiene género (las relaciones de poder, que son la causa de la desigualdad de las mujeres, se reflejan en la norma

36 Barona vilar, S.: "Fundamento, evolución y contenido de la disciplina en el Siglo XXI", cit., pp. 38-39.

jurídica; el patriarcado se refleja en la norma jurídica). Partía de tres postulados básicos: en primer lugar, la falsa neutralidad del derecho, que invisibiliza a las mujeres, especialmente a través del lenguaje jurídico; en segundo lugar, la falsa objetividad del derecho, pues el pensamiento de quién la aplica y la norma van unidos; y, en tercer lugar, el desmantelamiento del androcentrismo del derecho, para el que se requiere una solución transversal que ligue los saberes jurídicos y los extrajurídicos (experiencia, política, ética)[37].

El camino no es fácil, si bien es indudable que hoy ya se considera que en esa transformación del mundo de la Justicia en el Siglo XXI se han venido incorporando, lenta pero imparablemente, conceptos y maneras para alcanzar la efectiva igualdad real, en esa visión de la Justicia con perspectiva de género. No se trata, sin embargo, de una clave que vertebre la Justicia como compartimento estanco, avasallador o demoledor del pasado, sino que lo es en tanto en cuanto implique crecimiento en igualdad, avance hacia la conquista de derechos de las mujeres y solo podrá hacerlo, y así debe considerarse, de forma transversal con otras áreas jurídicas, además de con la lingüística y la ética de la igualdad.

Es por ello que la deconstrucción de la Justicia -necesaria, imprescindible en este momento de Justicia líquida que vivimos- pasa por esa participación de las mujeres en la Historia, en la Historia jurídica y en su propia historia. Solo desde esa participación será posible (en todos los ámbitos de la vida y no solo en el Derecho) construir un mundo más equitativo, más solidario y más justo[38]. La Justicia con mirada de mujer solo será posible en tanto en cuanto se sepa identificar los espacios –que son muchos todavía- en los que concurren los patrones sexistas, que asentaron las estructurales patriarcales que continúan manteniendo la discriminación y la desigualdad. Los cambios en la Justicia se alcanzarán en la medida en que se produzca esa transformación no solo del cuerpo (ley), sino de los patrones de comportamiento, que son los que se aplican por el mantenimiento del pensamiento, de la *psique*, del alma de la sociedad, que construye –o destruye- el modelo de Justicia.

37 Puede verse, Emmenegger, S.: "Perspectivas de género en Derecho", en *Anuario de Derecho Penal,* núm 1999-2000, pp. 38-39; García amado, J. A.: "¿Tienen sexo las normas? Temas y problemas de la teoría feminista del Derecho", en *Anuario de Filosofía del Derecho IX,* 1992, p. 14; y Barona vilar, S.: "La necesaria deconstrucción del modelo patriarcal de Justicia", cit., pp. 62-65.

38 En el Plan Estratégico 2013-2019 de Oxfam (https://www.oxfam.org/es/la-desigualdad-de-las-mujeres-lograr-justicia-de-genero-para-acabar-con-la-pobreza) se establecen una serie de objetivos para conseguir lo que definen como el logro de un mundo justo y seguro en el que mujeres y niñas tengan poder sobre todos los aspectos de sus vidas y vivan libres de violencia…Cuando las mujeres y las niñas puedan tomar sus propias decisiones y alzar su voz colectiva, y cuando las instituciones satisfagan sus necesidades e intereses, entonces alcanzaremos la equidad de género.

6. Irrupción de las tecnologías y la algoritmización de la Justicia.

Finalmente, la tecnología en su doble momento revolucionario, ha empapado la deconstrucción de la Justicia en este Siglo XXI.

Por un lado, la revolución tecnológica, 3.0., que se nucleó sobre el internet, favorecida por la irrupción de la globalización (no se sabe si como causa o como efecto), convirtiendo la tecnología en instrumento de la Justicia, comenzando a surgir documentos electrónicos, notificaciones electrónicas, videoconferencia, expedientes total o parcialmente electrónicos, etc. Fue el camino hacia la aparición de los movimientos nacionales e internacionales de la e*Justice.*

Por otra parte, la Revolución digital del 4.0., que supuso, allende la empleabilidad de la tecnología, un cambio de *modus operandi*, cambio de protagonistas, de valores, de principios y por supuesto también del empleo de instrumentos en línea. Ahora bien, más que instrumento *per se,* en este momento la tecnología es el elemento esencial, imprescinsible y vital, de manera que se incorpora al estilo de Justicia, a los operadores de justicia y a los resultados de hacer Justicia, y comienzan a proliferar los asistentes tecnológicos, las herramientas complementarias y los sistemas digitales computacionales que caminan hacia la conversión de la sustitución de los operadores de Justicia en robots-decisorios, negociadores, mediadores, etc. En suma, la máquina camina inexorablemente a convertirse en la manera y en los sujetos de la Justicia.

Trasladar cuanto hemos apuntado al mundo del derecho procesal es ya una realidad y son algunos ordenamientos jurídicos los que van incorporando las tecnologías en los sistemas procesales y en las MASC (ODR), para agilizar los procedimientos (la sublime eficiencia). Un primer escalón fue la incorporación de e*Justice*, mediante expedientes electrónicos, o para incorporar documentos electrónicos en materia probatoria o de investigación, o para facilitar en tiempo real la práctica de las pruebas con garantías (como puede ser el uso de las videoconferencias). Podríamos considerar que la incorporación de las tecnologías a los procesos judiciales y también a los arbitrales o a las negociaciones y mediaciones ha supuesto en muchos casos un avance, aportando beneficios que suponen menos coste, más fácil acceso a los sistemas de Justicia y sobre todo mucho más rápido –lo que no siempre es, claro está, sinónimo de más beneficioso-.

Hemos asistido a una aparición constante de numerosas herramientas algorítmicas que permiten la asistencia a los operadores jurídicos. Por ejemplo, la jurimetría o análisis de precedentes jurisprudenciales que realizan estadísticas jurídicas, estrategias de comunicación y defensa, incorporando predictibilidad de éxito o fracaso, a través del análisis de jueces, administración, asuntos, abogados, resoluciones anteriores etc., que alimentan un *Big Data* y lo convierten en una

herramienta algorítmica o software, que es empleado por los abogados para plantear su estrategia de defensa. Ejemplo de ello fue el algoritmo desarrollado en Sheffield y Pensilvania, que predijo en 2016 (un 79% de acierto) el fallo que emitirían los magistrados del TEDH.

En el ámbito propio de la investigación penal se han diseñado software que permiten, desde la localización de personas u objetos, hasta los sistemas audivisuales con tecnologías de última generación que detectan movimientos o armas, o aquellos programas computacionales que permiten arrojar resultados predictivos, combinando herramientas de la teoría criminológica, las matemáticas y la estadística, y delimitando lo que se denomina como *Hotspots*, esto es, lugares calientes en los que es más fácil que se cometan delitos, por ejemplo. Se combinan con otros programas que permiten detectar si una persona puede llegar a reincidir, con propuestas de mayor sanción o más grave medida cautelar. Hay herramientas que facilitan tarea del juez, como aquellos software que permiten determinar la idoneidad y fiabilidad de testigos (ADVOCATE), o analizar el valor que debe otorgarse a los "rumores" (HEARSAY RULE ADVISOR), o permiten la reconstrucción de los hechos (STEVIE), o las herramientas (sistemas biométricos) que realizan análisis de huellas dactilares, de orejas, de identificación de personas por sus movimientos, a través del iris, de las pruebas ADN, y un largo etcétera.

Las herramientas diversas, plurales y tecnológicamente dispares que hemos expuesto, como una suerte de labor asistencial algorítmica, se puede acompañar de modelos algorítmicos más sofisticados que permiten ir sustituyendo numerosas funciones en el mundo de la Justicia. Más allá de los primeros robots policías que patrullan las calles de Singapur, o de los que intervienen en el modelo hongkongniano de Smart-Prison, cárceles en las que todo queda tecnológicamente configurado, estructuras, funciones y personas (guardianes-robots, sistemas electrónicos de comunicación *ad intra* y *ad extra*, sistemas de vigilancia electrónica, etc., que dejan muy atrás el "panóptico" de Foucault), ya se conocen modelos automatizados de solución o gestión de comflictos próximos a la robotización de las funciones ejercidas por negociadores, mediadores, árbitros o jueces.

Ejemplos ya tenemos: Estonia ha puesto en marcha un robot que resuelve disputas contractuales que no excedan de 7.000 euros, con posibilidad de plantear recurso ante un juez humano. Reino Unido y EEUU han establecido unos sistemas de anulación de multas de tráfico a través de un sistema computacional denominado DONOTPAY (chatbot), que en EEUU se le ha denominado como el primer abogado electrónico; o en Reino Unido se han creado herramientas que hacen propuestas de negociaciones en herencias o en divorcios, entre otros. Han aparecido numerosas herramientas que están transformando la Justicia, tanto en la forma y cauce para plantear tutela por los ciudadanos, como de dar respuesta

por los jueces, fiscales, letrados de administración de justicia, notarios, mediadores, árbitros, etc, con su asistencia. Por ejemplo, el sistema Smartsettle, Modria, en negociaciones-mediaciones maquínicas, el eBay Resolution Center, la plataforma JUR (Open Justice Online Dispute Resolution Platform), o los tribunales de internet chinos que son desde 2017 órganos electrónicos que resuelven disputas de consumo, pequeños préstamos en línea, conflictos en materia de derechos de autor, en nombres de dominio, difamaciones en internet y algunas demandas administrativas, llegando a alcanzar en el año 2019 3,1 millones de trámites los realizados por estos tribunales.

La transversalidad de la inteligencia artificial y más específicamente de la algoritmización de la justicia[39] nos lleva a considerar las numerosas cuestiones que van a verse empapadas por ésta: desde la afectación de derechos, pasando por el control de su ética y su fiabilidad, de su aplicación al espacio cibernético, tanto en la sofisticación de la cibercriminalidad como en las consecuencias jurídicas que va a tener la multiplicación de actuaciones en línea y a través del internet de las cosas, provocando desprotecciones, fraudes, suplantaciones de personalidad y un largo etcétera que deben encontrar respuesta en el sistema jurídico con garantías. La algoritmización de la Justicia y la posible robotización de la misma incidirá en numerosas materias de nuestra disciplina: medidas cautelares, prueba, motivación de resoluciones, recursos, ejecución, forma de actuaciones, plazos, principios de escritura-oralidad, etc. Habrá que re-escribir la dogmática procesal y numerosos conceptos procesales encontrarán otra respuesta diversa a la que se consagró en el modelo paradigmático de Justicia en los Siglos XIX y XX. Mucho de fascinación nos invade, empero mucho de inquietante nos debe mantener con los ojos abiertos.

39 Un desarrollo en profundidad sobre la algoritmización de la Justicia puede verse en Barona vilar, S.: *Algortimización del Derecho y de la Justicia. De la Inteligencia Artificial a la Smart Justice*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

BIBLIOGRAFÍA

ALCALÁ-ZAMORA, N.: *Proceso, Autocomposición y Autodefensa,* México, UNAM, (reimpresión), 2000.

ALESSI, G.: *Il processo penale. Profilo storico*, Roma, Laterza, 2001.

BARONA VILAR, S.:

- *Algoritmización del Derecho y de la Justicia. De la Inteligencia Artificial a la Smart Justice*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
- "Fundamento, evolución y contenido de la Disciplina en el Siglo XXI", en AA.VV. *Derecho Procesal I. Introducción,* (coord. por GÓMEZ COLOMER, J.L.; BARONA VILAR, S.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
- *Justicia penal, globalización y digitalización*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2018.
- "La necesaria deconstrucción del modelo patriarcal de Justicia", en *Análisis de la Justicia desde la perspectiva de género*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
- *Nociones y principios de las ADR (Solución extrajurisdiccional de conflictos),* Valencia, Tirant lo Blanc, 2018.
- *Proceso penal desde la Historia. Desde sus orígenes hasta la sociedad global del miedo,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

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

BERGSON, H.: *Materia y memoria,* Buenos Aires, Ed Cactus, 2016.

BIEBRICHER, T.:" Neoliberalismus und Staat –ziemlich beste Feinde", en *Der Staat des Neoliberalismus*, Nomos, 2016.

CARNELUTTI, F.: *Lezioni di Diritto Processuale Civile,* Vol. II, (reimpresión), Padova, 1930.

DAMASKA, M. R.: *The faces of Justice and state authority*, Yale University Press, 1986.

EMMENEGGER, S.: "Perspectivas de género en Derecho", en *Anuario de Derecho Penal,* núm 1999-2000.

ESCARRA, J.: *Code penal de la Republique de Chine*, París, Giard, 1930.

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

GARCÍA AMADO, J. A.: "¿Tienen sexo las normas? Temas y problemas de la teoría feminista del Derecho", en *Anuario de Filosofía del Derecho IX,* 1992.

GARCÍA GALLO, A.: *Manual de Historia del derecho español, I. El origen y la evolución del Derecho*, 10ª ed., Madrid, 1984.

JIMÉNEZ DE ASSÚA, L.: *Tratado de Derecho Penal, Tomo I,* Buenos Aires, Losada, 3ª ed., 1964.

MALINVERI, A.: *Lineamenti di Storia del processo penale*, Torino, Giappichelli, 1972.

MARTÍNEZ GARCÍA, E.: "Tribunales Supranacionales", en AA.VV., *Derecho Procesal I. Introducción,* (coord. por GÓMEZ COLOMER, J. L. y BARONA VILAR, S.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

MCLUHAN, M.: (1962), *The Gutenberg Galaxy: The Making of Typographic Man*, 1962; también en *Understanding Media, 1964.*

MÜLLER, D.H., *Das Gesetz Hammurabis und ihr Verhältnis zur mosaischen Gesetzgebung sowie zu den XII Tafeln*, Wien, Alfred Hölder, 1903.

ROSSI, P.: "Schemi "L'Europa del Diritto", *Storia dei diritto medievale e moderno*, Università Florencia, 2011, http://www.pasqualeclarizio.com/me/dispense/diritto/medievale/P_Grossi_LEuropa_del_diritto.pdf.

SALVIOLI, G.: *Storia del Diritto Italiano. Vol. III. Storia dellla procedura civile e criminale*, Parte Prima, Milano, Hoepli, 1925.

URETAGA, E.: "Las políticas de discriminación positiva", en *Revista de Estudios Políticos (nueva época*), núm. 146, Madrid, octubre-diciembre 2009.

VELEZ MARICONDE, A.: *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Lerner, 1968.

WHITMAN, J.Q.: *The Origins of Reasonable Doubts*, New Haven, Yale University, 2008.

WILKE, H.: *Atopia. Studien zur atopischen Gesellschaft*, Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft, 2001.

LA AMBIGUA INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA EUTANASIA COMO DERECHO INDIVIDUAL DE CARÁCTER PRESTACIONAL. APUNTE CRÍTICO SOBRE LA LO 3/2021, DE 24 DE MARZO

THE AMBIGUOUS INSTITUTIONALIZATION OF EUTHANASIA AS AN INDIVIDUAL RIGHT. CRITICAL NOTE ON LO 3/2021, OF MARCH 24

Rev. Boliv. de Derecho Nº 32, julio 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 46-69

Rosa Mª.
MOLINER
NAVARRO

ARTÍCULO RECIBIDO: 21 de mayo de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 31 de mayo de 2021

RESUMEN: Se abordan aquí tres aspectos relativos a la Ley española de eutanasia, promulgada el 24 de marzo de 2021, que resultan especialmente problemáticos: la falsa configuración de la eutanasia como un 'derecho subjetivo', el falso protagonismo de la autonomía del sujeto y la calificación de la eutanasia como 'muerte natural'. Se sostiene la tesis de que la ley solo ha despenalizado el delito eutanásico cuando se realiza de acuerdo con los requisitos legales; de que no existe un derecho a la muerte y por tanto no es la voluntad del solicitante la que determina la prestación eutanásica y las repercusiones que se producirán en diversos ámbitos por la calificación de muerte natural.

PALABRAS CLAVE: Ley de eutanasia; suicidio asistido; derecho a morir; autonomía del paciente.

ABSTRACT: *Three aspects related to the Spanish Euthanasia Law, promulgated on March 24, 2021, which are particularly problematic are addressed here: the false configuration of euthanasia as a 'subjective right', the false role of the subject's autonomy and the qualification of euthanasia as 'natural death'. The thesis is upheld that the Law has only decriminalized euthanasia crime when it is carried out in accordance with legal requirements; that there is no 'right to death' and therefore it is not the will of the applicant that determines the euthanasia benefit, and the repercussions that will occur in several areas due to its classification as a 'natural death.*

KEY WORDS: *Spanish Euthanasia Law; assisted suicide; right to die; patient autonomy.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN. II. EL ESTABLECIMIENTO DE UN DERECHO A SOLICITAR LA EUTANASIA. III. EL FALSO PROTAGONISMO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LA PERSONA. IV. LA FICCIÓN LEGAL DE CONSIDERAR COMO MUERTE NATURAL LA MUERTE EUTANÁSICA. V. BREVÍSIMAS CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

Pocos hubieran augurado que la tramitación y posterior aprobación en las Cortes de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia (BOE núm. 72, de 25 de marzo de 2021), que entrará en vigor el 25 de junio de 2021, se haya realizado por un trámite de urgencia, en medio de una situación sanitaria excepcional que ha provocado la muerte por coronavirus de más de 100.000 personas (la mayoría de ellos con más de 70 años) y en el contexto jurídico de un dilatado 'estado de alarma' que limita libertades y difumina cualquier debate que no se relacione, directa o indirectamente, con la vacunación o con el auxilio a los muchos sectores económicos que están al borde de la ruina. Pero el hecho es que la eutanasia, una de las cuestiones que mayor controversia social y jurídica ha venido suscitando en España en las últimas décadas, no solo ha sido despenalizada sino convertida, supuestamente, en un derecho individual, sin apenas debate parlamentario, sin apenas debate público y con una regulación no exenta de problemas interpretativos de grueso calado.

La actitud de quienes han defendido y votado la ley (presentada como Proposición de ley orgánica por el Grupo parlamentario socialista) y que se ha manifestado en sus intervenciones parlamentarias, no ha sido la de reconocer en ella un complejo dilema moral y jurídico, donde se encuentran implicadas la filosofía, la antropología, la religión, la medicina, la propia sensibilidad social y derechos fundamentales tan troncales como la vida, la integridad física o la protección de la salud. Al contrario, desde el inicio se ha dado por zanjado el debate público invocando un presunto consenso social favorable (¿dónde está ese consenso?), como si ya todo estuviese clarificado y aceptado, tan solo a falta de una

• Rosa Mª. Moliner Navarro
Profesora Titular de Derecho Civil de la Universitat de València. Ha desarrollado su investigación y publicaciones más relevantes en el ámbito del Derecho de familia. Ha sido creadora y directora del Diploma de Derechos de la Infancia de la Universitat de València, en colaboración con UNICEF. También ha sido Secretaria General y Vicerrectora de Cooperación Internacional de esta Universidad. Es miembro, desde su fundación, de la Comisión de Codificación de Derecho Civil valenciano. Ha sido profesora visitante de la Université Libre de Bruxelles (Bélgica) y ha impartido diversos cursos en materia de Derecho de familia en la Universidad Panamericana (México) y en otras universidades latinoamericanas de Perú, Argentina y Bolivia. Correo electrónico: rosa.m.moliner@uv.es.

sanción jurídica que no podía dilatarse más sin vulnerar las legítimas expectativas de quienes (supuestamente muchísimos) pretendían poner fin a su vida, pero no podían hacerlo debido a la 'vejatoria' calificación de delito que el art. 143.4 del código penal imponía a su decisión de no seguir viviendo.

Cuando no existe siquiera un acuerdo conceptual mínimo sobre lo que deba entenderse por vida digna, dignidad de la persona o situación vital incompatible con la dignidad; cuando no se acaba de disociar la eutanasia del homicidio por compasión o del suicidio asistido; cuando entran en escena conceptos difusos como el de 'sufrimiento psíquico intolerable' y cuando la autonomía de la persona en determinadas circunstancias resulta difícil, si no imposible, de objetivar, aparece como desconcertante y paradójico que se vaya a poner en marcha una ley de eutanasia sin que ésta dedique un solo párrafo del sucinto preámbulo, al menos a intentar justificar desde un punto de vista social, moral y constitucional, el gravísimo hecho que se está amparando: provocar en centros sanitarios y por profesionales sanitarios la muerte de aquellas personas que lo soliciten.

Estamos ante una ley que se refiere asépticamente a 'recibir la ayuda necesaria para morir' (art. 1) como si se estableciera la ayuda necesaria para suministrar un medicamento; que convierte la muerte en una 'prestación sanitaria' y que no parece considerar esencial la necesidad de justificación de un problemático 'derecho a morir'. Al contrario, dedica la práctica totalidad de su articulado al establecimiento de complejos protocolos y composición de comités que supuestamente garantizarán que la prestación de 'ayudar a morir' se realizará 'con todas las garantías'.

¿Es aceptable social y jurídicamente que se legisle en este ámbito sólo para aquellos que desean provocar su muerte pero que no quieren hacerlo por sí mismos, sino que exigen que sean los profesionales sanitarios quienes asuman la responsabilidad de matarles? A mi juicio resulta evidente que, mucho antes que abordar una legislación de este tipo, la existencia del art. 15 de la Constitución (y también por una cuestión cuantitativa) exigía pensar primero en cómo garantizar mejor los derechos de aquellos que no buscan poner fin a su vida, sino que aun estando en situaciones graves desean vivir, pero recibiendo las mejores terapias para las patologías que padecen y los mejores cuidados paliativos posibles. Esa asignatura continúa pendiente en España.

En consonancia con lo expuesto, pretendo abordar aquí, con la brevedad que se nos impone, tres aspectos relativos a la LO 3/2021, que me parecen especialmente problemáticos: la falsa configuración de la eutanasia como un 'derecho subjetivo', el falso protagonismo de la autonomía del sujeto y la calificación de la eutanasia como 'muerte natural'.

II. EL ESTABLECIMIENTO DE UN DERECHO A SOLICITAR LA EUTANASIA.

La conversión de la eutanasia en un derecho individual por virtud de la LO 3/2021 reguladora de la eutanasia (en adelante LOEUT) se produce en dos fases: despenalización de una conducta y atribución de una facultad. En primer lugar, aunque se haya incluido en una disposición final, la ley realiza una despenalización parcial del supuesto eutanásico contemplado en el art. 143.4 del Código Penal, que dejará de ser delito solo cuando la conducta del autor encaje dentro del supuesto que la nueva regulación establece como "derecho a recibir la ayuda necesaria para morir". Para producir este efecto, la Disposición final primera LOEUT modifica el apartado 4 y añade un apartado 5 al art. 143 del Código Penal, en los siguientes términos:

«4. El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de una persona que sufriera un padecimiento grave, crónico e imposibilitante o una enfermedad grave e incurable, con sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables, por la petición expresa, seria e inequívoca de esta, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los apartados 2 y 3.

5. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, no incurrirá en responsabilidad penal quien causare o cooperare activamente a la muerte de otra persona cumpliendo lo establecido en la ley orgánica reguladora de la eutanasia».

El apartado 4 del art. 143 CP ofrece una nueva descripción de las circunstancias que califican el 'supuesto eutanásico', sin alterar los fundamentos (ni resolver los graves problemas interpretativos suscitados) sino simplemente adecuando la terminología a las definiciones incluidas en el art. 3 LOEUT. Así pues, se elimina la frase "cuando sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que le produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar" y se sustituye por la frase "persona que sufriera un padecimiento grave, crónico e imposibilitante o una enfermedad grave e incurable, con sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables".

En todo caso, lo relevante aquí radica en que el nº 4 del art. 143 CP mantiene la tipificación penal del supuesto eutanásico. Esto significa que no se ha despenalizado en España cualquier tipo de conducta eutanásica, sino solo aquella que, de acuerdo con el nº 5 del citado artículo, pueda encajarse en los requisitos exigidos por la LOEUT. Y es eso lo que determina la singularidad del derecho creado: no es un derecho subjetivo de cualquier persona a que se le provoque la muerte cuando lo solicite, sino que configura un derecho limitado a ciertas personas, que cumplan con determinados requisitos, a solicitar que se ponga en marcha el procedimiento legalmente previsto. A partir de ahí, la decisión última sobre

la muerte de la persona se toma en instancias ajenas a la propia persona y de acuerdo con criterios absolutamente ajenos a su voluntad. Volveré más adelante con esta cuestión y la ambigua (falsa) configuración de un 'derecho a morir'.

A la vista de lo anterior, procede afirmar que el efecto realmente producido por la LOEUT no es la creación de un inexistente 'derecho a morir', sino la despenalización parcial de las conductas eutanásicas realizadas por el personal sanitario cuando se cumplan los requisitos previstos por la ley. Es evidente que, al mantener la tipificación del supuesto eutanásico, lo que se ha pretendido es establecer excepciones a la sanción penal, no reconocer un derecho subjetivo a la realización de esa conducta, puesto que hacerlo hubiera significado desproteger absolutamente el bien jurídico 'vida' que el Estado tiene el deber inexcusable de proteger por exigencias del art. 15 de la Constitución. Así lo señaló el Tribunal Constitucional: "El legislador, que ha de tener siempre presente la razonable exigibilidad de una conducta y la proporcionalidad de la pena en caso de incumplimiento, puede también renunciar a la sanción penal de una conducta que objetivamente pudiera representar una *carga insoportable*, sin perjuicio de que, en su caso, siga subsistiendo el deber de protección del Estado respecto del bien jurídico en otros ámbitos" (STC 53/1985, de 11 de abril. FJ nº 9).

Así pues, entiendo que es la idea de "carga insoportable" el único factor que permite al legislador, en este caso, legitimar la despenalización de la conducta eutanásica sin desproteger absolutamente el bien jurídico 'vida', arbitrando la posibilidad de instar el procedimiento establecido en la LOEUT. Sin embargo, con el recurso a una despenalización parcial, es decir, a una exención de sanción penal a determinados supuestos, aunque el bien jurídico no se desproteja 'absolutamente' sí se debilita en gran medida. Precisamente por eso, como apunta Ollero, los casos en que respetar en sentido absoluto el bien jurídico 'vida' representa una "carga insoportable", deberían arbitrarse no a través de una acción despenalizadora general llevada a cabo por el legislador, sino a través de la acción prudencial de los jueces en su tarea de interpretación y aplicación del Derecho al caso particular, pues no cabría exigir responsabilidades penales a quienes no están en condiciones de cumplir con lo establecido en la norma[1].

La cuestión resulta muy relevante debido al hecho de que la intervención despenalizadora del legislador provoca algunos efectos que no se producen en la intervención judicial y que afectan directamente a la fuerza con la que se defiende el bien jurídico. En efecto, al despenalizar determinadas conductas dentro de un tipo penal, el legislador asume el coste social negativo que su dimensión "pedagógica" lleva consigo". El coste negativo de la despenalización tiene que ver con la correlativa normalización de la excepción, es decir, con el hecho de

1 Ollero Tassara, A.: *Bioderecho. Entre la vida y la muerte*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p. 94.

que algo que excepcionalmente se considera 'no punible' se convierte en una acción normalizada. La excepción se convierte en conducta normativa, con el consiguiente debilitamiento de la prohibición que continúa reflejada en el tipo penal[2]. Y con ello se produce la confusión de un *permiso* (en este caso instar el proceso previsto en la LOEUT) con un *derecho subjetivo* a recibir la 'prestación de ayuda para morir'.

Por el contrario, cuando es el juez quien debe decidir si excluye o no la sanción penal en determinados casos (verificar que representan una "carga insoportable"), no se produce el debilitamiento de la protección del bien jurídico, porque queda claro que se trata de casos excepcionales y porque la exención de responsabilidad penal no es automática, sino que ha de mediar un proceso judicial en el que se valore si se dan las circunstancias para excluirla o, en su caso, reducirla[3].

La praxis jurídica demuestra que las conductas despenalizadas acaban siendo consideradas por la opinión pública como auténticos derechos subjetivos, con los problemas consiguientes que esto genera ante situaciones vulneradoras de la legalidad. El caso de la despenalización del aborto en España ha sido paradigmático al respecto. En el caso de la eutanasia se ha ido todavía más allá, porque es la propia ley la que ha incurrido en esa falta de rigor jurídico configurando, equívocamente, la despenalización condicionada del supuesto eutanásico como si fuera un derecho subjetivo "a solicitar y recibir la ayuda necesaria para morir" (art. 1 LOEUT).

Esta ambigua configuración como derecho subjetivo produce además el efecto de atribuir a terceros (los médicos) deberes legales específicos, difícilmente compatibles con el núcleo más sagrado de la profesión médica (*non nocere*) hasta el punto de que les obliga a refugiarse en lo excepcional (la objeción de conciencia) para negarse a realizar una conducta que, en rigor, no deriva de la garantía de un derecho subjetivo sino de una excepción despenalizada, pero que en la práctica se les impone como obligatoria.

Y no puede tratarse de un derecho subjetivo porque la doctrina constitucional ha dejado claro que el derecho fundamental a la vida no puede amparar un derecho a la muerte. En este sentido, no podemos olvidar la diferencia sustancial que existe entre ejercer un derecho y actuar dentro del ámbito del "*agere licere*". El Tribunal Constitucional lo puso de manifiesto en 1990 con ocasión de sus pronunciamientos en torno a la alimentación forzosa de los presos del GRAPO en huelga de hambre. El TC recuerda que no es lo mismo la posibilidad de disponer *fácticamente* sobre la propia vida, que la existencia de un *derecho* a morir, ya que este último implicaría la capacidad de comprometer a terceros y, en última

2 Albert Márquez, M.: "Eutanasia: de delito a derecho", *Bajo Palabra*, II Época, núm. 24, 2020, pp. 249-250.

3 Albert Márquez, M.: "Eutanasia: de delito a derecho", cit., p. 251.

instancia, al Estado, en la garantía de la realización efectiva de esa pretensión. Literalmente lo expresó así:

"El derecho a la vida [tiene] un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte. Ello no impide, sin embargo, reconocer que, siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, pueda aquélla fácticamente disponer sobre su propia muerte, pero esa disposición constituye una manifestación del "*agere licere*", en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo, un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir, ni, mucho menos, un derecho subjetivo de carácter fundamental en el que esa posibilidad se extienda incluso frente a la resistencia del legislador, que no puede reducir el contenido esencial del derecho" (STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 1).

La despenalización condicionada de la acción eutanásica (que es lo que realmente se ha producido como consecuencia de la LOEUT para que pueda considerarse acorde con las exigencias del art. 15 de la Constitución) ha activado la posibilidad de llevar a cabo esa conducta como algo no sancionable penalmente. Pero ni siquiera este permiso explícito la convierte en algo parecido a un derecho subjetivo, tal y como equívocamente se plantea en el texto legal. En sentido estricto, como recuerda el TC, estamos ante una 'libertad'. No tenemos derecho a morir, sino la libertad de instar un proceso reglado, en virtud del cual se excluye la punibilidad de la conducta eutanásica siempre que se cumplan los requisitos establecidos y solo si quienes deben decidir estiman que se dan las circunstancias que permiten provocar la muerte de la persona.

La LOEUT ignora absolutamente la distinción entre la libertad (*agere licere*) y el derecho subjetivo. Es más, la ley lo plantea como si la despenalización de la conducta eutanásica y la exigibilidad de la 'ayuda para morir' fueran dos categorías equivalentes. En realidad, ni siquiera se molesta en aportar un conato de argumentación o explicación, simplemente da el salto de una categoría a otra. En el *Preámbulo* afirma lo siguiente:

"…no basta simplemente con despenalizar las conductas que impliquen alguna forma de ayuda a la muerte de otra persona […]. Se busca, en cambio, legislar para respetar la autonomía y voluntad de poner fin a la vida […]. Es decir, el legislador entiende que no basta con despenalizar, sino que también se ha de regular la eutanasia de modo que sea compatible con el derecho a la vida. Y entre los dos modelos posibles de tratamiento normativo de la eutanasia (despenalizar y regular) nuestro ordenamiento jurídico optaría por regular "los supuestos en lo que la eutanasia no debe ser objeto de reproche penal".

Y, tras explicar en qué consiste tal cosa, concluye:

"En definitiva, esta Ley introduce en nuestro ordenamiento jurídico un nuevo derecho individual como es la eutanasia".

De este modo, sin solución de continuidad, la LOEUT pasa de la despenalización al derecho como si lo primero desembocara naturalmente en lo segundo, empleando ambas expresiones como si fueran sinónimas[4]. Estamos ante una inaceptable ambigüedad y ante una grave inconsistencia jurídica. El hecho de que el legislador no solo no haya delimitado con claridad qué es lo uno y qué es lo otro, sino que los haya confundido, generará problemas importantes en su aplicación, porque despenalizar no equivale a crear derechos. Y esto lo comprobarán fácilmente aquellas personas que pretendan exigir su 'derecho a ser ayudado a morir' y les sea denegado (art. 7 LOEUT) bien por el médico consultor (art. 8.4 LOEUT) bien por la Comisión de Garantía y Evaluación (art. 10.5 LOEUT).

La LOEUT no ha establecido el 'derecho a morir' (o a disponer de la propia vida) a pesar de que su Preámbulo lo proclama con gran solemnidad: "…esta Ley introduce en nuestro ordenamiento jurídico un nuevo derecho individual como es la eutanasia". Si fuera así, cualquiera que deseara morir con la asistencia de un sanitario debería poder hacerlo en cualquier momento, sin restricción alguna. Tener un derecho significa tener un poder sobre algo o sobre alguien. Ser titular de un derecho supone lograr que un tercero haga lo que quizá no quiera hacer, o que no haga lo que quizá querría hacer. Si el 'ser ayudado a morir' se hubiera configurado como un derecho subjetivo, eso significaría que cualquiera podría hacer que otro le provocara la muerte y que ese hecho dependiera exclusivamente de su voluntad.

Por otra parte, un derecho subjetivo a 'ser ayudado a morir' no tendría por qué limitarse a quienes están incursos en una enfermedad grave, terminal o invalidante o a quienes padecen sufrimientos insoportables. En buena lógica, un verdadero derecho a morir debería facultar a cualquiera que deseara morir y no pudiera (o no se atreviera a) hacerlo por sus propios medios, a exigir del poder público la asistencia de alguien que le provocara la muerte. En eso consiste un verdadero derecho a la eutanasia.

Pero no es eso lo que ha configurado la LOEUT. No se les ha conferido, sin más, a los ciudadanos la capacidad de imponer su voluntad sobre la del personal sanitario en el caso de que hubieran decidido poner fin a su vida y necesitaran de su intervención. Lo que se ha conferido al ciudadano es la capacidad de instar un procedimiento administrativo, que puede terminar en el acto eutanásico cuando

4 Albert Márquez, M.: "Eutanasia: de delito a derecho", cit., p. 252.

agentes y entidades externas al sujeto consideran que se cumplen determinados requisitos (el Preámbulo lo explica con claridad: "valoración cualificada y externa a las personas solicitante y ejecutora, previa y posterior al acto eutanásico"). Si de ese procedimiento se derivara finalmente la acción eutanásica sobre la persona, entonces por virtud de la despenalización (art. 143.5 CP) dicha acción no generaría responsabilidad penal. Por consiguiente, no es la persona, en ejercicio de su autonomía, la que impone su voluntad a un tercero para que le provoque la muerte, es el Estado el que obliga a un tercero a realizar esa conducta, cuando estima que en la persona solicitante se cumplen determinadas circunstancias. Con ello, bajo la falsa apariencia de conceder un derecho al ciudadano, es el Estado el que agranda su poder sobre este ámbito trascendental de la existencia: es el Estado quien, en última instancia, decide sobre la vida y la muerte de las personas, y es el que impone el deber jurídico de matar a quienes tienen por oficio justo lo contrario, curar y evitar la muerte de otros[5]. Resulta intolerable que al personal sanitario se le imponga el deber de llevar a cabo un homicidio (despenalizado) y que quienes se resistan a ejecutarlo deban significarse acudiendo a un procedimiento de objeción de conciencia que, de facto, los estigmatiza. Y esto me parece algo tan grave y descabellado que resulta difícil aceptar que pueda haberse producido en un sistema de Derecho occidental como es el español.

En este sentido, coincido plenamente con Albert Márquez, en que para imponer a determinadas personas un deber de matar (o de 'prestar ayuda para morir', según la LOEUT) se requiere de un fundamento mucho más sólido que apelar a la mera autonomía del sujeto que pretende poner fin a su vida. Existe un gigantesco desequilibrio entre ambas situaciones jurídicas. No hay razón lógica que pueda explicar que para garantizar la autonomía de una persona que decide morir se imponga a terceros la obligación jurídica de privarle de la vida. Y estamos aquí ante una cuestión fundamental que la LOEUT ni siquiera se ha molestado en explicar, probablemente porque no ha encontrado ni una sola razón que pueda justificarlo. Y esa ausencia de razones para que el legislador pueda imponer a una persona la obligación jurídica de terminar con la vida de otra, en absoluto puede camuflarse a través del reconocimiento de un derecho a la objeción de conciencia para el personal sanitario[6]. Lo que en realidad revela el reconocimiento de ese derecho a la objeción no es el respeto a las convicciones morales de los sanitarios, sino la falta absoluta de fundamento para que un Estado de Derecho les imponga el inicuo deber de matar.

5 Albert Márquez, M.: "Eutanasia: de delito a derecho", cit., p. 253.

6 Albert Márquez, M.: "Eutanasia: de delito a derecho", cit., p. 254.

III. EL FALSO PROTAGONISMO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LA PERSONA

Como ya dijimos, nuestro sistema constitucional descarta la existencia de un derecho a la muerte (STC 120/1990 y STC 121/1990). De ahí que resulte llamativo (y esperable) que el Preámbulo de la LOEUT no haga ni una sola referencia a la doctrina constitucional española en relación con el derecho fundamental a la vida y su articulación en el supuesto eutanásico. Al igual que se proclama la existencia de un derecho a la eutanasia, que no es tal derecho, se proclama también que la regulación de la eutanasia hace compatible el derecho fundamental a la vida y la integridad física con la dignidad y la autonomía de la voluntad, sin más explicaciones:

"La legalización y regulación de la eutanasia se asientan sobre la compatibilidad de unos principios esenciales que son basamento de los derechos de las personas, y que son así recogidos en la Constitución española. Son, de un lado, los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física y moral, y de otro, bienes constitucionalmente protegidos como son la dignidad, la libertad o la autonomía de la voluntad. Hacer compatibles estos derechos y principios constitucionales es necesario y posible, para lo que se requiere una legislación respetuosa con todos ellos".

¿Cómo resulta compatible el derecho fundamental a la vida y la integridad física de una persona con la acción de un tercero que provoca voluntariamente su muerte, aunque sea a petición expresa de la propia persona? El Preámbulo calla. Un mínimo de honestidad en el legislador le hubiera llevado a invocar, al menos, algunas de las múltiples teorías que se vienen manejando al respecto desde hace tiempo en el debate jurídico: el ambiguo concepto 'calidad de vida', la astuta distinción entre 'vida biológica' y 'vida biográfica', la recurrente apelación a que el art. 15 CE solo puede entenderse referido a una 'vida digna'… Ideas muy presentes en quienes han defendido la legalización de esta práctica, pero ninguna de ellas asumida por la doctrina constitucional que, en todos sus pronunciamientos al respecto, sostiene sin fisuras que el derecho fundamental a la vida excluye absolutamente de su contenido un hipotético derecho a la muerte, y subrayando que, en todo caso, la decisión de morir es una 'libertad'. Es decir, la persona tiene un amplio margen de decisión y libre disposición sobre su vida (*agere licere*), incluyendo la posibilidad de "dejarse morir", pero esa libertad no incluye la exigencia (y mucho menos el derecho, como ya dijimos) de que un tercero le provoque la muerte, ni siquiera cuando se invoca un móvil presuntamente compasivo. De ahí la permanencia del delito eutanásico como un tipo particular de cooperación al suicidio en el art. 143.4 CP.

Como puede observarse, el legislador ha escamoteado hábilmente esta exigible justificación (lo tenía difícil por otra parte). A cambio -y con astucia- ha planteado

demagógicamente la cuestión como si la ley fuera la necesaria respuesta jurídica a un grave problema humanitario: el sufrimiento intolerable de quienes desean morir y no pueden hacerlo porque un sistema jurídico conservador y despiadado lo impide. Esa es la razón última esgrimida por el Preámbulo para justificar la LOEUT:

"Cuando una persona plenamente capaz y libre se enfrenta a una situación vital que a su juicio vulnera su dignidad, intimidad e integridad, como es la que define el contexto eutanásico antes descrito, el bien de la vida puede decaer en favor de los demás bienes y derechos con los que debe ser ponderado, toda vez que no existe un deber constitucional de imponer o tutelar la vida a toda costa y en contra de la voluntad del titular del derecho a la vida. Por esta misma razón, el Estado está obligado a proveer un régimen jurídico que establezca las garantías necesarias y de seguridad jurídica".

Así pues, para el legislador español, la fundamentación última y única de la acción eutanásica radica en que la autonomía de la voluntad de la persona, al menos en relación con la decisión de morir, tiene absoluta preponderancia frente a cualquier bien o derecho que pretenda oponérsele. Para el legislador español, contravenir esa autonomía de la voluntad significa "imponer o tutelar la vida a toda costa". En otras palabras, el acto eutanásico se presenta como un acto de libertad de la persona que, reivindicando su autonomía, decide voluntariamente poner fin a su vida cuando considera que ésta ya no tiene valor, frente a quienes pretenden imponerle una irracional obligación de seguir viviendo. De facto, el argumento de la autonomía es el que más se invoca entre quienes defienden la eutanasia: ¿El derecho a la vida le obliga a uno a vivir en contra de su propia voluntad? ¿No debería prevalecer mi voluntad en la crucial decisión de vivir o morir?

Sin embargo, este planteamiento aparentemente solvente reúne todos los elementos de una falacia ¿La decisión de ser ayudado a morir, tal y como se configura en la LOEUT, pertenece de verdad al ámbito de la autonomía de la persona?

De entrada, como ya hemos reiterado, la doctrina constitucional califica la decisión de morir como una libertad (*agere licere*). Esto significa que el alcance de la autonomía de la persona, en este caso, llegará hasta donde llegue su capacidad de actuar. En otras palabras, a nadie se le obliga a vivir en contra de su voluntad, pero la hipotética decisión de morir, cuando la persona no puede causarse la muerte por sí misma, aun siendo su voluntad firme y deliberada, no puede pretender que sea ejecutada por un tercero.

La eutanasia, tal y como la describe la LOEUT, tanto por su planteamiento (art. 1) como por su ejecución (art. 4) no responde a una disposición *autónoma*

de la vida, sino a una disposición *heterónoma* de la misma: lo que se pretende es 'ser ayudado a morir'. En efecto, la decisión de una persona de poner fin a su vida es, sin duda, una decisión 'autónoma', pero esa decisión no la puede llevar a cabo la persona por sí misma, sino que requiere del concurso necesario, indispensable, de un tercero, convirtiendo así la acción en esencialmente *heterónoma* y, a partir de ese momento, sometida a los protocolos establecidos por la regulación legal. Es otras palabras, el ejercicio de la autonomía no conduce por sí misma al acto eutanásico, sino que se agota, como ya apuntamos, en la capacidad de poner en marcha un procedimiento cuando se cumplen determinados requisitos (art. 4.1 LOUET). A partir de ese momento, la decisión escapa completamente de la autonomía de la persona y queda sometida a la tutela burocrática del poder público, que es de donde procede la decisión final (arts. 5-10 LOUET) y que puede ser favorable o contraria (art. 7 LOUET). El hecho de que pueda presumirse que esa decisión será mayoritariamente favorable a los deseos de la persona (si se certifica que su enfermedad cuadra con la descripción del art. 5.1 d) LOUET), no elimina la realidad de la que, supuestamente, la ley pretendía liberar: la 'imposición o tutela de la vida' por parte del Estado frente a la preponderante autonomía de la persona.

La *heteronomía* es una propiedad inherente a la regulación que la LOEUT hace de la eutanasia, por lo que mal puede justificarse recurriendo a la autonomía del sujeto. Sin la acción directa del tercero, la muerte de la persona no puede producirse. Cuando la persona es capaz de provocarse a sí misma la muerte (dejando a un lado la calificación moral del acto) entonces sí estamos ante una decisión y una ejecución fruto de su autonomía. El suicidio, que no está penado en nuestro sistema jurídico (aunque sí la inducción y la cooperación) responde plenamente a la autonomía de la persona. La eutanasia, en cambio, puesto que depende del concurso de un tercero, es heterónoma por definición y eso significa que nadie puede, como consecuencia directa de la autonomía de su voluntad, obligar a otro a provocarle la muerte, sin que eso constituya un delito de acuerdo con el art. 143.4 CP. La decisión no es de la persona sino de las instancias externas que evalúan su decisión (art. 5.2 LOUET). La obligación del tercero de provocarle la muerte no nace de la autonomía del peticionario, sino que la impone el Estado una vez que verifica el cumplimiento de los requisitos y protocolos (art. 11 LOUET). Esa es la razón por la cual 'la prestación de ayuda para morir' no puede configurarse como un derecho subjetivo, sino como una simple capacidad de instar el procedimiento: la persona no 'decide' solamente 'solicita' (art. 5 LOUET). Quien decide es una instancia ajena (Comisión de Garantía y Evaluación, *ex* art. 10 LOUET), que puede respetar (o no) su voluntad, pero que en todo caso la tutela al margen de la propia persona.

Por otra parte, como el propio Preámbulo reconoce, la *heteronomía* resulta inevitable en cualquier regulación del acto eutanásico, porque el Derecho debe establecer garantías y controles para evitar que pueda privarse a alguien de la vida injustificadamente. Sin controles rigurosos que acrediten la libre voluntad de la persona ningún acto eutanásico resultaría jurídicamente aceptable; por ello, esa voluntad requiere una tutela y ha de someterse al cumplimiento de estrictas condiciones físicas y psicológicas: estado de salud, sufrimiento, lucidez, capacidad, competencia, etc. (arts. 8-12 LOUET) ¿Qué significa todo esto? Significa que la decisión última es absolutamente *heterónoma*: si, quienes ejercen el control no lo autorizan, la decisión de morir del sujeto no se llevará a cabo.

En ese sentido, el protagonismo en todos los pasos a seguir exigidos por el intrincado procedimiento (capítulo III de la LOUET) no lo tiene el "paciente solicitante", sino el "médico responsable" (art. 8.1) el "equipo asistencial" (art. 8.2) el "médico consultor" (art. 8.3) y la "Comisión de Garantía y Evaluación" (art. 8.5) a quien corresponde la decisión definitiva (art. 10). Se trata ciertamente de un sistema riguroso, que trata de evitar abusos o presiones, pero que diluye completamente la autonomía del sujeto: su decisión queda sometida a la voluntad de, al menos, cuatro instancias distintas y completamente ajenas a la voluntad del solicitante.

Hay, sin embargo, un supuesto en el que la redacción del texto legal genera un problema interpretativo por su ambigüedad. Se trata del supuesto en el cual la persona se encuentre incapacitada para realizar la solicitud de eutanasia, pero haya dejado un documento de instrucciones previas en el que se contenga su voluntad de ser sometida a la acción eutanásica. Lo prevé el art. 5.2 LOUET:

"No será de aplicación lo previsto en las letras b), c) y e) del apartado anterior en aquellos casos en los que el médico responsable certifique que el paciente no se encuentra en el pleno uso de sus facultades ni puede prestar su conformidad libre, voluntaria y consciente para realizar las solicitudes, cumpla lo previsto en el apartado 1.d), y haya suscrito con anterioridad un documento de instrucciones previas, testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes legalmente reconocidos, en cuyo caso se podrá facilitar la prestación de ayuda para morir conforme a lo dispuesto en dicho documento. En el caso de haber nombrado representante en ese documento será el interlocutor válido para el médico responsable".

De acuerdo con lo estipulado por ese precepto, cuando la persona carece de capacidad, pero ha redactado un documento de instrucciones previas (en el que se supone que expresa su voluntad de que se le aplique la acción eutanásica), entonces se le '*podrá facilitar*' la eutanasia según lo que figure en ese documento. ¿Qué debemos entender por '*facilitar*'? A mi juicio, caben dos interpretaciones.

Por una parte, cabe sustentar una interpretación 'radical', amparada por la conjunción de este precepto con el art. 9 LOEUT, que impone taxativamente al médico responsable aplicar lo previsto en el documento de instrucciones previas. Siguiendo esta interpretación (que seguramente será la que prevalezca), al paciente se le deberá aplicar directamente la 'prestación' (poner fin a su vida) saltándose todos los controles previos establecidos como garantías del proceso, puesto que todos esos controles son suplidos por el documento de instrucciones previas. Así pues, por virtud del art. 9 LOEUT, el documento de instrucciones previas no solo suple aquellas exigencias del procedimiento establecidas por el art. 5 LOEUT, que el paciente evidentemente no puede cumplir por su incapacidad, a saber: recibir por escrito información sobre su 'proceso médico' ni sobre las posibilidades de acceso a cuidados paliativos (art. 5.1 b); formular por escrito dos solicitudes con al menos 15 días de diferencia entre ambas, garantizando que no está sometido a ninguna presión (art. 5.1 c) y prestar consentimiento informado con carácter previo a la 'prestación' (art. 5.1 e). También supondría saltarse las garantías de procedimiento establecidas por el art. 8.1 (doble proceso deliberativo) y por el art. 8.2 (recabar consentimiento del paciente).

Si se acoge esta interpretación, el médico responsable estaría obligado a decidir la acción eutanásica, de acuerdo con el art. 9, con los únicos requisitos previos de certificar que la persona sufre "una enfermedad grave e incurable o un padecimiento grave, crónico e imposibilitante en los términos establecidos en esta Ley" (art. 5.1 d), comunicarlo al equipo asistencial (art. 8.2), comunicarlo al 'médico consultor' (art. 8.3) y comunicarlo a la Comisión de Garantía y Evaluación (art. 8.5), aportando el documento de instrucciones previas (art. 6.4).

Acogiendo esta interpretación, la intervención del 'médico consultor' *ex* art. 8.3 LOEUT se limitará a 'corroborar' el carácter grave e incurable de la enfermedad certificado por el 'médico responsable' (art. 5.1 d) y la existencia y contenido del documento de instrucciones previas (art. 5.2). Puesto que el art. 9 obliga a seguir lo dispuesto por ese documento, el informe de este médico deberá ser *siempre* favorable cuando 'corrobore' las dos circunstancias ya mencionadas. De igual modo, la Comisión de Garantía y Evaluación (CGE) a quien corresponde la decisión final sobre la prestación y que debe verificar la corrección del procedimiento de acuerdo con el art. 10 LOEUT, también deberá emitir *siempre* un informe favorable cuando compruebe que la voluntad manifestada en el documento de instrucciones previas es la de someterse al acto eutanásico. Nada podría oponerse a este documento, a tenor de lo indicado por el art. 9 y el art. 5.2 LOEUT, salvo que se demuestre su falta de autenticidad.

Procede constatar aquí la increíble paradoja que suscita esta interpretación. En efecto, por virtud del art. 9 LOEUT, la voluntad de una persona expresada

meses o años antes del momento de acceder a la prestación, obliga a realizarla eliminando todos los controles establecidos para garantizar que, precisamente en ese momento, su voluntad sea libre y carente de presiones de cualquier tipo. Es decir, el documento de instrucciones previas es el instrumento que vincula realmente la autonomía de la persona con el acto eutanásico, ya que consigue imponer su voluntad excluyendo por completo la intervención de terceros y asegurando que esa voluntad se cumplirá.

He ahí la paradoja: cuando se tiene conciencia y capacidad para solicitar la prestación eutanásica es posible que, aun manifestando esa voluntad, alguna de las instancias implicadas pueda impedir que la persona acceda a la prestación (aunque la negativa sea recurrible). Sin embargo, cuando no se tiene capacidad para solicitarla, pero se ha redactado un documento de instrucciones previas, el acceso a la prestación eutanásica es automático, sin que ninguna instancia pueda oponerse o alegar nada al respecto, ni siquiera el representante, en caso de que se hubiera previsto en el documento.

La redacción del último párrafo del art. 5.2 LOEUT contempla la figura del '*representante*', en el caso de que se hubiera nombrado en el documento de instrucciones previas. El texto lo reconoce como 'interlocutor' del médico responsable. Está claro que deberá intervenir en la interpretación del documento en el caso de que surgiera alguna duda sobre sus disposiciones y para confirmar en todo caso que la voluntad de su autor era poner fin a su vida. También parece claro que será la persona indicada para presentar la solicitud de acción eutanásica ante el centro hospitalario, de acuerdo con el art. 6.4. No parece, sin embargo, que el texto legal esté contemplando la posibilidad de que el 'representante' vaya más allá de la mera *interlocución*, aunque fuera un familiar directo, y que pudiera en algún caso oponerse a la ejecución de la eutanasia si estuviera expresamente indicada en el documento de instrucciones previas.

Cuando no se hubiera nombrado representante y no existiera ninguna otra persona capacitada, la ley concede al médico responsable (una vez certificada la situación del paciente) la facultad de instar el proceso eutanásico, legitimándole para solicitar el documento de instrucciones previas al registro correspondiente y de presentar la solicitud (art. 6.4 LOEUT).

También cabría acoger una interpretación menos radical y, por tanto, más garantista, aunque difícilmente pienso que será la prevalente. En esta segunda interpretación el término '*facilitar*' no debe traducirse directamente como 'ejecutar' lo dispuesto en el documento, sino considerar prevalente su contenido, pero sin excluir la intervención de las instancias garantistas previstas por la ley. Como ya hemos expuesto, el documento de instrucciones previas permite saltarse las exigencias establecidas por el art. 5.1 y los números 1 y 2 del art. 6 LOEUT

que el paciente no puede cumplir por su incapacidad, junto con las previsiones paralelas establecidas por los números 1 y 2 del art. 8 LOEUT. Sin embargo, de acuerdo con esta interpretación más garantista, la previsión del art. 9 LOEUT no podría excluir que la preceptiva intervención del 'médico consultor' (art. 8.3) finalizara con un informe *negativo* a la acción eutanásica, a pesar de lo indicado en el documento de instrucciones previas, alegando, por ejemplo, la probabilidad de una recuperación de las facultades mentales del paciente y estimando prudente dilatar el acto durante un plazo, hasta que se produjera esa recuperación o hasta que definitivamente se descartase. O también podría alegar una discrepancia o duda respeto al carácter grave e incurable de la enfermedad (art. 5.1 d).

En tal caso, la Comisión de Garantía y Evaluación (CGE) ya no se limitaría a constatar el contenido del documento de instrucciones previas, sino que tendría que entrar a valorar el informe negativo del médico consultor y el correspondiente del médico responsable y asegurar que se cumplen las garantías del proceso establecidas por la ley. Esto significa, por tanto, que también cabría la posibilidad de que la CGE emitiera un informe desfavorable al acceso a la prestación eutanásica. Este informe, aun siendo recurrible ante la jurisdicción contenciosa (art. 10.5 LOEUT), bien por el médico responsable o bien por el representante del paciente u otra persona legitimada, demostraría, en todo caso, que la decisión última tampoco procedería de la autonomía de la persona, sino de una instancia ajena a la misma.

IV. LA FICCIÓN LEGAL DE CONSIDERAR COMO MUERTE NATURAL LA MUERTE EUTANÁSICA

La Disposición adicional primera de la LOEUT, bajo la rúbrica "Sobre la consideración legal de la muerte", dispone lo siguiente:

"La muerte como consecuencia de la prestación de ayuda para morir tendrá la consideración legal de muerte natural a todos los efectos, independientemente de la codificación realizada en la misma".

La lectura de este precepto suscita sorpresa y bastantes interrogantes: ¿Qué significa jurídicamente una "muerte natural a todos los efectos"? ¿Cuáles son "los efectos" de que se considere o no "muerte natural"? ¿Cuándo estamos ante una "muerte natural"? ¿Qué significa "la codificación realizada en la misma"? Antes de abordar brevemente un intento de clarificación de estos términos, quiero destacar que en esta disposición se está estableciendo una contradictoria 'ficción legal', puesto que el propósito evidente de la ley es justo lo contrario de lo que el precepto consagra. En efecto, la ley protege la voluntad de una persona de ser ayudado por un tercero a ponerle fin a su vida, anticipando el fin natural de la misma, es decir, para evitar la 'muerte natural'. Resulta evidente que el concepto

de acción eutanásica implica necesariamente excluir el concepto de 'muerte natural' y asumir el final anticipado de la vida mediante la acción de un tercero que lo provoca. Pero la LOEUT, como hemos visto, no gasta energía en explicar las contradicciones.

No obstante, ¿qué intención alberga este precepto? ¿Qué se pretende con esta ficción legal? Si acudimos al Preámbulo en busca de respuesta, podemos leer en su último párrafo que: "Las disposiciones adicionales, por su parte, se dirigen a garantizar que quienes solicitan ayuda para morir al amparo de esta ley, se considerará que fallecen por muerte natural […]". En consonancia con la sumariedad con la que despacha todas las cuestiones, el Preámbulo silencia el motivo por el cual el legislador ha considerado oportuno establecerlo así. Tampoco se molesta en explicar el concepto de "muerte natural", ni mucho menos se detiene a especificar cuáles son los "efectos" positivos que se derivarán de su equiparación con la muerte eutanásica, que tampoco se detallan en la disposición adicional.

El art. 3 LOUET, dedicado exclusivamente a las definiciones, bien podía haber incluido una definición de 'muerte natural' como aquella que se produce por efecto de la patología del paciente, y no por efecto de la sustancia mortal que se le administra en el caso de la muerte eutanásica. Pero entonces quedaría demasiado en evidencia que la acción eutanásica consiste en acabar con la vida del paciente. De ahí que la ley haga hincapié en todo momento sobre la autonomía del paciente y su voluntad de morir y sobre el supuesto carácter benéfico y compasivo de la acción eutanásica, difuminando el hecho de que se produce por la administración de una sustancia mortal. Con ese afán disimulatorio, la LOEUT relega la equiparación a una disposición adicional.

En principio, la oportunidad de este precepto apuntaría a evitar la calificación del acto eutanásico como 'muerte violenta', derivada del art. 66 de la Ley de Registro Civil[7] en relación con los arts. 340 y 343 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; es decir, para evitar la incoación diligencias judiciales y de efectuar autopsia, atendiendo a lo dispuesto por la Recomendación Nº (99) 3 del Consejo de Ministros de los Estados Miembros para la armonización metodológica de las autopsias médico legales de la Unión Europea. En definitiva, la DA1ª de la LOEUT evitaría la exigencia de incoar diligencias judiciales y efectuar autopsia en los casos que se ajustaran a lo previsto en su regulación. La muerte eutanásica, por virtud de este precepto, vendría considerada "a todos los efectos" como una muerte 'no

7 Art. 66 de la Ley de Registro Civil: "En ningún caso podrá efectuarse la inscripción de defunción sin que se haya presentado ante el Registro Civil el certificado médico de defunción. En el certificado, además de las circunstancias necesarias para la práctica de la inscripción, deberán recogerse aquellas que se precisen a los fines del Instituto Nacional de Estadística y, en todo caso, la existencia o no de indicios de muerte violenta y, en su caso, la incoación o no de diligencias judiciales por el fallecimiento si le fueran conocidas o cualquier motivo por el que, a juicio del facultativo, no deba expedirse la licencia de enterramiento."

violenta', es decir, se consideraría una 'muerte natural' provocada por la acción de la propia patología, con lo que, en ningún caso, podría calificarse como homicidio, ni implicar como autores al médico y los sanitarios que la produjeran, en el caso de que la acción eutanásica se hubiera realizado en la modalidad prevista en el art. 3 g) 1º LOEUT.

En ese mismo sentido, la DA1ª evitaría también que la muerte eutanásica pudiera calificarse como suicidio, cuando esta se produjera en el supuesto de autoadministración de la sustancia mortal por parte del paciente, de acuerdo con el art. 3 g) 2º LOEUT, excluyendo de responsabilidad penal como cooperador al médico que la prescribe. Ciertamente la modificación del art. 143 del CP realizada por la *Disposición Final primera* LOEUT, con la inclusión de un nuevo apartado 5 en el precepto, ya excluye de responsabilidad penal a quien cause o coopere al suicidio de otro por una acción eutanásica legal. Pero la propia naturaleza del precepto continúa calificando la acción eutanásica de la víctima como suicidio, dado que la tipificación penal de esa conducta, mediada por la acción de un tercero, sigue incluida como caso particular de cooperación al suicidio, aunque no se incurra en responsabilidad penal. En consecuencia, si el resultado de la acción eutanásica desde la perspectiva de la víctima sigue calificada como suicidio, esto sí tendría repercusiones jurídicas, puesto que el suicidio está considerado como causa '*no natural*' de muerte, incluso a efectos estadísticos (por ejemplo, estadística de defunciones del INE), según lo dispuesto en la Recomendación Nº (99) 3 del Consejo de Ministros de los Estados Miembros para la armonización metodológica de las autopsias médico legales de la Unión Europea.

Así pues, en el caso de la acción eutanásica producida por un tercero, el efecto de la DA1ª evita que sea calificada como homicidio y en el caso de que esa acción sea autoproducida por el propio paciente, evita que dicha acción sea calificada como suicidio. Habrá que suponer que es a estas dos modalidades, previstas por el art. 3 g) LOEUT, a las que se refiere la críptica expresión "independientemente de la codificación realizada en la misma". En este último caso, la previsión legal de que la muerte eutanásica sea considerada como "muerte natural" y "a todos los efectos" cobra, además, una relevancia singular, en especial, con relación a la existencia de eventuales contratos de seguro de vida. En otras palabras, la DA1ª parece asegurar que la muerte eutanásica autoproducida no impedirá, en su caso, el cobro de la prima de seguro de vida por parte de los beneficiarios.

La intención de no perjudicar el eventual cobro de un seguro de vida del paciente, si lo hubiere, parece evidente si atendemos a que, en el texto de la Proposición de Ley de regulación de la eutanasia, presentada en 2018 por el Grupo Parlamentario Socialista (PLO 122/000239) que caducó por la disolución de las Cortes y la convocatoria de elecciones, contenía la misma Disposición adicional

primera, pero añadiendo una última frase que, sin explicación, ha desaparecido en la redacción de la LOEUT. El texto de la anterior DA1ª decía así:

"La muerte producida por alguna de las formas de ayuda para morir se considerará equivalente a una muerte natural a todos los efectos, *incluidos los relativos a los seguros de vida*".

La PLO de 2018, al mencionar expresamente los seguros de vida, estaba contemplando que la familia del fallecido pudiera cobrar la póliza del seguro incluso si la muerte se hubiera producido durante el primer año de contrato. La razón se encuentra en lo dispuesto por el art. 93 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro: "Salvo pacto en contrario, el riesgo de suicidio del asegurado quedará cubierto a partir del transcurso de un año del momento de la conclusión del contrato. A estos efectos se entiende por suicidio la muerte causada consciente y voluntariamente por el propio asegurado".

Aunque la posibilidad de preverlo se recoge en el art. 93 LCS, resulta muy difícil (si no imposible) pensar en la posibilidad de que una póliza de seguro de vida acepte incluir un pacto en contario de esa naturaleza. Sería absolutamente sospechoso para la compañía de seguros que el titular insistiera en incluir ese pacto, sin dar a entender que está contemplando la posibilidad de suicidarse (quizá incluso porque ya se tiene noticia de la enfermedad que se padece, aunque sus manifestaciones externas no sean aún patentes). Ante tal disyuntiva sería inverosímil que cualquier compañía aceptara la cláusula. En cualquier caso, el anterior texto de la DA1ª de la PLO, eliminaba el problema que pudiera haberse generado en este ámbito para los beneficiarios del seguro de vida cuando la muerte eutanásica se produjera dentro del primer año de vigencia de la póliza.

¿Cuál es la razón de que en el texto de la vigente DA1ª LOEUT haya desaparecido esa referencia específica a los seguros de vida? Resulta difícil saberlo y habrá que esperar a que la jurisprudencia confirme su utilidad para garantizar el cobro de la prima del seguro de vida del paciente, si lo hubiese, cuando la eutanasia se le practicara antes de finalizar el primer año de vigencia del contrato de seguro.

También cabe atisbar una segunda función de la DA1ª relacionada con indemnizaciones por razón de 'accidente de trabajo' con resultado de muerte o por 'enfermedad profesional'. En estos casos, la calificación de la acción eutanásica como 'muerte natural' podría plantear problemas para percibir las indemnizaciones previstas a sus beneficiarios (cónyuge, hijos y, en su caso, padres), de acuerdo con el art. 1 e) del Estatuto de los Trabajadores. Si la enfermedad grave e incurable prevista por el art. 5.1 d) LOEUT estuviera vinculada con el desempeño del trabajo del paciente que recurre a la eutanasia, habría que ver si la calificación de esa

muerte como 'muerte natural' permitiría considerarla como 'accidente de trabajo con resultado de muerte' o como muerte por 'enfermedad profesional'. De nuevo tendrá que ser la jurisprudencia la que deberá pronunciarse sobre la cuestión.

En todo caso, constituiría el colmo de las paradojas que, por la indefinición de esta surrealista y contradictoria ficción legal, la decisión de una persona de recurrir a la eutanasia se viera condicionada en la práctica por la posibilidad de que la familia pudiera cobrar (o no) un seguro de vida o pudiera acceder (o no) a las indemnizaciones previstas por accidente de trabajo o enfermedad profesional.

V. BREVÍSIMAS CONCLUSIONES.

El proceso que se ha puesto en marcha con la aprobación de la LOEUT va mucho más allá de la despenalización de la acción eutanásica en determinados supuestos. No se trata simplemente de una cuestión técnico jurídica sobre la oportunidad de no imponer sanciones penales a determinadas acciones, considerándolas ahora amparadas por la autonomía de la voluntad de la persona. El problema de fondo radica en que la acción del Derecho tiene una profundísima función pedagógica sobre el tejido social, sea para estigmatizar una conducta o sea para normalizarla. No estamos, pues, ante la mera regulación jurídica de una conducta, sino ante la respuesta que estamos dando como país, como sociedad y como civilización a uno de los problemas morales más profundos de nuestra época, como es al tratamiento de la fragilidad humana extrema.

En ese sentido, resulta muy ingenuo pensar que la institucionalización de la eutanasia como recurso ante el final de la vida humana, solo afectará a quienes 'opten' libremente por acogerse a ella y resultará ajena o indiferente para todos aquellos que no desean optar por solicitarla. Como ha subrayado atinadamente Marta Albert, "la normalización de la eutanasia afectará necesariamente a todos los enfermos y mayores y, el día de mañana, a nosotros mismos: el derecho a morir de unos pocos se transformará en el 'deber' (no jurídico, pero tremendamente eficaz) de morirse de muchos"[8]. En efecto, a partir de la institucionalización de un 'derecho a morir', la situación de un enfermo grave y crónico dejará de ser la consecuencia natural de la fragilidad humana y pasará a ser una dura carga familiar y social que no resulta razonable sostener existiendo la posibilidad de abandonar este mundo, liberándose a uno mismo de todo sufrimiento y a sus congéneres de toda responsabilidad. Por virtud de esta siniestra regulación, la enfermedad ya no será algo natural que el paciente sufre y que genera hacia él la compasión, el acompañamiento y el cuidado, sino que se convertirá para él en la ineludible exigencia de 'optar': seguir viviendo o anticipar la muerte. Y sobre la 'opción' de

8 Albert Márquez, M.: "Nota del editor invitado: legalización de la eutanasia: lo que está en juego", *Cuadernos de Bioética,* vol. 30 (98), 2019, p. 21.

seguir viviendo pesará la enorme losa de ser calificada como "obstinación". A partir de ahora, cuando alguien decida no ejercer su 'derecho a solicitar morir' ¿tendremos hacia él la misma consideración que cuando no gozaba de esta prerrogativa? Resulta obvia la presión que experimentará quien se encuentre en esa situación.

Por último, como la práctica totalidad de las instancias sanitarias señalan, la verdadera urgencia en el final de la vida no está en la eutanasia sino en la universalización de los cuidados paliativos. En España se estima que no reciben los adecuados cuidados aproximadamente la mitad de quienes los necesitan. Los cuidados al paciente y a su familia durante el proceso final de la vida sí representan una ayuda real para el buen morir. Esos cuidados sí constituyen el presupuesto de una verdadera libertad de opción del paciente, que no puede ejercerse en medio de situaciones hospitalarias precarias y de sufrimientos no tratados correctamente, por más derechos que se le reconozcan.

La respuesta que la LOEUT ofrece a la fragilidad y al sufrimiento humano al final de la vida representa, a mi juicio, uno de nuestros mayores fracasos como sociedad. Considero que los enfermos y sus familias merecen un compromiso social y jurídico infinitamente más acorde con nuestro compromiso de proteger especialmente a los más débiles y vulnerables. Sorprende por ello que la necesaria inversión pública en cuidados paliativos continúe postergada *sine die*.

BIBLIOGRAFÍA

ALBERT MÁRQUEZ, M.:

"Eutanasia: de delito a derecho", *Bajo Palabra*, II Época, núm. 24, 2020.

"Nota del editor invitado: legalización de la eutanasia: lo que está en juego", *Cuadernos de Bioética,* vol. 30 (98), 2019.

OLLERO TASSARA, A.: *Bioderecho. Entre la vida y la muerte*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

EL FUNDAMENTO LIBERAL DEL DERECHO A LA INTIMIDAD

THE LIBERAL FOUNDATION OF THE RIGHT TO PRIVACY

Rev. Boliv. de Derecho Nº 32, julio 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 70-95

Luis DE LAS HERAS y Daniel José GALLEGO

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de marzo de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 30 de abril de 2021

RESUMEN: El derecho a la intimidad se configura como un muro de contención frente a las injerencias del Estado en el ámbito privado de las personas. A lo largo de este trabajo trataremos de exponer los fundamentos filosófico-liberales que nos han llevado hasta lo que hoy es concebido como "derecho a la intimidad".

PALABRAS CLAVE: Derecho a la intimidad; liberalismo; esfera privada.

ABSTRACT: *The right to privacy is configured as a "retaining wall" against State interference into the private sphere of people's life. Throughout this work we will try to expose the philosophical-liberal foundations that have led us to what is now conceived as the "right to privacy".*

KEY WORDS: *Right to privacy; liberalism; private sphere.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA INTIMIDAD COMO VALOR.- 1.- Grecia, Roma y la transición desde el cristianismo a la Edad Moderna.- 2. La Edad Moderna.- A) Enfoque filosófico-político: Hobbes y Locke.- B) Enfoque filosófico-económico: el pensamiento de Juan de Mariana como base de la libertad.- 3. El fin de la Edad Moderna.- 4. De la sociedad industrial a la informática: la aportación desde la sociología.

I. INTRODUCCIÓN.

No en pocas ocasiones se ha dicho que el Derecho "es la armadura del Estado", y lo es porque "el *ius* une a los hombres como el *iugum* liga a los bueyes y como la armadura a los ladrillos"[1]. Si el Derecho es una fuerza que liga, que une, indefectiblemente cabe preguntarse si es posible un Estado sin Derecho, una sociedad en la que no rija el antiguo aforismo «*ubi societas ubi ius*». La razón y la Historia demuestran que, si bien no es lo deseable, sí que es posible, y de hecho lo ha sido. Sin embargo, ante un Estado-Poder que sistemáticamente ha demostrado que no teme conculcar las conciencias o vaciar las vidas de sus ciudadanos[2], debemos reflexionar sobre si es posible el Derecho sin Estado -o con una expresión mínima - y muy singularmente sobre qué queda de la libertad humana ante la expansión de los Estados modernos, pues dos de los errores actuales más frecuentes consisten en, por un lado, centrar el análisis en torno a la forma determinada de los Estados y no a su ejercicio. Y, por el otro, el papel de la libertad en la organización social y la importancia de los Estados para su consecución.

Sin duda, el reto es arriesgado. Pero no debemos caer en el confort porque éste siempre nos aísla[3]. Por este motivo cabe adentrarse en un ámbito en el que abundan notables especialistas, lo que nos obliga a "no falsificar lo elevado ni adular lo vulgar"[4], esto es, a una lectura detenida, paciente y contemplativa en busca del sentido de la intimidad en la composición del orden social.

En consecuencia, en lo sucesivo, vamos a analizar el sustrato metajurídico que justifica la intimidad como valor esencial sin el que el desarrollo de la persona

1 Carnelutti, F.: *El arte del Derecho*, Buenos Aires, 1948, p. 15.

2 Musil, R.: *El hombre sin atributos*, Barcelona, 1970, p. 40: "Ante la ley, todos los ciudadanos eran iguales, pero no todos eran igualmente ciudadanos".

3 Benjamin, W.: "Sobre algunos temas en Baudelaire", *Ensayos escogidos*, Buenos Aires, 2016, p. 33.

4 Kafka. F.: *Josefina, la cantora, o el pueblo de los ratones, Cuentos completos*, p. 690.

• Luis de las Heras Vives
Abogado. Vicepresidente del Instituto de Derecho Iberoamericano. Doctor en Derecho.

• Daniel José Gallego Morales
Economista

deviene imposible y en un contexto en el que el Estado asedia infatigablemente hasta los resquicios más remotos de nuestra intimidad. De hecho, conviene recordar que, con posiciones antitéticas, público y privado han sido elementos centrales en la formulación de la libertad. Sin embargo, no puede dejar de recordarse que el punto de partida de esta dicotomía arranca desde los postulados del estatismo finalmente depurados por Hegel en las categorías de *familie* (familia), *bürgerliche gesellschaft (*sociedad civil)[5] y Stät (Estado), y posteriormente purgadas y tamizadas por los postulados de marxistas en su visión antagónica de Estado y sociedad civil[6], llegando a negarse así la expresión "vida privada" por asociarse a la "propiedad privada"[7].

Béjar sostuvo que lo público es un ámbito ya dado, mientras que lo privado supone una construcción que requiere voluntad e intención y exige el apartamiento y abandono de la arena pública[8].

En Europa, sin embargo, la configuración de la tutela de la vida privada e intimidad ha transitado por tortuosos caminos como consecuencia del encorsetamiento intelectual que se materializa en la insoslayable necesidad de definir, acotar y formular alambicadas e intrincadas teorías respecto a fenómenos sociales necesitados de acomodación jurídica en el ordenamiento preexistente; evidenciando ello como el Estado, en su situación de "monopolio de producción normativo"[9] siempre incurre en una incapacidad manifiesta de adelantarse a las necesidades sociales, máxime, precisamente, cuando esas necesidades constituyen mecanismos de defensa contra el propio Estado.

5 El concepto no es nuevo, ya fue utilizado en la antigua Roma en alusión a uniones de particulares para realizar tareas agrarias. San Agustín lo utilizará para diferenciarlo a la ciudad de Dios. También a ella alude Kant, I.: *Principios metafísicos del derecho* (trad. G. Lizarraga), Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1873. pp. 60, 80 y 198, en oposición a estado de naturaleza. Hegel, F.: *Fundamentos de la filosofía del Derecho*, Libertarias Prodhufi, 1993, se referirá en los párrafos 182 y ss. a la sociedad civil como agrupación de individuos que se relacionan mutuamente e inspirados por el principio egoísta.

6 Marx, K.: *Manuscritos de economía y filosofía*, Alianza Editorial, Madrid, 2013: "*El estado de máxima prosperidad social, un ideal, pero que puede ser alcanzado aproximadamente y que, en todo caso, constituye la finalidad, tanto de la Economía Política como de la sociedad civil, es, para el obrero, miseria estacionaria."*

7 Tanto es así que la última constitución de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas en la redacción original de su artículo 56 protegía la vida personal de los ciudadanos, en vez de la vida privada (*privacy*). Sobre este particular detalle puede leerse más extensamente la obra de Fariñas Matoni, L.M.: *El derecho a la intimidad,* Trivium, 1983, pp. 233-234: "Dice «personal» (lichnaya) en vez de «privada» (Chástnaya) [Refiriéndose a la Constitución URSS de 1977]. La palabra «privada» se asocia, en la ideología oficial, con «propiedad privada», lo cual le da un matiz peyorativo. Ningún documento oficial u oficialista la aplica jamás a una institución soviética. El pueblo, en cambio, usa el término con toda naturalidad". Lo que está entre corchetes es nuestro.

8 Béjar, H.: *El ámbito íntimo: privacidad, individualismo y modernidad*, Alianza, Madrid, 1988, p. 61.

9 Expresión que, por supuesto, utilizamos sin perjuicio de los límites de la autonomía de la voluntad para regular normativamente sus relaciones. En todo caso, siempre supeditada a la producción normativa estatal, vid., en este sentido, los limites de la autonomía de la voluntad del art. 1255 CC.

II. LA INTIMIDAD COMO VALOR[10].

Sobre el valor de la intimidad y, por tanto, fundamento metajurídico de lo que es el derecho fundamental a la intimidad existen dos grandes teorías al respecto.

Por un lado, encontramos la de PÉREZ LUÑO[11], que sostiene que: "si atendemos a su génesis histórica es evidente que la aparición del concepto de intimidad se halla estrechamente ligada a la aparición de la burguesía (…) La intimidad se configura como una aspiración de la burguesía de acceder a lo que antes había sido privilegio de unos pocos; aspiración que viene potenciada por las nuevas condiciones de vida. De ahí, que los caracteres que desde sus inicios van conformando la idea moderna de intimidad se hallen estrechamente vinculados a las necesidades y a la propia ideología de la clase social que la reclama. Esto explica su marcado matiz individualista, que se concreta en la reivindicación de unas facultades destinadas a salvaguardar un determinado espacio con carácter exclusivo y excluyente. Notas éstas que recuerdan los instrumentos jurídicos de delimitación y defensa del derecho de propiedad"[12].

Por el otro, la opinión de TRUYOL SERRA y VILLANUEVA ETCHEVERRÍA[13], quienes sostienen que el origen es mucho anterior a la disgregación de la sociedad feudal, pues está indisolublemente asociada al cristianismo: "el hombre de la antigüedad grecorromana estaba más inserto en la comunidad de la *polis* y de la *civitas* o *res publica*, y de hecho San Agustín es el primer occidental cuya intimidad conozcamos propiamente"[14].

La crítica que PÉREZ LUÑO hace a los anteriores es que su planteamiento es admisible si se entiende la intimidad como autoconsciencia de la subjetividad, pero no si se atiende a su proyección jurídica como conjunto de facultades o poderes atribuidos a su titular[15].

No cabría hablar, según este autor, de intimidad en la *polis* o en la *civitas* del mundo antiguo, pues el individuo formaba parte de la comunidad y se hallaba vinculado por una intrincada red de relaciones que inspiraban y dirigían todos los actos cotidianos de su vida. Tampoco cabría hablar de una intimidad jurídicamente

10 Puede verse en extenso, DE LAS HERAS VIVES, L.: La protección penal de la intimidad, UAB, Barcelona, 2018.

11 PÉREZ LUÑO, A.: "La protección de la intimidad frente a la informática en la constitución española de 1978" *Revista de estudios políticos, núm. 9, 1979, p. 64.* También se cita en PÉREZ LUÑO, A.: *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, Tecnos, Madrid, 2010, p. 327.

12 PÉREZ LUÑO, A.: *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, cit., p. 328: "la continuidad entre privacy y property no es puramente jurídico-formal, sino que la propiedad es condición para acceder a la intimidad; en este sentido se ha podido aludir, con razón, a que «poverty and privacy are simply contradictoires»".

13 TRUYOL Y SERRA, A. Y VILLANUEVA ETCHEVERRÍA, R.: "Derecho a la intimidad e informática", *Informatica e Dirittos*, núm. 1, 1975, pp. 171-187.

14 Ibíd., p. 173.

15 PÉREZ LUÑO, A.: *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, cit., p. 327 y 328.

comprendida en la Edad Media, pues el aislamiento era un privilegio al alcance de las altas esferas o quienes libremente renunciaban a una vida en sociedad.

En consecuencia, para Pérez Luño, el arranque del derecho a la intimidad se ubica en el desarrollo de los núcleos urbanos y la aparición de los centros de trabajo a diferencia de la prolongación del hogar que suponía el taller artesanal.

Más radical a las anteriores es la posición de WESTIN, quien considera que la intimidad se da incluso en el reino animal, como manifestación de la territorialidad, y, por tanto, su origen es innato al hombre[16].

RUIZ MIGUEL[17], a propósito del debate entre las posturas de PÉREZ LUÑO y TRUYOL SERRA/VILLANUEVA ETCHEVERRÍA, distingue dos teorías contrapuestas. La primera, la racionalista, cuyo principal valedor sería el primero, "pues sitúa el alba de este derecho en el período del racionalismo y de la ilustración en conexión con el ascenso de la burguesía"[18]. La segunda, la histórica, mantenida por los dos últimos, "en la medida en que, aparte de ser sostenida por meritorios historiadores, se remonta más atrás en la historia para buscar el origen de este concepto"[19].

En realidad, a nuestro juicio, ambos enfoques, lejos de estar enfrentados, se complementan, pues su contradicción únicamente se da si se analizan en idéntica clave. La tesis histórica tiene un componente eminentemente ontológico y fenomenológico, mientras que la racionalista, axiológico. Dicho de otro modo, la primera se construye a la luz del binomio hombre-intimidad y la segunda a partir de la relación entre el derecho y la intimidad.

Por tanto, la intimidad como hecho y derecho está indisolublemente asociada al hombre en cuanto sujeto dotado de inteligencia y voluntad y provisto de la necesidad de coexistir (dimensión horizontal) y organizarse (dimensión vertical).

1. Grecia, Roma y la transición desde el cristianismo a la Edad Moderna.

La intimidad surge de la necesidad de proteger un espacio personal ajeno a injerencias indeseadas.

ORTEGA Y GASSET en agosto de 1930, expresaba su parecer y sentir sobre la fagocitación de lo privado por lo público, donde lo colectivo "vuelve a ejercer su tiranía y está ya causando estragos en toda Europa", pues: "la Prensa se cree con

16 WESTIN, A.F.: *Privacy and Freedom*, Atheneum, Nueva York, 1967, passim. Especialmente a este respecto puede verse el primer epígrafe del cap. I: "Privacy in the Animal World".

17 RUIZ MIGUEL, C.: *La configuración constitucional del derecho a la intimidad,* Editorial de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1992, pp. 7-10.

18 Ibíd., p. 7.

19 Ibíd., loc. ult. cit.

derecho a publicar nuestra vida privada, a juzgarla, a sentenciarla. El Poder público nos fuerza a dar cada día mayor cantidad de nuestra existencia a la sociedad. No se deja al hombre un rincón de retiro, de soledad consigo. Las masas protestan airadas contra cualquier reserva de nosotros que hagamos''[20].

No resultaría caprichoso, precisamente, que fueran dos norteamericanos, Warren y Brandeis, los primeros juristas en presentar el derecho a la intimidad como categoría propia. Al fin y a la postre es en el pensamiento anglosajón, más propiamente en el ámbito del *Common Law,* donde con más nitidez se distinguió entre lo público y privado[21].

La tensión entre ambas dimensiones ha sido una constante en la historia del pensamiento occidental. La cual ha incidido directamente en el diseño de las formas de gobierno que han ido sucediéndose a lo largo del tiempo.

En la antigua Grecia lo comunitario se alzaba sobre lo privado. El ciudadano estaba sometido a los intereses de la polis; era soberano en lo público y esclavo en lo privado[22]. La reflexión y el conocimiento -individual- quedaban subordinados a los intereses de la *polis* -colectividad-. La libertad se proyectaba hacia el exterior (debate político) pero no en el interior. Existía una radical prevalencia del Estado sobre la conciencia.

En la conocida obra de Antígona, Sófocles, precisamente, plantearía una trágica reflexión sobre el contenido y el alcance del deber jurídico y el dilema entre la obediencia a nuestra propia conciencia (lo privado) o al Estado (lo público). En ella puede observarse cómo el principal reproche a Antígona es su separación respecto del pensamiento unitario de la *polis*.

La libertad, paradójicamente, se predicaba de las conductas públicas del ciudadano concretadas, por ejemplo, en la facultad de verbalizar su opinión en la aprobación de normas o discusiones en el senado, pero no en su esfera más íntima significada por el *right to be let alone*, pues era incompatible con la visión aristotélica del *zôon politikón* donde lo social prevalecía sobre lo personal. El hombre sin su dimensión social era similar a un animal.

20 Ortega y Gasset, J.: "Socialización del hombre", en Garagorri Herranz, P.: Obras completas de José Ortega y Gasset, Revista de Occidente, Madrid, 1966, Tomo II p. 746.

21 En Warren, S. D. y Brandeis, L. D.: "Right to privacy", *Harvard Law Review,* vol. IV, núm. 5, 1890; se contuvo la primera formulación *per se* del derecho a la intimidad y supuso un férreo manifiesto en pro de la protección de la esfera privada de los ciudadanos frente a las injerencias de terceros. En este sentido, los autores configuraron la privacidad (*privacy*) como el derecho a ser dejado solo (*right to be let alone*), a que uno mismo pueda tomar la determinación de recogerse y aislarse del mundo social para que su vida quede reservada sólo para sí. Es decir, el derecho de uno a que le dejen en paz.

22 Constant., B.: "De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos" (discurso pronunciado en el Ateneo de Paris en 1819), *Revista de Estudios Públicos*, núm. 59. 1995, p. 3.

El hombre se entregaba al Estado, pues este era el único capaz de proporcionarle auténtica plenitud -felicidad-. El ciudadano se confundía con la ciudad.

A pesar de los intentos de ilustres pensadores griegos, como Aristóteles o Platón, por asegurar la supervivencia de lo público frente a lo privado[23], lo cierto es que el sentimiento espiritual del hombre resultó inquebrantable, hallándose en la dimensión extramaterial el primer reducto inexpugnable de los individuos (la facultad de escoger el culto).

Los sucesivos desastres militares de las polis griegas frente al imperio macedonio sumieron a los ciudadanos libres en un sentimiento de desazón y paulatino apartamiento de lo público para centrarse en su propio yo.

La derrota de las ciudades-estado de Atenas y Tebas, y otras de menor dimensión e importancia, en la batalla de Queronea en el año 338 a.C. a manos de los ejércitos de Filipo II de Macedonia, comportaron en la práctica la destrucción de la esencia filosófico-política de la *polis* que lúcidamente describió Platón en el libro VII de la República.

La supremacía del poder extranjero y la pérdida de la identidad propia que las polis atribuían a sus ciudadanos, comportaron el agotamiento del sentimiento de pertenencia y entrega a la colectividad. Lo que supuso inexorablemente la dilución de las polis por la república romana.

En la antigua Roma, a pesar del creciente sentir acerca de la existencia de conciencia individual del hombre, concretada en su dimensión más íntima de recogimiento y reflexión, como señala Loewenstein[24], lo cierto es que la falta de derechos ejercitables por el ciudadano frente al Estado hizo que de facto fuese imposible la concreción real y exterior de la intimidad, que siempre se vio merced del aparato del Estado[25].

---

23 Herrerán Ortiz, A.I.: "El derecho a la protección de datos personales en la sociedad de la información" *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos,* núm. 26, 2003, passim.

24 Loewenstein K.: "Roma y la teoría general del estado", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 174, 1970, p. 28: "El Estado era un amo estricto, que exigía una obediencia absoluta y una fidelidad ciega, que también le debía ser ofrecida por los ciudadanos. No está en contradicción con esta afirmación el hecho de que los ciudadanos romanos gozasen en su vida privada de una libertad que podrían envidiar muchos pueblos de nuestro autoritario presente: No podían ser detenidos ni llevados ante un Tribunal arbitrariamente; su propiedad está asegurada; su libertad de conciencia era ilimitada. El clima de la República era favorable para la libertad de opinión; en su falta de respeto hacia los poderosos, Cátulo dejaba atrás a Aretino o a Voltaire".

25 Ibíd., p. 32. Ahora bien, tal y como advierte Ruiz Miguel, C.: *La configuración constitucional del derecho a la intimidad,* cit., p. 21: "lo anterior no significa que la idea del derecho a la intimidad, e incluso manifestaciones jurídicas de la misma fuesen ignoradas por los romanos. Séneca, filósofo cordobés influido por el estoicismo, en sus obras evidencia la contraposición entre el hombre inmerso en los negocios u ocupaciones exteriores *ad alios*, y el hombre que vive su vida ad se, retirado e inmerso en la *sapientia*. Esta contraposición entre el hombre "exterior" y el "interior" tan próxima a la idea de intimidad inspira sus obras, en particular sus diálogos, sus cartas a Lucilio".

Buena cuenta de que en la Roma clásica -de igual forma que en la antigua Grecia- el Estado absorbía el "yo personal" en favor del "nosotros colectivo", la da Ortega y Gasset en su obra la "Socialización del Hombre". En ella el madrileño al referirse a Cicerón expone que éste cuando "sentía ganas de retraerse en su villa tusculana y vacar al estudio de los libros griegos, necesitaba justificarse públicamente y hacerse perdonar aquella su momentánea secesión del cuerpo colectivo. El gran crimen que costó la vida a Sócrates fue su pretensión de poseer un demonio particular, privado; es decir, una inspiración individual"[26]. Vemos, pues, ese sentimiento de inquietud por retirarse de lo público para centrarse en lo privado o particular.

No encierra dudas que el hombre sano y consciente dotado de inteligencia tiene la facultad de formular en su fuero interno procesos intelectivos libres por muy cercenada o restringida que su libertad física se halle. Piénsese en el caso más extremo: un prisionero privado absolutamente de movimiento. Incluso en esta situación posee la libertad para formar o combinar ideas o juicios en su mente. Esto evoca esa parcela mínima e inexpugnable de injerencias por terceros, e incluso del propio Estado.

Con el surgimiento del cristianismo vemos cómo por primera vez surge un auténtico conflicto -al menos interno- entre la observancia de la creencia íntima, plasmada en la institución de la Iglesia, con los postulados del Estado, pues: "planteó un problema que no había conocido el mundo antiguo, el problema de las relaciones entre Iglesia y Estado, y supuso una diversidad de lealtades y un juicio íntimo no incluido en la idea de ciudadanía (…) La concepción de una sociedad cristiana universal transmitida por los Padres de la Iglesia a la Edad Media difería fundamentalmente de la antigua idea de una comunidad universal que había prevalecido en la antigüedad precristiana (…)"[27].

En definitiva, recogiendo la referencia a George Sabine, "la creencia en la autonomía espiritual y el derecho de libertad espiritual dejó un residuo sin el cual serían muy difíciles de entender las ideas nuestras de intimidad y libertad individual"[28].

Será con San Agustín de Hipona cuando encontramos por primera vez una genuina reflexión sobre la dimensión profunda del propio yo: "entra dentro de ti mismo, porque en el hombre interior reside la verdad; y si hallares que tu naturaleza es mudable, trasciéndete a ti mismo, mas no olvides que, al remontarte

26 Ortega y Gasset, J.: "Socialización del hombre", cit., p. 745.

27 Ruiz Miguel, C.: *La configuración constitucional del derecho a la intimidad,* cit., p. 23.

28 Ibíd., p. 24.

sobre las cimas de tu ser, te elevas sobre tu alma, dotada de razón"[29]. En la esfera más íntima del ser -sostiene- es posible hallar a Dios. La intimidad se asociaría al fenómeno religioso. Su importancia se ve con claridad en sus Confesiones, pues en ellas San Agustín comparte con el lector su propia intimidad.

A diferencia de lo que ocurría con otras obras anteriores de contenido reflexivo personal, como pudieran ser las meditaciones de Marco Aurelio, San Agustín abre la puerta a que se conozca todo de él: de sus sentires de pecador a sus gozos espirituales en el acercamiento a Dios. Acerca al lector a la exploración de la intimidad, al menos, en un sentido místico.

Ahora bien, siguiendo a Rebollo Delgado, San Agustín, propiamente dicho no ofrece un concepto de intimidad *per se*. Sin que ello suponga negar que el tratamiento que el de Hipona hace de la intimidad sea la base sobre la que posteriores autores escolásticos se apoyarían para definir la intimidad en un sentido más próximo al nuestro.

En opinión del mencionado autor, y que compartimos plenamente, en San Agustín más bien encontramos "una teoría del conocimiento (de la interioridad, de la introspección o misticismo), o una mecánica de aproximación a él, más que un ámbito de la vida del hombre", pues, entre otras razones que apoyan esta idea, "está la constatación de la ausencia de definición de intimidad por parte de San Agustín, así como tampoco se desprende de sus escritos una argumentación de facultad o poder del individuo de desligarse del mundo exterior, como consecuencia de una idea de que existe un ámbito que pertenece al individuo frente a los demás"[30].

A pesar de ello, la influencia de la obra de San Agustín, marcaría el rumbo hacia la llamada intimidad clásica -*ad se, ad animum*- que Santo Tomás configuraría como manifestación de la voluntad del hombre tendente a recatar sus secretos y en donde fraguar sus decisiones más propias e intransferibles[31].

La Edad Media supondría el fortalecimiento de la esfera privada frente a la pública. La primera pasaría a estar estrechamente vinculada a lo doméstico, a lo que ocurre en el ámbito familiar. Surge así la dimensión de la *res familiaris* en oposición a la *res publica.*

29 San Agustín De Hipona: *De la verdadera Religión* (Traducción de P. Victorino Capánaga OAR), XXXIX, 72. Puede consultarse en línea en: http://www.augustinus.it/spagnolo/ vera_religione/index2.htm.

30 Rebollo Delgado, L.: *El derecho fundamental a la intimidad*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 39.

31 Ibíd., loc. ult. cit.

En consecuencia, lo privado pasaría a representar una zona de inmunidad ofrecida al repliegue, al retiro. Supondría ese lugar familiar[32], donde se encierra lo que poseemos, "lo que solo le pertenece a uno mismo, lo que no concierne a los demás, lo que no cabe divulgar, ni mostrar, porque es algo demasiado diferente de las apariencias cuya salvaguardia pública exige el honor"[33]. Esta realidad desembocó en pluralidad de normas con trascendencia en la protección del domicilio[34].

Y es, precisamente, este contexto el que llevaría a DUBY a concluir que la dicotomía público y familiar en la Edad Media descansaba en la idea de poder-dominación, pues mientras que en lo público el poder lo ostenta el rey, en lo familiar el *paterfamilias*[35].

2. La Edad Moderna.

A) Enfoque filosófico-político: Hobbes y Locke.

El fin del Estado para Maquiavelo era el mantenimiento de la paz y el orden durante el mayor tiempo posible, cueste lo que cueste. La razón de Estado lo justifica todo. Con el florentino, encontramos la antesala y basamento ideológico de la decadencia posmodernista[36], que diseña y configura la intimidad de los ciudadanos desde una dimensión contradictoria en la que, por un lado, protege más que nunca los datos de carácter personal (piénsese en la psicosis burocrática a la que el ciudadano ordinario ha de enfrentarse en exigencias de la LOPD), pero, por el otro, ha intensificado, especialmente con ocasión de los atentados de Nueva York del 11 de Septiembre de 2001[37], las labores de vigilancia y control en detrimento de los derechos y libertades, de forma que: "las redes de comunicación, abiertas a todos y para todos, en las que los individuos son productores y receptores de información y de comunicación, dejan de ser contempladas como un nuevo espacio virtual de libertad y realización para el individuo. Potencialmente pasan a

32 Duby, G.: "Prefacio", en AA.VV.: *Historia de la vida privada* (coord. Peter Brown et. al.), vol. I., Taurus Ediciones, Madrid, pp. 9 y ss.

33 Ibíd., p. 11.

34 Para consulta detallada sobre la pluralidad de normas protectoras del domicilio en la baja Edad Media puede verse Ruiz Miguel, C.: *La configuración constitucional del derecho a la intimidad,* cit., pp. 33-34.

35 Duby, G.: "La vida privada en las familias aristocráticas de la Francia feudal: convivialidad" en AA.VV.: *Historia de la vida privada* (coord. Peter Brown et. al.), Taurus Ediciones, Madrid, vol. II, 1987, pp. 49-95.

36 En este sentido puede verse Ballesteros Llompart, J: *Postmodernidad: resistencia o decadencia,* Tecnos, Madrid, 2003, passim.

37 Señala lúcidamente Morales Prats, F: *La utopía garantista del Derecho Penal en la Nueva Edad Media* (discurso de ingreso en la Reial Acadèmia de Doctors, como Académico de Número, en el acto de su recepción el 5 de noviembre de 2015), Ediciones Gráficas Rey, Barcelona, 2015, p. 51, "El valor simbólico del atentado iba a desencadenar una serie de acontecimientos de gran trascendencia en el ámbito punitivo. Se desencadena la lógica de la seguridad; los Estados se encaminan a una cruzada contra la misma, los ordenamientos jurídicos, poco a poco, van a quedar contaminados por las reglas de la lucha contra el terrorismo organizado. Se trata de organizar los instrumentos jurídicos de la emergencia; lo importante es crear un escaparate de seguridad, de apariencia de respuesta punitiva organizada ante una ciudadanía desconcentrada que desconfía de todo y de todos".

ser instrumentos de cohesión y de elaboración de estrategias terroristas por parte de grupos organizados; nace una nueva cruzada contra los herejes que pretenden socavar el orden occidental"[38].

Este contexto de tensión (dominación) entre Estado y ciudadano (súbdito) esbozado por Nicolás Maquiavelo influirá notablemente en las configuraciones ius-políticas de pensadores posteriores como Hegel o Schmitt; cuyo testigo directo fue asumido por Thomas Hobbes, y que con su Leviatán ha contribuido a la configuración esencial de la noción moderna de intimidad.

Así, Hobbes propuso la creación de "un poder coercitivo que compela a los hombres, igualmente, al cumplimiento de sus pactos, por el temor de algún castigo más grande que el beneficio que esperan."[39], pues "los pactos que no descansan en la espada no son más que palabras, sin fuerza para proteger al hombre", razón por la que es necesaria la existencia de un poder civil suficiente para compeler a los hombres a cumplirlos[40].

De manera que el Derecho no constituiría para Hobbes límite alguno o mecanismo de control del poder, sino un mero mandato de quien ostenta el poder, pues el Estado "no está sujeto a las leyes civiles, ya que teniendo poder para hacer y revocar las leyes, puede, cuando guste, liberarse de esa ejecución, abrogando las leyes que le estorban y haciendo otras nuevas; por consiguiente, era libre desde antes." Así para Hobbes, la justicia ya no habrá de buscarse en ningún otro lugar que, en la ley, únicamente será justo o injusto aquello que la ley dicte. La libertad se predica del Estado, no de los particulares. En definitiva, la libertad para Hobbes es estrictamente negativa, pues esta "yace sólo en aquellas cosas que al regular sus acciones el soberano ha omitido".

En este contexto filosófico-político propuesto por Hobbes, como acertadamente señala Béjar, la intimidad solo sería "una concesión, un espacio graciosamente otorgado por una autoridad absoluta que hacen merced a sus súbditos de una libertad mínima"[41].

Frente a Hobbes, Locke advierte de los riesgos del estado de naturaleza, pero en modo alguno considera que este sea necesariamente una situación de violencia. Precisamente dirige su crítica al planteamiento de Hobbes en la relación que existe entre el monarca absoluto y su súbdito, pues, no sólo es una situación de guerra, sino que además es una situación de guerra injusta. De manera que

38 Ibíd., p. 52.

39 Ibíd., vid. cap. XV.

40 Ibíd., p. 124.

41 Béjar, H.: "La génesis de la privacidad en el pensamiento liberal", *Sistema: Revista de ciencias sociales*, núm. 76, 1987, p. 62.

según Locke no se puede justificar en ningún término la cesión al soberano de los derechos sin límite alguno, pues, en último término el soberano acabaría actuando como juez en causa propia e imponiendo con violencia su arbitrio. Así el Estado habría de garantizar la seguridad necesaria para que los derechos inherentes al hombre puedan ser ejercidos, pues, no puede suponerse que ninguna criatura racional cambie su condición voluntariamente para empeorar. Y esos derechos no son caprichosos, sino los necesarios para alcanzar tanto el desarrollo como la perfección, alzándose entre todos ellos el de propiedad, tanto en un sentido corpóreo como extracorpóreo, dicho de otro modo, entendido como el señorío sobre lo físico y sobre nuestro intelecto y voluntad. Se trata de que cada persona tenga libertad para disponer de su vida.

Para los dos filósofos ingleses la seguridad constituye un elemento esencial en torno a la configuración del Estado, pero la gran diferencia entre ellos radica en que para HobbesHobbes constituye el fundamento del poder para el control y establecimiento del orden social (libertad negativa), y para Locke supone el punto de partida para que los derechos inherentes al hombre puedan ser ejercidos (libertad positiva), especialmente el de propiedad, garantizando "que cada cual tenga libertad para disponer, como bien le parezca, de su persona, de sus actos, de sus bienes y de todo cuanto le pertenece, sometiéndose a todo cuanto ordenan las leyes bajo las cuales vive, para no verse sometido a la voluntad arbitraria de otro, y de poder seguir libremente la suya'"[42].

En este contexto no es de extrañar que el derecho inglés se edificara en buena medida en torno a la protección de los derechos de propiedad individual que, aunque originariamente quedaron circunscritos a los bienes materiales, paulatinamente fueron abriendo su ámbito a las realidades inmateriales como pudieran serlo las creaciones literarias o secretos industriales.

Buena cuenta de ello nos da el célebre caso que a mediados del siglo XVIII se sucedió con ocasión de las publicaciones inconsentidas de cartas de los escritores Alexander Pope y Jonathan Swift. Con profundo malestar el primero decidió interponer demanda ante los tribunales para que se retirara la publicación que contenía las cartas que había escrito. El caso sería finalmente conocido y dictaminado por el Lord Canciller de la Cámara de los Lores en 1741, que dibujó una lúcida reflexión acerca de la propiedad de las cartas privadas indicando que, aunque el destinatario tiene una especial propiedad sobre el papel, ello no significa que pueda hacerlas públicas a todo el mundo porque, como máximo, el destinatario de la carta tiene solo una copropiedad con el autor de la carta.

42 Locke, J.: *Ensayo sobre el gobierno civil*, Aguilar, Madrid, 1981, p. 43.

Pero sin duda el más famoso caso en torno a los precedentes del derecho a la intimidad fue el del Príncipe Alberto contra *Strange*. Tanto el Príncipe Alberto, como su esposa, la Reina Victoria de Inglaterra, tenían por afición el grabado al aguafuerte de retratos de miembros de la familia real, amigos o incluso meras plasmaciones de sus vivencias, y que únicamente compartían con sus más allegados. Sin embargo, cierto día algunas impresiones de los aguafuertes fueron filtradas por una de las personas que habían sido obsequiadas con estas, concretamente esta persona sería William Strange quien, además, editó un catálogo de las creaciones artísticas de la pareja real. Frente a estos hechos, el Príncipe Alberto decidió acudir a los tribunales para reparar la intromisión ilegítima en su vida privada. El tribunal en una configuración *vis atractiva* de la propiedad consideró que el único propietario de un ejemplar es quien puede y debe decidir si lo imprimirá o no, pero bien es cierto que, si cualquier persona lo lleva a la prensa sin su consentimiento, esa persona es un transgresor porque sobrepasa los límites de la confianza; razón por la que todo hombre tiene un derecho a reservar sus propios sentimientos y decidir si los hará públicos o los reservará para él o sus allegados.

Volviendo a los planteamientos de la obra de Locke, será precisamente su configuración de lo privado el terreno fértil desde el que se elaborarán las sucesivas construcciones intelectuales liberales que permitirán comprender la esfera privada tal y como hoy puede ser entendida.

B) Enfoque filosófico-económico: el pensamiento de Juan de Mariana como base de la libertad.

Aunque no se considera que Juan de Mariana fuese de formación salamantina[43] el jesuita toledano sí que está dentro del marco académico compuesto por los autores de la Escuela de Salamanca[44]. Schumpeter diría que: "Sobre todo en el siglo XVI, los temas sociológicos y económicos se tratan dentro del sistema de la jurisprudencia escolástica"[45]. Los escolásticos no dedicaron estudios al análisis económico en sí mismo, esto es, no estudiaban qué consecuencias tenía cierta política fiscal o cierta política monetaria. Centraban sus estudios en la justicia de las políticas, cuestionándose cómo de justa era la imposición, quién podía hacerlo, con qué motivaciones y para perseguir qué fines, de ahí, precisamente, que en ese contexto la intimidad -como faceta desde la que desarrollar la propia personalidad-

43 Rothbard, M.: *Historia del pensamiento económico*, Unión Editorial, vol. I, Madrid, 1999, p.149.

44 En según qué bibliografía, se puede referir a la Escuela de Salamanca como tal, de manera entrecomillada o precedida con la palabra "llamada". En este trabajo, nos referiremos a ella de la manera expuesta en el cuerpo del texto, apoyándonos en el artículo Grice-Hutchinson, M.: "El concepto de la Escuela de Salamanca: sus orígenes y su desarrollo", *Revista de Historia Económica / Journal of Iberian and Latin American Economic History*, 1989, pp. 21-26. A modo de aproximación, esta Escuela estaba formada por una serie de autores escolásticos españoles de los siglos XVI y XVII que, fundamentalmente, eran teólogos, juristas y moralistas.

45 Schumpeter, J. A.: *Historia del análisis económico*, Barcelona, 2015.

constituyera un valor importante, pues, sin él era imposible un perfecto desarrollo de las motivaciones del hombre[46]. En este contexto, en su pensamiento, el orden social y económico desempeñaba una función importante, aunque secundaria. Función secundaria porque los maestros salmantinos no tenían como objetivo principal realizar un análisis económico del entorno o de las relaciones comerciales que se daban, sino que era el resultado de un análisis moral y filosófico de los intercambios y las actividades económicas, y ello, lógicamente, exigía contar con ámbitos reservados donde desarrollar todas esas actividades. Por este motivo el caso de Juan de Mariana es protagónico pues es de su análisis económico de donde se desprenden las cuestiones sobre la legitimidad del Estado y el respeto a la libertad individual.

En este orden de cosas, debemos contextualizar que Juan de Mariana nació en Toledo, cerca de Talavera de la Reina, sobre el año 1535. Distintos trabajos apuntan a que fue hijo ilegítimo de Juan Martínez de Mariana, Deán[47] de Talavera y de Bernardina Rodríguez[48] personas pobres y de clase social baja. Con doce años aproximadamente, en el año 1547, ingresó en la Universidad de Alcalá para estudiar Filosofía y Teología. Más tarde, en 1552 ingresa en la Compañía de Jesús para completar el noviciado en Simancas en 1552, retornando a la Universidad para finalizar sus estudios. De aquí partiría a Roma a dar clases de teología en el colegio que habían fundado los jesuitas recientemente, comenzando a ser objeto de algunas críticas dada su personalidad y mentalidad "extremista[49]". En 1561 recibió el Orden Sagrado, sacramento a través del cual se instituyen ministros sagrados destinados a enseñar, regir y santificar la persona de Cristo. De aquí, viajó a Sicilia para estar impartiendo teología en el colegio jesuita. En 1569 empezó otro periodo docente de cuatro años en París, doctorándose en Teología por la Soborna. Antes de su regreso, presenció el sangriento episodio de la matanza de San Bartolomé, donde los católicos franceses asesinaron el 23 de agosto de 1572 a diez mil hugonotes, seguidores de la doctrina calvinista francesa, por orden de Carlos IX y su madre Catalina de Médicis. Este episodio contribuyó a forjar la personalidad del jesuita y su visión en torno a la unidad religiosa y, sobre todo, al tiranicidio.

Sus obras más importantes en lo que a este estudio nos interesa[50] son *De Rege et regis institutione libti III* en 1599 y *De monetae mutatione* en 1609. *De Rege* fue

46 Ello, lógicamente, sin perjuicio de los valores morales que operaban como límites de la acción pública.

47 R.A.E: "1. m. Canónigo que preside el cabildo de la catedral".

48 Fernández Delgado, R.: *Liberalismo y estatismo en el siglo de oro español. Un estudio comparado del pensamiento económico de Juan de Mariana y Sancho de Moncada*, Unión Editorial, Madrid, 2006.

49 Rothbard, M.: *Historia del pensamiento económico*, cit.

50 Además de estas obras es importante mencionar otra obra del Padre Mariana que es de gran importancia, *Historiae de rebus Hispaniae libri XXV*, en 1592 y traducido por él mismo en 1601 al castellano. Esta obra es considerada una joya literaria que se vale de fábulas y crónicas medievales además de otras obras históricas. De esta manera, se considera el primer libro científico dedicado a la historia de España.

encargada para la formación de Felipe III, considerándose un tratado de espejo de príncipes[51] y en un principio no tuvo controversia ninguna sobre el contenido de la obra. Empero, se convirtió en una de las obras más duramente perseguidas por elogiar el asesinato de Enrique III de Francia en 1589. El 14 de mayo de 1610 también fue asesinado el sucesor de Enrique IV, siendo relacionada la obra del Padre Mariana por la Compañía de Jesús por su elogio recién mencionado y por su tema dedicado al tiranicidio. La obra fue condenada y mandada a quema públicamente el 8 de junio de 1610 en el atrio de la catedral de París.

En 1605 salió una segunda edición con dos cambios sustanciales, a saber, la eliminación del elogio del asesinato de Enrique III y la introducción de un capítulo dedicado a la moneda, el capítulo VIII, *De Moneta.* Este capítulo fue el principio de lo que luego se convirtió en un estudio más profundo sobre la moneda del vellón, *De Monetae Mutatione*. Estas obras contienen la defensa que hace el Padre Mariana sobre la propiedad y el individuo frente a la intervención coactiva del Estado.

Una de las ideas más importantes de *De Rege* es la del tiranicidio. Si bien es verdad que otros autores ya la manejaban como Luis Suárez, Mariana da un paso más. El poder reside en la República y es esta la que se lo transfiere al monarca. Este, en el caso de extralimitarse en sus actuaciones, podría ser reclamado por el pueblo en materias como la imposición, la determinación de sucesión en el caso de que el rey no tuviese o, incluso, el hecho de vetar leyes.

Siguiendo la idea del tiranicidio, el pueblo puede matar al monarca que se convierte en tirano si se dan las situaciones que se acaban de señalar. Además, el Padre Mariana hace dos aportaciones de manera significativa. Por un lado, una ampliación del concepto de tirano, refiriéndose a él como todo aquél que viola las leyes religiosas, impone tributos sin el consentimiento del pueblo[52] o impide la asamblea de un parlamento democrático. Por otro lado, el jesuita determina que cualquier ciudadano puede llevar a cabo el tiranicidio legítimamente a través de cualquier medio que considere y sin que sea necesario ningún tipo de aprobación colectiva por el conjunto de la población. Aun así, hay que señalar que el individuo que quisiera llevar a cabo esta práctica de tiranicidio debería reunir al pueblo para deliberar esta decisión y, si no es posible, consultar a "varones sabios y prudentes". Sin embargo, es consciente de la peligrosidad del asunto.

51 Los espejos de príncipes o instrucción de príncipes son unas obras que componen un subgénero literario medieval que se daban para la formación de príncipes, compuestos por enseñanzas y doctrinas para su futuro. En este caso, es una obra de contenido teórico y filosófico.

52 Sobre esta idea girará la siguiente obra que se presenta en este trabajo pues, al devaluar una moneda, esta pierde valor y con ello el poder adquisitivo del pueblo, esto es, un impuesto encubierto o, como de manera más informal se apunta, el "impuesto de los pobres".

Respecto al estudio de la propiedad en Juan de Mariana, conviene hacer una aproximación a los orígenes de la propiedad en su pensamiento, en concreto, el paso del estado de naturaleza al estado de necesidad. Mariana se adelantaría a John Locke en tanto en cuanto la defensa de la propiedad queda legitimada por el trabajo y, además, se crea un incentivo para que los hombres se unan naciendo así la sociedad y el poder político. Aunque sí que es cierto que en el comienzo del su pensamiento el jesuita contemplaba la posibilidad de una intervención del Estado en la propiedad, al final apuntaría con determinación que esta intervención sería ir contra la razón y el derecho natural.

Este comienzo de estado de naturaleza lo presenta Mariana en las primeras páginas de *De Rege*, donde relata cómo el ser humano es un animal sociable por naturaleza, vivía como animal aislado sin más preocupación que la de su supervivencia y búsqueda de alimentos. En este escenario la propiedad no existía, y no había reyes a los que halagar. Sin embargo, esta situación pasa a un segundo escenario, el estado de necesidad, donde los hombres introducen los elementos que integran la propiedad. En este punto, Mariana piensa que los hombres deben vivir en colaboración constante porque es Dios el que los creó rodeado de males y de necesidades, siendo estas necesidades de vital importancia para que así naciesen las actividades productivas y comerciales. De esta manera surge la defensa de la propiedad fruto del trabajo y de la colaboración entre individuos y, en consecuencia, se crea la sociedad como modelo más seguro de protección. Mariana describe que se da la necesidad de asociarse y elegir a un componente de esta sociedad para evitar violencias públicas y privadas con un necesario sentido de la justicia surgiendo así el Estado.

De las pocas maneras que Mariana contempla la intervención se da para intervenir en la *estructura* de la propiedad, esto es, su distribución, la repartición de bienes que son fruto de privilegios y, por último, por la justificación de lo que se conoce como arbitrismo agrarista. Pero el punto más álgido de la defensa de la propiedad viene en la incorporación del capítulo VIII *De moneta*, incorporado en la segunda edición y siendo muy notable el cambio cualitativo que se presenta respecto de la edición anterior[53]. De esta manera, Mariana escribe a favor de la libertad, "el príncipe no tiene derecho alguno sobre los bienes muebles o inmuebles de los súbditos, de tal forma que pueda tomarlos para so o transferirlos a otros[54]". De rigurosa actualidad es el tema que trata poco más adelante cuando condena la imposición de nuevos tributos por parte del monarca sin que exista un

53 Son dos hechos concretos los que pueden explicar este cambio de parecer en el jesuita. En primer lugar, la orden por parte de Felipe III en 1602 de que la fabricación de la moneda de vellón sea de cobre, sin cantidad ninguna de plata y con un peso reducido a la mitad con respecto a las anteriores. En segundo lugar, poco tiempo después, en septiembre de 1603, el mismo monarca ordena el resellado de moneda antigua.

54 De Mariana, J.: *La dignidad real y la educación del rey*, edición de Luis Sánchez Agesta, Centro de Estudios Constitucionales, 1981 [1599] libro iii, capítulo viii, p. 341.

consentimiento del pueblo. "Pídalos, pues, y no despoje a sus súbditos tomando cada día algo por su propia voluntad y reduciendo poco a poco a la miseria a quienes hasta hace poco eran ricos y felices". De esta manera, el rey no se puede oponer a la voluntad del pueblo pues, de ser así, quedaría completamente legitimado el tiranicidio. En este capítulo concreto y, por extensión, en *De monetae*, Mariana centra la limitación del Estado en el aspecto monetario. Pero esto se puede extender a las demás parcelas de libertad individuales pues, como hemos señalado, el pueblo cede el poder al ser previo a la existencia del Estado, siendo un límite entonces para la intervención del rey la propiedad, sin que pueda este extender su autoridad. En el campo monetario, el rey no puede devaluar la moneda sin consentimiento, pues está atentando contra la propiedad y menguando el poder adquisitivo de los individuos a través de un impuesto inflacionista.

El capítulo primero de *De monetae* está dedicado al derecho que tiene el rey sobre la propiedad de los individuos. En las primeras páginas se puede leer que, "es averiguado que el poder de estos reyes cuando se extiende fuera de estos términos tanto degenera en tiranía, que es género de gobierno, no solo malo, sino flaco y poco duradero[55]". En la motivación de este libro, las devaluaciones de Felipe III, Mariana expone cómo esto supone un robo, una invasión a la propiedad y un obstáculo al comercio. Además, esta práctica de envilecimiento de la moneda contribuía a una constante situación de subida generalizada de precios al aumentar la cantidad de moneda en circulación. Éste es el punto de partida por el cual Juan de Mariana comienza a argumentar en contra de esta intromisión en la propiedad.

El libro continúa profundizando los argumentos que se acaban de señalar. Además, siendo el jesuita un excelente conocedor de la Historia de España, dedica un capítulo a la historia de las anteriores devaluaciones que se produjeron en el Reino y exponiendo las nefastas consecuencias. Apunta que los gobiernos deben de dejar inalterados los patrones de cambio y de medida entre monedas y distintos bienes. Por ejemplo, señala cómo en Castilla han mutado las medidas de aceite y vino con el fin de recaudar indirectamente un impuesto sobre estos bienes.

En conclusión, para el jesuita el rey no tiene derecho para imponer tributos sin el consentimiento del pueblo y, la devaluación, es un impuesto que atenta contra la propiedad. Además, al tener el poder político el origen en el pueblo no existe ningún derecho sobre la propiedad privada ajena ni tampoco para apropiarse de parte de la riqueza de los individuos[56].

55 De Mariana, J.: *Tratado y discurso sobre la moneda de vellón* edición de Lucas Beltrán, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1987 [1609] capítulo i, p. 31.

56 Aquí hace un apunte Mariana a la bula papal *Coena Domini*, donde se procedería a la excomunión a todo gobernante que impusiera nuevos tributos. Tributos que podía ser de manera directa, apropiándose parte de la riqueza, o de manera indirecta, a través de la devaluación o envilecimiento de la moneda.

3. El fin de la Edad Moderna.

Con el advenimiento de la democracia norteamericana, la polarización de lo público y lo privado se radicalizaría.

La axiología de ambas esferas transmuta respecto de épocas pretéritas. La esfera pública se convierte en fuente de hastío como consecuencia del tumulto y la concurrencia de las masas que se inmiscuyen y restringen los recursos para centrarse en lo verdaderamente importante: la esfera privada, pues es en esta donde el hombre desarrolla sus propias singularidades.

Cada vez se irían requiriendo mayores esfuerzos para separar a los hombres de sus negocios particulares. La desafección por los asuntos comunes aumenta conforme avanza la sociedad. La preocupación por lo público ya siquiera comportaba satisfacción personal. Los ciudadanos carecían de tiempo para hacerlo.

La vida privada resultaría tan activa en la democracia norteamericana, tan agitada, tan llena de aspiraciones y trabajos, que a nadie le quedaban casi energías ni tiempo para darse altruistamente a la vida política[57].

Como apunta Béjar: "el hombre de la sociedad democrática se caracteriza por no tener pasiones sino obsesiones, como esa oscura pasión por lo material que se lleva todas sus energías y le aparta de las tareas públicas"[58]. En este contexto, dirá, que "el Estado aparece como un ente paternal, y proveedor de orden y seguridad, se presenta como la única instancia que asegura a los individuos el disfrute de ese bien que tanto anhelan"[59].

Así, Stuart Mill evidenciaría esta nueva realidad de tensión entre lo público y lo privado, en su ensayo sobre la libertad al reflexionar sobre la naturaleza y los límites del poder que puede ser ejercido legítimamente por la sociedad sobre el individuo[60], proponiendo la libertad como el más eficaz antídoto a la tiranía de la mayoría[61].

En este sentido, señaló que existe una esfera en la que la sociedad, diferente al individuo, no posee interés alguno, pues se trata de "esa porción de la conducta y de la vida de una persona que no afecta más que a esa persona, y que, si afecta lo

57 Tocqueville, A.: *Democracy in America (vol 3)*, Liberty Fund, Indianapolis, 2010, p. 1.201.

58 Béjar, H.: *El ámbito íntimo. Privacidad, individualismo y modernidad*, Alianza, Madrid, 1990, p. 62.

59 Ibíd., p. 63.

60 Mill, J.: *Ensayo sobre la libertad* (trad. por Francesc Ll. Cardona), Brontes S.L., Menorca, 2011, p. 15.

61 Ibíd., p. 18.

mismo a otras, lo hace con su previo consentimiento y con una participación sin trabas, voluntaria y perfectamente clara"[62].

Dicha esfera es donde se construye la propia personalidad del individuo. La zona donde ocurre todo lo que le atañe aisladamente. Y dicha esfera es *privada* porque se contrapone a la *pública* que es donde se ejerce el poder y el control sobre el individuo. De forma que la esfera privada se identifica con la libertad para organizar nuestra vida siguiendo nuestro modo de ser, de hacer lo que nos plazca, sujetos a las consecuencias de nuestras acciones y sin que los demás nos lo frenen, en tanto que no les perjudiquemos, e incluso, aunque piensen que nuestra conducta sea tonta, mala o falsa[63].

La *privacy*, por tanto, se alza como el ámbito donde se templa el individuo que se hace de sí mismo un noble y hermoso objeto de contemplación; donde se urde el plan de vida de cada uno y se forja esa voluntad de control de uno mismo y del exterior[64].

4. De la sociedad industrial a la informática: la aportación desde la sociología.

El crecimiento demográfico urbano en las postrimerías del siglo XVIII y principios del XIX, consecuencia de los continuos éxodos rurales y acompañado del paulatino fortalecimiento de la idea del Estado centralizado (como centro de todas las cosas) insoslayablemente conllevó a un paradigma nuevo que transitaría de la autarquía-cooperativismo rural (el hombre y su familia eran el centro sobre el que transitaba la vida) al asilamiento-dependencia propio de la sociedad industrial.

Una de las consecuencias sociológicas de la revolución industrial fue la concentración geográfica de individuos en las zonas aledañas a las factorías de producción o poblaciones altamente industrializadas.

Este fenómeno de agrupamiento de las clases trabajadoras en torno a núcleos de población concretos supuso el surgimiento de los llamados "barrios obreros". Así, advierte Durkheim[65] que la evolución tecnológica y el cambio de la economía agraria en industrial, conllevaron la pérdida paulatina en el individuo de su sentimiento colectivo -propio de los ambientes rurales- a favor del individualismo de las sociedades industriales del siglo XIX.

La gran contradicción que evidenciaría el autor es que la propia unión necesaria del hombre en torno a los medios de producción como partes de un todo fue una

62 Ibíd., p. 25.

63 Ibíd., loc. ult. cit.

64 Béjar, H.: *El ámbito íntimo. Privacidad, individualismo y modernidad*, cit., p. 82.

65 Durkheim, E.: *Lecciones de sociología*, Comares, Grandada 2016, passim.

de las principales causas de ruptura de la conciencia de lo colectivo derivada de la radical individualización del hombre, evidenciada en los contratos laborales entre trabajador y empleador[66].

En definitiva, se transformarían los procesos de producción tradicionales como pudieran ser los del ámbito de la agricultura y la ganadería, en los que el trabajador asumía la totalidad de las fases de producción, por aquellos en los que se da la división del trabajo. Lo que significó situar al hombre en un contexto del propio yo en búsqueda su propio progreso y buenaventura.

Este individualismo radicalizado no fue sino una consecuencia lógica de la competencia por lograr ingresos económicos necesarios para la supervivencia en una sociedad basada en el paradigma mercantilista. Sin embargo, a pesar del anhelado asilamiento, crece la dependencia entre los individuos, pues como indica Pérez Royo: "la vida de un individuo depende del suministro por parte de la colectividad de una serie de servicios: agua, electricidad, gas, comunicaciones de todo tipo, prestaciones sanitarias, servicios culturales, etc., sin los cuales la convivencia es sencillamente imposible. Los individuos en el siglo XX han podido ser por primera vez seres anónimos, pero al mismo tiempo, han tenido que depender más de los demás que nunca antes en la historia. Esta relación de asilamiento-dependencia, para poder ser organizada técnicamente, exige la obtención de un volumen de información enorme por parte de la sociedad de cada uno de sus miembros"[67].

Este contexto de tensión, y cambio de cosmovisión del hombre, derivaría en la concienciación acerca de la necesidad de lo íntimo y particular ajeno al conocimiento del tercero con ocasión de preservar la propia individualidad como forma de garantizar la paz.

Esta nueva necesidad vital sería tributaria de los postulados intelectual-liberales que edificaron los incipientes derechos de la personalidad desde la dimensión propia del estatuto jurídico del propietario que, como señaló Morales Prats: "goza de todos los derechos y los valores jurídicos y morales se configuran como valores de mercado, que entran en funcionamiento a través de las categorías abstractas del contrato y la propiedad privada. El mercado es el mecanismo que regula la vida pública y en el cual el propietario proyecta su dignidad y crédito personal; el principio de la libre concurrencia reglamenta las relaciones sociales. La privacy-property manifiesta a su vez los caracteres de exclusividad y pertenencia, propios

66 Durkheim, E.: *La división del trabajo social,* Ediciones LEA, Buenos Aires, 2013, passim.

67 Pérez Royo, J.: *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Algete, 2014, p. 287.

de las relaciones dominicales y de las facultades de goce y disfrute dimamantes de las mismas''[68].

El crecimiento demográfico de las urbes rápidamente fue requiriendo mayor intervención del Estado para garantizar tanto la configuración y organización del crecimiento social, como dar cobertura jurídico-política al nuevo paradigma mercantilista inspirador de la concepción del hombre dueño de sí mismo, propietario de su propia vida. Y es en este contexto social donde los derechos de la personalidad se alzan como necesarios para la protección de la autonomía de los individuos frente a la participación ajena[69].

Podemos entonces afirmar que el detonante para la configuración de un genuino derecho a la intimidad fue la proliferación de los medios de comunicación en la sociedad de masas. Precisamente, Warren y Brandeis, y en su dimensión filosófica Ortega y Gasset, ante las continuas injerencias por parte de los medios de comunicación en la vida de las personas, desarrollaron la formulación del *right to privacy* como presupuesto para la libertad del individuo[70] y garantía para su propia personalidad.

68 Morales Prats, F.: *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática,* Ediciones Destino, Barcelona, 1984, p. 19.

69 Señala Pérez Royo, J.: *Curso de Derecho Constitucional,* cit., p. 288, que "los derechos de la personalidad son los instrumentos para garantizar, en la medida de lo posible, el control por parte de cada persona de la forma de presentarse ante los demás para ser valorados".

70 Lossano, M.G.: "La privacy nelle legislazioni europee", en AA.VV.: *Privacy e banche dei dati: aspetti giuridici e sociali* (coordinador N. Matteucci), Il Mulino, Bolonia, 1981, pp. 52-54.

BIBLIOGRAFÍA

Ballesteros Llompart, J: *Postmodernidad: resistencia o decadencia,* Tecnos, Madrid, 2003.

Béjar, H.: "La génesis de la privacidad en el pensamiento liberal", *Sistema: Revista de ciencias sociales*, núm. 76, 1987.

Béjar, H.: *El ámbito íntimo: privacidad, individualismo y modernidad*, Alianza, Madrid, 1988.

Benjamin, W.: "Sobre algunos temas en Baudelaire", *Ensayos escogidos,* Buenos Aires, 2016.

Carnelutti, F.: *El arte del Derecho*, Buenos Aires, 1948.

Constant., B.: "De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos" (discurso pronunciado en el Ateneo de Paris en 1819), *Revista de Estudios Públicos*, núm. 59, 1995.

de Mariana, J.: *La dignidad real y la educación del rey*, edición de Luis Sánchez Agesta, Centro de Estudios Constitucionales, 1981.

Duby, G.: "La vida privada en las familias aristocráticas de la Francia feudal: convivialidad" en AA.VV.: *Historia de la vida privada* (coord. Peter Brown et. al.), Taurus Ediciones, Madrid, vol. II, 1987.

Duby, G.: "Prefacio", en AA.VV.: *Historia de la vida privada* (coord. Peter Brown et. al.), vol. I., Taurus Ediciones, Madrid, 1987.

Durkheim, E.: *La división del trabajo social,* Ediciones LEA, Buenos Aires, 2013.

Durkheim, E.: *Lecciones de sociología*, Comares, Grandada 2016.

Fariñas Matoni, L.M.: *El derecho a la intimidad,* Trivium, 1983.

Fernández Delgado, R.: *Liberalismo y estatismo en el siglo de oro español. Un estudio comparado del pensamiento económico de Juan de Mariana y Sancho de Moncada*. Madrid: Unión Editorial, 2006.

Grice-Hutchinson, M.: "El concepto de la Escuela de Salamanca: sus orígenes y su desarrollo", *Revista de Historia Económica / Journal of Iberian and Latin American Economic History*, 1989.

HEGEL, F.: *Fundamentos de la filosofía del Derecho*, Libertarias Prodhufi, 1993.

HERRERÁN ORTIZ, A.I.: "El derecho a la protección de datos personales en la sociedad de la información" *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos,* núm. 26, 2003.

KANT, I.: *Principios metafísicos del derecho* (trad. G. Lizarraga), Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1873.

LOCKE, J.: *Ensayo sobre el gobierno civil*, Aguilar, Madrid, 1981.

LOEWENSTEIN K.: "Roma y la teoría general del estado", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 174, 1970.

LOSSANO, M.G.: "La privacy nelle legislazioni europee", en AA.VV.: *Privacy e banche dei dati: aspetti giuridici e sociali* (coordinador N. Matteucci), Il Mulino, Bolonia, 1981.

MARX, K.: *Manuscritos de economía y filosofía*, Alianza Editorial, Madrid, 2013.

MILL, J.: *Ensayo sobre la libertad* (trad. por FRANCESC LL. CARDONA), Brontes S.L., Menorca, 2011.

MORALES PRATS, F.: *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática,* Ediciones Destino, Barcelona, 1984.

MORALES PRATS, F: *La utopía garantista del Derecho Penal en la Nueva Edad Media* (discurso de ingreso en la Reial Acadèmia de Doctors, como Académico de Número, en el acto de su recepción el 5 de noviembre de 2015), Ediciones Gráficas Rey, Barcelona, 2015.

MUSIL, R.: *El hombre sin atributos,* Barcelona, 1970.

ORTEGA Y GASSET, J.: "Socialización del hombre", en GARAGORRI HERRANZ, P.: Obras completas de José Ortega y Gasset, Revista de Occidente, Tomo II, Madrid, 1966.

PÉREZ LUÑO, A.: "La protección de la intimidad frente a la informática en la constitución española de 1978", *Revista de estudios políticos, núm. 9, 1979.*

PÉREZ ROYO, J.: *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Algete, 2014.

REBOLLO DELGADO, L.: *El derecho fundamental a la intimidad*, Dykinson, Madrid, 2000.

ROTHBARD, M.: *Historia del pensamiento económico*. Unión Editorial, vol. I, Madrid, 1999.

RUIZ MIGUEL, C.: *La configuración constitucional del derecho a la intimidad,* Editorial de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1992.

SAN AGUSTÍN DE HIPONA: *De la verdadera Religión* (Traducción de P. Victorino Capánaga OAR), XXXIX, 72.

SCHUMPETER, J.A.: *Historia del análisis económico*, Barcelona, 2015.

TOCQUEVILLE, A.*: Democracy in America (vol 3),* Liberty Fund, Indianapolis, 2010.

TRUYOL Y SERRA, A. y VILLANUEVA ETCHEVERRÍA, R.: "Derecho a la intimidad e informática", *Informatica* e *Dirittos,* núm. 1, 1975.

WARREN, S. D. y BRANDEIS, L. D.: "Right to privacy", *Harvard Law Review,* vol. IV, núm. 5, 1890.

WESTIN, A.F.: *Privacy and Freedom*, Atheneum, Nueva York, 1967.

EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DE LOS MENORES DE EDAD EN EL ÁMBITO SANITARIO

THE INFORMED CONSENT OF THE MINORS IN THE HEALTH FIELD

Rev. Boliv. de Derecho Nº 32, julio 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 96-123

Manuel ORTIZ FERNÁNDEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 5 de abril de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 30 de abril de 2021

RESUMEN: El consentimiento informado aparece como un derecho de todo paciente a decidir en el ámbito sanitario. En este marco, es necesario determinar si los menores de edad han de ejercitar este derecho o si, por el contrario, precisan de la intervención de un tercero para llevarlo a cabo. A este respecto, nuestra legislación actual reconoce, con carácter general, el derecho a decidir de este colectivo. No obstante, en ocasiones pueden producirse limitaciones a su ejercicio motivadas bien por la ausencia de capacidad real, bien por el principio de interés superior. En definitiva, se trata de alcanzar el mayor beneficio para los menores de edad en el campo de la salud, evitando que se produzcan perjuicios para su vida o integridad.

PALABRAS CLAVE: Consentimiento informado; capacidad; interés superior; menores de edad; sanidad.

ABSTRACT: *Informed consent appears as the right of every patient to decide in the health field. In this context, it is necessary to determine whether minors are to exercise this right or, on the contrary, require the intervention of a third party to carry it out. In this regard, our current legislation generally recognizes the right to decide of this group. However, sometimes there may be limitations to their exercise motivated either by the absence of actual capacity or by the principle of best interest. In short, it is a question of achieving the most significant benefit for minors in the field of health, avoiding harm to their life or integrity.*

KEY WORDS: *Informed consent; ability; higher interest; minors; healthcare.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DE LOS MENORES DE EDAD EN EL ÁMBITO SANITARIO.- 1. Breves consideraciones acerca del reconocimiento del derecho a consentir en el campo de la salud.- 2. El consentimiento informado de los menores de edad en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.- A) El derecho a la información de los menores de edad.- B) El derecho a consentir de los menores de edad.- C) El consentimiento de los menores de edad en los supuestos de limitación de la información y la información en los casos de limitación del consentimiento.- III. EL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR DE EDAD.- IV. PRINCIPALES CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

El presente artículo se corresponde con un resumen de algunas de las problemáticas más relevantes del consentimiento informado tratadas de forma más extensa en mi tesis doctoral (cuya monografía se encuentra en trámites para su publicación). En concreto, vamos a analizar el consentimiento informado de los menores de edad[1] en el ámbito sanitario, para lo cual es necesario tener en cuenta, al menos, tres cuestiones. Por un lado, la legislación sobre este derecho en España, que se concreta en el estudio de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (en adelante, LAP). En este sentido, estudiaremos el régimen legal previsto para la prestación del mismo, así como las límites y excepciones que se recogen en nuestra normativa.

Por otro lado, nos detendremos en una serie de disposiciones que promueven la protección de los menores de edad. Estos aspectos se evidencian a través de la proclamación del principio de interés superior que, como se tendrá ocasión de comprobar, implica que, en todas aquellas cuestiones relativas a los menores de edad, la solución que se adopte ha de promover, en última instancia, el mayor beneficio para este colectivo.

1 Hay que tener en cuenta que la determinación de la minoría de edad debemos llevarla a cabo con una interpretación a *sensu contrario,* pues ni la Constitución ni el Código Civil definen tal situación. Estos preceptos señalan el momento en el que se adquiere la mayoría de edad, a saber, cuando se cumplen los dieciocho años. Así, destaca el art. 12 CE que "Los españoles son mayores de edad a los 18 años" y, por su parte, el art. 315 CC indica que "La mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos. Para el cómputo de los años de la mayoría de edad se incluirá completo el día del nacimiento". Por lo tanto, la minoría de edad "se define formalmente en contraposición a la mayoría de edad". En este sentido, *vid.* Parra Lucán, M. A. y Arenas García, R.: "Minoría de edad", en AA.VV.: *Tratado de Derecho de la persona física* (coord. por M.C. Gete-Alonso Calera/J. Solé Resina), Aranzadi, Navarra, 2013, p. 583.

• Manuel Ortiz Fernández
Profesor ayudante del Área de Derecho Civil de la Universidad Miguel Hernández de Elche. Correo electrónico: m.ortizf@umh.es.

Por último, hemos de tener presente que la legislación ha ido progresivamente concediendo mayores espacios de actuación a los menores de edad[2]. Así, del propio desarrollo de nuestro ordenamiento jurídico podemos inferir que se han aumentado los campos en los que se permite que los menores de edad lleven a cabo actos jurídicamente válidos. Desde esta perspectiva, a pesar de que tal atribución de capacidad no ha ido acompañada, en muchos casos, de la asunción de responsabilidad correspondiente, no podemos obviar que la evolución normativa nos obliga a ofrecer una interpretación acorde con este extremo.

Una vez llevado a cabo lo anterior, estaremos en disposición de determinar los criterios que se deben manejar para determinar si, en un caso concreto, debe permitirse que un menor de edad decida sobre su salud o si, por el contrario, se precisa de la intervención de su representante legal. No obstante lo anterior, conviene señalar que en España la materia referida a la sanidad se encuentra compartida entre el Estado y las comunidades autónomas, de tal suerte que corresponde al primero establecer unas bases y a las segundas desarrollar y concretar las cuestiones necesarias. Téngase en cuenta que en el presente análisis únicamente vamos a estudiar dichas bases y no las distintas regulaciones sectoriales por exceder de la finalidad de la obra. Por lo tanto, entiéndase advertido el lector de tal extremo, ya que un estudio completo de la cuestión requeriría atender a las citadas disposiciones autonómicas.

II. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DE LOS MENORES DE EDAD EN EL ÁMBITO SANITARIO.

1. Breves consideraciones acerca del reconocimiento del derecho a consentir en el campo de la salud.

Al abordar el tema relativo al consentimiento informado se hace necesario aludir a la evolución de este derecho, esto es, de la relación médico-paciente. En este sentido, su reconocimiento se ha producido de forma paulatina y progresiva hasta su definitiva regulación. Así, durante muchos años se entendió que el profesional era el mejor posicionado, por sus conocimientos especializados y experiencia, para decidir sobre la salud de los pacientes. Además, se partía de una total ausencia

2 Sin embargo, esta atribución de derechos no siempre ha ido acompañada de la imposición de los correspondientes deberes. Si se aumentan las facultades de los menores, de algún modo se limitan las posibilidades de actuación de los padres, por lo que los primeros deberían responder y asumir las consecuencias de sus actos. En esta línea, la citada Ley 26/2015 ha incluido en sus arts. 9 *bis* a 9 *quinquies* una serie de deberes como corolario del reconocimiento de derechos. Así, por ejemplo, destaca su art. 9 *bis* que:
"1. Los menores, de acuerdo a su edad y madurez, deberán asumir y cumplir los deberes, obligaciones y responsabilidades inherentes o consecuentes a la titularidad y al ejercicio de los derechos que tienen reconocidos en todos los ámbitos de la vida, tanto familiar, escolar como social.
2. Los poderes públicos promoverán la realización de acciones dirigidas a fomentar el conocimiento y cumplimiento de los deberes y responsabilidades de los menores en condiciones de igualdad, no discriminación y accesibilidad universal".

de responsabilidad en este ámbito, ya que se partía de que, como la medicina era una ciencia inexacta, no cabía reprochar los perjuicios producidos al profesional.

Este modelo se denominó paternalista clásico, en el que "imperaba la máxima de "todo por el paciente, pero sin el paciente", con la que se quiere poner de manifiesto que el sanitario estaba habilitado para actuar de forma independiente en beneficio del usuario[3]". No obstante, fruto de las exigencias internacionales, este sistema de "imperialismo médico" se vio superado y complementado por otros posteriores[4]. En la actualidad, nos encontramos en la etapa de decisiones compartidas entre médico y paciente, de tal modo que corresponde a este último decidir sobre las intervenciones sanitarias[5].

Igualmente, en España se produjo un debate similar y se introdujeron estos derechos paralelamente. En primer lugar, a través de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad –si bien de manera somera y parcial– y, posteriormente, de forma completa y detallada, con la ya referenciada Ley 41/2002.

Este contexto provoca que la *lex artis ad hoc* sanitaria merezca ser repensada a la luz de los parámetros determinados por la normativa sobre consentimiento informado. Desde esta perspectiva, entendemos que debe diferenciarse entre dos tipos de ley del oficio. De un lado, la referida a la intervención, *strictu sensu,* cuyo análisis se centra en determinar si la técnica empleada por el médico es la más adecuada desde el punto de vista científico. Así, "supone una suerte de parámetro que determina la intervención que se presenta como correcta para el caso concreto, con la finalidad de comparar la misma con la que ejecutó el médico. De este modo, se analiza el hecho *ex post*, desde la perspectiva de un espectador objetivo, para determinar si la operación se realizó cumpliendo con

3 Ortiz Fernández, M.: "La responsabilidad civil en el ámbito sanitario derivada del consentimiento informado", *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* núm. 10 *bis,* 2019, p. 551.

4 En este sentido, como se pone de manifiesto en Ortiz Fernández, M.: "El consentimiento informado en el ámbito sanitario: la *lex artis* y los derechos fundamentales", en AA.VV.: *Cadernos da Lex Medicinae (Saúde, novas tecnologias e responsabilidades)*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Instituto Jurídico, 2019, p. 370, "por exigencias internacionales, la propia consideración de la persona humana como portadora de derechos humanos inherentes provocó un cambio de paradigma. En este sentido, se fue forjando en el ámbito internacional –y europeo– el compromiso en la protección y tutela de los derechos humanos. Tras la masacre acaecida con la II Guerra Mundial se comprendió la importancia que tales derechos tienen para la humanidad y se trató de formar unas bases que impidiesen que una situación como la producida se repitiera en un futuro. En el ámbito sanitario, algunos autores hablan incluso de hasta tres "edades de la medicina" para describir esta evolución".

5 A este respecto, destaca muy acertadamente Barceló Doménech, J.: "Consentimiento informado y responsabilidad médica", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 8, 2018, pp. 280-281 que "El derecho a ser informado que tiene el paciente, como paso previo a la emisión de su consentimiento al tratamiento médico, constituye uno de los grandes logros del Derecho médico de las últimas décadas. El usuario de los servicios sanitarios no solamente demanda del facultativo unos cuidados conformes según la ciencia, sino que también quiere ser informado de manera completa y clara sobre su estado de salud y la actuación que precisa. Información y consentimiento quedan así íntimamente vinculados: de ahí la denominación de "consentimiento informado" que emplea tanto el legislador como la jurisprudencia".

los estándares establecidos en el sector[6]". De otro lado, la *lex artis* relacionada con el consentimiento informado y con el cumplimiento de los mandatos de la Ley 41/2002.

A todo ello, hay que anudar que el Tribunal Constitucional -en sentencia de 28 de marzo de 2011[7]- señaló que una intervención que no cuente con el consentimiento informado del usuario supone una intromisión ilegítima en su esfera personal. De esta forma, destaca el Tribunal que este derecho se encuentra vinculado al derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE) por lo que, si nos encontramos ante una conculcación del primero se puede producir, a su vez, una vulneración del segundo. En este sentido, el consentimiento informado aparece como una garantía del citado derecho fundamental –sin que pueda confundirse con él–. Sin embargo, no parece que la vía constitucional quede expedita, en cualquier caso, sino únicamente cuando los tribunales ordinarios obvien la inexistencia de información y el consentimiento sin motivar su decisión de acuerdo con los parámetros legales. Ello no quiere decir que se excluya el consentimiento informado del ámbito de la constitucionalidad y que deba quedar recluido en la legalidad ordinaria interpretada *secundum constitutionem*, sino que se debe modular el acceso al recurso de amparo en función del caso concreto.

2. El consentimiento informado de los menores de edad en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Para comenzar, es necesario ofrecer una definición de consentimiento informado para comprender su alcance. A este respecto, el art. 3 LAP destaca que supone "la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud". De esta forma, nos encontramos ante un derecho formado por dos facultades íntimamente ligadas, a saber, la información previa y el posterior consentimiento. No se puede obviar que, si el paciente no cuenta con los datos necesarios relativos a la naturaleza de intervención, sus riesgos y consecuencias no podrá manifestar su voluntad de forma libre, voluntaria y consciente.

A) El derecho a la información de los menores de edad.

En el ámbito de la información, indica el art. 4.1 LAP que "Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de

6 Ortiz Fernández, M.: "Algunos apuntes sobre la responsabilidad civil sanitaria ante la situación generada por el COVID-19", *Revista IBERC*, Edição Especial "Coronavírus e Responsabilidade Civil", vol. 3, núm. 2, 2020, p. 290.

7 STC 37/2011, de 28 de marzo (RTC 2011, 37).

su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley". Por todo ello, señala el art. 5.1 LAP que el titular de esta facultad es el paciente y únicamente se permitirá facilitar estos datos a las personas vinculadas a él cuando el primero lo permita (expresa o tácitamente). Son, pues, las dos manifestaciones del derecho a la información: por un lado, conocer las cuestiones más relevantes sobre su salud y, por otro, impedir que terceros tengan acceso a este contenido. No obstante, es posible limitar este derecho en los casos de pacientes con la capacidad judicialmente modificada (art. 5.2 LAP), "Cuando el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico" (art. 5.3 LAP) o en aquellos supuestos de existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica (art. 5.4 LAP).

Como se puede observar, no encontramos una referencia expresa a los menores de edad en este campo. Ante tal ausencia, puede dudarse de si son o no los titulares de tal derecho y, a su vez, si son sujetos activos de la misma[8]. Lo primero que puede plantearse es si podrían encuadrarse en el apartado 2 del art. 5 dedicado a las personas con la capacidad judicialmente modificada. Sin embargo, no resulta ser la solución más adecuada. Además, si tenemos en cuenta que para ser declarados en tal situación debe haberse establecido por sentencia judicial, no parece que se deban incluir en este punto (salvo que el menor haya sido sometido a un procedimiento modificación de capacidad[9] y en los términos que la sentencia determine). En este último caso, al igual que en los mayores de edad, deberá informarse tanto al menor como al representante o familiar. Igualmente, tampoco entendemos que deba interpretarse que son personas con ausencia de "capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico" por defecto. En este sentido, señala el art. 5.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la

8 Resulta de gran interés la Declaración de la Comisión Central de Deontología sobre la asistencia médica al menor maduro en situaciones sobre rechazo al tratamiento, aprobada por la Asamblea General (extraordinaria) los días 13 y 14 de mayo de 2016 (actualizada por la Comisión Permanente del CGCOM). Para visualizarla, visitar:
https://www.cgcom.es/sites/default/files/u183/declaracion_ccd_asistencia_al_menor_maduro_situaciones_rechazo.pdf (fecha de última consulta 15.01.2020).
Asimismo, los anexos de la misma describen de una forma muy gráfica el procedimiento a seguir en determinados casos. Ambos se encuentran disponibles en:
https://www.cgcom.es/sites/default/files/u183/anexo_i_asistencia_medica_a_menores_de_matrimonios_separados.pdf
https://www.cgcom.es/sites/default/files/u183/anexo_ii_asistencia_medica_a_menores_cirugia_plastica_y_estetica.pdf
(fecha de última consulta 15.01.2020)

9 Es posible que se modifique judicialmente la capacidad de menores de edad cuando se prevea que la enfermedad o deficiencia que le impida gobernarse por sí mismo va a persistir después de la mayoría de edad. En este caso sólo pueden pedirla quienes ejerzan la patria potestad o tutela y se procederá a su prórroga. Sin embargo, es difícil imaginar un supuesto de este tipo en menores, pues supone declarar la falta de capacidad a alguien que nunca la tuvo –salvo que estemos ante un menor emancipado, que ya ha adquirido la capacidad de obrar casi plena–. Pero, si se tiene en cuenta que el menor es un sujeto potencialmente apto para obtener la capacidad posteriormente y que, al modificarse su capacidad, deja de serlo, se observa cómo, en realidad, se está cambiando el *substratum* del mismo.

Ley de Enjuiciamiento Civil[10] que "Los menores tienen derecho a buscar, recibir y utilizar la información adecuada a su desarrollo".

Por lo tanto, los menores serán los titulares del derecho a la información y sujetos activos de la misma (máxime en caso de emancipados). En el supuesto de que se encuentren en una situación como la prevista en el apartado 3 del art. 5 LAP, esto es, que el menor carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico –en suma, que sea incapaz–, deberá informarse también a su representante legal. Así, se evita el criterio de la edad, tan relativo, sustituyéndolo por el de la capacidad real del menor. De este modo, no habría diferencia entre mayores y menores de edad, ya que únicamente podría ampliarse el campo de sujetos a los que informar si carecen de capacidad para entender la misma.

Asimismo, nos interesa resaltar que la concesión del derecho a los menores y, en su caso, su ejercicio -cuando se entienda que disponen de la capacidad suficiente- conlleva el reconocimiento de los dos aspectos del mismo, a saber, la facultad de ser informado y la imposibilidad de comunicar los datos de su salud a terceras personas -con independencia de la relación que les una con el paciente-. De esta forma, no solamente se debería informar adecuadamente al menor de edad, sino que, salvo que este lo consienta, no debe extenderse la misma a sus progenitores o tutores.

No obstante, como en todos los ámbitos del Derecho, debe imponerse la lógica. Al igual que en el caso de que un paciente, por ejemplo, se encuentre en estado de inconsciencia no se le podrá informar, tampoco se podrá llevar a cabo ante ciertos menores. Parece obvio que ni a un recién nacido, ni a un menor de edad de hasta unos doce años se le podrá informar, ya que simplemente, no entenderá ni el contenido ni el alcance de la intervención[11]. Que se reconozca la condición de

10 Hay que tener en cuenta que este precepto fue modificado por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

11 En este sentido, no puede obviarse que el colectivo "menores de edad" es muy amplio y recoge un amplio espectro de situaciones. Desde el nacimiento hasta el cumplimiento de los dieciocho años el menor va formando su capacidad y adquiriendo conciencia y madurez. No puede compararse el discernimiento de un niño de 2 años con el de un adolescente de 17 años. Por ello, no resulta justo ni adecuado establecer un tratamiento único e indiferenciado para todos los menores que olvide todas estas cuestiones. Así lo pone de manifiesto la doctrina al indicar que "no es posible el establecimiento de un régimen jurídico unitario aplicable a todo menor de edad (con independencia de su edad biológica y de su madurez) en lo que a eficacia jurídica de sus actos se refiere". *Vid.* Cadenas Osuna, D.: "El consentimiento informado y el rechazo a la intervención o tratamiento médico por el menor de edad tras la reforma de 2015: estudio comparado con el *common law*", *ADC*, tomo LXXI, fasc. III, 2018, p. 795.
Asimismo, destacan otros autores que no hay una situación del menor de edad, "sino que hay "pluralidad de menores". Todo ello tiene su lógica si pensamos que, legalmente, son menores de edad un recién nacido, un niño de tres años y uno de diecisiete, y parece razonable que no reciban el mismo trato". *Vid.* Parra Lucán, M. A. y Arenas García, R.: "Minoría de edad", cit., p. 596.
Igualmente, en similares términos, suele señalarse que "no debe olvidarse que dentro de la minoría de edad quedan comprendidas edades y situaciones tan distintas como son las del niño de tres meses o tres años y la del joven de quince o diecisiete años", por lo que, en puridad, "no hay, pues, *menor* sino *menores*". *Vid.* Rivero Hernández, F.: *El interés del menor*, Dykinson, 2ª ed., Madrid, 2007, pp. 176-177.

titular del derecho no quiere decir que pueda ejercitarse en cualquier momento y ante cualquier situación. Así, el reconocer un espacio de actuación de los menores no puede desvirtuarse y llevar a conclusiones absurdas. En este sentido, podría traerse a colación un estudio acerca de la propia evolución intelectual y emocional de los menores para determinar cuándo podrán ser informados. También podría resultar de sumo interés llevar a cabo un análisis de la diferente normativa que afecta a los mismos para tratar de trazar símiles o analogías.

Por ejemplo, como es sabido, los mayores de catorce años y menores de dieciocho años pueden estar en posesión legal de una autorización especial de uso de armas para menores (AEM) pudiendo utilizarla exclusivamente para la caza o para competiciones deportivas las armas de fuego de las categorías 3ª. 2 y 3ª. 3. Hay que tener en cuenta que para que el menor pueda utilizar el arma deberá ir acompañado de una persona mayor de edad con licencia de armas D, E o F en vigor que previamente se hayan comprometido por escrito a acompañarlo y vigilarlo en la cacería o acto deportivo.

De todo ello puede extraerse que los menores de catorce años deben ser informados de sus enfermedades por los profesionales, pues si se considera a un menor de catorce años lo suficiente maduro y con la capacidad para estar en posesión de un arma, parece que también lo estará para conocer su estado de salud. Por supuesto, en aquellos casos de necesidad terapéutica[12], al igual que si se tratara de un mayor de edad, no serán informados.

B) El derecho a consentir de los menores de edad.

En primer lugar, en el ámbito del consentimiento debemos diferenciar entre dos tipos de limitaciones[13]. De un lado, aquellas en las que no se precisa, en principio, de la intervención del paciente ni de sus familiares (art. 9.2 LAP). En estas últimas, se habla de exención del derecho, ya que, en definitiva, es el sanitario el encargado de decidir lo más adecuado para la salud de los usuarios. De otro lado, los supuestos de consentimiento por representación (arts. 9.3 y 9.4 LAP), en los que la facultad es ejercitada por los padres, representantes legales o familiares del menor de edad.

12 Nos moveremos ante un caso de necesidad terapéutica (art. 5.4 LAP) cuando el paciente, a criterio del profesional, se encuentre en una situación en la que el conocimiento de su propio diagnóstico perjudicaría su salud de manera grave. Sea como fuere, el médico deberá dejar "constancia razonada de las circunstancias en la historia clínica y comunicará su decisión a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho". Este supuesto particular es, pues, el único en el que cabe limitar el derecho a conocer el estado de salud de los usuarios de centros sanitarios.

13 En realidad, si se depara con detenimiento, en ambos casos nos encontramos ante un consentimiento por representación: en unos supuestos es el profesional quien actúa en nombre y beneficio del paciente y, por su parte, en otros, son los familiares o allegados quienes lo llevan a cabo. Por ello, a pesar de la distinción que se ha realizado, téngase en cuenta que, en puridad, estamos ante situaciones similares y que la única diferencia radica en el sujeto que representa al usuario.

Por lo que respecta a estos últimos, hay que tener en cuenta que cuando estemos ante un menor de edad no puede prestar el consentimiento el representante del mismo con carácter general. Muy al contrario, este hecho debe ser la excepción y ha de atenderse a la capacidad real del menor de edad (al igual que en el caso de la información). En este sentido, no puede obviarse que el mismo es el titular del derecho, tal y como se deduce de la propia configuración de la LO 1/1996, que en su art. 2 señala que "Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva". No tendría sentido una interpretación diferente si atendemos a la evolución de la legislación en el ámbito de los menores[14]. En este sentido, hemos asistido a una atribución progresiva de campos de actuación de los menores, de derechos, que exige que se respete, salvo que demuestre lo contrario, su voluntad y autonomía.

Así se desprende del art. 9.2[15] LO 1/1996 cuando señala que "Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos".

En el caso de que se entienda que el menor no tiene capacidad para decidir, deberá ser escuchada su opinión. Como destaca el citado precepto, "El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias".

Además, indica el anterior precepto que "No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor se podrá conocer la opinión del

14 Así lo pone de manifiesto López Sánchez cuando se refiere a la responsabilidad civil de los menores. En este sentido, *vid. La responsabilidad civil del menor,* Dykinson, Madrid, 2001, pp. 239 a 241. Igualmente, *vid.* "Los menores y las dietas alimentícias. Posibles responsabilidades", en AA.VV.: *Cadernos da Lex Medicinae (Saúde, novas tecnologias e responsabilidades)*, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2019, pp. 127-138.
Además, en el ámbito de los menores son también muy interesantes las reflexiones adoptadas en Moreno Martínez, J. A.: *Responsabilidad de centros docentes y profesorado por daños causados por sus alumnos*, Mc Graw-Hill, Madrid, 1996; "Acoso escolar: examen del fenómeno y su amparo legal: Especial consideración de la reparación del daño", en AA.VV.: *Sobre la responsabilidad civil y su prueba: Ponencias VII Congreso Nacional* (coord. por M.J. Herrador Guardia/L.F. Reglero Campos), 2007, p. 533.

15 El art. 9 de la LO 1/1996 también fue modificado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia

menor por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente".

En cuanto a la normativa específica del consentimiento informado y, en concreto, en lo relativo al consentimiento por representación, el art. 9.3 c) LAP indica que corresponderá tal situación "Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor".

Sin embargo, aunque se regule de forma separada, los menores de edad que se encuentren en una de las situaciones del art. 9.3 a) y b) LAP también precisarán de representación. Además, si nos detenemos en la regulación, en realidad no existe diferencia entre los apartados a) y c) del art. 9.3 LAP más allá de la referencia al menor en este último. No puede obviarse que si no se tiene capacidad para tomar decisiones, también se carece de capacidad intelectual y emocional para comprender el alcance de la intervención. O al menos así debe interpretarse para salvar esta incoherencia. No cabe entender de otra forma el precepto, pues estaría señalándose que los mayores de edad tienen más restricciones que los menores, algo que no parece tener demasiado sentido.

Por su parte, el art. 9.4 LAP[16] señala que cuando estemos ante menores de edad, pero mayores de dieciséis años –con independencia de que se hayan o no emancipado–, y que no se encuentren en uno de los supuestos del art. 9.3 b) o c), no cabrá el consentimiento por representación. Por lo tanto, la ley fija, en condiciones de capacidad normales, la edad para decidir sobre la salud en los dieciséis años. Sin embargo, continúa señalando que, en casos de grave riesgo para la vida o salud del menor, el consentimiento se prestará por representación -una vez oída y tenida en cuenta la opinión del menor-, cuestión que analizaremos al tratar los casos de exención del consentimiento.

Y se plantea aquí otra paradoja. La ley indica que los mayores que no posean capacidad para decidir deberán consentir por representación. No obstante, si nos encontramos ante menores emancipados o no emancipados pero que tengan más de dieciséis años, el consentimiento recaerá en el menor, ya que únicamente limita tal intervención en caso de grave riesgo para la vida del mismo[17].

16 Este apartado fue modificado por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia en el sentido de exigir el consentimiento de los representantes cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor (una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo).

17 Como destaca López Sánchez, se trata de un supuesto excepcional que tiene como finalidad compatibilizar el derecho a la intimidad del menor maduro con la obligación de sus representantes de velar por él.

Desde nuestra perspectiva, la regulación carece de sentido alguno. De la afirmación de que un emancipado adquiere la plena capacidad jurídica y que se habilita al mismo para regir su persona y sus bienes como si fuera mayor de edad, a indicar que tiene una capacidad superior a la de estos últimos, existe una gran diferencia. No hay forma racional de entender cómo, una persona, sea mayor o menor de edad, que no sea capaz de tomar decisiones o que su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación, deba consentir. La única interpretación razonable es pensar que los casos a los que refiere el precepto se aplican tanto a emancipados como a mayores de dieciséis años no emancipados teniendo en cuenta, además, la previsión anterior sobre la equivalencia de los supuestos del art. 9.3 a) y del art. 9.3 c) LAP.

De este modo, no habría diferencia entre menores –emancipados o no– y mayores de edad, siendo el criterio de la capacidad el que debe imperar en cuanto al ejercicio del derecho de consentimiento. En todo caso, lo más correcto sería suprimir el apartado c) del art. 9.3 y el art. 9.4, ya que, o bien disponen algo a todas luces insostenible, o bien realizan repeticiones innecesarias que únicamente oscurecen y dificultan la labor interpretativa de la disposición. A modo de esquema, por tanto, podemos señalar que:

- Decidirán por sí mismos los mayores de edad que no se encuentren en alguna de las situaciones de los apartados a) o b) del art. 9.3 LAP.

- Precisarán representación, por tanto, los mayores incursos en alguna de las circunstancias referidas antes[18].

En caso de menores, hay que diferenciar:

a) Si están en alguna de las situaciones de los apartados a), b) o c) del art. 9.3 LAP, se consentirá por representación, con independencia de la edad.

b) Si estamos ante menores que no se encuentren en tales situaciones, diferenciamos:

b1) Menores emancipados o mayores de dieciséis años no emancipados: no cabe representación salvo riesgo para la vida o salud del menor.

Vid. "Daños causados por los padres a la salud o integridad física de los hijos menores", en AA.VV.: *La responsabilidad civil en las relaciones familiares* (coord. por J.A. Moreno Martínez), Dykinson, Madrid, 2012, p. 260.

18 En este sentido, sobre los mayores incapaces resultan de especial interés las reflexiones de Berenguer-Albaladejo. *Vid.* "Responsabilidad civil de la persona mayor incapaz y de sus guardadores por los daños causados a terceros: especial referencia a la responsabilidad del incapaz en el sistema del *Common Law*", *RDP*, 2013, pp. 3-51 *passim*.

b2) Menores de dieciséis años -y, por supuesto, no emancipados-: en principio, cabe representación. Hay que añadir aquellos casos de riesgo para la vida o salud del menor, pues aunque no diga nada la ley, parece evidente que si los mayores de 16 o emancipados precisan representación, también la necesitarán los menores de dicha edad -igualmente supeditada a que las circunstancias lo permitan-, con independencia de la capacidad de los mismos.

Otra cosa será el derecho a ser oído del menor[19]. En este sentido, el mismo tendrá siempre derecho a ser oído cuando tenga suficiente madurez. Tal y como se tuvo ocasión de señalar, este extremo se producirá, en todo caso, cuando tenga doce años cumplidos. Por lo tanto, hasta los 12 años dependerá tal derecho de la valoración sobre la madurez que realice el profesional[20]. A partir de dicha edad, siempre deberá ser oído y tenido en cuenta salvo "cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor", en cuyo caso "se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente".

Consideramos que el criterio[21] que debe imperar tanto en el derecho a ser oído y tenido en cuenta, como en el derecho a consentir por sí mismo -y a negar, en su caso, la intervención de que se trate- debería estar motivado por la capacidad real del menor[22]. La edad puede constituir una consideración a tener en cuenta para valorar los diferentes casos, pero no creemos que deba ser la imperante. Antes al contrario, debería conjugarse la edad con el resto de circunstancias que rodean al menor -madurez, estado mental o psíquico o gravedad de la enfermedad-. Otra cuestión será el alcance que debe tener la previsión de que el menor deba ser escuchado. No tiene sentido reconocer la facultad de dar una opinión si más tarde no va a ser tenido en cuenta. Si continuamos con el argumento, si se concluye que

19 Muy interesantes nos resultan las reflexiones de Gisbert Jordá, cuando señala que debe imperar el criterio de la capacidad del menor, debiendo adecuarse la información a sus características. En este sentido, *vid.* "El paciente oncológico menor de edad", en AA.VV.: *Aspectos Legales en Oncología Médica* (edit. por J. Montalar Salcedo), Nova Sidonia Oncología, Madrid, 2000, p. 146.

20 Como destaca Blanco Pérez-Rubio, en el caso de que la voluntad del menor de 12 años sea contraria a la que manifiesten sus representantes legales, "debería atenderse al criterio general de suficiente madurez del menor, y deberá prevalecer la voluntad del menor si a juicio del médico comprende el alcance de la intervención. Si existiesen dudas y el médico no lo viera con claridad porque no está seguro de las condiciones de madurez de este paciente, entendemos que deberá ser el juez el que decida, tras oír al Ministerio Fiscal, con apoyo en el criterio del médico, y que no se traten de casos de urgencia". *Vid.* "El consentimiento informado como elemento esencial de la lex artis", *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal,* vol. 2, núm. 2, 2014, p. 103.

21 En este sentido, Cadenas Osuna diferencia hasta un total de tres criterios: el cronológico que se fundamenta exclusivamente en la edad del menor; el basado en la madurez o discernimiento del menor; y el "mixto", que conjuga las dos formulaciones anteriores. Este último nos parece el más adecuado. *Vid.* "El consentimiento", cit., p. 794.

22 En este sentido, López Sánchez refiere los criterios biológico y psicológico en relación con la imputabilidad del menor. En realidad, ambos plantean problemas. El primero, porque olvida la realidad y no permite aplicar, al caso concreto, lo más adecuado. El segundo, por no ofrecer suficiente seguridad jurídica. *Vid. La responsabilidad*, cit., pp. 227-232.

debe ser oído para ser tenido en cuenta, esto último es difícilmente conjugable con que la decisión final recaiga sobre un tercero.

En este sentido, si imaginamos un supuesto en el que un representante considera que lo mejor es intervenir al menor y este último entiende que no -con independencia de las razones que motiven tal decisión-, ¿qué debe imperar? Si se establece un consentimiento por representación, ¿no implica que sea el representante quien decida? Y si ello es así, ¿cómo puede mantenerse que se ha tenido en cuenta la opinión del menor? ¿Es posible tener en cuenta la misma pero imponer la visión propia? Como se ha señalado es una cuestión de difícil determinación que, en determinados casos que sea posible, exigirá la intervención judicial para indicar qué es lo más correcto.

Por otro lado, en la interrupción del embarazo de menores de edad o personas con la capacidad judicialmente modificada se necesitará, además del consentimiento de los mismos, el consentimiento expreso de los representantes legales[23]. En caso de conflicto, tenemos que atender a las reglas previstas en el Código civil –así como al art. 17 Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo–. Así, el art. 163 CC indica que "Siempre que en algún asunto el padre y la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él. Se procederá también a este nombramiento cuando los padres tengan un interés opuesto al del hijo menor emancipado cuya capacidad deban completar.

Si el conflicto de intereses existiera sólo con uno de los progenitores, corresponde al otro por Ley y sin necesidad de especial nombramiento representar al menor o completar su capacidad".

Igualmente, el art. 299 CC prevé que "Se nombrará un defensor judicial que represente y ampare los intereses de quienes se hallen en alguno de los siguientes supuestos:

1. Cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores o incapacitados y sus representantes legales o el curador. En el caso de tutela conjunta ejercida por ambos padres, si el conflicto de intereses existiere sólo

23 No obstante, debe tenerse en cuenta que en un primer momento la Ley 41/2002, por remisión del art. 13.3 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, establecía un régimen distinto que atribuía mayores facultades a las menores que querían interrumpir el embarazo (en función de si eran mayores o menores de dieciséis años). Sin embargo, el art. 9.5 de la Ley 41/2002 fue modificado por la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo que, además, suprimió el apartado cuarto del art. 13 de la citada Ley Orgánica 2/2010.
Sobre los derechos reproductivos de las mujeres con discapacidad, *vid.* Múrtula Lafuente, V.: "Los derechos reproductivos de las mujeres con discapacidad", *RDP*, 2019, pp. 3-46 *passim*.

con uno de ellos, corresponderá al otro por ley, y sin necesidad de especial nombramiento, representar y amparar al menor o incapacitado".

En otro orden de cosas, debemos referirnos a los supuestos de exención del consentimiento. A este respecto, conviene destacar que la norma autoriza a que los facultativos lleven a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente cuando exista riesgo para la salud pública (art. 9.2 a) LAP) y en los casos en que exista riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no sea posible conseguir su autorización (art. 9.2 b) LAP). Por ello, no existe diferencia en este campo entre mayores y menores de edad, ya que será el médico el que, en ambos casos, estime lo más conveniente.

Sea como fuere, en el último de los supuestos prevé el precepto que se consultará, cuando las circunstancias lo permitan, a los familiares del usuario o a las personas vinculadas de hecho al mismo. En estos escenarios, por ejemplo, podemos encuadrar las situaciones en las que el paciente se encuentre en un estado de inconsciencia, en las que, por razones obvias, no podrá ejercitar el derecho. Deberá valorarse, por un lado, la posibilidad de alcanzar la autorización del paciente -en cuyo caso no se aplicaría limitación alguna a su derecho- y, por otro, la contingencia de consultar a los familiares o representantes. Si nos movemos ante un caso de representación, las posibilidades de obtener la autorización del paciente deben entenderse en el sentido de que dicha autorización pueda recabarse de los representantes, pues son los encargados de consentir -confundiéndose, por tanto, la consulta y la autorización-. No obstante, si se repara con detenimiento, en el caso de los menores la propia Ley 41/2002 (art. 9.4 párrafo segundo), por las especiales características del supuesto que recoge, automáticamente prevé el consentimiento por representación. No subordina la norma tal conclusión a circunstancia alguna ni refiere las consultas a los familiares.

Dicho ello, quedan dos cuestiones en el tintero. Por un lado, nada prevé el precepto –así como sí lo hace el apartado 2 letra b) del art. 9 LAP– acerca de la supeditación del consentimiento de los representantes al hecho de que "las circunstancias lo permitan". En este sentido, debe aplicarse tal circunstancia por analogía, pues de otro modo carecería de sentido. Otra posibilidad es entender que en caso de urgencia e inmediatez se aplicará el art. 9.2 b) LAP y, si no existe la misma, el art. 9.4 LAP. De este modo, estaremos ante una exención del consentimiento si nos movemos en el primero de los escenarios y, ante un consentimiento por representación, si lo hacemos en el segundo. En segundo lugar, el art. 9.4 LAP prevé que la decisión de los familiares debe tener lugar "una vez oída y tenida en cuenta la opinión" del menor. Aplíquese en este momento, *mutatis mutandi,* lo que anteriormente destacamos acerca de los problemas que esto último implicaba en la práctica.

Antes de finalizar con este apartado dedicado a los derechos de información y consentimiento de los menores, resta reflexionar acerca de quién debe interpretar y, por tanto, decidir si el menor posee o no capacidad suficiente -para recibir información y para decidir-. Si atendemos a lo dispuesto en la Ley 41/2002, parece que este juicio de capacidad corresponde al médico responsable[24].

De este modo, parece que lo razonable sea la intervención de un especialista que pueda valorar adecuadamente la capacidad real del menor. Sin embargo, cuando existan dudas razonables -y la urgencia de la intervención lo permita- lo más conveniente es que se acuda a la autoridad judicial correspondiente para que sea quien, en última instancia, decida cómo actuar. Asimismo, sería interesante que dicho profesional prestara asistencia cuando, llegado el caso, se preste la información al paciente, pues debe realizarse atendiendo a las peculiares características de este.

A todo ello, tenemos que añadir un argumento. En este sentido, para llevar a cabo una adecuada interpretación resulta muy interesante tratar de indagar en la finalidad o propósito que el legislador trata de obtener con una concreta norma. Así, si reparamos en el original art. 7.2 c)[25] de la Proposición de Ley 124/000002 sobre Derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica, de 27 de abril de 2001, podemos observar rápidamente cómo tanto el texto definitivo de la Ley 41/2002[26] como las sucesivas reformas que se han ido produciendo (como las citadas anteriormente) han ido, progresivamente, restringiendo el campo de actuación de los menores en el ámbito de su salud. De este modo, si bien se reconoce cierta capacidad de actuación a los mismos, con el fin de proteger su interés superior, se prevé la intervención, más o menos directa, de los representantes legales.

24 Sin embargo, como pone de manifiesto Cadenas Osuna, "el facultativo no cuenta para realizar una labor de tan ingente relevancia con protocolo alguno que le ilustre, con mayor o menor detalle, sobre cómo realizar tal juicio de capacidad, lo que le genera una gran sensación de desasosiego e inseguridad. Habida cuenta de que muchos profesionales sanitarios no tienen formación especializada que les permita dicha tarea con una destreza suficiente, lo idóneo es acudir a especialistas en psicología infantil, profesionales que pueden adentrarse en la psique del menor de edad en aras de aprehender su capacidad para entender la información asistencial y para adoptar una decisión inteligente sobre el curso de acción sanitaria a seguir". *Vid.* "El consentimiento", cit., p. 800.

25 Destaca el citado precepto que "En el caso de menores, si éstos no son competentes, ni intelectual ni emocionalmente, para comprender el alcance de la intervención sobre su salud, el consentimiento debe darlo el representante del menor, después de haber escuchado, en todo caso, su opinión si es mayor de doce años. En los demás casos, y especialmente en casos de menores emancipados y adolescentes de más de dieciséis años, el menor debe dar personalmente su consentimiento".

26 En este sentido, señala el art. 9.3 c) de la Ley 41/2002 que "Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención (…) el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente".

De alguna forma, podemos señalar que, como norma general, se permite que los menores actúen por sí mismos, apareciendo los padres o tutores como una suerte de curadores (complementando su capacidad). Sin embargo, en situaciones graves los padres sustituyen la voluntad del menor (como verdaderos tutores), a pesar de que se ofrezca participación de estos últimos a través del derecho a ser oídos. Como destacamos en el campo del derecho de información, debe imponerse la lógica, conjugando y ponderando varios criterios: la interpretación conjunta del ordenamiento jurídico (esto es, de la Ley 41/2002 con el resto de normativa), la edad del menor, así como la capacidad y madurez del mismo. De esta suerte, atendiendo a la experiencia y a la propia naturaleza del ser humano, quizás sería adecuado fijar un marco objetivo a partir del cual se interprete si el menor debe o no ser informado y consentir para ofrecer una mayor seguridad jurídica[27]. Por ejemplo, podemos entender que hasta los doce años el menor no posee capacidad real y, por el contrario, a partir de los dieciséis años sí la tiene. No obstante, hay que tener en cuenta que estamos ante presunciones *iuris tantum* que permiten, por tanto, prueba en contrario y excepciones.

C) El consentimiento de los menores de edad en los supuestos de limitación de la información y la información en los casos de limitación del consentimiento.

En el primero de los escenarios, esto es, aquel en el que el derecho a la información sufre una limitación, entendemos que el tratamiento entre mayores y menores ha de ser coincidente –al margen de las matizaciones que señalamos–. Por lo tanto, en los supuestos de restricción de este derecho consentirán, como norma general, los representantes legales del menor. Esta posición será reforzada con el razonamiento que vamos a llevar a cabo a continuación.

Por otro lado, vamos a referirnos al derecho a la información en aquellos casos de limitación del consentimiento. Para llevar a cabo esta tarea será necesario traer a colación las indicaciones que anteriormente realizamos acerca del consentimiento en los menores, aplicando por analogía las limitaciones que se prevén para los mayores de edad. En este sentido, señalamos que el menor de edad es el titular del derecho a la información, sin que deba comunicarse la misma a nadie más. Únicamente en ciertos supuestos se informará también a sus representantes o familiares. A ello debemos añadir lo que destacamos sobre el consentimiento, esto

27 Para realizar dicho marco objetivo debemos tratar de interpretar conjuntamente la Ley 41/2002 y la LO 1/1996. En este sentido, de una lectura de ambas, podemos concluir que:
- Menores de doce años: no podrán decidir en el ámbito de la salud.
- Menores que superen dicha edad pero no hayan cumplido los dieciséis años: tendrán derecho a ser oídos y tenidos en cuenta, pero el profesional tendrá que valorar su madurez para determinar si corresponde al mismo decidir.
- Mayores de dieciséis años: salvo excepciones, deben poder decidir lo que estimen más adecuado para su integridad física y moral.
No obstante, nos encontramos ante un sistema que puede excepcionarse. En este sentido, como se tendrá ocasión de comprobar, el principio de interés superior del menor puede aconsejar, en un supuesto concreto, que no se respete la voluntad del mismo con independencia de su edad y capacidad.

es, que los menores consentirán siempre que no se encuentren en alguno de los escenarios previstos en el art. 9.3 LAP, ni exista un riesgo grave para su integridad.

Además, tenemos que partir de dos premisas. Por un lado, que la situación prevista en el art. 9.3 a) coincide con la que contempla el art. 5.3 LAP. Por otro lado, si a ello le sumamos que, como se tuvo ocasión de indicar, los contextos reseñados en el art. 9.3 letras a) y c) son equivalentes, la conclusión es clara: estas dos últimas lo serán, a su vez, con la del art. 5.3 LAP. De una forma más gráfica, el razonamiento es el siguiente:

A (art. 9.3 a) LAP) = B (art. 5.3 LAP)

A (art. 9.3 a) LAP) = C (art. 9.3 c) LAP)

Luego, B (art.5.3 LAP) = C (art. 9.3 c) LAP)

Así, en estos casos en los que "el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención", el titular seguirá siendo el menor, pero deberá informarse también a los representantes, que serán los encargados de ejercer el derecho a consentir. En otro orden de cosas, si se trata de un menor con la capacidad judicialmente modificada, al igual que con los mayores de edad, será él mismo el titular del derecho, pero deberá extenderse la información a su representante, pues será este último quien decidirá, en última instancia, si se somete o no a la intervención.

Por último, vamos a analizar los casos de exención del consentimiento. Pues bien, si estamos ante un riesgo para la salud pública, no es preciso que se informe a nadie. Por su parte, si existe riesgo grave para la integridad, la autorización, en el caso de que fuera posible, recae sobre los representantes. En este sentido, señalamos que el art. 9.4 párrafo segundo LAP equivale al art. 9.2 b) LAP, en el ámbito de los menores -con las especificidades e implicaciones que vimos-. De esta forma, si la consulta a los familiares es posible, deberá ir precedida de una adecuada información, pues de otra forma, de nada servirá que se les solicite opinión. Así, en estos casos, los titulares del derecho a la información son menores, pero se ha de informar también a los representantes para que puedan consentir adecuadamente. Si, por el contrario, no fuese posible tal averiguación, no existirán sujetos activos -aunque ya destacamos que este extremo no se prevé expresamente en el precepto dedicado a los menores-.

Sin embargo, de nuevo nos encontramos con una incoherencia. En el caso general -para mayores de edad- y por los propios motivos de urgencia, depende de las posibilidades de la consulta a las personas vinculadas al paciente (art. 9.2 b) LAP). No obstante, si se trata de menores -mayores de dieciséis años-, debe oírse

y tenerse en cuenta la opinión del mismo (art. 9.4 párrafo segundo LAP). Como vimos en el consentimiento, esta previsión genera -o puede generar- discusión en la práctica. Así, el inciso anterior:

a) Puede interpretarse de tal modo que ese deber de oír y tener en cuenta no va acompañado de una información previa al menor -lo cual resulta un absurdo, porque sin tener información difícilmente se podrá opinar-.

b) Puede entenderse que debe obviarse y aplicar la regla general prevista para los mayores de edad.

c) O, por último, se puede pensar que siempre que sea posible debe informarse al menor para que pueda expresar su opinión. Esta última parece la más razonable. Sin embargo, continúa vigente el problema relativo al alcance e implicaciones que tiene la misma, pues, en definitiva, corresponde decidir a los representantes o familiares.

Además, hay que hacer referencia a la interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad o mujeres con capacidad modificada judicialmente. No hay problemas en este punto, pues si como señala la ley es preciso, además de su manifestación de voluntad, el consentimiento expreso de sus representantes legales parece obvio que deberán ser informados previamente ambos.

III. EL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR DE EDAD.

Para comenzar, hemos de indicar que el principio de interés superior del menor se recoge en distintas normas[28] del ordenamiento jurídico (nacionales e internacionales) que, de algún modo, establecen una suerte de valores sobre el tratamiento que deben recibir los mismos. En este sentido, encontramos la Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990. En este sentido, su art. 3.1 destaca que "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño". Además, señala su art. 13.1 que "El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración

28 No obstante, existen otras normas que, a pesar de no ser analizadas, también son de gran interés en la materia como la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, los arts. 23 y 24) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, el art. 10).

de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño".

Igualmente, disponemos de la citada LO 1/1996. Dentro de la misma, adquiere especial relevancia el art. 2 que establece el interés del menor como valor primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan. A este respecto, prevé que las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se deben interpretar de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor. Asimismo, indica una serie de criterios que deben tenerse presentes a la hora de interpretar dicho interés superior, entre los que incluye la "La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior".

En la aplicación de los mencionados criterios, uno de los elementos fundamentales es la edad y la madurez del menor y la preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales. Por lo tanto, el dato de la edad -que puede resultar excesivamente relativo en ciertos casos- debe conjugarse con la capacidad real -madurez- del menor de edad. Además, no puede obviarse que todas las medidas que afecten al mismo tendrán que adoptarse respetando "Los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado, y a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente".

De todo lo anterior podemos extraer que, cuando se trate de menores de edad, la interpretación que se ofrezca ha de estar presidida por la consideración del principio del interés superior del menor[29] -*favor filii*-. Este principio viene a implicar, en definitiva, que a la hora de tomar una decisión se adopte aquella que

29 En puridad, aunque se hable de principio, dicha consideración debe entenderse como una mera licencia del lenguaje, ya que tiene una triple perspectiva. Por un lado, es un derecho de los menores, pues siempre deberá primarse el mismo al valorar los intereses en juego a la hora de tomar decisiones que les afecten. Por otro, supone un principio informador de todo el ordenamiento que obliga a interpretar las diferentes normas jurídicas optando, preferentemente, por la que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del menor. Por último, representa una verdadera norma de procedimiento en tanto en cuanto obliga a que el proceso incluya una estimación de las posibles repercusiones de la toma de decisión en los intereses de las niñas y niños.
Como destaca Oliva Blázquez "la intervención de los representantes legales se encuentra sometida a dos límites fundamentales: el interés superior del menor, que condiciona las decisiones que se puedan tomar, así como el derecho del menor a ser oído, que garantiza su participación en el proceso de determinación de cuál es su propio interés. Por lo tanto, incluso en aquellos casos en que la intervención de los representantes legales sea preceptiva, los intereses del menor de edad prevalecerán sobre cualquier otro, ya que la representación nace de la ley con el objetivo de proteger los derechos de los menores y en su exclusivo beneficio. Habida cuenta de la importancia que estos límites asumen como instrumentos restrictivos de las facultades de los representantes legales, merece la pena detenerse brevemente al objeto de llevar a cabo algunas consideraciones jurídicas en torno a los mismos". Continúa señalando el citado autor que "Puede afirmarse, sin miedo alguno a incurrir en una exageración indebida, que el interés superior del menor es un principio general del derecho de carácter universal, como lo demuestra el hecho de que se recoja

conlleve una mayor consideración a la promoción y respeto de sus derechos[30]. Nos encontramos, pues, ante "un concepto jurídico indeterminado que opera como una suerte de garantía general que ha de inspirar tanto la acción de los poderes públicos como la propia interpretación del ordenamiento jurídico[31]".

En esta línea, destacan ALGARRA PRATS y BARCELÓ DOMÉNECH[32] que "El interés del menor se ha introducido en nuestra legislación como una cláusula general, es decir, se expresa normativamente por medio de un concepto jurídico indeterminado. El interés superior del menor tiene como finalidad el bienestar del menor mediante la primacía de su interés sobre cualquier otro que pudiera concurrir. Por ello, una vez planteado un determinado conflicto que afecte al menor, en primer lugar, procederá concretar cuál será el bien del niño en dicho supuesto concreto. El interés superior del menor prevalece sobre cualquier otro concurrente y, en consecuencia, constituye el centro de gravedad de la mediación familiar que se esté llevando a cabo".

De esta forma, se trata de conseguir que el menor pueda desarrollarse adecuadamente, teniendo una vida digna y con el mayor bienestar posible. Este hecho nos obliga a pivotar entre dos apreciaciones opuestas. Por un lado, aquella posición que aboga por respetar siempre y en todo caso las decisiones de los menores de edad, independientemente de cuáles sean las consecuencias de ello. Por otro, la que, pretendiendo proteger en exceso los derechos de los mismos, impone las opiniones de las personas o instituciones que los tengan a su cargo. Desde nuestra opinión, debe optarse por una postura intermedia en la que prevalezcan el "sentido común" y la lógica, aspectos estos tan necesarios en Derecho.

Como muy acertadamente señala LÓPEZ SÁNCHEZ, para determinar la capacidad que se reconoce a los menores es necesario atender tanto a la edad como a la

expresamente en un nutrido conjunto de Convenciones y textos internacionales". *Vid.* "El menor maduro ante el Derecho", *Eidon: revista de la fundación de ciencias de la salud*, núm. 41, 2014, pp. 28-52.
Sobre la responsabilidad civil y la tutela de los intereses en juego, *vid.* CARAPEZZA FIGLIA, G.: "Responsabilita' civile e tutela ragionevole ed effettiva degli interessi", en *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporáneo* (edit. por G. PERLINGIERI/A. FACHECHI), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017, pp. 161-200 *passim.*

30 En este sentido, *vid.* ORTIZ FERNÁNDEZ, M.: "Régimen aplicable en materia de guardia y custodia de los hijos en la comunidad valenciana: la Ley 5/2011, de 1 de abril y los distintos pronunciamientos del Tribunal Constitucional", *Rev. Boliv. de Derecho,* núm. 30, 2020, p. 593.

31 *Vid.* ORTIZ FERNÁNDEZ, M.: "Una visión panorámica de las legislaciones autonómicas sobre las prácticas de tatuaje, micropigmentación, piercing y similares: la protección de los menores y su interés superior", *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* núm. 13, 2020, p. 134. Igualmente, QUINZÁ ALEGRE, A.: "Ley valenciana de custodia compartida: hitos e impacto social", *Revista valenciana d'estudis autonòmics*, fasc. 1, núm. 60, 2015, p. 153 pone de relieve que "No hay que olvidar que el interés superior del menor es un concepto jurídico de difícil delimitación, un tanto impreciso que no puede aplicarse de manera sistemática y que irá siempre en función de las circunstancias del caso concreto".

32 En este sentido, *vid.* ALGARRA PRATS, E./BARCELÓ DOMÉNECH, J.: "Custodia compartida y mediación familiar en el derecho civil valenciano: criterios para la determinación del interés del menor", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 2, 2015, p. 793.

madurez real del mismo. En este sentido, durante la minoría de edad la capacidad no siempre es la misma, ya que "las dosis de voluntad van progresivamente aumentando". Es por ello, que entre la incapacidad y la capacidad de obrar "existe un tercer concepto que podríamos denominar capacidad limitada[33]". No puede perderse de vista que estamos ante personas que, si bien son potencialmente aptas para adquirir en un futuro la plena eficacia de sus derechos, tienen una limitación de capacidad por sus evidentes circunstancias.

Conectando con esto último, consideramos que no es adecuado tratar a los mismos como personas con la capacidad judicialmente modificada, sino como sujetos potencialmente aptos a los que el ordenamiento limita su capacidad para protegerles. Por lo tanto, lo cierto es que no tienen capacidad de obrar plena[34] y que, por su necesidad de tutela, se les nombra un representante legal -ya sean los padres en caso de patria potestad o un tutor en defecto de los primeros-. Sin embargo, atendiendo a su capacidad natural (de conocimiento y voluntad) y a su edad se les reconocen ciertas facultades. Asimismo, como es sabido, los menores mayores de dieciséis años pueden estar emancipados, lo que constituye una salida irrevocable del hijo de la patria potestad[35]. Esta situación supone una etapa intermedia entre la minoría y la mayoría de edad, en la que su capacidad (art. 323 CC) es casi equivalente a la del mayor de edad, con algunas excepciones ya que en algunos casos se precisa el consentimiento de sus padres o curador[36] (como señala el art. 324 CC en relación con el menor emancipado casado).

33 En este sentido, López Sánchez, C.: "Daños causados por los padres a la salud o integridad física de los hijos menores", en AA.VV.: *La responsabilidad civil en las relaciones familiares* (coord. por J. A. Moreno Martínez), Dykinson, Madrid, 2012, p. 258.

34 En este sentido, destaca la doctrina que el menor "no tiene una capacidad de obrar plena o, en otros términos, que tiene una capacidad de obrar limitada, que se irá ampliando de modo gradual (se trata, por tanto, de una capacidad dinámica). De esta suerte, las limitaciones a la capacidad de obrar del menor se irán removiendo progresivamente en atención a alguno de los criterios que se siguen". *Vid.* Cadenas Osuna, D.: "El consentimiento", cit., p. 794.
Asimismo, cabe señalar que, si bien los menores gozan de capacidad jurídica, esto es, de la "aptitud o idoneidad para ser sujeto de derechos y obligaciones", carecen de "la aptitud o idoneidad para realizar eficazmente actos jurídicos" en suma, de capacidad de obrar plena. *Vid.* Sánchez Hernández, C.: "Capacidad natural e interés del menor maduro como fundamentos del libre ejercicio de los derechos de la personalidad", en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo* (coord. por A. Cabanillas Sánchez *et al.*), tomo I, Civitas, Madrid, 2003, p. 956.

35 Además, existen determinadas situaciones denominadas "mayorías de edad especiales". Como destaca la doctrina, en tales escenarios "a diferencia de lo que ocurre cuando el sujeto cumple los dieciocho años, no se produce en tales supuestos "especiales" la extinción de la patria potestad o tutela a la que estuviera sometido el menor, ni se le reconoce una plena capacidad de obrar en el ámbito jurídico, sino que únicamente (aunque no es una cuestión baladí) se le presume *iuris tantum* la capacidad para realizar ciertos actos jurídicos, consecuencia ésta que se deriva también cuando el sujeto cumple la edad fijada en los arts. 12 CE y 315 CC, si bien en este último caso la presunción *iuris tantum* de capacidad se extiende a la realización de cualquier acto jurídico". *Vid.* Sánchez Hernández, C.: "Capacidad natural", cit., p.793.

36 Lo que viene a suponer que, en caso de padres, su posición será similar a la de curador, pues complementan la capacidad del emancipado para ciertos actos. Así, la situación de patria potestad sería equivalente a la de tutor y tras la emancipación y, por tanto, la salida de la patria potestad, el contexto se asemejaría al de un curador, estando vinculadas las limitaciones de capacidad, básicamente, al ámbito patrimonial -como en la curatela-.

Todo ello implica que tendrá siempre que partirse del respeto a la autonomía de los menores, siendo los mismos los titulares de los derechos a la información y al posterior consentimiento. En esta línea, destaca muy acertadamente De Verda y Beamonte[37], al comentar el art. 3.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que "Se trata de una norma impregnada por el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad, que lleva a consideran que en los actos jurídicos que no afectan a intereses puramente patrimoniales, sino a la dimensión personal del ser humano, los menores e incapacitados deben poder ejercitarlos, si se hallan en condiciones de poder apreciar y querer sus consecuencias, lo que, inexorablemente, remite a la apreciación judicial". Sin embargo, habrá ocasiones en las que se deberá informar a los representantes de los menores y serán estos quienes otorguen o no el consentimiento. En este sentido, hay que tener muy presente que, si bien la autonomía de la voluntad es un derecho fundamental y necesario, no lo es menos la propia vida e integridad del menor. Sin este último, ningún otro derecho habrá que proteger, pues, sencillamente, no existirá persona.

IV. PRINCIPALES CONCLUSIONES.

En primer lugar, cabe destacar que el consentimiento informado es un derecho de todo paciente cuyo reconocimiento y regulación han requerido de un cambio de paradigma. Esta evolución, se ha concretado en una modificación de la relación médico-paciente, de tal forma que, progresivamente, se ha ido evidenciando un mayor poder de decisión a estos últimos, integrando nuevas facultades en su estatuto. En este marco, los menores de edad aparecen como sujetos cuya capacidad de obrar se limita, pero a los que se permite actuar en diversos ámbitos. En el campo sanitario, entendemos que, con carácter general, son los titulares del derecho a la información y, por tanto, sujetos activos de la misma (máxime en caso de emancipados). Únicamente es posible excepcionar este derecho cuando nos encontremos ante una de las que situaciones previstas legalmente que habiliten a ello.

Por su parte, también ha de partirse de que los menores de edad son los titulares del derecho a consentir por sí mismos. Desde esta perspectiva, es posible imponer limitaciones en este sector, pero este hecho debe ser la excepción y siempre atendiendo a la capacidad real del menor. Como hemos tenido ocasión de comprobar, la normativa establece que, en principio, la edad sanitaria se determina en los dieciséis años, pero este extremo ha de conjugarse con el resto de las cuestiones que concurren. Por otro lado, para evitar incoherencias con el

37 *Vid.* "El consentimiento de los menores e incapacitados a las intromisiones de los derechos de la personalidad", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 1, 2014, p. 38.

régimen general recogido en la Ley 41/2002, es preciso adoptar una interpretación acorde con las previsiones de los mayores de edad.

En otro orden de cosas, al tratar cualquier temática que verse sobre los menores de edad, hemos de traer a colación el principio de interés superior. Este principio, implica que, en todas cuestiones relativas a los menores de edad, se ha de optar por aquella que promueva, en última instancia, el mayor beneficio para los mismos. Se trata, en suma, de conseguir que el menor pueda desarrollarse adecuadamente, teniendo una vida digna y con el mayor bienestar posible.

Por todo ello, para dilucidar si en un caso concreto un menor de edad debe decidir en el ámbito sanitario se han de valorar las siguientes premisas. En primer lugar, el dato objetivo de la edad, ya que, si bien no puede aparecer como el criterio último, aporta seguridad jurídica y permite disponer de otro aspecto a tener en cuenta. En segundo lugar, la capacidad real del menor, para lo cual ha de examinarse su grado de madurez y su discernimiento. En tercer y último lugar, el propio interés del mismo, es decir, la posibilidad que se presente como más adecuada para su desarrollo y su vida. En este sentido, consideramos que deben conjugarse todos estos elementos para decidir si, en definitiva, el ejercicio del consentimiento informado por parte del menor de edad representa la opción más beneficiosa. Desde nuestra perspectiva, entendemos que esta interpretación es respetuosa con la evolución del ordenamiento jurídico, ya que admite la capacidad de actuación de los menores cuando dispongan de juicio suficiente.

BIBLIOGRAFÍA

Algarra Prats, E./Barceló Doménech, J.: "Custodia compartida y mediación familiar en el derecho civil valenciano: criterios para la determinación del interés del menor", *AJI*, núm. 2, 2015.

Barceló Doménech, J.: "Consentimiento informado y responsabilidad médica", *AJI*, núm. 8, 2018.

Berenguer-Albaladejo, C.: "Responsabilidad civil de la persona mayor incapaz y de sus guardadores por los daños causados a terceros: especial referencia a la responsabilidad del incapaz en el sistema del *Common Law*", *RDP*, 2013.

Blanco Pérez-Rubio, L.: "El consentimiento informado como elemento esencial de la lex artis", *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, vol. 2, núm. 2, 2014.

Cadenas Osuna, D.: "El consentimiento informado y el rechazo a la intervención o tratamiento médico por el menor de edad tras la reforma de 2015: estudio comparado con el common law", *ADC*, tomo LXXI, fasc. III, 2018.

Carapezza Figlia, G.: "Responsabilita' civile e tutela ragionevole ed effettiva degli interessi", en *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporáneo* (edit. por G. Perlingieri/A. Fachechi), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017.

De Verda y Beamonte, J. R.: "El consentimiento de los menores e incapacitados a las intromisiones de los derechos de la personalidad", *AJI*, núm. 1, 2014.

Gisbert Jordá: "El paciente oncológico menor de edad", en *Aspectos Legales en Oncología Médica* (edit. por J. Montalar Salcedo), Nova Sidonia Oncología, Madrid, 2000.

López Sánchez, C.:

- "Daños causados por los padres a la salud o integridad física de los hijos menores", en AA.VV.: *La responsabilidad civil en las relaciones familiares* (coord. por J. A. Moreno Martínez), Dykinson, Madrid, 2012.
- *La responsabilidad civil del menor,* Dykinson, Madrid, 2001.
- "Los menores y las dietas alimentícias. Posibles responsabilidades", en AA.VV.: *Cadernos da Lex Medicinae (Saúde, novas tecnologias e responsabilidades)*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Instituto Jurídico, 2019.

Moreno Martínez, J. A.:

- "Acoso escolar: examen del fenómeno y su amparo legal: Especial consideración de la reparación del daño", en AA.VV.: *Sobre la responsabilidad civil y su prueba: Ponencias VII Congreso Nacional* (coord. por M. J. Herrador Guardia/L. F. Reglero Campos), 2007.

- *Responsabilidad de centros docentes y profesorado por daños causados por sus alumnos*, Mc Graw-Hill, Madrid, 1996.

Múrtula Lafuente, V.: "Los derechos reproductivos de las mujeres con discapacidad", *RDP*, 2019.

Oliva Blázquez, F.: "El menor maduro ante el Derecho", *Eidon: revista de la fundación de ciencias de la salud*, núm. 41, 2014.

Ortiz Fernández, M.:

- "Algunos apuntes sobre la responsabilidad civil sanitaria ante la situación generada por el COVID-19", *Revista IBERC*, Edição Especial "Coronavírus e Responsabilidade Civil", vol. 3, núm. 2, 2020.

- "El consentimiento informado en el ámbito sanitario: la *lex artis* y los derechos fundamentales", en AA.VV.: *Cadernos da Lex Medicinae (Saúde, novas tecnologias e responsabilidades)*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Instituto Jurídico, 2019.

- "La responsabilidad civil en el ámbito sanitario derivada del consentimiento informado", *AJI,* núm. 10 *bis,* 2019.

- "Régimen aplicable en materia de guardia y custodia de los hijos en la comunidad valenciana: la Ley 5/2011, de 1 de abril y los distintos pronunciamientos del Tribunal Constitucional", *Rev. Boliv. de Derecho,* núm. 30*,* 2020.

- "Una visión panorámica de las legislaciones autonómicas sobre las prácticas de tatuaje, micropigmentación, piercing y similares: la protección de los menores y su interés superior", *AJI,* núm. 13*,* 2020.

Parra Lucán, M. Á./Arenas García, R.: "Minoría de edad", en AA.VV.: *Tratado de Derecho de la persona física* (coord. por M.C. Gete-Alonso Calera y J. Solé Resina), Aranzadi, Navarra, 2013.

QUINZÁ ALEGRE, A.: "Ley valenciana de custodia compartida: hitos e impacto social", *Revista valenciana d'estudis autonòmics*, fasc. 1, núm. 60, 2015.

RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés del menor*, Dykinson, 2ª ed., Madrid, 2007.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C.: "Capacidad natural e interés del menor maduro como fundamentos del libre ejercicio de los derechos de la personalidad", en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo* (coord. por A. CABANILLAS SÁNCHEZ *et al.*), tomo I, Civitas, Madrid, 2003.

REFLEXIONES SOBRE LA CONCURRENCIA DE VIOLENCIA ECONÓMICA EN EL CONTEXTO DE FAMILIA: IMPACTO Y MECANISMOS PARA SU NEUTRALIZACIÓN

REFLECTIONS ABOUT THE CONCURRENCE OF ECONOMIC VIOLENCE IN THE CONTEXT OF THE FAMILY: IMPACT AND MECHANISMS FOR ITS NEUTRALIZATION

Rev. Boliv. de Derecho Nº 32, julio 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 124-149

Gabriel CARO HERRERO

ARTÍCULO RECIBIDO: 20 de abril de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 30 de abril de 2021

RESUMEN: A través de este trabajo realizamos una disertación sobre el fenómeno de la violencia económica, como manifestación de la violencia de género, en el contexto de familia, y, en especial, desde la perspectiva del marco del divorcio. Analizaremos los efectos nocivos que la misma produce, el daño que sobre los intereses más básicos y esenciales de la familia desencadena, y su uso como mecanismo de control por parte de los agresores. En adición a una visión sobre los distintos mecanismos que, consagrados en nuestro ordenamiento, sirven para desvirtuarla.

PALABRAS CLAVE: Familia; divorcio; violencia de género; violencia económica; menores; pensiones; impagos.

ABSTRACT: *Through this work we carry out a dissertation on the phenomenon of economic violence, as a manifestation of gender violence, in the family context, and, especially, from the perspective of the divorce framework. We will analyze the harmful effects that it produces, the damage that it triggers on the most basic and essential interests of the family, and its use as a control mechanism by the aggressors. In addition to a vision of the different mechanisms that, enshrined in our legal system, serve to distort it.*

KEY WORDS: *Family; divorce; gender violence; economic violence; children; pensions; non-payments.*

SUMARIO.- I PLANTEAMIENTO Y DELIMITACIÓN CONCEPTUAL.- II LA VIOLENCIA ECONÓMICA EN EL CONTEXTO CONYUGAL Y POST-RUPTURA.- 1. Dinámica de desarrollo y consecuencias.- 2. Áreas afectadas tras la ruptura.- A) Pensión de alimentos.- B) Pensión compensatoria.- III LA RESPUESTA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO.- 1. En el ámbito penal: el delito de abandono de familia del art. 227 CP.- 2. En el ámbito civil: ejecutoria en materia de alimentos (art. 776 LEC).- 3. Instrumentos de carácter asistencial.- A) El Fondo de Garantía de Alimentos.- B) Pensión de viudedad.

I. PLANTEAMIENTO Y DELIMITACIÓN CONCEPTUAL.

A la hora de estudiar el impacto de la violencia de género desde la óptica del Derecho Civil, en especial en lo relativo al impacto de esta en las situaciones de crisis matrimonial, es habitual el análisis del fenómeno tomando como referencia su concepto genérico, sin hacer hincapié en ninguna modalidad concreta de la misma. Es decir, el seguimiento fiel de la definición dada por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género en su art. 1: aquella que, nacida como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.

Sin embargo, la evolución y cambios sociales, así como la sucesiva observación del fenómeno, han motivado la cada vez más sólida tendencia normativa encaminada tanto a la reformulación de su concepto base, como a la preocupación por encuadrar, y dar reconocimiento, a nivel legal la distinta tipología de violencia de género existente. Sin ánimo de exhaustividad, tomando como muestra para el sentido indicado Ley 4/2018, de 8 de octubre, para una Sociedad Libre de Violencia de Género en Castilla-La Mancha, observamos perfectamente ambas circunstancias.

En primer lugar, la norma citada, sirve de impulso en aras de considerar la violencia de género como aquella que es ejercida contra las mujeres, fruto de la discriminación, por el mero hecho de serlo, sin necesidad de que el sujeto activo de la conducta sea o haya sido pareja o cónyuge de la víctima, en virtud de su art. 3, cuyo contenido literal reza de la siguiente manera: "A los efectos de esta ley se entiende por violencia de género la violencia que se ejerce contra las

• Gabriel Caro Herrero
Becario de Iniciación a la Investigación en la Universidad de Castilla la Mancha para el curso 2019/2020. Departamento de Derecho Civil e Internacional Privado (UCLM Cuenca). Correo electrónico: gabriel.caro@alu.uclm.es.

mujeres como manifestación de la discriminación y la situación de desigualdad en el marco de un sistema de relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, producida por medios físicos, económicos o psicológicos, incluidas las amenazas, intimidaciones, coacciones o la privación arbitraria de la libertad, y tenga como resultado un daño físico, económico, psicológico, sexual u otro relacionado con el entorno social, tanto si se produce en el ámbito público como en el privado".

En segundo lugar, en su art. 8, queda plasmado el marco tipológico de la violencia de género, detallando las distintas categorías en virtud de las cuales aquella se produce:

a) Violencia física: cualquier acto violento contra el cuerpo de la mujer, con resultado o riesgo de producir lesión física o daño.

b) Violencia psicológica: cualquier conducta, verbal o no verbal, como las amenazas, las coacciones, las humillaciones o vejaciones, el control, la exigencia de sumisión, el acoso, la coerción o los insultos, que produzcan en la mujer algún tipo de sufrimiento, desvalorización, aislamiento o limitaciones de su ámbito de libertad.

c) Violencia económica: la privación intencionada y no justificada legalmente, de recursos para el bienestar físico o psicológico de la mujer y de sus hijas e hijos, ya se produzca durante la convivencia o tras la ruptura, o la discriminación en la disposición de los recursos compartidos en el ámbito de la convivencia de pareja.

d) Violencia sexual: cualquier acto de naturaleza sexual no consentido, en el que medie violencia, intimidación, prevalencia o manipulación emocional, incluida la exhibición, la observación y la imposición de relaciones sexuales.

e) Violencia ambiental: cualquier acto o conducta, no accidental, que provoque un daño en el entorno de la víctima, incluidos los animales de compañía, con el objeto de producir un maltrato psicológico y emocional.

f) Violencia simbólica: la utilización de iconos, representaciones, narrativas o imágenes que reproducen o transmiten relaciones de dominación de los hombres respecto de las mujeres, que legitiman la violencia y naturalizan la subordinación de la mujer, cualquiera que sea el formato que utilicen y el ámbito de relación al que se refieran.

g) Violencia institucional: las acciones u omisiones que realizan las autoridades, funcionarios y funcionarias, profesionales, personal y agentes pertenecientes a cualquier órgano, ente o institución pública, que tengan como fin retardar, obstaculizar o impedir que las mujeres tengan acceso a las políticas públicas y

ejerzan los derechos previstos en esta ley para asegurarles una vida libre de violencia.

En virtud de las consideraciones conceptuales anteriores, a través de nuestro estudio pretendemos poner atención en un tipo de violencia que, desde nuestra perspectiva y como podrá leerse a continuación, produce una implicación de gran calado en el ámbito familiar, constante y tras la consumación de la ruptura, más difícil de detectar, aunque no por ello menos nociva. Nos referimos con esto a la denominada violencia económica.

En síntesis, por el concepto dado anteriormente, centraremos nuestro análisis en la observación de esas privación intencionada y no justificada legalmente de recursos, principalmente del dinero, para las necesidades de la víctima, de sus hijos o hijas o de las personas de ella dependientes, en adición a la discriminación en la disposición de los recursos que le correspondan legalmente hasta llegar a imposibilitar el acceso de la mujer al mercado laboral con el fin de generar dependencia económica. Sin embargo, podría resultar extraño afirmar que, una vez producido el divorcio, sea cuando dicha situación de control o sometimiento aparezca; y es que, tal como explicaremos a continuación, la violencia económica comienza a aflorar y a ejercerse constante la relación, precisamente con esa finalidad de someter o dominar a la mujer, pero cuando se produce el divorcio, esta se alterna por una voluntad de tipo vindicativo por haber roto la relación, tornándose más dañina si cabe, volviendo a utilizar, como sucede en otros tipos de violencia, a los hijos como instrumento.

Bajo nuestra óptica, el tener en cuenta la amplitud del espectro de la violencia económica resulta esencial para, de un lado, abordar el problema desde la perspectiva correcta y, de otro, diseccionar la respuesta que el ordenamiento jurídico ha de dar a las víctimas para protegerlas de aquella o paliar sus nocivas consecuencias.

II. LA VIOLENCIA ECONÓMICA EN EL CONTEXTO CONYUGAL Y POST-RUPTURA.

1.Dinámica de desarrollo y consecuencias.

Se considera un rasgo bastante característico y permanente del maltratador el considerar que su rol o función principal, por no decir única, es la de aportar o traer dinero a la familia, y por extensión, vaya a manifestar una necesidad imperiosa de controlar el uso del mismo, inculcando en la mujer la idea de que el gasto que ella realiza es siempre superfluo e innecesario[1]. Este será el punto

1 Exponemos una de las conclusiones alcanzadas en el estudio de Cabrera Espinosa, M.: "Acercándonos al hombre que ejerce la violencia de género: clasificación y descripción de un grupo de maltratadores",

de partida de la violencia económica, la propia personalidad del agresor y su forma de conceptuar la familia, y con ello, el comienzo de uno de los primeros escalones o estadíos del ciclo de la violencia, con la particularidad de lo silenciosa e imperceptible que resulta en gran parte de los casos[2]. Conviene aclarar, en aras de evitar errores importantes, que la violencia económica no se produce a partir de la consideración, mal construida, aunque todavía hoy asentada, de que el hombre deba ser quien provea de ingresos al núcleo familiar, sino del prevalimiento o control de los recursos alcanzado con el paso del tiempo y del quebranto de obligaciones adquiridas, que con posterioridad comentaremos.

Centrando nuestra atención en lo silencioso e imperceptible de esta violencia, características mencionadas arriba, lo cierto es que vendrán motivadas debido a que, dicho control sobre los ingresos, resulta paulatino y progresivo en el tiempo, comenzando por colocar dificultades e impedimentos -generalmente la atribución exclusiva del cuidado de los hijos o tareas domésticas a la mujer por parte del marido- para incorporarse al mercado laboral, lo que con el tiempo limita su autonomía económica, pasando con posterioridad a restringirle el uso de los recursos y bienes familiares hasta conseguir menoscabar su autonomía y libertad en el contexto social, precisamente por el empobrecimiento material en ella generado[3]. Son claros síntomas de violencia económica en la pareja no sólo los que acabamos de mencionar, también el vetar a la mujer de la capacidad tanto de decidir sobre las cuestiones que afectan a la economía familiar como de realizar compras con independencia o minimizar deliberadamente el gasto en el hogar hasta niveles insostenibles[4].

Se habrá logrado, por parte del maltratador, haber consolidado en la relación un eficaz método de retención sobre la mujer ante un eventual deseo de ruptura por parte de ella, al no poder trabajar fuera de casa y sin tener vía alternativa de ingresos o de reincorporación al mercado laboral[5]. Es más, se

---

Nómadas, Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas, vol. 25, núm. 2, 2010, pp. 11 y 12.
Añade además, que tales rasgos son síntomas de lo que en una amplia generalidad de casos termina evolucionando en lo que se conoce como maltratador hipercontrolador, caracterizados por terminar recurriendo con habitualidad a la agresividad emocional y psicológica. Se apoya para tal afirmación en el estudio de Tolman , R. M.: "The development of a measure of psychological maltreatment of women by their malepartners", *Violence and Victims*, núm. 4, 1989, pp. 159-177

2 Vid. Batiza Álvarez, F. J.: "La violencia en pareja: un enemigo silencioso", *Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística,* núm. 17, 2016, p. 150.

3 Es la descripción que nos da en su estudio Espinar Ruíz, E.: *Violencia de género y procesos de empobrecimiento,* Ed. Universidad de Córdoba, Servicio de Publicaciones, Córdoba, 2006, pp. 150-275.
Se ha utilizado, para establecer dicha afirmación en el estudio, un análisis sobre 50 mujeres en situación de precariedad social, 23 de ellas habían sido víctimas de violencia de género, de las cuales, la significativa cifra de 14 casos había presentado el patrón de violencia económica descrito.

4 Vid. Gallo Rivera, M. T. y Mañas Alcón, E.: "La violencia económica en el ámbito de la pareja: otra forma de violencia que perpetúa la desigualdad de género en España". *Instituto Universitario de Análisis Económico de la Universidad de Alcalá de Henares*, núm.1, 2020, pp. 1 y 2.

5 Vid. Bodelón González, E.: "Violencia institucional y violencia de género", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez,* núm. 48, 2014, pp. 146-152.

habrá conseguido crear o proyectar una relación de abuso por quien ahora ostenta el poder económico, sostenida precisamente por dicha preeminencia, capaz, ahora sí, de afectar y dominar cualquier aspecto de la vida personal de la mujer[6]. Llega a constituir incluso un obstáculo para las víctimas a la hora de poder recibir satisfacción jurídica, pues el carecer de seguridad económica en una eventual vida independiente de su agresor y estar bajo dependencia suya forman una clara barrera para, bien proceder a denunciar, bien para lograr la correcta la consecución de los procesos, al poder verse afectada la declaración de la víctima por temor a perder lo poco que le queda[7]. Es por ello que, la mujer que depende económicamente de su pareja, tiene más probabilidades de mantener la relación violenta a lo largo del tiempo[8].

Este espiral de dominio generado es tan fuerte que, aun tras haber puesto la víctima a la relación y no existir ya convivencia de ningún tipo, no va a desaparecer, sino que se extenderá con carácter posterior debido a la insuficiencia que ahora padece para afrontar el gasto que es habitual en una vida independiente –alquileres, suministros, préstamos u otros servicios básicos- y lo que es aún más preocupante si cabe: el cuidado de los hijos[9].

2. Áreas afectadas tras la ruptura.

Considerando que sí, aun a pesar de lo explicado arriba, el divorcio se produce, la situación de la mujer será por tanto, cuanto menos, dificultosa. Partiendo de una serie de datos documentados, la realidad nos invita a la reflexión: de entre todas las víctimas de violencia económica, aquellas que no tienen hijos menores fruto de la relación, representan un 17,2% del total, al contrario, cuando sí los hay, la incidencia dará la cara hasta en el 82,8% del total de los casos. Pero es más, de aquellas que siendo víctimas de violencia económica tienen hijos menores, un 92,7% conviven con ellos, frente a un 5,7% de ellas que, en cambio, no los tienen

6 Es curioso ver cómo, fuera del ámbito de la violencia de género, en el derecho contractual, se ha llegado a utilizar el término *violencia económica* para explicar precisamente ese tipo de situaciones en las que, estando en una relación desigual entre los contratantes, quien ostenta el poder económico con carácter previo logra someter al otro o doblegar su voluntad teniendo en cuenta sus necesidades. Estando pues, ante una identificación muy similar a la que se produce en el contexto de la violencia de género. En este sentido Vid. Cabrillac, R.: ''La Violencia Económica: panorama de Derecho Comparado''. *Ius et Veritas,* núm. 53, 2016, pp. 289-297.

7 Vid. Vázquez-Portomeño Seijas, F.: ''La colaboración de las víctimas en la persecución penal de la violencia de género en España''. *Revista de Derecho Penal y Criminología,* vol. 38, núm. 105, 2017, pp-105-120.

8 Vid. López García, E.: "La figura del agresor en la violencia de género: características personales e intervención", *Los Papeles del Psicólogo,* vol 25, núm. 88, 2004, p. 33.

9 A partir de lo recogido en Gallo Rivera, M.T. y Mañas Alcón, E.: "La Violencia económica en el ámbito de pareja: otra forma de violencia que perpetúa la desigualdad de género en España", en AA.VV.: *Mujeres y economía. La brecha de género en el ámbito económico y financiero,* Ed. Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital Secretaría General Técnica, Madrid, 2020, pp. 120-145.

bajo su techo; aunado a que solamente un 36,3% de aquellas que fueron víctimas de violencia económica se encuentran posteriormente en situación de empleo[10].

A partir de los datos expuestos, puede extraerse con facilidad que el maltratador, en términos de amplia generalidad, tiene bien asumido que el contexto de familia monoparental configurado tras la crisis matrimonial, en el que la mujer asume en solitario el cuidado de los hijos, o mejor dicho, le ha sido atribuida en exclusiva su guarda y custodia, representa la mejor oportunidad para que quede expuesta a sufrir el daño económico; el cual será ahora materializado en el reiterado incumplimiento por impago tanto de la pensión de alimentos como de la compensatoria[11]. Veamos ahora, las aristas que presentan cada una de estas figuras en relación a la violencia económica.

A) Pensión de alimentos.

En lo relativo a la pensión de alimentos a los hijos menores, el art. 93 CC obliga a que el Juez, en todo caso, determine la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento. No estamos pues ante una regla dispositiva, sino ante una obligación derivada, en el caso de los menores de edad, del contenido más esencial de la patria potestad, resultando parámetro preferente o prioritario el asegurar las necesidades imprescindibles y vitales del hijo, por encima de la capacidad económica del padre obligado, quien sólo podrá suspender el abono de la pensión de alimentos a la que fue obligado en caso de situación de pobreza absoluta o extrema[12]. Tal como hemos enunciado arriba, una vez el maltratador tome conciencia de la importancia de este nexo económico, no sólo para sus hijos, sino para la víctima, que bajo su cuidado ahora los tiene, buscará la forma de afrontar el no cumplimiento de dicha obligación, con la finalidad de

10 Datos extraídos de AA.VV.: *"El impacto de la violencia de género en España: una valoración de sus costes en 2016"*, Ed. Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad, Centro de Publicaciones, Delegación del Gobierno para la Violencia de Género, 2016, Madrid, pp. 144-174.
Se trata de un estudio que arroja resultados bastante representativos de la realidad de la violencia de género en todas sus vertientes. En sí, consiste en una *macroencuesta* de 10.171 mujeres (tamaño de la muestra) de edades comprendidas a partir de los 15 años en adelante, efectuada en el periodo de entre el 19 de septiembre de 2014 y el 14 de noviembre de ese mismo año.
Otros datos que también nos aportan y que resultan, cuanto menos llamativos, son, de un lado, el bajo nivel de empleo que presentan las víctimas de violencia económica tras haberla sufrido (36,3%), y de otro, el aumento significativo de la violencia económica sobre las mujeres a partir de las edades que superen los 65 años (un 18,4% de las víctimas de violencia económica superan dicho límite de edad).

11 Reflexión que compartimos con Domínguez Martínez, P.: "El impago de pensiones como violencia económica", en Zurilla Cariñana, M. A. y Domínguez Martínez, P.: *Violencia contra las mujeres: un enfoque jurídico,* Ed. Septem Ediciones, Oviedo, 2012, pp. 114-117. Trabajo que sirve enormemente como base dogmática para el entroncamiento de los distintos aspectos económico-familiares con la incidencia de la violencia objeto de estudio.

12 Vid. De Verda Y Beamonte, J. R.: "Separación y divorcio", en De Verda y Beamonte. J. R.: *Derecho Civil IV (Derecho de Familia),* Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 102-104.

agravar su precaria situación, posiblemente, como venganza por haber puesto fin a la relación.

No es de extrañar que el maltratador recurra a estratagemas para ocultar su volumen real de ingresos, propias de la economía sumergida, con el fin de simular una situación económica deteriorada, rallando la pobreza, que le exima del pago de la pensión o al menos le sirva para mitigar la cuantía a abonar[13]. Encontrando en no pocas ocasiones la tan poco deseable conformidad de la víctima ante tal situación, motivada por el hecho de no querer revivir situaciones del pasado y adquirir la sensación de continuar bajo su dominio al entrar en la dinámica de reclamaciones sucesivas para que afronte los pagos[14].

En relación con la búsqueda de estratagemas para eludir el cumplimiento de la obligación de alimentos, nos preocupa también, el recurso a acogerse al sistema de custodia compartida, cuando no concurran otra situaciones de violencia que permitan aplicar la regla de exclusión del art. 92.7 CC, para evitar abonar cualquier clase de dinero a su ex cónyuge amparándose en su cumplimiento *in natura* en los periodos en los que los tiene bajo su compañía, especialmente, cuando esto ha sido pretendido a través de la vía del convenio regulador. Lo cierto es que este tipo de cláusulas devendrán estériles en el caso de que uno de los progenitores carezca de recursos o exista una notable diferencia entre las disponibilidades económicas de ambos, en concreto, situaciones en las que siendo el nivel económico de cada uno de ellos resulte dispar ponderando el volumen de ingresos de ambos y puesto siempre en relación a las necesidades de los hijos, a fin de que estos, de un lado, mantengan un nivel de vida equiparable estando con uno u otro de sus progenitores y sean ajenos a sufrir ningún tipo de consecuencia económica derivado de la ruptura, y de otro, se mantenga un equilibrio entre progenitores a la hora de contribuir a satisfacer las necesidades de su prole[15]. Es por ello que resultará esencial una supervisión judicial, a la hora de homologar el convenio regulador, destinada a detectar este tipo de pactos lesivos para con los menores[16].

B) Pensión compensatoria.

13 Vid. Barrio Gallardo, A.: "Pensiones de alimentos y convenio regulador", *InDret: Revista para el Análisis del Derecho,* núm. 3, 2017, p. 13.

14 Vid. *Ibídem*, p. 12.

15 Vid. Gonzálvez Vicente, P., Andrés Joven, J., Fernández Alaya, R., Hijas Fernández, E. y Manzana Laguarda, P.: "Guarda y custodia compartida y alimentos", *Sepín, Cuaderno Jurídico, Familia y Sucesiones*, núm. 116, 2016, pp. 8-13.
Construyen su argumentación a partir de lo determinado por el Tribunal Supremo en su sentencia núm. 55/2016 de 11 de febrero (ROJ 359/2016) en la que se deja sentado que "Esta sala debe declarar que la custodia compartida no exime del pago de alimentos cuando exista desproporción entre los ingresos de ambos cónyuges, o como en este caso, cuando la progenitora no percibe salario o rendimiento alguno, ya que la cuantía de los alimentos será proporcional a las necesidades del que los recibe, pero también, al caudal o medios de quien los da".

16 Como también sostiene Barrio Gallardo, A.: "Pensiones de alimentos", cit., p. 13.

Dejando a un lado lo relativo a la pensión de alimentos, ponemos nuestra mirada en lo que a la pensión compensatoria se refiere. Si atendemos al fundamento material de esta figura, lo cierto es que, al menos desde el plano teórico, debería representar el mejor instrumento para paliar del perjuicio económico derivado de la violencia económica constante la relación. Sostenemos esto con base a que se trata de una prestación cuya *ratio essendi* se corresponde con la neutralización del desequilibrio económico que la ruptura produzca a uno de los cónyuges, tomando como referencia tal momento, eso sí, con carácter personal, renunciable y de naturaleza dispositiva[17]. Más aún, huelga añadir que el art. 97.2 CC integra, como parámetros para determinar la cuantía, ciertos elementos que encajan acertadamente para dar respuesta a la situación de violencia económica sufrida durante el matrimonio, concretamente: las probabilidades para acceder a un empleo –hay que recordar que en este trabajo ya hemos visto datos de empleabilidad notablemente bajos en estas víctimas-, la dedicación al trabajo en el hogar –exclusiva en un alto número de casos precisamente por la dinámica de roles impuesta por el maltratador que ya hemos comentado- y el bajo caudal de ingresos del que la mujer dispondrá, así como cualquier otra circunstancia periférica que de forma análoga y relevante haya contribuido al ahora perjuicio sufrido por la mujer[18]. De igual forma, no debe ser perdida de vista lo dispuesto en el art. 1438 CC, únicamente para aquellos casos en los que el régimen económico matrimonial sea el de separación de bienes, que determina que el trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación[19].

Lo anterior, sin embargo, encuentra ciertas aristas u obstáculos que, en la práctica, pueden desvirtuar la posibilidad de dar cobertura económica a la mujer a través de lo descrito arriba. Tales extremos hacen que no podamos considerar la pensión compensatoria como una suerte de antídoto contra la violencia económica, sino más bien como un área afectada. Primeramente, la naturaleza dispositiva de este tipo de prestaciones requiere, como presupuesto necesario, que sea el cónyuge desfavorecido quién deba pedirla y no el juez concederla de oficio, con lo cual, no es de extrañar que se deriven situaciones en las que la mujer decida no solicitar tal pretensión a fin de evitar, de un lado, el mantener un hilo

17 Vid. Bustos Moreno, Y.: *El mantenimiento de la familia en las situaciones de crisis matrimonial,* Ed. Dykinson, Madrid, 2002, pp. 147 y 148.

18 Encaja con la doctrina del Tribunal Supremo expuesta en la STS núm.495/2019 de 25 de septiembre (ROJ 2949/2019), que determina que la pensión compensatoria viene a corregir el "desequilibrio que tiene su origen en la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido por la ruptura, a consecuencia de su mayor dedicación al cuidado de la familia".

19 Compatible tal figura con la pensión compensatoria, puesto que la compensación del art. 1438 tiene por finalidad, señala el alto tribunal, "el corregir la aportación al levantamiento de las cargas familiares, que no deja de constituir una obligación de ambos consortes proporcionalmente a sus ingresos y/o posibilidades". Vid. SSTS núm. 678/2015 de 11 de diciembre (ROJ 5216/2015) y núm. 252/2017 de 26 de abril (ROJ 1591/2017)

conector con su agresor tras la ruptura, y de otro, sentimientos de dependencia continuada o extendida, interpretando la petición de pensión compensatoria como si de una dádiva de su agresor se tratase.

En segundo lugar, si por circunstancias derivadas de la violencia de género ha acontecido una separación de hecho entre la mujer y su agresor que se ha prolongado en el tiempo hasta que ella ha interpuesto el proceso de divorcio, la concesión de la pensión se verá dificultada por aplicación de ciertos argumentos de la doctrina de nuestro alto tribunal en este sentido, orientada a determinar que no existe desequilibrio en las situaciones prolongadas de ruptura conyugal si durante ese lapso de tiempo cada uno de ellos ha dispuesto de medios propios de subsistencia; ya que ello impide que se pueda sostener que la ruptura haya agravado la situación anterior que existía durante el matrimonio[20].

En tercer y último lugar, al igual que sucedía en la pensión de alimentos, no será extraño encontrar también estratagemas por parte de los agresores para mostrar una reducción sustancial de los ingresos que justifique una extinción de la pensión compensatoria, pero que, sin embargo, no son más que técnicas de ocultación[21]. Nuestros tribunales han tenido que poner freno a pretensiones de modificación de medidas en el sentido indicado fundadas en la condición de desempleados, a pesar de poseer una capacidad económica o patrimonial muy superior a la de su ex esposa[22] o esgrimir, por parte del obligado, como reducción sustancial de sus ingresos, la minoración de 80 euros mensuales en su nómina aun cuando esta supera los 1600 euros[23]. No deben ser pasadas por alto, cuando los obligados son titulares de alguna empresa o sociedad que opera en el tráfico mercantil, las distintas estrategias seguidas para acomodar su situación económica a lo requerido para tratar de lograr la modificación de medidas: desde hacer valer nóminas percibidas de una mercantil de las que ellos mismos son administradores únicos, en las que se aprecia una reducción salarial progresiva a medida que el proceso transcurre[24], hasta llegar componer la apariencia de cese de la actividad empresarial con vistas al proceso judicial[25], e incluso, disolver mercantiles de las que son propietarios en entramados societarios familiares a los que no son ajenos

20 Vid. STS núm. 386/2013 de 3 de junio (ROJ 2789/2013). Más recientemente la STS núm. 369/2020 de 29 de junio (ROJ 2091/2020).

21 Las sentencias que reflejan supuestos de estratagemas para eludir la obligación de abonar la pensión compensatoria, y que abajo citaremos, están recopiladas en García García, N. y Casturiense Santos, A.: "La pensión compensatoria. Extinción y suspensión", *Sepín, Cuaderno Jurídico, Familia y Sucesiones*, núm. 116, 2016, pp. 98-104.

22 Vid. SAP de Asturias núm. 143/2015 de 25 de mayo (ROJ 1382/2015).

23 Vid. SAP de Álava núm. 249/2014 de 14 de octubre (ROJ 515/2014).

24 Llegó a señalar que cobraba 900 euros mensuales, circunstancia que incluso llamó la atención de la Agencia Tributaria durante un procedimiento de inspección anterior y que fue tomada en cuenta para el expediente sancionador que le había sido incoado. Vid. SAP Madrid núm. 236/2016 de 11 de marzo (ROJ 3820/2016).

25 Vid SAP de Madrid núm. 1056/2015 de 11 de diciembre (ROJ 17603/2015), SAP Ciudad Real núm. 224/2015 de 22 de septiembre (ROJ 879/2015) y SAP Vigo núm.567/2014 de 6 de octubre (ROJ 2137/2014).

desde luego[26]. También se ha llegado a esgrimir, como fundamento otra vez de la reducción significativa de ingresos, el percibir una pensión de jubilación modesta, aun cuando, tal como se demostró en el proceso, oculta rendimientos de fondos de pensiones rescatados o remanentes de ventas de inmuebles[27].

No lo hemos comentado hasta ahora pero, igualmente, no debe perderse de vista la posibilidad de hacer valer, también como forma de mitigar la situación de necesidad derivada de la violencia económica sufrida durante el contexto familiar mientras se sustancia y plantea el proceso de crisis matrimonial, una pensión de alimentos en favor de la mujer hasta que exista pronunciamiento definitivo sobre la pensión compensatoria[28]. Si el proceso de crisis matrimonial tiene por objeto la separación, y no el divorcio, la pensión alimenticia comentada podrá mantenerse mientras subsista la causa de necesidad que motivó su adopción y, aunque a nivel teórico, podría ser compatible con una pensión compensatoria reconocida, lo cierto es que la doctrina jurisprudencial en este sentido se posiciona a considerar que, al corregirse el desequilibrio económico derivado de la ruptura, la situación de necesidad que sirvió de presupuesto ha desaparecido[29].

III. LA RESPUESTA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO.

Ante el relato de consecuencias derivadas de la concurrencia de violencia económica durante la relación conyugal, y más concretamente, tras acontecer la crisis matrimonial, es necesario buscar qué instrumentos configurados por nuestro ordenamiento pueden ser integrados a fin de dar respuesta a tal particular forma de violencia. Y es que, ante la complejidad de la violencia económica, las soluciones han de dibujarse desde perspectivas más específicas y aproximadas al problema.

Queremos adelantar, no obstante, que la respuesta que el ordenamiento jurídico ofrece es de contenido amplio, integrando distintas vías de actuación, de naturaleza penal, civil y asistencial. La respuesta transversal es imprescindible, pues limitarnos únicamente al mero castigo del agresor o a reclamar dichas cantidades al obligado, lo cual por cierto no tiene por qué implicar lograr el cobro, resultará, en no pocos supuestos, insuficiente. Encadenar un rosario de reclamaciones sucesivas en sede judicial no parece, bajo nuestra perspectiva, la forma más adecuada de desvirtuar por completo la dinámica de la violencia económica, precisamente, porque no siempre va a ser sencillo "levantar el velo" puesto por el agresor para evitar asumir sus obligaciones y, por tanto, las estratagemas que hemos comentado anteriormente, pueden tender a perpetuarse. No es nuestra intención negar ni

26 Vid. SAP de León núm. 181/2015 de 14 de septiembre (ROJ 840/2015).

27 Vid. SAP Álava núm. 313/2015 de 9 de septiembre (ROJ 543/2015).

28 Vid. Domínguez Martínez, P.: "El impago de pensiones", cit., p. 117. A partir de los arts. 1368 y 146 CC.

29 Vid. Ibídem., pp. 117 y 118.

poner en duda la utilidad de la función punitiva en esta cuestión, ni tampoco de los medios dispuestos en el orden civil para el cobro o encauzar la función parental a partir de este fenómeno, sino analizar y explicar cada una de ellas en conjunción a las de carácter asistencial, en aras de ofrecer una disertación íntegra de las vías que sirven para completar la ruptura del círculo de dependencia establecido por el maltratador: las medidas de tipo asistencial, por representar una auténtica vía alternativa a la subyugación económica adquirida durante tantos años.

Por tanto, nuestra disertación pivotará en lo sucesivo en torno a tres categorías diferenciadas: las medidas de tipo penal, civil y asistencial.

1. En el ámbito penal: el delito de abandono de familia del art. 227 CP.

Comenzando desde la perspectiva penal, realizando una búsqueda del tipo previsto por el legislador para paliar la violencia económica en el ámbito familiar, debemos remitirnos al art. 227 CP cuyo tenor literal es el siguiente: "El que dejare de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación, o proceso de alimentos a favor de sus hijos, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses". Y en su apartado segundo, se indica lo siguiente: "con la misma pena será castigado el que dejare de pagar cualquier otra prestación económica establecida de forma conjunta o única en los supuestos previstos en el apartado anterior".

Introducido en el Código Penal por la LO 3/1989, en la exposición de motivos de la misma se indica que nos encontramos ante un delito de abandono de familia, en su modalidad de incumplimiento de prestaciones judicialmente impuestas, en aras de dotar de protección real a los miembros económicamente más débiles de la unidad familiar frente al incumplimiento de deberes asistenciales por el obligado a prestarla, no siendo, por tanto, una reiteración del delito de desobediencia del 556 CP cuya protección se vincula al principio de autoridad[30]. Queda dibujado por tanto el interés social digno de tutela penal, el bien jurídico, del art. 227 CP.: el derecho de asistencia económica del que son acreedores determinados miembros de una unidad familiar[31]. Queda a su vez, constatada la voluntad del legislador penal de preservar, ante incumplimientos de tales prestaciones, los intereses familiares puestos en riesgo desde el plano económico.

30 Vid. Salás Darrocha, J. T.: "El delito de impago de pensiones", *Ed. Aranzadi, Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia, Audiencias Provinciales y otros Tribunales*, núm. 10, 2003, p. 5.

31 Vid. STS núm. 346/2020 de 25 de junio (ROJ 2438/2020).

Observando el precepto, podemos deducir que el legislador ha decidido consagrar tal protección configurando un delito permanente de tracto sucesivo acumulativo, en el que una vez realizados los requisitos típicos -omisión dolosa del pago durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos- los incumplimientos posteriores constituyen elementos adicionales que se integran o acumulan al mismo delito por la realización de idéntica dinámica omisiva[32]. Y es que, el impago reiterado de las sucesivas pensiones es una circunstancia que, sin lugar a dudas, resulta más que habitual en las situaciones de violencia económica. Ahora bien, para poder hacer efectiva dicha protección penal resulta imprescindible clarificar dos aspectos, de un lado, qué prestaciones quedan encuadradas dentro del tipo, y de otro, el grado de solvencia del sujeto activo.

Comenzando por el primero, siguiendo una interpretación teleológica, esto es, enfocada y acorde a la protección del bien jurídico, debemos integrar todas aquellas que, teniendo contenido económico, hayan sido acordadas por resolución judicial –no sólo en la sentencia del proceso de crisis matrimonial sino también en autos que acuerden tal obligación- al objeto de proteger la integridad personal de quienes se enfrenten a una crisis matrimonial[33]. Estando incluidas por tanto, también las implantadas en calidad de medidas provisionales o aquellas cuya satisfacción no deba realizarse de forma mensual, sino en otros periodos distintos o de forma única, por aplicación del tipo de recogida del 227.2º[34]. En definitiva, con independencia de cuál sea la naturaleza civil de la prestación, lo verdaderamente relevante a efectos penológicos es que cubra una necesidad básica y que la parte que debía pagar el acusado fuera tenida en consideración al fijarse, en la resolución judicial, para proteger el interés familiar[35].

Al mismo tiempo, y con igual importancia, la capacidad del sujeto para poder afrontar dichas prestaciones, es otra de las cuestiones que inexcusablemente deben depurarse. Podemos afirmar, sin lugar a dudas, que el motivo central para lograr una absolución por este delito es la incapacidad del sujeto activo de hacer frente a los pagos por haber quedado en situación de desempleo, incapacidad que

32 Como bien explicó la Fiscalía General del Estado en su Consulta 1/2007, de 22 de febrero, sobre la delimitación del período objeto de enjuiciamiento en el delito de impago de pensiones del art. 227 del Código Penal, p. 3.
Como derivado de lo expuesto, se aclara que la prolongación en el tiempo de esta conducta tendrá consecuencias en la delimitación de la responsabilidad civil o a la individualización de la pena (art.66 CP), pero no queda afectado el título de imputación, que se mantiene idéntico.

33 Vid. Brage Cendán, S. B.: "El delito de impago de pensiones (art. 227. CP) ". *Revista Xurídica Galega,* núm.62, 2002, pp. 16-18.

34 Vid. Ibídem, p. 18.

35 Es el razonamiento expuesto en la STS núm. 348/2020 de 25 de junio (ROJ 2158/2020), que califica, como conducta punible, los impagos de las cuotas de amortización del préstamo hipotecario que gravaban la vivienda familiar. En este caso, en la sentencia de divorcio le había sido impuesto el deber de abonar mensualmente a su ex esposa la mitad de la misma (1200 euros), y a consecuencia de su incumplimiento, aunado a la insuficiencia de recursos de ella para hacer frente a la cuota en su totalidad, aconteció la ejecución del bien que constituía la vivienda familiar, lo que a su vez determina la privación de su hogar a los menores, y con ello de parte de los alimentos que el acusado venía obligado a proveer.

denota la falta de intencionalidad, elemento esencial para la relevancia penal de la conducta[36]. La razón de esto obedece a que nos encontramos frente a un delito doloso, en el que el tipo subjetivo se concretiza, además de en el conocimiento de la resolución judicial que le obliga o la situación generadora del deber, en la voluntad de no dar cumplimiento a la obligación, siendo el principal indicador o indicio para su acreditación el hecho de que el sujeto, teniendo capacidad económica suficiente para ello, decida no actuar y darle cumplimiento[37].

En consecuencia, no corresponde a las partes acusadoras la carga de probar la posibilidad material de cumplimiento de la prestación o que el acusado dispone de medios bastantes para afrontar al pago, pues el hecho mismo de que se haya establecido judicialmente y se mantenga su importe permite inicialmente inferir de manera razonable la posibilidad de pago por el deudor y por lo mismo la voluntariedad de su omisión; lo cual no obsta la posibilidad de que por el acusado se pruebe la concurrencia de circunstancias que hayan hecho imposible el pago, a fin de acreditar la ausencia de dolo en el impago de la prestación debida[38]. Esto responde a que, la intención del sujeto, por pertenecer al ámbito íntimo de la conciencia humana, ha de ser deducida de los datos objetivos que demuestren o no la existencia de una voluntad renuente, persistente, de incumplir la obligación establecida[39].

Como ya se habrá advertido, esgrimir el argumento de la insolvencia puede servir como vía para tratar de eludir tales obligaciones e instrumento para ejercer violencia económica sorteando el castigo penal. Lo cierto es que nuestros tribunales ya se han ocupado de cerrar esta cuestión, dejando claro que tal insolvencia debe ser identificada con una falta absoluta y objetiva de la capacidad de realizar la conducta a la que se encuentra obligado[40], cercana a la práctica indigencia[41]. Prestando atención a detectar y combatir aquellas situaciones en las que la insolvencia manifestada forma parte de una mera estratagema, más específicamente, se han señalado como punibles aquellas conductas de incumplimiento precedidas por un vaciamiento consciente del patrimonio del obligado que imposibilitó el pago de la pensión, supuestos en los que se enajenó fraudulentamente parte del patrimonio, impidiendo el pago de la pensión, aun

36 Vid. Colás Turégano, M. A.: "El bien jurídico protegido en delito de impago de pensiones como instrumento de tutela frente a la desigualdad de género", *Actualidad Jurídica Iberoamericana, Instituto de Derecho Iberoamericano*, núm. 5 *bis*, 2016, p. 251.

37 Vid. Brage Cendán, S. B.: "El delito de impago", cit., p. 22.
Mismo razonamiento el seguido en la STS núm. 348/2020 de 25 de junio (ROJ 2158/2020).

38 Vid. STS núm. 185/2001 de 13 de febrero (ROJ 970/2001). La Audiencia Provincial de Badajoz, en su Sentencia núm. 59/2019 de 23 de abril (ROJ 556/2019) se inclina en el mismo sentido a través de una presunción de capacidad económica de aquel a quien el Juzgado civil imputó el pago de una pensión.

39 Vid SAP Murcia núm. 62/2020 de 2 de junio (ROJ 918/2019).

40 Vid. SAP Oviedo núm. 178/2020 de 8 de mayo (ROJ 1845/2020).

41 Ha llegado a afirmar incluso la Audiencia Provincial de Guadalajara en su Sentencia núm. 51/2020 de 25 de mayo (ROJ 203/2020).

cuando no concurran los elementos suficientes para aplicar otros delitos como el alzamiento de bienes o las insolvencias punibles[42]. Dicho de otra forma, no queda admitida la insolvencia cuando, a partir de los actos voluntarios del sujeto, resulte previsible desembocar en la situación de incapacidad que le impida asumir las obligaciones impuestas[43].

Sin perjuicio de todo lo expuesto, aunque el delito estudiado queda configurado con la suficiente extensión como para atajar de forma global el problema del impago de pensiones, consideramos que existen ciertos matices que impiden que el núcleo de la violencia económica pueda ser, bien desvirtuado en su totalidad o bien recibir el tratamiento jurídico que corresponde. Estos son, desde nuestra perspectiva, tres: la atipicidad del impago de las pensiones acordadas extrajudicialmente por los progenitores, su consideración no anclada a la violencia de género en el plano jurisdiccional y el carácter semipúblico de este delito.

Comenzando por el primero de los mencionados, sabemos que la Ley de Jurisdicción Voluntaria permite el divorcio de mutuo acuerdo ante notario cuando no concurran hijos menores, consagrándose el convenio regulador en escritura pública por tal fedatario. Ahora bien, si siguiendo esta circunstancia, ambos cónyuges hubieren acordado y plasmado en el acuerdo una pensión compensatoria en favor de uno de ellos y posteriormente el obligado incumpliese, esta conducta quedará fuera de la protección penal. Si observamos el apartado primero del art. 227 CP., se deduce que resulta imprescindible para la tipicidad del incumplimiento en la obligación que esta se encuentre determinada por resolución judicial o por convenio judicialmente aprobado, y en consecuencia, toda aquella prestación impagada, con independencia de su naturaleza y cuyo su reconocimiento no se ajuste a tal formalidad, será una situación que quedará a extramuros del Derecho Penal[44]. La intención del legislador no es otra que la de construir esta figura delictiva contemplando las dos formas posibles de finalización de un procedimiento civil: la contenciosa o la consensual, debiendo recaer el juicio de tipicidad de forma necesaria sobre un pronunciamiento jurisdiccional, dictado previamente en el orden civil, que haya depurado la cuestión[45].

Pero no pensemos que esto afectará únicamente al supuesto que hemos comentado de las pensiones compensatorias recogidas en convenios reguladores formalizados en escritura pública ante notario, también quedarán al margen de la protección penal los incumplimientos que se deriven de acuerdos extrajudiciales en los que se reconozca la obligación de abonar una prestación de alimentos a los

42 Vid. STS núm.562/2017 de 13 de julio (ROJ 2934/2017).

43 Vid. SAP Santiago de Compostela núm. 95/2020 de 17 de junio (ROJ 1240/2020).

44 También ha llegado a esta misma conclusión Salás Darrocha, J. T.: "El delito de impago", cit., p. 6.

45 Vid. Sanz Morán, C.: "Algunas consideraciones relativas al delito de impago de pensiones", *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 1964, 2004, p.16

hijos a uno de ellos si tal pacto, aunque resulte acreditado, no ha sido homologado judicialmente[46]. Aunque en este último caso, bajo nuestro criterio, podría ser aplicado el tipo consagrado en el art. 226.1 CP por representar quebranto de un deber legal de asistencia inherente a la patria potestad.

En segundo lugar, hemos detectado un problema de anclaje o adherencia de este delito al marco de tutela jurisdiccional de la violencia de género. Dicho ya de forma precisa: la exclusión del ámbito competencial de los Juzgados de Violencia Sobre la Mujer al conocimiento del delito de impago de pensiones si no se encuentra precedido de alguno de los delitos del art. 81. ter. 1. a) LOPJ. Fundamento que comenzó a gestarse desde la propia Ley Integral, que considera, incluso a día de hoy, como manifestaciones de la violencia de género los actos de violencia física y psicológica, pero no los de contenido económico, por no representar el incumplimiento de los deberes y derechos familiares un acto de violencia física o psicológica en sí mismo considerado si no se encuentra acompañado de un delito de los comprendidos en el precepto mencionado arriba[47].

En la *praxis* jurisprudencial la realidad no resulta en nada distinta, y encontramos un elevado número de resoluciones que confluyen argumentando, para descartar la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en esta cuestión, que ello llevaría a una interpretación desmesurada de las competencias de tales órganos, incompatible con el ámbito en el que se integran -la especialización dentro del orden penal- por lo que, una interpretación conjunta de los apartados a) y b) del art. 1 de la Ley Orgánica 1/2004 -precepto adicionado al art. 87 ter de la LOPJ- y de una interpretación histórica, social y teleológica de la misma, permite deducir con claridad que, cuando se trate de delitos contra los derechos y deberes familiares, será competente el Juzgado de Violencia sobre la Mujer sólo cuando concurra también un acto de violencia de género[48]. En síntesis, podemos afirmar que, aunque actualmente la violencia económica queda configurada como una modalidad autónoma dentro de la violencia de género, cuando se aborda la cuestión relativa al delito de impago de pensiones, tal consideración parece

46 Supuesto sobre el que versa el AAP Salamanca de 12 de marzo de 2020 (ROJ 94/2020), que determinó el archivo de las actuaciones, por considerarlo, no sólo atípico penalmente, sino un, cito textualmente: "conflicto familiar cuyo cauce natural de resolución no es otro que el civil".
También señaló en su momento la Audiencia Provincial de Zaragoza en su Auto de 26 de julio de 2007 (ROJ 530/2017) que, tales pactos, aunque posean plena eficacia como negocio jurídico en el Derecho de Familia y su cumplimiento resulte obligatorio y exigible para los suscribientes, su naturaleza es dispositiva y no quedan afectos a cuestión de interés público.

47 Consagró la Fiscalía General del Estado primeramente este argumento en su Circular 4/2005 de 18 de julio, y con carácter posterior, en la Circular 6/2011 de 2 de noviembre.
También se configuraron algunos acuerdos enfocados a otorgar decisiones en tal dirección, como es el Acuerdo Magistrados de las Secciones Penales de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 diciembre 2005.

48 Lo hemos encontrado en el AAP Pontevedra de 24 de noviembre de 2019 (ROJ 844/2019), AAP Pamplona de 6 de noviembre (ROJ 33/2019), AAP Murcia de 1 de julio (ROJ 642/2019) y varios de la Audiencia Provincial de Madrid, a saber, de 11 de mayo (ROJ 198/2017), de 16 de julio (ROJ 1268/2019) y de 17 de octubre (ROJ 1693/2019).

diluirse, quedando vinculada a otras formas de violencia para poder ser reconocida a efectos prácticos como violencia de género.

El último de los aspectos que encontramos merecedores de revisión deriva de lo dispuesto en el art. 228 CP, y no es otra cosa que el carácter semipúblico de este delito, dado que se requiere denuncia de las personas agraviadas para su persecución o bien de su representante legal, y en el caso de los menores, también el Ministerio Fiscal. Sorprende que el legislador, aun a pesar de que son delitos que afectan clara y directamente al interés del menor, haya optado por dejar en manos de los individuos la decisión de que el Derecho Penal intervenga, pues de no ser puesta en conocimiento de la autoridad o del Ministerio Fiscal tal circunstancia, los impagos que el maltratador realice quedarán de nuevo a extramuros del "ius puniendi", pudiendo darse lugar a situaciones nada deseables de perpetuidad en el tiempo de la violencia económica.

2. En el ámbito civil: la acción de ejecución de alimentos (art. 776.1 LEC).

Fuera de la estricta órbita penal, en el plano civil, también existen vías para canalizar la cuestión del incumplimiento o impago de pensiones como violencia económica, ora porque se ha decidido no denunciar tal situación, ora porque ha devenido impune por alguno de los motivos expuestos hasta ahora.

El orden civil, a través de la LEC, contiene una serie de reglas destinadas a hacer efectiva la ejecución forzosa -compeler, de ahí que las califiquemos como retributivas- de las medidas adoptadas en los procesos matrimoniales, esté o no presente la violencia de género, a saber: el art 776.1 determina que el cónyuge o progenitor que incumpla de manera reiterada las obligaciones de pago de cantidad que le correspondan podrán imponérsele por el Letrado de la Administración de Justicia multas coercitivas, con arreglo a lo dispuesto en el art. 711, y sin perjuicio de hacer efectivas sobre su patrimonio las cantidades debidas y no satisfechas[49].

Para el efectivo cobro de dichas cantidades debidas, resulta preceptivo acudir a un procedimiento de ejecución de títulos judiciales con arreglo a las disposiciones establecidas en los arts. 584 y siguientes de la LEC. Para ello, ha de instarse el correspondiente despacho de ejecución, a través de la interposición de una demanda ejecutiva, tomando como base el correspondiente título judicial que pretenda ejecutarse al establecer la respectiva pensión de alimentos, a tenor de lo dispuesto en el art. 550 LEC en relación al art. 571.1.3º, sin necesidad de requerir de pago previamente al deudor, por efecto del art. 580 LEC.

49 Vid. Domínguez Martínez, P.: "El impago de pensiones", cit., p.124. También, una vez llegado a este punto, señala, acertadamente, la importancia de asegurar judicialmente desde el primer momento procesal la obligación del pago de alimentos, incluyéndolo en la orden de protección como medida civil o en las medidas provisionales.

Para hacer reforzar la eficacia de la ejecución instada, en el escrito de demanda han de consignarse dos peticiones de indudable importancia:

1.Solicitar la investigación o averiguación patrimonial del ejecutado, ante el desconocimiento de cuán prolífico puede ser el patrimonio de aquel y la más que esperable falta de colaboración del mismo en señalar bienes sobre los que trabar embargo. Para ello, ha de invocarse el art. 590 LEC, que habilita al Letrado de la Administración de Justicia a dirigirse a distintas entidades financieras, organismos y registros públicos y personas físicas y jurídicas, para que faciliten la relación de bienes o derechos del ejecutado de los que tengan constancia.

A este respecto, resulta preceptivo mencionar que de hallarse un salario del deudor sea beneficiario, este podrá ser embargado por completo y en su integridad, sin necesidad de aplicar la escala del art. 607 LEC y sus respectivos tramos. Todo ello por aplicación del art. 608 LEC.

2. Solicitar la ampliación automática de la ejecución por las cantidades de principal que sucesivamente venzan y se devenguen. O lo que es lo mismo, por todos aquellos impagos por conceptos de gastos extraordinarios o mensualidades de alimentos que en el futuro resulten desatendidos mientras se sustancia la ejecución, a tenor de lo dispuesto en el art. 578 LEC.

Ambas peticiones que se adicionarán a la petición de condena de intereses, que se presupuestarán en el escrito de demanda tomando como referencia el tercio del principal pedido, y costas, en atención a los arts. 576 y 583 LEC.

Alternativamente, desde otra perspectiva, esta vez con un corte más profiláctico con el interés superior del menor, nada impide que sea instado el procedimiento de modificación de medidas para proceder a la privación de la patria potestad por incumplimiento más que manifiesto, y con vistas a ser permanente, del que posiblemente sea el deber más inherente a la misma: el mantener y alimentar a los hijos[50].

3. Instrumentos de carácter asistencial.

No queremos, ni pretendemos, que las medidas de corte asistencial sean interpretadas ni como una vía opuesta a las civiles y penales, ni como una alternativa excluyente, pues cada una cumplirá una función en la erradicación de la violencia

50 Como muestra de lo señalado, la STS núm. 291/2019 de 23 de mayo (ROJ 1661/2019). En este supuesto, tras un divorcio por violencia de género, el padre del menor se negó de forma continuada al pago de la pensión de alimentos, quien, tras ser condenado por un delito de abandono familiar, fue privado de la patria potestad, circunstancia que el Tribunal Supremo en casación viene a confirmar.

económica[51]. Las medidas asistenciales vendrán dadas, precisamente, por parte de los poderes públicos, como forma de dar respaldo a las víctimas de este tipo de violencia y reparar los efectos nocivos sufridos, para así constituir y ofrecer un sistema de protección que permita a las mujeres víctimas salir con seguridad del clima de dependencia económica, dando el paso de denunciar la situación vivida y/o instar el proceso de divorcio poniendo fin a la relación[52].

A) El Fondo de Garantía del Pago de Alimentos.

Comenzando por el Fondo de Garantía del Pago de Alimentos, fue constituido y definido por el Real Decreto 1618/2007 de 7 de Diciembre, en cuya exposición de motivos queda más que asentada su función o utilidad: "El Estado, ante el fracaso de la ejecución judicial del título que reconoció el derecho a alimentos, debe garantizar ante todo el superior interés del menor, sufragando con cargo a los fondos públicos las cantidades mínimas necesarias para que la unidad familiar en que se integra pueda atender a las necesidades del menor." El establecimiento de este tipo de fondos es una manifestación del deber de intervención subsidiaria del Estado propia del estado de bienestar social, que sitúa a los poderes públicos como últimos garantes de las necesidades más básicas de las personas que se hallan en su territorio, ahora concretamente, como concreción del mandato de protección de los hijos y de la familia del art. 39 CE[53].

Sin realizar una disertación exhaustiva del conjunto de requisitos exigidos, el fondo tiene por finalidad garantizar el pago de alimentos previamente reconocidos judicialmente, en proceso de crisis familiar, de filiación o de alimentos, en favor de un menor de edad, o mayor de edad con discapacidad superior al 65%, en situación de insuficiencia económica y que, resultando impagados, el resultado de la ejecución ha sido infructuosa[54]. Afortunadamente, cuando la persona que ostente la guarda y custodia del menor sea víctima de violencia de género, en los términos previstos en la Ley Integral la norma prevé su sujeción a un procedimiento de urgencia en el que no será preciso acreditar la dificultad para obtener el pago para el reconocimiento de la prestación[55]. Esto último representa un innegable

51 Hay voces que incluso han calificado de *violencia institucional* el reconducir todo aquello relativo a la violencia de género únicamente al plano penal, pues dejaría desatendido todo sustento de protección emocional, social o económica. Vid. Bodelón González, P.: "Violencia institucional", cit., p.151.

52 La necesidad del sistema asistencial en la violencia económica ha sido también defendida por Colás Turégano, M. A.: "El bien jurídico", cit., p.256.

53 Vid. Azagra Malo, A.: "El Fondo de Garantía de Alimentos. Comentario al RD 1618/2007, de 7 diciembre, de organización y funcionamiento del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos", *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2008, pp. 5-6.

54 Los requisitos o presupuestos materiales para su concesión vienen determinados en los arts. 4 al 8 del Real Decreto 1618/2007. La documentación acreditativa ha de ceñirse a lo dispuesto en el art. 14. Precisamente, cobra enorme importancia la necesidad de aportar certificación expedida por el Letrado de la Administración de Justicia que certifique el resultado infructuoso la ejecución, al no haberse obtenido el pago de los alimentos ni haberse trabado embargo sobre bienes propiedad del ejecutado.

55 También en este sentido Domínguez Martínez, P.: "El impago de pensiones", cit., p. 126.

acierto del legislador, pues reconoce que, efectivamente, en el contexto de crisis matrimonial los impagos de las pensiones de alimentos tienen una significación más que relacionada a la violencia de género.

En complemento, podemos afirmar que la prestación reconocida por el Estado está configurada para abarcar las necesidades más básicas del menor durante un período limitado de tiempo, ya que se configuran anticipos a cuenta con una cuantía máxima de 100 euros mensuales, incompatibles con otras prestaciones o ayudas públicas por el mismo concepto y no pueden percibirse durante más de 18 mensualidades[56]. Aunque admitimos que, quizás, pudiera resultar más razonable plantearse que esta configuración prestacional obedezca más a una razón de insuficiencia del Estado para prolongar la protección social en esta cuestión que a una finalidad de cubrir solo lo estrictamente necesario para el sustento y desarrollo del menor, principalmente, por la brevedad del término máximo de disfrute,18 meses, y por la suma total máxima que pudiere ser alcanzada, apenas 1800 euros.

B) Pensión de viudedad

Una vez disertado lo relativo al Fondo de Garantía del Pago de Alimentos, vamos a centrar nuestra atención en otra figura que, estando consagrada por nuestro ordenamiento, puede servir como un óptimo instrumento reparador de las consecuencias nocivas sufridas tras un periodo, probablemente largo, de dependencia económica respecto de un maltratador: la pensión de viudedad. Para ello, debemos partir de la base de que la pensión de viudedad es aquella prestación contributiva de la Seguridad Social cuya finalidad es compensar al cónyuge sobreviviente, incluso excónyuge, para paliar, bien la situación de necesidad que pudiera derivarse del fallecimiento, bien la minoración de rentas que puede sufrir derivada de tal circunstancia[57] y que, a su vez, la Ley General de la Seguridad Social ofrece un tratamiento singular a esta figura tanto en los casos de crisis matrimonial como en los casos de violencia de género.

Acudiendo al art. 220.1 de la LGSS, para que sea reconocida la pensión de viudedad en los casos de crisis matrimonial, se requerirá que las personas divorciadas o separadas judicialmente sean acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el art. 97 del Código Civil, y esta quedara extinguida a la muerte del causante -para los casos de nulidad matrimonial, del derecho a la indemnización a que se refiere el art. 98 del Código Civil- y que en ningún caso hubiere contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el art. 221 LGSS. Para el caso de una separación o divorcio en el que

56 Vid. Azagra Mallo, A.: "El Fondo de Garantía", cit, p.10

57 Vid. AA.VV.: *Problemática de la pensión de viudedad. La protección social de las personas que se han dedicado total o parcialmente a las labores del hogar*, Ed. Ministerio de Trabajo, Secretaría de Estado de Seguridad Social, Madrid, 2009, p. 25.

la violencia de género se encuentre presente, en todo caso, tendrán derecho a la pensión de viudedad las mujeres que, aun no siendo acreedoras de pensión compensatoria, pudieran acreditar que eran víctimas de violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio mediante sentencia firme, o archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento; en defecto de sentencia, a través de la orden de protección dictada a su favor o informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de ser víctima de violencia de género, así como por cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho.

Sobre la base de las ideas expuestas, podemos afirmar que el reconocer la pensión de viudedad a mujeres víctimas de violencia de género tiene una finalidad más profiláctica que correctora de la pérdida de ingresos derivados del fallecimiento, debido a que se prescinde del criterio del desequilibrio o la dependencia económica evidenciada por el tener reconocida una pensión compensatoria, pues no resultaría infrecuente que las mujeres maltratadas no hubiesen ejercitado tal derecho en el pasado por temor a mantener conexión o vínculo con el maltratador tras el proceso de divorcio[58].

Tal como se habrá advertido, el elemento que cobrará mayor importancia aquí es la acreditación de haber sufrido violencia de género. Como puede observarse a la luz del precepto señalado, no se exige únicamente la acreditación fehaciente de la condición de víctima de violencia de género por medio de una sentencia firme condenatoria en el orden penal, sino la realización de una labor probatoria encaminada a evidenciar la presencia de indicios de su existencia[59].

Atendiendo a las anteriores consideraciones, podría apreciarse un importante riesgo de desprotección en aquellos supuestos en los que la mujer, bien no se atreviere a denunciar en su momento, bien el procedimiento penal, por la razón que fuere, no arrojase elementos suficientes que acreditasen indicios de violencia de género y resultase archivado. La solución nos es dada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña[60], que deja firmemente sentado que se puede probar ante la jurisdicción social las situaciones de violencia de género, aun cuando el difunto no pueda defenderse o contradecirlo, dado que, ante el alto grado de supuestos

58 Vid. Domínguez Martínez, P.: "El impago de pensiones", cit, pp. 120-121.
También, por la vía de la excepcionalidad de las pensiones de viudedad en casos de violencia de género en aras de proteger a las víctimas, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña se pronunció en este sentido, en su Sentencia núm.6175/2015 de 20 de octubre (ROJ 9535/2015).

59 Vid. Allueva Aznar, L. y Ginés Fabrellas, A.: "La dependencia económica como requisito de acceso a la pensión de viudedad en supuestos de separación o divorcio". *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, núm.1, 2015, pp. 13 y 14.

60 Vid. STSJ Cataluña núm. 6066/2016 de 21 de octubre de 2016 (ROJ 9977/2016).
En este supuesto aunque se cursaron diversas denuncias contra el marido, estas o bien fueron archivadas o bien no pudieron llegar a término por el pronto fallecimiento de este, con lo cual, no existía ninguna resolución procesal que acreditase fehacientemente la existencia de violencia de género. La solicitante sin embargo, consiguió acreditar por distintos medios de prueba (testificales en su mayoría y una pericial médica que acreditaba distintas patologías compatibles con episodios de maltrato psicológico) ante la

en los que el proceso penal no se llega a iniciar, o iniciado no desemboca en sentencia condenatoria, los tribunales deben realizar una delicada valoración sobre los distintos elementos en juego en cada caso, debiendo prevalecer o ponderarse el interés de la víctima a percibir una pensión como vía de protección específica, dada la voluntad legislativa expansiva en estos supuestos. Debe permitirse por tanto, cualquier medio probatorio válido en derecho, como bien reza el art. 220.1 LGSS, y no sólo tomando como base las resoluciones o actos del proceso penal previos al fallecimiento del ex marido[61].

IV. COROLARIO.

El análisis de la violencia de género en el contexto familiar y de crisis matrimonial ha de proyectarse, necesariamente, sobre el enfoque de la tipología que a nivel normativo va quedando conformada. Que duda cabe que, quedar circunscritos únicamente a la tradicional referencia de la violencia física o psicológica, impide abordar el problema con la suficiente amplitud que se requiere.

Dentro de ese amplio espectro de tipología referenciado, lo cierto es que la violencia económica representa un peligro cada vez más acuciante para la indemnidad de los intereses familiares en su conjunto. La restricción continuada e injustificada de los recursos económicos necesarios para el sustento de la familia realizado por parte del agresor, valiéndose de su posición preminente, es capaz de privar tanto a la mujer como a los hijos menores de la satisfacción de sus necesidades más básicas y esenciales. A la par de resultar un excelente medio de control y subyugación de sus víctimas.

No obstante, dicho sea en términos generales, debemos verter una valoración positiva sobre los mecanismos que, consagrados en nuestro ordenamiento, sirven para revertir la situación generada. Ora por su capacidad para obtener el cobro de los impagos, a través de la acción de ejecución en materia de alimentos consagrada en el 776 de nuestra LEC, ora por su utilidad punitiva y de corrección sobre el agresor en virtud de la acción penal ejercida por el delito de abandono de familia del art. 227 CP, ora por ofrecer un sustento básico capaz de minorar, con sus respectivas limitaciones, los efectos nocivos que, durante años, han sufrido los miembros del núcleo familiar, como la pensión de viudedad o las prestaciones del Fondo de Garantía de Alimentos.

---

jurisdicción social las distintas situaciones vejatorias, humillantes y amenazantes a las que la sometió su marido ya fallecido durante su matrimonio, de quien posteriormente logró divorciarse.
En síntesis, podemos señalar que lo que el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña trata de hacer es proteger a aquellas víctimas que durante años han sufrido la violencia de género de forma encubierta, que nunca se atrevieron a denunciar y ahora se ven abocadas a un grave desequilibrio económico.

61 Posicionamiento contrario el seguido en el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que se mantiene anclado al criterio de que la solicitante debe acreditar que se han iniciado procedimientos policiales o judiciales frente a su esposo por delitos en los cuales ella era la víctima con indicios suficientes que deriven la existencia de tal circunstancia. Vid. STSJ Andalucía núm. 1146/2015 de 2 julio (ROJ 8383/2015).

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *El impacto de la violencia de género en España: una valoración de sus costes en 2016*, Ed. Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad, Centro de Publicaciones, Delegación del Gobierno para la Violencia de Género, 2016, Madrid.

AA.VV.: *Problemática de la pensión de viudedad. La protección social de las personas que se han dedicado total o parcialmente a las labores del hogar,* Ed. Ministerio de Trabajo, Secretaría de Estado de Seguridad Social, Madrid, 2009.

Allueva Aznar, L. y Ginés Fabrellas, A.: "La dependencia económica como requisito de acceso a la pensión de viudedad en supuestos de separación o divorcio". *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2015.

Azagra Malo, A.: "El Fondo de Garantía de Alimentos. Comentario al RD 1618/2007, de 7 diciembre, de organización y funcionamiento del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos", *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2008.

Barrio Gallardo, A.: "Pensiones de alimentos y convenio regulador", *InDret: Revista para el Análisis del Derecho,* núm. 3, 2017.

Bodelón González, E.: "Violencia institucional y violencia de género", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez,* núm. 48, 2014.

Brage Cendán, S. B.: "El delito de impago de pensiones (art. 227 CP)", *Revista Xurídica Galega,* núm. 62, 2002.

Bustos Moreno, Y.: *El mantenimiento de la familia en las situaciones de crisis matrimonial,* Ed. Dykinson, Madrid, 2002.

Cabrera Espinosa, M.: "Acercándonos al hombre que ejerce la violencia de género: clasificación y descripción de un grupo de maltratadores", *Nómadas, Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, vol. 25, núm. 2, 2010.

Cabrillac, R.: "La Violencia Económica: panorama de Derecho Comparado", *Ius et Veritas,* núm. 53, 2016.

Colás Turégano, M. A.: "El bien jurídico protegido en delito de impago de pensiones como instrumento de tutela frente a la desigualdad de género", *Actualidad Jurídica Iberoamericana, Instituto de Derecho Iberoamericano*, núm. 5 *bis*, 2016.

De Verda y Beamonte, J. R.: "*Separación y divorcio*", en De Verda y Beamonte, J.R.: *Derecho Civil IV (Derecho de Familia),* Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

Domínguez Martínez, P.: "El impago de pensiones como violencia económica", en Zurilla Cariñana, M. A. y Domínguez Martínez, P.: *Violencia contra las mujeres: un enfoque jurídico,* Ed. Septem Ediciones, Oviedo, 2012.

Espinar Ruíz, E.: *Violencia de género y procesos de empobrecimiento,* Ed. Universidad de Córdoba, Servicio de Publicaciones, Córdoba, 2006.

Gallo Rivera, M. T. y Mañas Alcón, E.: "La Violencia económica en el ámbito de pareja: otra forma de violencia que perpetúa la desigualdad de género en España", en AA.VV.: *Mujeres y economía. La brecha de género en el ámbito económico y financiero,* Ed. Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital Secretaría General Técnica, Madrid, 2020.

Gallo Rivera, M. T. y Mañas Alcón, E.: "La violencia económica en el ámbito de la pareja: otra forma de violencia que perpetúa la desigualdad de género en España", *Instituto Universitario de Análisis Económico de la Universidad de Alcalá de Henares*, núm.1, 2020.

García García, N. y Casturiense Santos, A.: "La pensión compensatoria. Extinción y suspensión", *Sepín, Cuaderno Jurídico, Familia y Sucesiones,* núm. 116, 2016.

Gonzálvez Vicente, P., Andrés Joven, J., Fernández Alaya, R., Hijas Fernández, E. y Manzana Laguarda, P.: "Guarda y custodia compartida y alimentos", *Sepín, Cuaderno Jurídico, Familia y Sucesiones,* núm. 116, 2016.

López García, E.: "La figura del agresor en la violencia de género: características personales e intervención", *Los Papeles del Psicólogo,* vol 25, núm. 88, 2004.

Salás Darrocha, J. T.: "El delito de impago de pensiones", *Ed. Aranzadi, Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia, Audiencias Provinciales y otros Tribunales,* núm. 10, 2003.

Sanz Morán, C.: "Algunas consideraciones relativas al delito de impago de pensiones", *Boletín del Ministerio de Justicia,* núm. 1964, 2004.

Tolman, R. M.: "The development of a measure of psychological maltreatment of women by their malepartners", *Violence and Victims,* núm. 4, 1989.

VÁZQUEZ-PORTOMEÑO SEIJAS, F.: "La colaboración de las víctimas en la persecución penal de la violencia de género en España", *Revista de Derecho Penal y Criminología,* vol. 38, núm. 105, 2017.

LA PRESERVACIÓN DEL *FAVOR FILII* EN SUPUESTOS DE RUPTURA DE LA CONVIVENCIA DE LOS ACOGEDORES, TUTORES O GUARDADORES DEL MENOR*

THE PRESERVATION OF THE FAVOR FILII IN CASES OF BREAKDOWN OF THE COHABITATION OF THE FOSTER CARERS, TUTORS OR GUARDIANS OF THE CHILD

Rev. Boliv. de Derecho Nº 32, julio 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 150-169

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo Consolidado de Investigación del Gobierno de Aragón "Ius Familiae", IP. Carlos Martínez de Aguirre Aldaz; y del Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación: PID2019-105489RB-I00 "Vulnerabilidad patrimonial y personal: retos jurídicos", IIPP. Mª Victoria Mayor del Hoyo / Sofía De Salas Murillo.

Javier
MARTÍNEZ
CALVO

ARTÍCULO RECIBIDO: 9 de marzo de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 30 de abril de 2021

RESUMEN: Cuando la guarda del menor por parte de los progenitores no es posible y esta es atribuida de forma conjunta a dos personas convivientes que posteriormente cesan dicha convivencia, resulta necesario determinar cuál de ellas va a ejercer a partir de ese momento las funciones inherentes a dicha guarda. Las posibles soluciones dependerán de si se trata de un supuesto de acogimiento, de tutela o de siempre guarda.

PALABRAS CLAVE: Separación; divorcio; menores; acogimiento; tutela; guarda.

ABSTRACT: *When care of the child by the parents is not possible and is attributed jointly to two people living together who subsequently stop living together, it is necessary to determine which of them will exercise the functions inherent to the care from that moment on. The possible solutions will depend on whether it is a case of fostering, guardianship or simple care.*

KEY WORDS: *Separation; divorce; children; fostering; guardianship; care.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. RUPTURA DE LA CONVIVENCIA DE LOS ACOGEDORES DEL MENOR. III. RUPTURA DE LA CONVIVENCIA DE LOS GUARDADORES DEL MENOR.- IV. RUPTURA DE LA CONVIVENCIA DE LOS TUTORES DEL MENOR.

I. INTRODUCCIÓN

Con carácter general, son los padres, como titulares de la patria potestad, quienes asumen la guarda del menor. No obstante, hay ocasiones en las que el ejercicio de dicha guarda por parte de los progenitores no es posible, bien porque estos hayan fallecido o hayan sido privados de la patria potestad —en cuyo caso la guarda corresponde al tutor—, bien porque exista una guarda de hecho —que será ejercida fácticamente por un tercero—, bien porque ante una situación —actual o futura— de desamparo de un menor se constituya una tutela o guarda administrativa —en cuyo caso la guarda del menor será ejercida por los acogedores—, o bien porque en el seno de un procedimiento de ruptura matrimonial se atribuya la guarda del menor a un tercero distinto de los progenitores en virtud de lo dispuesto en el art. 103.1 CC.

En todos estos supuestos, puede plantearse la situación de que la guarda del menor sea ejercida por dos personas convivientes —ya se trate de acogedores, tutores o simples guardadores— y que se ponga fin a dicha situación de convivencia, lo que exigirá determinar quién va a ejercer a partir de ese momento las funciones inherentes a dicha guarda. A ello se va a tratar de dar respuesta en las siguientes líneas, analizando por separado los efectos de la ruptura de la convivencia de los acogedores, de los tutores y de los guardadores del menor.

II. RUPTURA DE LA CONVIVENCIA DE LOS ACOGEDORES DEL MENOR

En determinados supuestos, la guarda o cuidado de un menor debe ser asumida por una Entidad Pública, por constituirse alguna de las medidas de protección previstas en el Código Civil —en adelante: CC— para los casos en que la patria potestad o la tutela ordinaria no resultan eficaces para salvaguardar el interés superior del menor. Dichas medidas son la tutela administrativa —art. 172 CC— y la guarda administrativa —art. 172 bis CC—.

• Javier Martínez Calvo
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil en la Universidad de Zaragoza. Máster de Especialización e Investigación en Derecho (año 2013) y Máster en profesorado (año 2016). Doctor en Derecho con mención internacional (año 2018). Principales líneas de investigación: derecho comparado, derecho de la persona, derecho de familia, protección de menores y discapacitados, derecho de sucesiones, derecho y nuevas tecnologías y derecho hipotecario.

Tanto en uno como en otro caso, el modo en el que la Entidad Pública ejerce dicha guarda es a través del acogimiento —art. 172 ter CC—. Se trata de una medida de protección en virtud de la cual se atribuye la guarda de un menor a una persona o familia —acogimiento familiar— o bien a una institución dedicada a estas funciones —acogimiento residencial—, que asumen la obligación de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral[1]. A tenor de lo dispuesto en el art. 172 ter CC, el acogimiento familiar goza de preferencia sobre el residencial, que se reserva para aquellos casos en los que el primero no sea posible o no resulte conveniente para el interés del menor.

Las reglas en materia de protección de menores están previstas en los arts. 172 a 174 de nuestro Código Civil y en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor —en adelante: LOPJM—. Además, son numerosas las Comunidades Autónomas que han promulgado sus propias leyes en materia de protección de menores[2].

El primer aspecto que quiero resaltar es relativo a la excepcionalidad que debe tener la intervención pública de la administración, enmarcándose en el ámbito de la subsidiariedad, como ha sido puesto de manifiesto también por nuestra doctrina[3] y jurisprudencia[4]. Y resulta razonable, pues son los propios progenitores quienes se encuentran en mejor posición para cuidar y atender a sus hijos menores, y sólo cuando estos incumplan sus deberes de protección cabe la intervención pública.

1 Sobre el acogimiento, *vid*. ampliamente: Mayor del Hoyo, M.V.: "Comentario a los arts. 173, 173 bis y 174 del Cc, reformados por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia", en AA.VV.: *Código Civil Comentado* (coord. por P. de Pablo Contreras), Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, 2ª ed., pp. 888-914.

2 *Vid*. Ley 6/1995, de 28 de marzo, sobre normas reguladoras de las garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia de Madrid; Ley 3/1997, de 9 de junio, sobre protección jurídica, económica y social de la familia, la infancia y la adolescencia de Galicia; Ley 1/1998, de 20 de abril, sobre los derechos y la atención al menor de Andalucía; Ley 12/2001, de 2 de julio, sobre la infancia y la adolescencia en Aragón; Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León; Ley 3/2005, de 18 de febrero, sobre atención y protección a la infancia y la adolescencia del País Vasco; Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre sobre promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia de Navarra; Ley 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores de La Rioja; Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y los derechos de la infancia y la adolescencia de las Islas Baleares; Ley 12/2008, de 3 de julio, de protección integral de la infancia y la adolescencia de la Comunidad Valenciana; y Ley 14/2010, de 27 de mayo, sobre normas reguladoras de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia de Cataluña.

3 *Vid*. Pérez Álvarez, M.A.: "El sistema público de protección de menores e incapaces", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil (IV): Derecho de familia* (coord. por C. Martínez de Aguirre Aldaz), Edisofer, Madrid, 2016, 5ª ed., p. 406; y Arce Fernández, I.: *El desamparo de menores: normativa y práctica del Principado de Asturias*, Universidad de Oviedo, 2011., p. 22.

4 *Vid*. STS 14 febrero 2005 (RJ 2005, 1670), "(...) cabe señalar que tanto la Constitución -art. 39- como el conjunto normativo que regula las relaciones paterno filiales -especialmente art. 154 CC - reconoce a los progenitores un amplio campo de libertad en el ejercicio de su función de patria potestad en la que no cabe un dirigismo por parte de los poderes públicos, cuya intervención -sin perjuicio de sus deberes de prestación- está limitada a los supuestos en que en el ejercicio de su función se lesione o ponga en peligro al menor".

Además de ser subsidiaria, la intervención de la administración en esta materia tiene vocación de provisionalidad[5], debiendo ser el fin último la reintegración del menor en su propia familia[6], en consonancia con la previsión del art. 172.4 CC y del art. 11.2 b) LOPJM. Por tanto, solo cabrá prescindir de este objetivo de reintegrar al menor en su propia familia cuando su interés superior así lo exija[7], y solamente durante el tiempo estrictamente necesario. Y es que, no debemos olvidar que cualquier medida que se adopte en la que se vean involucrados menores de edad debe estar presidida por el principio del interés superior de estos. Al respecto, los arts. 2 y 11.2 a) LOPJM y el art. 172.4 CC sitúan el interés del menor como el principio informador de todo el sistema de protección pública que estamos examinando.

Las dos figuras básicas en materia de protección de menores son la tutela administrativa (también denominada tutela automática o *ex lege*) y la guarda administrativa[8]. A continuación, expondré sucintamente en qué consisten ambas medidas.

La tutela administrativa supone la atribución automática (*ope legis*) de la tutela de los menores que se encuentren en situación de desamparo a una entidad pública —arts. 172.1 y 222.4 CC y arts. 12 y 18 LOPJM—, estén o no sujetos a patria potestad o a tutela ordinaria[9]. A tal efecto interesa exponer brevemente cuándo nos encontramos ante una situación de desamparo de un menor, que como he señalado es el presupuesto habilitante para que puedan constituirse la tutela administrativa[10]. Nuestro Código Civil define la situación de desamparo en sus arts. 172.1 y 239 como "(...) la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la

5 *Vid*. Fábrega Ruiz, C.F.: *La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad*, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006, p. 45; Arce Fernández, I.: *El desamparo de menores*, cit., p. 116; y Lasarte Álvarez, C.: *Principios de Derecho Civil IV: Derecho de familia*, Marcial Pons, Madrid, 2014, 13ª ed., p. 386.

6 *Vid*. Domingo Monforte, J., de la Fuente Rubio, P., Oliver Aznar, G. y Ubeda Bayo, A.: "Derecho de familia: Reglas generales y excepciones", *Economist & Jurist*, 2009, núm. 135, p. 19; Angosto Sáez, J.F.: "Sentencia de 23 de septiembre de 2002: La recuperación de la guarda y custodia por los padres. El principio favor filii como criterio orientador de la actuación administrativa y judicial", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, 2003, núm. 63, 2003, p. 911; Arce Fernández, I.: *El desamparo de menores*, cit., p. 116; Pérez Álvarez, M.A.: "El sistema público de protección", cit., p. 406; y Diez-Picazo y Ponce de León, L. y Gullón Ballesteros, A.: *Sistema de Derecho Civil. Volumen IV (tomo I): Derecho de familia*, 12ª ed., Tecnos, Madrid, 2018, p. 295; y Diez García, Helena, *El acogimiento familiar simple,* cit., p. 450.

7 *Vid*. Angosto Sáez, J.F.: "Sentencia de 23 de septiembre de 2002", cit., p. 911.

8 Ambas figuras se crean a través de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción y otras formas de protección de menores.

9 *Vid*. Pérez Álvarez, M.A.: "La protección de los menores e incapacitados, en general. La patria potestad", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil (IV): Derecho de familia* (coord. por C. Martínez de Aguirre Aldaz), Edisofer, 2016, Madrid, 5ª ed., p. 376.

10 *Vid*. Lasarte Álvarez, C.: *Principios de Derecho Civil IV,* cit., p. 385; y Prats Albentosa, L.: "Las instituciones tutelares (III). Los oficios tutelares (cont.)", en AA.VV.: *Derecho de Familia* (coord. por V.L. Montés Penadés y E. Roca i Trias), Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, 2ª ed., p. 576.

necesaria asistencia moral o material". Por tanto, son dos los requisitos que deben darse de forma cumulativa para que podamos considerar a un menor en situación de desamparo[11]: la falta de ejercicio o un ejercicio deficiente de los deberes de protección que incumben a sus padres y tutores; y que dichos incumplimientos tengan como resultado que el menor se vea privado de la necesaria asistencia moral o material. Así, si existe un incumplimiento de sus deberes por los padres o tutores, pero no provoca al menor una desatención moral o material (por ejemplo, porque exista una guarda de hecho[12]), no se dará el presupuesto para poder considerar que el menor se encuentra en situación de desamparo.

El principal efecto del establecimiento de la tutela administrativa será la asunción de la tutela por la administración[13], lo que conllevará la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria a que estuviera sujeto el menor[14]. Lógicamente, la asunción de la tutela del menor por la administración lleva consigo también la guarda del menor desamparado[15].

En lo que a la guarda administrativa[16] se refiere, es semejante a la tutela administrativa, con la salvedad de que en este caso la administración únicamente asumirá la guarda del menor (con la consiguiente privación de la misma a quién la ostentara), manteniendo sus padres o tutores la titularidad de la patria potestad o de la tutela ordinaria[17] (a diferencia de lo que hemos visto para la tutela administrativa, en la que dichas facultades quedan en suspenso). Además, la guarda administrativa no es automática, sino que se establecerá a solicitud de los padres o tutores cuando por circunstancias graves no puedan cuidar al menor

11 *Vid.* Marín García, I. y López Rodríguez, D.: "Indemnización del daño moral por la privación indebida de la compañía de los hijos en el orden civil y el contencioso-administrativo", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2010, núm. 2, pp. 22-23; y Pérez Álvarez, M.A.: "El sistema público de protección", cit., pp. 408-409.

12 A modo de ejemplo, la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores de La Rioja recoge expresamente que "(...) no concurre la situación de desamparo cuando un guardador preste de hecho al menor la necesaria asistencia moral o material". *Vid.* también Arce Fernández, I.: *El desamparo de menores*, cit., p. 39; Pérez Monge, M.: "Regulación de la guarda de hecho en la ley de derecho de la persona de Aragón", en AA.VV.: *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad* (coord. por S. de Salas Murillo, Sofía), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, p. 395; Fábrega Ruiz, C.F.: *La guarda de hecho*, cit., p. 46; y Diez García, H.: *El acogimiento familiar simple como una de las formas de ejercer la guarda de menores*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, Madrid, 2004, p. 239.

13 El art. 228-3 CCCat. prevé expresamente las consecuencias de la declaración de desamparo, señalando que "1. La declaración de desamparo comporta la asunción inmediata, por la entidad pública competente, de las funciones tutelares sobre el menor(...) 2. La asunción de las funciones tutelares implica la suspensión de la potestad parental o de la tutela ordinaria durante el tiempo de aplicación de la medida(...)". *Vid.* también Arce Fernández, I.: *El desamparo de menores*, cit., p. 111.

14 *Vid.* Pérez Álvarez, M.A.: "El sistema público de protección", cit., pp. 409-410; y Arce Fernández, I.: *El desamparo de menores*, cit., p. 111.

15 *Vid.* Diez-Picazo y Ponce de León, L. y Gullón Ballesteros, A.: *Sistema de Derecho Civil. Volumen IV*, cit., p. 294.

16 Sobre la guarda administrativa, *vid.* ampliamente: Mayor del Hoyo, M.V.: *La guarda administrativa como mecanismo de protección de menores en el Código Civil*, Comares, Granada, 1999.

17 *Vid.* Diez García, H.: *El acogimiento familiar simple,* cit., pp. 36 y 490.

(obviamente, si el ejercicio de la patria potestad o de la tutela es compartido, la constitución de la guarda administrativa deberá solicitarse de común acuerdo por ambos titulares[18]); o bien será acordada por el juez en los casos en que legalmente proceda[19] —art. 172.2 CC—. Nuevamente, el presupuesto habilitante será la situación de desamparo del menor, caracterizado en este caso por su "reversibilidad", mientras que el que da lugar a la tutela administrativa es en principio "irreversible"[20]. He utilizado la expresión "en principio" porque no debe descartarse en ningún caso que la situación revierta, cesando el incumplimiento de los padres o tutores, en cuyo caso se debe procurar la reintegración del menor en su propia familia —art. 172.4 CC y del art. 11.2 b) LOPJM—. La consecuencia de esta distinción en el supuesto de hecho para la adopción de una u otra medida es que obviamente estas serán incompatibles entre sí, de modo que la aplicación de la guarda administrativa excluye la tutela administrativa, y viceversa[21].

Una vez que hemos expuesto brevemente en qué consisten ambas figuras podemos centrarnos ya en la titularidad y ejercicio de las mismas. La titularidad de estas potestades corresponderá a la entidad pública que, en el respectivo territorio, tenga encomendada la protección de menores —art. 172.1 CC—, pudiendo delegar la potestad de guarda (como enseguida veremos), pero en ningún caso la tutela[22]. En cuanto al ámbito subjetivo de aplicación, tradicionalmente se venía circunscribiendo exclusivamente a los menores de edad, no incluyendo a las personas con la capacidad judicialmente modificada[23]. No obstante, a partir de la reforma introducida por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección de las personas con discapacidad, se ha hecho extensible también a estas últimas —art. 239 CC—.

Respecto al ejercicio de la tutela administrativa, quedará sometida a las reglas previstas para la tutela ordinaria, con la salvedad de que la titularidad de la misma corresponde a una persona jurídica de Derecho público[24]. Y en cuanto al ejercicio de la potestad de guarda (inherente tanto a la tutela como a la guarda

18 *Vid*. Iglesias Redondo, J.I.: *Guarda Asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, Cedecs Editorial S.L., Barcelona, 1996, p. 109.

19 Procederá en los supuestos de privación de los padres de la potestad de guarda y custodia, en los casos de remoción o excusa del tutor o curador, o bien cuando en virtud del art. 103.1 CC se decida atribuir la guarda y custodia a un tercero distinto de los progenitores y no existan abuelos u otros parientes o allegados del menor idóneos para asumir la guarda de este. (Prats Albentosa, L.: "Las instituciones tutelares (III)", cit., p. 578).

20 *Vid*. Iglesias Redondo, J.I.: *Guarda Asistencial*, cit., p. 207.

21 Ibídem, p. 121.

22 *Vid*. Arce Fernández, I.: *El desamparo de menores*, cit., p. 31; y Marín García, I. y López Rodríguez, D.: "Indemnización del daño moral", cit., p. 22.

23 *Vid*. Lacruz Berdejo, J.L. (et. al.) (revisada por J. Rams Albesa): *Elementos de Derecho Civil IV: Familia*, Dykinson, Madrid, 2010, 4ª ed., p. 453, "La intervención administrativa está limitada a los menores, no cabe para los incapacitados que se hallen en situación de desamparo o para idénticos supuestos graves en que se encuentren sus padres y tutores(...)".

24 *Vid*. Prats Albentosa, L.: "Las instituciones tutelares (III)", cit., p. 578.

administrativa), se llevará a cabo a través de la figura del acogimiento —art. 172.3 CC—, que Vela Sánchez define como "(...) un negocio jurídico de Derecho de familia por el que unas personas, acogedores, con o sin contraprestación, reciben en su casa a un niño, y lo cuidan como si de un hijo se tratara durante el tiempo en que tal negocio se mantiene vigente"[25], y que de acuerdo al art. 173.1 CC supone "(...) la plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral". Por tanto, el contenido básico del ejercicio de la guarda comprenderá el cuidado directo del menor y la adopción de decisiones cotidianas de escasa relevancia que exija dicho cuidado, quedando el resto de facultades relativas al ejercicio de la patria potestad o de la tutela en manos de los progenitores o tutores (en el caso de la guarda administrativa) o de la Entidad Pública correspondiente (en el caso de la tutela administrativa). El acogimiento podrá ser familiar o residencial. El primero consiste en asignar la guarda del menor a una o varias personas integradas en una unidad familiar[26] —art. 173 bis.1 CC—. Por su parte, el acogimiento residencial se ejercerá por el Director del centro donde sea acogido el menor[27]. En cualquier caso, como regla general se da preferencia al acogimiento familiar frente al acogimiento residencial —art. 21.1 LOPJM—.

En el supuesto de que se adopte el acogimiento familiar, y en lo que aquí nos interesa, puede ocurrir que su titularidad recaiga sobre dos personas convivientes y que, una vez constituido, se produzca la ruptura de dicha situación de convivencia. Ello exigirá determinar cómo se va a ejercer a partir de ese momento la potestad de guarda que les ha sido asignada. A tal efecto, y ante la ausencia de previsión legal, ha sido la jurisprudencia la que ha abordado esta cuestión. Al respecto, cabe destacar la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2015 (RJ 2015, 2786), pues es la primera vez que el Tribunal Supremo se ha pronunciado acerca del modo en el que se va a ejercer la guarda tras el cese de la convivencia de los guardadores. Se trata de un supuesto en el que la Comunidad de Madrid había asumido la tutela administrativa de una menor, concediendo el acogimiento familiar permanente a sus abuelos maternos, con los que había convivido desde que tenía cinco meses. Siendo todavía menor, sus abuelos decidieron poner fin a su matrimonio y, en el proceso de disolución del mismo, solicitaron el establecimiento de medidas para reorganizar el modo en el que iban a ejercer la guarda sobre la menor tras la ruptura. En concreto, pidieron que se establecieran medidas relativas al régimen

25 *Vid.* Vela Sánchez, A.J.: "Las relaciones de los nietos con los abuelos en los casos de ruptura de pareja", en A.A.VV.: *La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja* (dir. por M.C. García Garnica), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009, 1ª ed., p. 337.

26 *Vid.* Diez García, H.: *El acogimiento familiar simple,* cit., p. 90.

27 El acogimiento residencial se llevará a cabo a través de establecimientos públicos o privados habilitados por la Comunidad Autónoma correspondiente, en cuyos estatutos o reglas figure como fin la protección de menores (*Vid.* Prats Albentosa, L.: "Las instituciones tutelares (III)", cit., p. 578).

de guarda y custodia, al régimen de visitas y a la contribución a su manutención. Se plantea entonces el interrogante de si la sentencia que declara el divorcio puede adoptar las mencionadas medidas respecto de la menor.

El Juzgado de Primera Instancia número 93 de Madrid dictó Sentencia el 10 de enero de 2013, por la que atribuía a la abuela la guarda y custodia de la nieta menor de edad, fijaba un régimen de visitas en favor del abuelo y establecía, a cargo de este, una pensión de alimentos de 200 € mensuales. El abuelo recurrió en apelación la mencionada Sentencia y la Sección Vigésimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid dictó Sentencia el 14 de mayo de 2014 (PROV 2014, 239625) por la que estimó el recurso y revocó la Sentencia de instancia, señalando que no procedía la adopción de ninguna medida relacionada con la nieta menor de edad, dado que estaba sujeta a acogimiento familiar y tutelada por una entidad pública, que sería la encargada de decidir las medidas que resultaran oportunas. Ante ello, la abuela interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que dio lugar a la Sentencia de 20 de julio de 2015 (RJ 2015, 2786).

En dicho pronunciamiento, el Tribunal Supremo considera que las medidas relativas al acogimiento y al modo en el que este ha de ejercerse tras la ruptura de la convivencia por parte de los acogedores es una cuestión que compete en exclusiva a la autoridad pública que ostenta la tutela o la guarda administrativa de la menor. Entiende que las reglas previstas en los arts. 90 y ss. del Código Civil no pueden aplicarse al presente caso, pues dichas reglas están previstas exclusivamente para la adopción de medidas relativas a los menores en supuestos de cese de la convivencia de sus progenitores.

Con base en lo anterior, establece como doctrina que, en los supuestos de nulidad, separación o divorcio de cónyuges acogedores, no cabe adoptar en la sentencia que recaiga, declarando tales situaciones, medidas definitivas respecto de menores acogidos. Y continúa diciendo que cuando existe un acogimiento familiar permanente convencional, no puede dejarse sin efecto, ni modificarse o regularse a través de un proceso matrimonial, sino que su cese o modificación debe solicitarse de la Entidad Pública que autorizó el acogimiento, ya que no existe laguna legal por la que se deba acudir a aquellos procesos para resolver las incidencias derivadas del acogimiento.

Por tanto, en caso de separación o divorcio de los acogedores, corresponde a la Entidad Pública autorizante del acogimiento adoptar las medidas que resulten más beneficiosas para el menor a la vista de las nuevas circunstancias.

Ahora bien, entiende el Tribunal Supremo que, en tanto en cuanto se pronuncie la autoridad administrativa competente, resulta necesario establecer medidas provisionales para determinar cómo van a cumplir los acogedores con

su obligación común de velar por el menor, tenerlo en su compañía, alimentarlo y procurarle una formación integral. Por ello, opta por mantener las medidas establecidas respecto a la menor por la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia al acordar el divorcio de los acogedores, pero aclarando que no se adoptan como efectos del divorcio sino como medidas de protección cautelar en favor de la menor hasta que la Entidad Pública decida sobre el cese o modificación del acogimiento.

III. RUPTURA DE LA CONVIVENCIA DE LOS GUARDADORES DEL MENOR

En este apartado voy a abordar dos supuestos: aquellos en los que existe una guarda de hecho sobre el menor y aquellos en los que la guarda es atribuida a un tercero distintos de los progenitores en el proceso de separación o divorcio.

En cuanto a la guarda de hecho, fue reconocida por vez primera en nuestro derecho con la reforma introducida por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela, pasando a estar recogida en los arts. 303, 304 y 306 CC. Sin embargo, es una regulación insuficiente, que como señala Lasarte Álvarez se limita a "(...) tomar nota de la existencia de la figura (art. 303), declarar la validez de los actos realizados por el guardador de hecho (art. 304) y declararle aplicable el art. 220 previsto inicialmente para el tutor"[28]. Esta escasa regulación de la guarda de hecho, que en cierto modo parece lógica si atendemos al carácter fáctico de la citada figura[29], puede provocar sin embargo inseguridad jurídica[30], pues no señala quién puede actuar como guardador de hecho, ni recoge de forma precisa las funciones de este, ni tampoco los mecanismos de control y de vigilancia que puede adoptar la autoridad judicial cuando detecte la existencia de una guarda de hecho.

Nuestro Código Civil no define la guarda de hecho, pero sí recoge un concepto de guardador de hecho el art. 225-1 del Código Civil de Cataluña (en adelante CCCat.), que lo define como "(...) la persona física o jurídica que cuida de un menor o de una persona en quien se da una causa de incapacitación, si no está en potestad parental o tutela o, aunque lo esté, si los titulares de estas funciones no las ejercen".

En nuestra doctrina, Arce Fernández ha definido la guarda de hecho como "(...) un mecanismo protector que se produce cuando un menor vive con una familia distinta a la de origen, y se hace cargo de él sin intervención administrativa ni judicial"[31]. Por su parte, Fábrega Ruiz la conceptualiza como una situación en

28 *Vid.* Lasarte Álvarez, C.: *Principios de Derecho Civil IV,* cit., p. 388.

29 *Vid.* Fábrega Ruiz, C.F.: *La guarda de hecho*, cit., p. 29.

30 *Vid.* Pérez Monge, M.: "Regulación de la guarda de hecho", cit., p. 341.

31 *Vid.* Arce Fernández, I.: *El desamparo de menores*, cit., p. 39.

la que "(...) las funciones de guarda y custodia no se realizan por el titular de la patria potestad o tutela, sino por un tercero, que satisface las necesidades más apremiantes del necesitado de protección, de forma completamente voluntaria y sin ningún régimen legal, y de forma superpuesta con la guarda legal"[32]. Semejante es el concepto ofrecido por Prats Albentosa, que define la guarda de hecho como aquella situación en la que "(...) existiendo menores o incapaces no sujetos ni a la patria potestad ni a ninguno de los cargos tutelares, una persona ejerce de hecho funciones de protección y cuidado propias de tales cargos sin que exista nombramiento alguno"[33]. Aunque cabe hacer una breve puntualización en relación a este último concepto, y es que el ámbito subjetivo de aplicación de la guarda de hecho no se circunscribe exclusivamente a los menores y personas con discapacidad no sujetos a patria potestad o tutela, al menos a mi modo de ver; pues creo que es perfectamente posible que la guarda de hecho recaiga sobre menores o personas con discapacidad sujetos a las referidas instituciones, obviamente siempre que se ejerza por un tercero distinto de los padres o tutores. Esta es la postura que mantiene también el Código Civil de Cataluña[34] (que hemos visto que es el único texto legal que ofrece una definición de esta figura).

De acuerdo a ello, considero que la guarda de hecho puede definirse como la guarda de un menor o de una persona con discapacidad (sujeto o no a patria potestad o tutela) que es asumida voluntariamente, y de facto, por un tercero distinto de aquél que ostenta la titularidad de alguna de las citadas figuras[35], sin nombramiento alguno y sin ningún título que fundamente la función que ejerce[36]. Así, son dos los elementos característicos de la guarda de hecho[37]: uno de carácter positivo, que consiste en la asunción por un tercero distinto de los progenitores o tutores de la guarda de un menor de edad o de una persona con discapacidad; y otro de carácter negativo, que radica en la inexistencia de una obligación legal de asumir dicha guarda.

Respecto a la titularidad de la figura que nos ocupa, el Código Civil no precisa quién puede actuar como guardador de hecho, por lo que considero que puede recaer sobre cualquier persona (pertenezca o no a la propia familia), o incluso sobre instituciones públicas o privadas[38].

32 *Vid.* Fábrega Ruiz, C.F.: *La guarda de hecho*, cit., p. 7.

33 *Vid.* Prats Albentosa, L.: "Las instituciones tutelares (I). Nociones generales", en AA.VV.: *Derecho de Familia* (coord. por V.L. Montés Penadés y E. Roca i Trias), Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, 2ª ed., pp. 509-510.

34 El art. 225-1 del Código Civil de Cataluña incluye en el ámbito subjetivo de aplicación de esta figura al menor o incapaz "(...) si no está en potestad parental o tutela o, aunque lo esté, si los titulares de estas funciones no las ejercen".

35 *Vid.* Fábrega Ruiz, C.F.: *La guarda de hecho*, cit., p. 7.

36 *Vid.* Pérez Álvarez, M.A.: "La tutela, la curatela y la guarda de los menores e incapacitados", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil (IV): Derecho de familia* (coord. por C. Martínez de Aguirre Aldaz), Edisofer, Madrid, 2016, 5ª ed., p. 400.

37 *Vid.* Fábrega Ruiz, C.F.: *La guarda de hecho*, cit., pp. 7-8.

38 *Vid.* Prats Albentosa, L.: "Las instituciones tutelares (III)", cit., p. 571.

En cuanto a las funciones que asume el guardador de hecho, una vez más no están previstas en nuestro Código, que únicamente recoge la obligación del guardador de informar, cuando sea requerido por el juez, "(...) de la situación de la persona y los bienes del menor o del presunto incapaz y de su actuación en relación con los mismos" —art. 303 CC—[39]. Por tanto, es preciso llevar a cabo una labor interpretativa, que siguiendo a Prats Albentosa[40], nos conduce a la aplicación analógica del régimen jurídico previsto en sede de instituciones tutelares. A tal efecto, resulta bastante sorprendente que el art. 306 CC, que realiza una remisión al art. 220 CC, no aprovechara la oportunidad para llevar a cabo una remisión global a las reglas previstas en materia instituciones tutelares con objeto de dotar a esta figura de cierta seguridad jurídica. Esta tarea sí ha sido llevada a cabo en parte por la normativa catalana, que además de recoger el deber de información del guardador de hecho —art. 225-2 CCCat.—[41], en el art. 225-3 CCCat. se refiere expresamente a las funciones de este, aunque de modo insuficiente, limitándose a señalar que "el guardador de hecho debe cuidar de la persona en guarda y debe actuar siempre en beneficio de esta(...)", lo que desde luego parece bastante obvio. Por otro lado, tampoco especifica nuestro Código las medidas concretas de control y vigilancia que debe adoptar la autoridad judicial cuando detecte la existencia de una guarda de hecho[42], por lo que cabe entender que serán semejantes a las obligaciones impuestas al tutor en los arts. 262 y ss. CC[43].

En cuanto a los efectos de la guarda de hecho, lo primero que hay que decir es que si el juez detecta la existencia de una guarda de hecho tendrá dos opciones: permanecer inactivo (obviamente es improbable que mantenga esta postura)[44], o solicitar al guardador que informe sobre la situación de la persona y los bienes del guardado —art. 303 CC—. Tras ello, al juez se le abren dos nuevas opciones[45]: mantener la guarda de hecho, estableciendo las medidas de control y vigilancia que estime oportunas[46]; o bien extinguir dicha situación, sustituyéndola por otra medida que garantice la protección del interés superior del menor.

39 No obstante, no recoge las medidas concretas que puede llevar a cabo el juez para obtener información puntual de la situación del menor o de la persona con discapacidad y de sus bienes y de la previa actuación del guardador en cuanto a los mismos (*Vid.* Lacruz Berdejo, J.L. (et. al.) (revisada por J. Rams Albesa): *Elementos de Derecho Civil IV*, cit., p. 448).

40 *Vid.* Prats Albentosa, L.: "Las instituciones tutelares (III)", cit., p. 572.

41 En el caso de la normativa catalana, se establece además un plazo para que el guardador de hecho informe a la entidad competente, que será de setenta y dos horas desde el momento en que se asuma la guarda del menor —art. 225-2 CCCat.—.

42 *Vid.* Lacruz Berdejo, J.L. (et. al.) (revisada por J. Rams Albesa): *Elementos de Derecho Civil IV*, cit., p. 448.

43 *Vid.* Prats Albentosa, L.: «Las instituciones tutelares (III)", cit., p. 572.

44 Ibídem, p. 572.

45 *Vid.* Fábrega Ruiz, C.F.: *La guarda de hecho*, cit., p. 37.

46 En todo caso, y aun cuando el juez decida mantener la guarda de hecho existente, esta situación tendrá carácter transitorio (*Vid.* Pérez Monge, M.: "Regulación de la guarda de hecho", cit., p. 364; y Fábrega Ruiz, C.F.: *La guarda de hecho*, cit., p. 30), por lo que tarde o temprano está destinada a desaparecer (Diez García, H.: *El acogimiento familiar simple,* cit., p. 202; y Lacruz Berdejo, J.L. (et. al.) (revisada por J. Rams

Una vez extinguida la guarda de hecho, el juez podrá adoptar en su lugar alguna de las dos siguientes medidas: otorgar la guarda legal al guardador de hecho por vía de los arts. 103 o 158 CC[47], o adoptar la tutela ordinaria[48], pudiendo recaer o no sobre la persona que viniera ejerciendo la guarda de hecho[49] (aunque hay quien considera que debe darse carácter preferente al guardador de hecho[50]). Lo que no cabrá, en principio, es establecer la tutela o la guarda administrativa, ya que como hemos visto en el subapartado anterior, el hecho de que exista una guarda de hecho excluye la situación de desamparo[51], salvo que esta se ejerza inadecuadamente[52].

En cuanto a la guarda ejercida por un tercero distinto de los progenitores —ex. art. 103.1 CC—, se refiere a supuestos en los que, en el curso de un proceso de ruptura matrimonial, el juez decide que no es conveniente para el interés del menor que ninguno de los progenitores asuma su guarda y custodia, pudiendo encomendar excepcionalmente la guarda a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren o, de no haberlos, a una institución idónea[53]. En caso de que se atribuya a una institución idónea, cabe entender que nos encontraríamos ante la denominada guarda administrativa[54], por lo que a mi juicio habría que reconducir el supuesto a lo que he señalado en el apartado anterior. Esta postura queda ratificada por lo dispuesto en el art. 172 bis.2 CC, que faculta al juez para acordar la guarda administrativa en los casos en los que "(...) legalmente proceda" —y este es precisamente uno de los supuestos en los que nuestro Código habilita al juez para adoptar esta medida de protección—.

La posibilidad de atribuir la guarda del menor a un tercero distinto de los progenitores se recoge únicamente en sede de medidas provisionales, lo que ha llevado a algún autor a afirmar que no podrá adoptarse como medida definitiva en la sentencia de nulidad, separación o divorcio, por considerar que si el legislador hubiera querido contemplar esta posibilidad en sede de medidas definitivas lo

---

Albesa): *Elementos de Derecho Civil IV*, cit., p. 448). Esta postura queda reforzada por el dispositivo del art. 229 CC, que impone al guardador del menor o de la persona con discapacidad la obligación de promover la constitución de la tutela, haciéndole en caso contrario responsable solidario de la indemnización por los daños y perjuicios causados.

47 *Vid*. Diez García, H.: *El acogimiento familiar simple,* cit., p. 243.

48 Ibídem, p. 202 y 204.

49 *Vid*. Lacruz Berdejo, J.L. (et. al.) (revisada por J. Rams Albesa): *Elementos de Derecho Civil IV*, cit., p. 448.

50 *Vid*. Fábrega Ruiz, C.F.: *La guarda de hecho*, cit., p. 46.

51 *Vid*. Arce Fernández, I.: *El desamparo de menores*, cit., p. 39; Pérez Monge, M.: "Regulación de la guarda de hecho", cit., p. 395; Fábrega Ruiz, C.F.: *La guarda de hecho*, cit., p. 46; y Diez García, H.: *El acogimiento familiar simple,* cit., p. 239.

52 *Vid*. Pérez Monge, M.: "Regulación de la guarda de hecho", cit., p. 395.

53 Sobre la atribución de la guarda a un tercero distinto de los progenitores en virtud del art. 103 CC, *vid*. ampliamente: Martínez Calvo, J.: "Atribución de la guarda del menor a un tercero distinto de los progenitores", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, núm. 20, pp. 176-193.

54 *Vid*. en este sentido: Berrocal Lanzarot, A.I.: "El interés superior del menor y la atribución de la guarda y custodia", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2014, núm. 746., p. 3288.

hubiera hecho expresamente, por lo que al no hacerlo la estaría excluyendo tácitamente[55]. No obstante, considero que es admisible aplicar la guarda del art. 103.1 como medida definitiva, quedando justificada esta posibilidad bien por la aplicación analógica del propio art. 103.1 CC, o bien haciendo uso de la facultad que el art. 158 CC concede al juez para adoptar cualquier medida que estime oportuna en defensa del interés superior del menor; tal y como ha defendido también el sector mayoritario de nuestra jurisprudencia[56] y doctrina[57].

Tanto en el supuesto de la guarda de hecho como en el de la guarda prevista en el art. 103.1 CC, puede suceder que recaiga sobre dos convivientes que pongan fin a su situación de convivencia. Nuevamente, nuestra normativa no ha previsto nada, y, en este caso, tampoco he encontrado pronunciamiento alguno en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. A mi modo de ver, al igual que ocurre con el caso del acogimiento, la determinación del modo en el que se va a ejercer la guarda a partir del momento de la ruptura no es una cuestión que haya de dirimirse en la sentencia de separación o divorcio de los guardadores, pues las medidas previstas en los arts. 90 y ss. del Código Civil están pensadas exclusivamente para determinar el modo en el que los progenitores van a seguir cumpliendo con las obligaciones inherentes a la patria potestad tras su ruptura. Por ello, creo que los supuestos de guarda de hecho y de guarda atribuida a un tercero han de resolverse en un proceso al margen de la separación o el divorcio:

En el caso de la guarda de hecho, ya hemos visto que el juez, una vez que tiene conocimiento de la misma, puede mantenerla, estableciendo las medidas de control y vigilancia que estime oportunas, o bien extinguirla. Pues bien, en el caso de que opte por mantenerla, entiendo que dentro de esas medidas de control podrá especificar el modo en el que se va a continuar ejerciendo la guarda tras la ruptura de la convivencia de los guardadores.

Respecto a los supuestos de guarda atribuida a un tercero en virtud del art. 103.1 CC, considero que lo que procederá es instar ante el juez la modificación de la resolución que hubiera establecido dicho sistema de guarda, resolución que se habrá dictado en el seno del proceso de separación o divorcio de los progenitores, pues es para este proceso para el que está previsto el art. 103.1 CC.

55 *Vid.* Alberruche Díaz-Flores, M.M.: "Atribución de la guarda y custodia del menor a un tercero, no a sus progenitores", *La Ley Derecho de Familia*, 2014, núm. 3, p. 77; y Núñez Núñez, M.: "La imposibilidad del ejercicio de la guarda y custodia de los menores por sus progenitores: su concesión a abuelos u otros familiares", *La Ley Derecho de Familia*, 2014, núm. 3, p. 91.

56 *Vid.* SAP Zaragoza 9 febrero 1998 (AC 1998, 3232) y SAP Madrid 14 mayo 2002 (JUR 2002, 198890) —entre otras—.

57 *Vid.* Roca i Trías, E.: "art. 92", en AA.VV.: *Comentarios del Código Civil* (dir. por C. Paz-Ares Rodríguez, L. Diez-Picazo y Ponce de León, R. Bercovitz Rodríguez-Cano y P. Salvador Coderech), Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, pp. 390-391; Ragel Sánchez, L.F.: "La guarda y custodia de los hijos", *Derecho Privado y Constitución*, 2001, núm. 15, p. 288; Colás Escandón, A.M.: *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos,* cit., pp. 177-178; y Callejo Rodríguez, C.: "La atribución de la guarda y custodia a persona diferente de los progenitores", *Actualidad civil*, 2014, núm 3, p. 297.

Obviamente, todo lo anterior sin perjuicio de que la sentencia de separación o divorcio de los guardadores pueda adoptar provisionalmente medidas para evitar una situación de desprotección en el menor. Pero al igual que ocurría en el supuesto analizado en el apartado anterior, dichas medidas no constituirán efectos de la separación o el divorcio de los guardadores, sino medidas de protección cautelar en favor del menor hasta que el juez se pronuncie sobre la extinción o modificación de la situación de guarda a la que este estaba sujeto.

IV. RUPTURA DE LA CONVIVENCIA DE LOS TUTORES DEL MENOR

Siguiendo a Pérez Álvarez podemos definir la tutela como "(...) una institución estable que suple la falta de la patria potestad y por la que se atiende a los menores no emancipados (…) cuando la sentencia así lo determine (Cfr. art. 222 CC)"[58].

El presupuesto del establecimiento de la tutela sobre los menores es que estos no estén sujetos a patria potestad. Esta situación puede deberse a la privación —art. 170 CC—[59] o suspensión —art. 66 LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres—[60] de la patria potestad a los progenitores, o bien a la extinción de la misma por el fallecimiento de los padres del menor —art. 169 CC—[61].

El fundamento constitucional de la tutela se encuentra en el art. 39.2 de nuestra Carta Magna, que dispone que "los poderes públicos aseguran(...) la protección integral de los hijos(...)", y su régimen jurídico está previsto en los arts. 215 a 285 de nuestro Código Civil.

En cuanto al contenido de la tutela, como señala Lasarte Álvarez[62], es muy semejante al de la patria potestad. No obstante, existen a mi juicio dos importantes diferencias entre ambas instituciones. Por un lado, mientras que la patria potestad engloba tanto el ámbito personal como patrimonial, en el caso de la tutela puede referirse sólo a la persona del menor, sólo a la administración de los bienes, o a ambos supuestos[63]. Por otro lado, las obligaciones del tutor, previstas en el art. 269 CC[64], son a priori más laxas que las inherentes a la patria potestad. Así, no se dice nada acerca de la obligación de tener a los menores en su compañía, y sobre

58 *Vid.* Pérez Álvarez, M.A.: "La tutela" cit., p. 381.

59 *Vid.* también art. 90 del Código del Derecho Foral de Aragón (en adelante: CDFA) y art. 236-6 CCCat.

60 *Vid.* también art. 91 CDFA.

61 *Vid.* también art. 93 CDFA y art. 235-6 a) CCCat.

62 *Vid.* Lasarte Álvarez, C.: *Principios de Derecho Civil IV,* cit., p. 377.

63 *Vid.* Elósegui Sotos, A.: "Experiencia práctica en la aplicación de las figuras de guarda legal", en AA.VV.: *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad* (coord. por S. de Salas Murillo, Sofía), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, p. 254.

64 Entre las obligaciones previstas en el art. 269 CC encontramos: velar por el sujeto a tutela, procurarle alimentos, administrar sus bienes, y ejercer la representación de su persona.

todo, la obligación de alimentos a cargo del tutor exige una serie de requisitos que no se recogen en el caso de la patria potestad, de tal manera que en la tutela sólo nacerá dicha obligación cuando el tutelado se encuentre en situación de necesidad —art. 148 CC— (que en el caso de los sujetos a patria potestad se presume[65]) y no exista alguna de las personas obligadas a prestar alimentos de acuerdo al art. 143 CC, o que existiendo, no estén obligados por concurrir alguna de las circunstancias previstas en los arts. 152.2 y 152.4 CC.

En cuanto a la obligación de velar por los menores y mantenerlos en su compañía, que ya hemos visto que es un contenido propio del acogimiento, por medio del cual se ejerce la tutela y guarda administrativa —de hecho, el art. 173.1 CC recoge expresamente la obligación de los acogedores de velar por el menor, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral— y también de la guarda de hecho y de la guarda *ex*. art. 103.1 CC; en el caso de la tutela ordinaria plantea serias dudas que también exista dicho deber del tutor de mantener al pupilo en su compañía. A este respecto, encontramos en nuestra doctrina posiciones encontradas. Existe una primera postura que niega que el tutor esté obligado a tener al menor en su compañía, por considerar que entre los deberes del tutor que recoge el art. 269 CC no figura el de tener al tutelado en su compañía[66]. Sin embargo, otros autores, consideran que la obligación de mantener al menor en su compañía forma parte del contenido de dicha institución[67]. El principal argumento esgrimido por estos últimos es que, si bien es cierto que el art. 269 CC —que recoge el contenido de la tutela— no menciona expresamente la obligación de los tutores de tener al tutelado en su compañía, dicho deber estaría implícito en las obligaciones de alimentar, educar y proporcionar una formación integral al menor

En los casos en los que el menor está sujeto a tutela, la guarda será ejercida normalmente por el tutor de este (aun cuando es discutible que ello implique la obligación de tener al menor en su compañía, como he señalado). Y es que, la regla general es que el menor cuente con un solo tutor —art. 236 CC—, en cuyo caso no se plantean problemas, ya que será este quién ejerza todas las funciones relativas a la tutela, incluido el ejercicio de la guarda. No obstante, el propio art. 236 CC prevé algunas excepciones en las que cabe el ejercicio de la tutela por más de un tutor, ejercicio que podrá ser solidario (cualquiera de los tutores podrá

65 *Vid*. Cabezuelo Arenas, A.L.: "Pensiones de alimentos de los hijos tras separación y divorcio: ¿necesidades auténticas o creadas?", *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2009, núm. 5, p. 112.

66 *Vid*. Ragel Sánchez, L.F.: "La guarda y custodia", cit., p. 295; Tena Piazuelo, I.: "Comentario al art. 269 Cc", en AA.VV.: *Código Civil comentado* (dir. por P. De Pablo Contreras y R. Valpuesta Fernández), Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2011, p. 1231; y Mayor del Hoyo, M.V.: *Un nuevo modelo de protección de las personas con discapacidad (Desamparo, intervención de las entidades públicas y acogimiento familiar)*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) 2013, 1ª ed., p. 121.

67 *Vid*. Prats Albentosa, L.: "Las instituciones tutelares (II). Los oficios tutelares. La tutela", en AA.VV.: *Derecho de Familia* (coord. por V.L. Montés Penadés y E. Roca i Trias), Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, 2ª ed., p. 548-549.

actuar de forma individual) o conjunto (todos los tutores nombrados habrán de participar en las diferentes decisiones correspondientes al ejercicio de la tutela)[68]. Y entre dichas excepciones, en su punto 3º prevé que cabrá el ejercicio conjunto "si se designa a alguna persona tutor de los hijos de su hermano y se considera conveniente que el cónyuge del tutor ejerza también la tutela".

Pues bien, en dicho supuesto, de romperse la situación de convivencia entre los tutores, cabría plantearse cuál de ellos ha de continuar ejerciendo la guarda sobre el menor. Al respecto, una vez más, considero que es una cuestión que no ha de dirimirse en el seno del proceso de ruptura de los tutores, y lo procedente será instar ante el juez la modificación de la resolución por la que se estableció la tutela, en cuyo caso cabe entender que el juez habría de extinguir la situación de tutela conjunta (pues su presupuesto, que es precisamente la situación de convivencia entre ambos tutores, ha desaparecido) y atribuírsela en exclusiva al hermano del progenitor de los menores, apartando de la misma al que hasta ese momento había sido su conviviente.

Nuevamente, sin perjuicio de que la sentencia de separación o divorcio de los tutores pueda adoptar provisionalmente medidas para evitar una situación de desprotección en el menor, pero no como efectos de la separación o el divorcio de los tutores, sino como medidas de protección cautelar en favor del menor hasta que el juez se pronuncie definitivamente sobre la cuestión.

68 *Vid*. Lasarte Álvarez, C.: *Principios de Derecho Civil IV,* cit., p. 373.

BIBLIOGRAFÍA

Alberruche Díaz-Flores, M.M.: "Atribución de la guarda y custodia del menor a un tercero, no a sus progenitores", *La Ley Derecho de Familia*, 2014, núm. 3, pp. 71-79

Angosto Sáez, J.F.: "Sentencia de 23 de septiembre de 2002: La recuperación de la guarda y custodia por los padres. El principio favor filii como criterio orientador de la actuación administrativa y judicial", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, 2003, núm. 63, 2003, pp. 901-914.

Arce Fernández, I.: *El desamparo de menores: normativa y práctica del Principado de Asturias*, Universidad de Oviedo, 2011.

Berrocal Lanzarot, A.I.: "El interés superior del menor y la atribución de la guarda y custodia", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2014, núm. 746, pp. 3284-3314.

Cabezuelo Arenas, A.L.: "Pensiones de alimentos de los hijos tras separación y divorcio: ¿necesidades auténticas o creadas?", *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2009, núm. 5, pp. 109-130.

Callejo Rodríguez, C.: "La atribución de la guarda y custodia a persona diferente de los progenitores", *Actualidad civil*, 2014, núm 3, pp. 290-302.

Colás Escandón, A.M.: *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos: Derecho de Visita, Estancia, Comunicación y Atribución de la Guarda y Custodia (Ley 42/2003, de 21 de noviembre)*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2005.

Diez García, H.: *El acogimiento familiar simple como una de las formas de ejercer la guarda de menores*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, Madrid, 2004.

Diez-Picazo y Ponce de León, L. y Gullón Ballesteros, A.: *Sistema de Derecho Civil. Volumen IV (tomo I): Derecho de familia*, 12ª ed., Tecnos, Madrid, 2018.

Domingo Monforte, J., de la Fuente Rubio, P., Oliver Aznar, G. y Ubeda Bayo, A.: "Derecho de familia: Reglas generales y excepciones", *Economist & Jurist*, 2009, núm. 135, pp. 16-35.

Elósegui Sotos, A.: "Experiencia práctica en la aplicación de las figuras de guarda legal", en AA.VV.: *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados*

de protección en materia de discapacidad (coord. por S. de Salas Murillo, Sofía), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, pp. 245-256.

Fábrega Ruiz, C.F.: *La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad*, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006.

Iglesias Redondo, J.I.: *Guarda Asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, Cedecs Editorial S.L., Barcelona, 1996.

Lacruz Berdejo, J.L. (et. al.) (revisada por J. Rams Albesa): *Elementos de Derecho Civil IV: Familia*, Dykinson, Madrid, 2010, 4ª ed.

Lasarte Álvarez, C.: *Principios de Derecho Civil IV: Derecho de familia*, Marcial Pons, Madrid, 2014, 13ª ed.

Marín García, I. y López Rodríguez, D.: "Indemnización del daño moral por la privación indebida de la compañía de los hijos en el orden civil y el contencioso-administrativo", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2010, núm. 2.

Martínez Calvo, J.: "Atribución de la guarda del menor a un tercero distinto de los progenitores", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, núm. 20, pp. 176-193.

Mayor del Hoyo, M.V.: *La guarda administrativa como mecanismo de protección de menores en el Código Civil*, Comares, Granada, 1999.

Mayor del Hoyo, M.V.: *Un nuevo modelo de protección de las personas con discapacidad (Desamparo, intervención de las entidades públicas y acogimiento familiar)*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) 2013, 1ª ed.

Mayor del Hoyo, M.V.: "Comentario a los arts. 173, 173 bis y 174 del Cc, reformados por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia", en AA.VV.: *Código Civil Comentado* (coord. por P. de Pablo Contreras), Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, 2ª ed., pp. 888-914.

Núñez Núñez, M.: "La imposibilidad del ejercicio de la guarda y custodia de los menores por sus progenitores: su concesión a abuelos u otros familiares", *La Ley Derecho de Familia*, 2014, núm. 3, pp. 87-93

Pérez Álvarez, M.A.: "El sistema público de protección de menores e incapaces", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil (IV): Derecho de familia* (coord. por C. Martínez de Aguirre Aldaz), Edisofer, Madrid, 2016, 5ª ed., pp. 435-454.

Pérez Álvarez, M.A.: "La tutela, la curatela y la guarda de los menores e incapacitados", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil (IV): Derecho de familia* (coord. por C. Martínez de Aguirre Aldaz), Edisofer, Madrid, 2016, 5ª ed., pp. 407-434.

Pérez Álvarez, M.A.: "La protección de los menores e incapacitados, en general. La patria potestad", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil (IV): Derecho de familia* (coord. por C. Martínez de Aguirre Aldaz), Edisofer, 2016, Madrid, 5ª ed., pp. 377-406.

Pérez Monge, M.: "Regulación de la guarda de hecho en la ley de derecho de la persona de Aragón", en AA.VV.: *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad* (coord. por S. de Salas Murillo, Sofía), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, pp. 337-396.

Prats Albentosa, L.: "Las instituciones tutelares (I). Nociones generales", en AA.VV.: *Derecho de Familia* (coord. por V.L. Montés Penadés y E. Roca i Trias), Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, 2ª ed., pp. 509-510

Prats Albentosa, L.: "Las instituciones tutelares (II). Los oficios tutelares. La tutela", en AA.VV.: *Derecho de Familia* (coord. por V.L. Montés Penadés y E. Roca i Trias), Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, 2ª ed., p. 548-549.

Prats Albentosa, L.: "Las instituciones tutelares (III). Los oficios tutelares (cont.)", en AA.VV.: *Derecho de Familia* (coord. por V.L. Montés Penadés y E. Roca i Trias), Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, 2ª ed., p. 576.

Ragel Sánchez, L.F.: "La guarda y custodia de los hijos", *Derecho Privado y Constitución*, 2001, núm. 15, pp. 281-330.

Roca i Trías, E.: "art. 92", en AA.VV.: *Comentarios del Código Civil* (dir. por C. Paz-Ares Rodríguez, L. Diez-Picazo y Ponce de León, R. Bercovitz Rodríguez-Cano y P. Salvador Coderech), Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, pp. 389-391.

Tena Piazuelo, I.: "Comentario al art. 269 Cc", en AA.VV.: *Código Civil comentado* (dir. por P. De Pablo Contreras y R. Valpuesta Fernández), Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2011, p. 1230-1235.

Vela Sánchez, A.J.: "Las relaciones de los nietos con los abuelos en los casos de ruptura de pareja", en AA.VV.: *La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja* (dir. por M.C. García Garnica), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009, 1ª ed., pp. 321-340.

CIUDADANÍA DE LA FAMILIA Y DERECHO-DEBER EDUCATIVO DE LOS PADRES

FAMILY CITIZENSHIP AND PARENTS' EDUCATIONAL RIGHT-DUTY

Rev. Boliv. de Derecho Nº 32, julio 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 170-189

María Teresa
CID VÁZQUEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 14 de mayo de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 30 de mayo de 2021

RESUMEN: El hombre no se define solo por su autonomía sino más bien por su relacionalidad, que se inicia con la filiación. A través de la tarea educativa los padres sostienen la libertad de los hijos en el camino de la vida, acompañándolos así hasta el cumplimiento de sus personas. La educación tiene como tarea propia la madurez personal, es decir, todo aquello que permite a una persona dirigir su vida en su globalidad, que se haga cargo de los elementos fundamentales que implica y a los que debe responder.

PALABRAS CLAVE: Alianza; autonomía; educación; familia; ciudadanía.

ABSTRACT: *Man is not defined only by his autonomy but rather by his relationality, which begins with filiation. Through the educational task, parents support the freedom of their children on the path of life, thus accompanying them until the fulfillment of their persons. Education has as its own task personal maturity, that is, everything that allows a person to direct his life in its entirety, to take charge of the fundamental elements that it implies and to which he must respond.*

KEY WORDS: *Alliance; autonomy; education; family; citizenship.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. CRISIS DE FE Y CRISIS DE LA FAMILIA.- III. LA OTRA CARA DE LA MONEDA- IV. FAMILIA Y EDUCACIÓN: EL ACTO EDUCATIVO COMO ALIANZA DE LIBERTADES.- V. COMUNIÓN ENTRE GENERACIONES: "HONRA A TU PADRE Y A TU MADRE".- VI. LA CIUDADANÍA DE LA FAMILIA.

I. INTRODUCCIÓN.

En las sociedades pluralistas de hoy solo hay un valor indiscutible y aceptado, el derecho de la libertad individual a expresarse sin imposiciones en cuanto no resulte lesiva para el derecho de otro[1]. Se parte del presupuesto de que las relaciones familiares son, en principio, negativas y discriminatorias a los efectos de la igualdad de oportunidades entre los individuos. La relación de pareja se abandona en buena medida a sí misma (se considera una relación variable a placer) mientras la relación padres/hijos es objeto de controles crecientes. Parece que se ignora la capacidad educativa y socializadora de la familia, no se concibe como el lugar de la confianza, al contrario, hay como una cierta prevención contra ella.

Relegada la familia al ámbito de lo privado, la vida social se rige por el acuerdo de intereses desde una perspectiva utilitarista, la sociedad se debe basar fundamentalmente en la justicia y la libertad, lo que implica que debe preservar básicamente la capacidad autónoma de elección de los sujetos independientemente de cuál sea su concepción del bien y, en todo caso, establecer reglas para armonizar los bienes discrepantes. Es la conocida tesis de John Rawls[2], "justice as fairness", la justicia como imparcialidad, que implica que el Estado ha de ser neutral respecto a los valores, no sería misión del Estado promover el bien, debería limitarse a asegurar la convivencia. A partir de esta visión se ha llegado a confundir el "derecho" como una mera socialización de los propios deseos subjetivos sin necesidad de que estos tengan ningún contenido social[3].

1 Samek Lodovici, G.: *La socialità del bene. Riflessioni di ética fondamentale e política su bene comune, diritti umani e virtù civile*, Edizioni ETS, Bologna, 2017.

2 Rawls, J.: *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, 1971 (trad. esp.: *Teoría de la justicia, FCE,* México, 2018).

3 Gambino, G.: "Rivendicazione dei diritti ed esigenze del bene comune", en Pérez-Soba, J. J. (coord.): *Misericordia, verità pastorale*, Cantagalli, Siena, 2014, pp. 207-229.

• María Teresa Cid Vázquez
Doctora en Derecho por la Universidad Complutense. Profesora de Pensamiento político y cultural de la Universidad CEU San Pablo, Madrid (España). Entre sus publicaciones, destacamos: Tacitismo y razón de estado en los Comentarios políticos de Juan Alfonso de Lancina (2002); Persona, amor y vocación (2009); «Maquiavelo en el tacitismo político español» (2014); Coeditora del libro España, democracia y futuro (2017). "Género y cambio social: la función del derecho", en El discurso de género: el modelo de la igualdad en la diferencia, (coord. por A. Aparisi, E. Fernández, 2020).

Una sociedad que se construye únicamente sobre la idea individualista de los derechos de cada uno, sin pensar en el bien común, niega finalmente el bien de las personas[4]. Por eso, es necesario redescubrir de nuevo la vida humana como el bien fundamental que compartimos[5], y los derechos en una perspectiva relacional, no individualista[6]. En nuestra sociedad pluralista es importante redescubrir la idea del bien común y sus exigencias fundamentales, que han encontrado una cierta expresión en las declaraciones de los derechos humanos, que deben actuar como garantía frente al poder del Estado, no frente a las familias[7].

Vivimos en una *sociedad líquida* según la conocida expresión de Bauman[8]. La modernidad líquida no puede tolerar los cuerpos sólidos. Sus valores son la velocidad, el cambio, lo temporal. Una sociedad que entroniza lo fugaz y sin compromisos, y propone como paradigmático el denominado *amor líquido*. Se constituye así la *familia afectiva*, que separa el hogar del trabajo y de la vida pública, es la familia condenada a desaparecer como unidad social, al ser sus miembros individuos aislados[9]. El problema actual no se sitúa solo frente al Estado, sino principalmente en la ausencia de una verdadera dimensión social en tantas experiencias del amor, que se configuran como refugios afectivos[10]. La dificultad reside en que no se piensa que el amor sea duradero, que pueda servir de cimiento a una vida. Es decir, hemos perdido la fe en el amor, hoy pocos creen que se pueda construir la vida sobre el amor[11].

En la actualidad el mayor desafío de la familia es de orden cultural. La crisis cultural que atravesamos pone en duda los fundamentos mismos de la vida común, por eso las dificultades que acechan a la familia no son como las de otro tiempo. No se deben solo a la fragilidad humana, que siempre ha existido, son dificultades que tocan el entorno cultural en el que existe la familia y se refieren a la definición

4 Cf. Ratzinger, J.: *Verdad, valores y poder. Piedras de toque de la sociedad pluralista*, Rialp, Madrid, 2005, p. 32; Ratzinger, J./Benedicto XVI, *Liberar la libertad. Fe y política en el tercer milenio*, BAC, Madrid, 2018.

5 Pérez-Soba, J.J.: "¿Por qué se ha llegado a considerar el aborto como un derecho?", en Lacalle Noriega, M. (coord.): *En defensa de la vida y de la mujer*, Criteria, Madrid, 2012, p. 54.

6 Donati, P.: *Perché "la" famiglia? La risposte della sociologia relazionale*, Cantagalli, Siena, 2009; Conferencia Episcopal Española, Inst. pastoral *La familia, santuario de la vida y esperanza de la sociedad* (27-IV-2001).

7 El debate sobre la comprensión correcta de la democracia ha sido expuesto en la obra de Possenti, V.: *Le società liberali al bivio. Lineamenti di filosofia della società*, Marietti, Genova, 1991.

8 El sociólogo Z. Bauman acuñó y desarrolló el concepto de la "modernidad líquida" en: Bauman, Z.: *Modernidad líquida*, FCE, México, 2002; y la aplica también al amor en su libro*: Amor líquido. Acerca de la fragilidad de los vínculos humanos*, FCE, Madrid, 2005.

9 Melina, L.: "La familia y el bien común de la sociedad", conferencia pronunciada en la inauguración del año académico del Instituto Juan Pablo II para la Familia, Sección mexicana, 26 octubre 2011, en *Alpha Omega*, XV, n. 1, 2012, pp. 47-55; Larrú Ramos, J.: "La familia, entre el don del trabajo y la tarea de la fiesta", en *Cuadernos de pensamiento*, Fundación Universitaria Española, Madrid, 2012, pp. 11-28; Cid Vázquez, M. T.: "La fe, fundamento de la vida familiar y social", *Cuadernos de pensamiento*, núm. 26, Fundación Universitaria Española, Madrid, 2013, pp. 33-69.

10 Donati, P. (coord.): *Famiglia e capitale sociale nella società italiana*, Edizioni San Paolo, Cinisello Balsamo, 2003.

11 Pérez-Soba, J. J.: *Creer en el amor. Un modo de conocimiento teológico*, BAC, Madrid, 2014.

misma de familia. El verdadero problema es que se ha perdido el contexto para comprender qué significa la vida buena, feliz[12]. Esta crisis tiene sus raíces en una visión individualista del sujeto. Si se empieza desde el "yo" aislado nunca es conseguirá forjar una unidad coherente.

II. CRISIS DE FE Y CRISIS DE LA FAMILIA.

Nuestra cultura actual se caracteriza por una profunda crisis de fe y también de la familia. La mayoría de los niños y los jóvenes crecen con una visión del mundo privada de referencias religiosas, se dejan a un lado como realidades de segundo orden, opcionales, no necesarias, ni plenamente reales, cuando no inexistentes e incluso perjudiciales. No se trata ya de que los padres no eduquen cristianamente, en realidad, la familia, los padres, han perdido en buena parte su capacidad educadora en general. Se rechaza la fe como medio de comunicación entre los hombres y se levanta contra ella sospecha de irracionalidad, se la considera como fuente de división e intolerancia. Por ello, se la intenta marginar al ámbito de lo privado.

El filósofo canadiense Charles Taylor[13] señala tres formas de referirse a la secularización[14]. La primera es la ausencia de Dios en la vida pública: se trata del ateísmo metódico que se pide a todos, creyentes o no. El paradigma vigente es que Dios no tiene cabida en la política, en la ciencia y técnica, en la organización social. Cada uno puede tener su religión, pero será privada, no puede proponerse en la vida pública. La segunda se refiere al decaimiento de la práctica religiosa, se distingue de la primera, pero está relacionada. La tercera se refiere a los creyentes: creer es una opción entre otras, que puede tomarse o no, la fe es una posibilidad de entre muchas, ya no es un fundamento inquebrantable sobre el que se edifica la vida.

A esta crisis de fe podemos unir la crisis de la familia. Los tres sentidos de secularización de que habla Taylor pueden aplicarse a la institución familiar. En primer lugar, la familia hoy no juega papel alguno en la vida pública, se ha relegado al ámbito de lo privado. En segundo lugar, hoy también hay menos personas que quieran formar una familia. En tercer lugar, cuando la gente hoy habla de familia entiende cosas muy diferentes a lo que se quería decir en el pasado. La familia, es como la fe, una opción entre tantas. Es una elección subjetiva entre muchos modelos de familia, según las muchas identidades sexuales.

12 Granados, J.: *Ninguna familia es una isla. Raíces de una institución en la sociedad y en la Iglesia*, Monte Carmelo-Disdaskalos, Burgos, 2013, p. 152.

13 Taylor, C.: *La era secular*, 2 vols., Gedisa, Barcelona, 2014.

14 Granados, J.: "La transmisión de la fe: una clave familiar", *Actualidad catequética para la evangelización*, núms. 238-239, 2013, pp. 72-82.

No se trata de dos crisis aisladas sino de dos crisis con raíces comunes. La crisis de la familia como la crisis de la fe consiste en no verla ya como un fundamento sobre el que construir, sino como un ingrediente adicional que se puede o no añadir a la vida. La doble crisis no debe, sin embargo, desanimarnos. Al centro de la fe y de la familia hay una gran capacidad para confiar en el futuro: el centro del evangelio es el nacimiento de un Hijo, y también el centro de la vida familiar es la generación que abre a un futuro. Esto nos invita a pensar que lo que está en crisis no es exactamente la fe o la familia, son más bien modos concretos de vivir la fe y la familia. Está en crisis una visión de la fe que la ha separado de la vida concreta de los hombres, la fe convertida en una abstracción. Está en crisis la familia privatizada y afectiva, que encierra a las personas en sí y los separa del trabajo por el bien común.

El hombre no se define solo por su autonomía sino más bien por su relacionalidad, que se inicia con la *filiación*. El hombre es libre no porque no tenga vínculos, sino al contrario, porque pertenece a una familia, a una comunidad que lo acoge y a la cual puede donarse. Es una libertad que construye el hogar, la ciudad común, y que se abre la trascendencia, no a partir del miedo al conflicto sino por el deseo de consolidar las relaciones entre las personas[15]. Enraizada en la "genealogía de la persona" se delinea la vocación al amor que da origen a la familia[16]. A partir de esta filiación común, hombre y mujer se encuentran en grado de descubrir el bien de su recíproco amor, un bien que servirá de fundamento de todos los demás bienes sucesivos. La comunión de los esposos sirve como fundamento para la familia[17].

III. LA OTRA CARA DE LA MONEDA.

Que la crisis de fe y crisis de la familia vayan unidas es solo una cara de la moneda, la otra cara es más luminosa, se da una conexión profunda entre la estructura o genoma de la fe y de la familia. La fe no se vive como una opción entre muchas, sino como aquello que permite las demás opciones, como la seguridad fundante de toda otra experiencia. También en la familia se forjan los fundamentos de la vida humana. Allí recibimos el nombre, la identidad, educación. La conexión entre fe y familia nos ayuda a entender qué es la fe y qué es la familia.

La acepción fundamental de la fe, significa solidez, el hombre de fe es quien se apoya en un fundamento fiable, por eso la fe es lo contrario al individualismo. La fe consiste en decir: el fundamento de la vida está en otro. Y ese otro se muestra como amor fundante, originario. Desde la relación fundante de la fe cobran peso

15 Taylor, C.: *Fuentes del yo. La construcción de la identidad moderna*, Paidós, Barcelona, 2012[2].

16 Caffarra, C.: "La familia como ámbito de desarrollo humano", *Metafísica y persona. Filosofía, conocimiento y vida*, año 3, núm. 6, julio-diciembre 2011, pp. 39-53.

17 Pérez-Soba, J. J.: "La familia, bien de la persona y bien común", *Communio*, núm. 6, 2007, p. 42.

las demás relaciones de la vida. La fe tiene siempre una estructura comunitaria, que se corresponde con la experiencia básica de la familia, en ella las relaciones nos constituyen: la filiación, recibimos la existencia de otros. A partir de esta relación fundante se entreteje la vida en una red de relaciones: somos hijos, hermanos, esposos, padres… De este modo la vida se entiende de modo relacional y solo así encuentra solidez y amplitud de miras[18].

La fe nos acerca a la realidad concreta, no hace olvidar la tierra, sino que descubre en los caminos de la vida, un horizonte de plenitud. Nuestro mundo virtual parece haber perdido este vínculo con el mundo concreto que nos rodea. Lo real concreto está lleno de caminos, capaz de conducirnos a una plenitud, por eso decía J. Pieper que lo contrario de la fe en nuestro mundo actual no es tanto la apostasía sino la falta de atención a lo real. El hombre de fe abre los ojos, capta el detalle. La fe es la luz de una memoria fundante que nos precede y al mismo tiempo, es una luz que viene del futuro, y nos desvela nuevos horizontes, "nos lleva más allá de nuestro yo aislado, hacia la más amplia comunión". La fe ve en la medida que camina. El primer ámbito que la fe ilumina es la familia. La familia pone al hombre en contacto con la fuente originaria del bien.

La fe se refiere a la verdad, no una verdad abstracta sino a la verdad de las relaciones fundamentales de la vida, la verdad del encuentro interpersonal, la verdad del amor. Y es que sin verdad el amor no dura, no nos saca de nosotros mismos. La fe trae la verdad del amor más grande. Es fácil ver la correspondencia con la familia. En ella el amor y la verdad se abrazan pues la verdad es fidelidad. En la familia la verdad no es abstracta, sino que tiene un nombre personal, está ligada a un vínculo que nos sostiene y nos enseña a caminar. La fe hoy tiende a verse como opción privada, sin embargo, su vocación es siempre social. Genera una visión rica del bien común y de la relación entre los hombres. Nos hace salir del aislamiento para construir una ciudad sólida. Algo similar ocurre en la familia, en ella la persona sale de sí para reconocer las relaciones que la constituyen en lo más hondo.

IV. FAMILIA Y EDUCACIÓN: EL ACTO EDUCATIVO COMO ALIANZA DE LIBERTADES.

La familia es la estructura fundamental a favor de la ecología humana, el lugar donde acoger a cualquier ser humano y escuela de genuina humanidad, en donde cada persona puede desarrollarse plenamente[19]. Su tarea no se mide por las

18 Botturi, F.: *La generazione del bene. Gratuità ed esperienza morale*. Vita e pensiero, Milano, 2009.

19 Juan Pablo II, *Centesimus annus*, 39: "La primera estructura fundamental a favor de la «ecología humana» es la familia, en cuyo seno el hombre recibe las primeras nociones sobre la verdad y el bien; aprende qué quiere decir amar y ser amado, y por consiguiente qué quiere decir en concreto ser una persona". Benedicto XVI, *Caritas in veritate*, 51: "Cuando se respeta la «ecología humana» en la sociedad, también la ecología ambiental se beneficia. Así como las virtudes humanas están interrelacionadas, de modo que el

actividades sociales que realiza sino por su vida misma, que capacita al hombre para adquirir el sentido de la propia identidad y ofrece una verdadera ecología humana conforme a la dignidad y a la vocación de la persona humana. La ecología humana implica la exigencia de un entorno que permita el verdadero desarrollo del hombre, un desarrollo integral. La educación es el modo como se ayuda al hombre para ser capaz del don de sí verdadero. No se trata solo ni principalmente de la enseñanza de las normas morales, ni de su interiorización, sino de la dirección para un auténtico don de sí, que está ligado a la experiencia originaria por medio del concepto de vocación al amor[20],' porque la vida no se puede concebir como un dato biológico, sino como una razón de vivir.

El art. 27.3 de la Constitución española establece: "Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones". Los textos internacionales en los que se reconoce el derecho-deber educativo de los padres son muy abundantes: Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948)[21], Declaración Universal de los Derechos del Niño (1959)[22], Convención de los Derechos del Niño (1989), Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2001)[23]. Otro documento que sin tener carácter normativo ofrece elementos muy interesantes es la Carta de los derechos de la familia de la Santa Sede (1983)[24].

A través de la tarea educativa los padres sostienen la libertad de los hijos en el camino de la vida, acompañándolos así hasta el cumplimiento de sus personas: "El

debilitamiento de una pone en peligro también a las otras, así también el sistema ecológico se apoya en un proyecto que abarca tanto la sana convivencia social como la buena relación con la naturaleza". Benedicto XVI, *Mensaje para la Jornada Mundial de la Paz*, 2007, 8.

20 Cid Vázquez, M. T.: *Persona, amor y vocación. Dar un nombre al amor o la luz del sí*, Edicep, Valencia, 2009.

21 *Declaración Universal de los derechos humanos*: art. 26.3. "Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos".

22 *Declaración Universal de los Derechos del Niño:* principio 7.b) "El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres".

23 La Carta fue formalmente proclamada en Niza en diciembre de 2000 por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión. En diciembre de 2009, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la Carta adquirió el mismo carácter jurídico vinculante que los Tratados. A tal efecto, la Carta fue enmendada y proclamada por segunda vez en diciembre de 2010. El art. 14 regula el derecho a la educación, en el n. 3 establece: "Se respetan, de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio, la libertad de creación de centros docentes dentro del respeto a los principios democráticos, así como el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas".

24 La *Carta de los derechos de la familia de la Santa Sede*, art. 5 "Por el hecho de haber dado vida a sus hijos, los padres tienen el derecho originario, primario e inalienable de educarlos; por esta razón ellos deben ser reconocidos como los primeros y principales educadores de sus hijos. a) Los padres tienen el derecho de educar a sus hijos conforme a sus convicciones morales y religiosas. c) Los padres tienen el derecho de obtener que sus hijos no sean obligados a seguir cursos que no están de acuerdo con sus convicciones morales y religiosas. En particular, la educación sexual -que es un derecho básico de los padres- debe ser impartida bajo su atenta guía, tanto en casa como en los centros educativos elegidos y controlados por ellos. d) Los derechos de los padres son violados cuando el Estado impone un sistema obligatorio de educación del que se excluye toda formación religiosa".

acto educativo se debe percibir entonces en una *alianza* peculiar que se establece entre el educador y el educando. El bien que define esta alianza, un bien común peculiar, no es otro sino la verdadera humanidad. Educar es hacer que *florezca la humanidad* de una persona"[25]. El acto educativo no se puede definir por un mero desarrollo de unas capacidades propias a modo de quien cultiva una planta, para sacar de ella lo mejor; ni tampoco como quien conforma destrezas nuevas, hábitos operativos en vista de un determinado fin práctico, a semejanza de cómo un animal es capaz de ser adiestrado a partir de algunos fines particulares. La libertad del educando está implicada desde el principio, porque sin ella no se da alianza alguna y se perdería la trascendencia contenida en la experiencia inicial[26]. La alianza define un modo particular de ejercicio de la libertad que no puede ser definido por la categoría de autonomía. Ciertamente, la autonomía es una capacidad humana en relación a la sociedad en la que uno vive, existe una justa autonomía en el modo como el hombre o los grupos sociales toman las decisiones que les afectan y que, por consiguiente, cada persona ha de estar preparada para ejercerla; pero esta práctica no explica lo específico del acto educativo, más bien dificulta su verdad interior. Cuando se absolutiza la autonomía a modo de fin, pierde su sentido[27]. Es un obstáculo a la verdadera tarea educativa.

Como señala Benedicto XVI, según un falso concepto de autonomía, "el hombre debería desarrollarse solo por sí mismo, sin imposiciones de otros, los cuales podrían asistir a su autodesarrollo, pero no entrar en este desarrollo. En realidad, para la persona humana es esencial el hecho de que llega a ser ella misma sólo a partir del otro, el *yo* llega a ser él mismo solo a partir del *tú* y del *vosotros* [...] Por tanto, me parece que un primer punto es superar esta falsa idea de autonomía del hombre, como un *yo* completo en sí mismo, mientras que llega a ser *yo* en el encuentro colectivo con el *tú* y con el *nosotros*"[28]. Por ello, hemos de reivindicar el marco de la *alianza* como el propio para la comprensión de la verdad de la educación[29]. Porque no se puede definir la educación como un proceso por el que se pasa de una persona inicialmente dependiente a otra que se independiza hasta poderse denominar plenamente autónoma. Tal proceso necesariamente se ha de concebir como una superación progresiva de los lazos iniciales que en el fondo impedían el desarrollo completo de las propias capacidades; esto es, se describe la tarea educativa de forma del todo ajena a cualquier alianza y se interpreta la

25 Pérez-Soba, J. J.: "La emergencia de la familia, la verdad de la educación", en Jiménez, L. y Cid Vázquez, M. T. (coords.): *El reto de la emergencia educativa: proponer modelos*, Fundación Universitaria Española, Madrid, 2012, p. 102; Granados, J. y Granados, J. A.: (coords.): *La alianza educativa. Introducción al arte de vivir,* Burgos, Monte Carmelo-Didaskalos, Burgos, 2009.

26 Giussani, L.: *Educar es un riesgo. Apuntes para un método educativo verdadero*, Encuentro, Madrid, 2006[2].

27 Pérez-Soba, J. J.: "La emergencia de la familia, la verdad de la educación", cit., pp. 103-104.

28 Benedicto XVI, *Discurso a la 61ª Asamblea General de la Conferencia Episcopal Italiana*, (27-V-2010).

29 Benedicto XVI, *Discurso a la Conferencia Episcopal Italiana,* (28-V-2009).

intervención del otro sobre todo como una mera ayuda externa. El punto clave tiene que ver de forma directa con la familia, se trata de la *paternidad*.

El pensamiento autonomista ve la paternidad como una limitación inicial necesaria que debe ser relativizada hasta superarla absolutamente[30]. No percibe en la relación educativa sino una *función* y no una *alianza* que permanece aun cuando cambien las funciones, sin embargo, "el acto educativo no es una función peculiar que la familia puede desarrollar como pueden hacerlo otras instancias educativas. No, sino que es la verdad de una relación íntima que configura la *identidad personal* y en la que la familia cumple un papel insustituible, de tal forma que, cuando falta, queda siempre una carencia en el hombre, que no es fácil de superar"[31]. No percibir el acto educativo como una alianza, en vez de una dependencia entendida solo como carencia, hace que el mismo *proceso educativo* que se traza sea ante todo *funcional*: cumplir unos *objetivos* en vista de unos *resultados* que pueden ser garantizados por pruebas objetivas. Es evidente que *tal función*, con todos los requisitos que comprende, puede ser realizada mucho mejor por *expertos* que por los padres, es más, estos requerirían una preparación de la que normalmente carecen para ayudar a la educación que dan los pedagogos.

El marco apropiado para la comprensión de la verdad de la educación concebida como un acto educativo[32] es la *alianza de libertades*, del educador y del educando. La educación así entendida deja de ser un arte reservado para especialistas o una serie de procedimientos complejos que condujeran sin posibilidad de error a un resultado óptimo. Al definir la educación en la perspectiva de conducir a la persona a responder a una vocación esto exige reconocer que es en la familia donde se transmite ante todo un horizonte de significado. Esto nos lleva a aceptar como una definición válida de la educación el *despertar un sentido en la experiencia*[33]. Hemos de tomar una perspectiva adecuada para entender la esencia misma de la educación y su estructura básica.

La verdad de la vida de cada hombre no se puede medir por su utilidad, ni por sus capacidades, sino por la vocación a la que está llamado, algo que no procede radicalmente de sí mismo sino que está envuelto en el misterio de un don que le configura. Escribe Juan Pablo II en la Carta a las familias: "La persona se realiza mediante el ejercicio de la libertad en la verdad. La libertad no puede ser entendida como facultad de hacer cualquier cosa: significa don de sí. Es más, significa ejercicio ulterior del don. En el concepto de don no está inscrita solamente

30 Pérez-Soba, J.J.: "La emergencia de la familia, la verdad de la educación", cit., p. 105.

31 Ibid., 105.

32 Así lo hace García Hoz, V.: *Introducción General a una Pedagogía de la persona*, Rialp, Madrid, 1993, pp. 138-170.

33 Pérez-Soba, J.J.: "Risvegliare un senso nell'esperienza", en Pérez-Soba, J. J. y Gotia, O. (coord.): *Il cammino della vita: l'educazione, una sfida per la morale*, Lateran University Press, Roma, 2007, pp. 115-135.

la libre iniciativa del sujeto, sino también la dimensión del deber. Todo esto se realiza en la comunión de las personas"[34]. Por lo tanto, la genealogía de la persona es la genealogía de su libertad, esto es, de su capacidad de amar, de hacerse don de sí al otro. La afirmación de sí consiste en el don de sí. El mayor acto de libertad es el acto de amar, un acto que afirma la singularidad de quien lo cumple y al mismo tiempo instituye una relación verdadera con el otro.

La educación tiene como tarea propia la *madurez personal*, es decir, todo aquello que permite a una persona dirigir su vida en su globalidad, que se haga cargo de los elementos fundamentales que implica y a los que debe responder[35]. De aquí la relación estrecha que debe tener la educación y la familia, pues en ambas instituciones se entretejen los principios que configuran la vida de los hombres. El intento de programar la educación basada exclusivamente en la autonomía[36], corta de raíz toda relación con el principio de autoridad, y ha enturbiado la fortaleza de las relaciones personales en las cuales se sostiene el acto educativo en todas sus facetas. Esta fortaleza interior es vital para el buen funcionamiento de cualquier democracia, que necesita de personas honradas con una concepción fuerte del entramado social.

V. COMUNIÓN ENTRE GENERACIONES: "HONRA A TU PADRE Y A TU MADRE".

En el Decálogo no hay mandamiento especial para los padres, existe solo uno para los hijos: "Honra a tu padre y a tu madre, para que se prolonguen tus días sobre la tierra que el Señor, tu Dios, te va a dar" (Ex 20, 12), expresa la comunión entre las generaciones[37]. Tal vez la razón sea que el mandamiento paterno se refiere a la totalidad de la fe bíblica: transmitir a los hijos la Ley entera y esta se comunica, no directamente como mandamiento, sino como relato, como testimonio de un encuentro salvífico con Dios. El padre transmite al hijo una experiencia y la luz que la descifra; un camino y su sentido, solo de este modo puede dar a sus hijos la esperanza para seguir avanzando de generación en generación.

Sin la confianza la educación pierde sentido de educación de una excelencia y pasa a ser mera educación de costumbres mecánicas. La famosa consigna de Lenin: "La confianza es buena, el control es mejor", únicamente es cierta si la palabra "mejor" no se entiende moralmente, sino en el sentido de "más eficiente". El control sin confianza no es eficiente ni mucho menos educativo. La confianza en la familia

34 Juan Pablo II, *Carta a las familias*, 14,4.

35 Granados, J., J. A. Granados (coords.): "Maduración de la persona en el evento educativo", en *La alianza educativa. Introducción al arte de vivir,* cit., pp. 131-152.

36 Por el influjo de J. Piaget y L. Kolbert en la pedagogía.

37 "Honra", como recuerda Juan Pablo II en la *Carta a las familias*, quiere decir "reconoce, o sea, déjate guiar por el reconocimiento convencido de la persona, de la del padre y de la madre ante todo", Juan Pablo II, *Carta a las familias*, 15; cf. Pérez Soba, J. J.: *El corazón de la familia*, Publicaciones "San Dámaso", Madrid, 2006.

es una experiencia originaria sobre la que se construyen las diferentes relaciones interpersonales. Y esta confianza no puede reducirse a una simple sumisión a la autoridad, sino una admiración de su capacidad de amor, de su benevolencia. Así la piedad familiar es la base de la adquisición de la virtud, la construcción de una comunión de personas a las que cada uno se adhiere libremente.

La familia como sujeto educativo moral primario, ha de superar el formalismo de una simple educación en valores. Para ello ha de empeñarse en desarrollar una educación de las virtudes. En este sentido, la familia no es una comunidad cerrada, aislada, replegada sobre sí misma, sino que forma parte de un conjunto de familias que conforman una sociedad y una nación. La piedad familiar pone de manifiesto que las relaciones familiares no son simétricas. Si los hijos han de obedecer a los padres y los padres han de entregarse a los hijos, la fuente se halla en la piedad cristiana y el amor mutuo. La piedad es el fundamento sobre el que pueden crecer y desarrollarse las virtudes domésticas. Los hijos, en este itinerario hacia la madurez, necesitan de personas virtuosas que les acompañen y ayuden en el aprendizaje a través de actos educativos.

El Papa Francisco en la introducción de *Lumen fidei*, señala que vivimos un tiempo especialmente necesitado de luz[38]. La imagen de nuestro tiempo parece ser la del crepúsculo, el ocaso de una civilización que no parece dar más de sí. En el cuarto y último capítulo de *Lumen fidei*, presenta la relación entre la fe y el bien común en la familia y la sociedad: la fe no es solamente un camino sino también una edificación, un lugar donde el hombre puede convivir con los demás. La familia es el ámbito privilegiado en el que se vive la fe, pues ella está presente en todas las etapas de la vida. A partir de la familia, se expande a todas las relaciones sociales generando vínculos humanos sólidos. De este modo, la fe no es solo un bien para el que cree, sino también para la vida en común de todos, creyentes y no creyentes. La raíz de la fraternidad universal se encuentra en la paternidad común. La fe ilumina también los sufrimientos del mundo. De este modo, la fe puede generar verdadera esperanza.

La familia tiene naturaleza relacional, solo es posible entenderla ligada al resto de los vínculos humanos. El individualismo ha entrado hasta el fondo de nuestra mentalidad y nos cuesta ver la importancia de las relaciones[39]. Esta insistencia en la relación es muy importante. La verdadera ayuda a la familia no consiste en que el Estado dé subsidios, disponga guarderías, etc., estas acciones necesarias y positivas no tocan el punto esencial, porque no refuerzan las relaciones familiares. La verdadera ayuda a la familia, como ha mostrado el profesor Pierpaolo

38 Francisco, *Lumen fidei,* 4.

39 «El individuo no ha de rendir cuentas de sus actos a la sociedad siempre que estos afecten únicamente a sus intereses personales» (Stuart Mill, J.: *On liberty and Other Essays*, Oxford University Press, World' Classics Edition, Oxford and New York, 1991, p. 15).

Donati, consiste en hacerla capaz de sostener, desde sí misma, a cada uno de sus miembros[40]. *La fortaleza, por tanto, está en las relaciones*. Esto significa que la solidez no se encuentra al alcance de nuestras solas fuerzas, que debemos recibirla en apertura a los otros.

VI. LA CIUDADANÍA DE LA FAMILIA.

Pierpaolo Donati propone una reflexión sociológica sobre el tránsito de la ciudadanía moderna a la posmoderna[41]. Según el sociólogo italiano, la modernidad ha significado un código simbólico orientado a la construcción de la ciudadanía como distinción entre público y privado (Estado/sociedad civil), en la posmodernidad emergen nuevas alternativas que se encarnan en concepciones (sujetos sociales) que se agrupan en el término ciudadanía societaria. La ciudadanía societaria es la ciudadanía contemplada desde la propia sociedad (entendida como relación) y no por parte del Estado (o del binomio Estado/Mercado). El término "societaria" enfatiza el carácter asociativo (relacional) de la ciudadanía y una visión de ésta según las identidades culturales y no solo según intereses. Comprender la "ciudadanía societaria" implica contemplar las relaciones sociales que, en la actualidad, personas humanas y sujetos sociales establecen entre sí para la gestión de su convivencia.

Donati ha acuñado el concepto de ciudadanía de la familia, que presenta la familia como una relación social, y no solamente como un lugar de afectos y sentimientos, o como la suma de una casa y un patrimonio. La familia es y sigue siendo la raíz de la sociedad. La expresión "raíz de la sociedad" es preciso comprenderla no según una analogía biológica, sino sociológica[42]. Para ello es necesario recurrir a una *razón relacional*, y no únicamente a una razón técnica, instrumental o funcional. Esta razón es capaz de descubrir que la familia constituye el *bien relacional primario* del que depende la realización de la persona y de la sociedad.

El concepto de ciudadanía de la familia implica reconocer que existen derechos-deberes inherentes a las relaciones de la familia; derechos que van más allá de los individuos. Este concepto de ciudadanía de la familia no surge de un planteamiento estatalista, sino societario, es parte de un pensamiento que atribuye una prioridad a la sociedad civil respecto al Estado. Se sigue naturalmente de aquí la necesidad de

40 Donati, P.: *Perché "la" famiglia? La risposte della sociologia relazionale*, cit.; Donati, P.: "L'amore come cura dei beni relazionali", en *L' Amore principio di vita sociale. "Caritas aedificat" (I Cor 8, 1),* Studi sulla persona e la familia - Atti 12, (coord. por J.J. Pérez-Soba- M. Magdi□,), Cantagalli, Siena, 2011, pp. 139-185; Donati, P.: "La nueva ciudadanía de la familia y la política social", en Donati, P.: *Manual de sociología de la familia*, Eunsa, Pamplona, 2003, pp. 375-407.

41 Donati, P.: *La ciudadanía societaria,* Universidad de Granada, Granada, 1999; Donati, P., F. Ferrucci, (coords.):*Verso una nuova cittadinanza della famiglia in Europa,* Angeli, Milano, 1994.

42 Donati, P.: *La familia como raíz de la sociedad, BAC,* Madrid, 2013.

abandonar el modelo asistencialista, en el que el Estado asiste u otorga derechos a la familia. Significa reconocer el valor social de la familia por las funciones de solidaridad y reciprocidad social que desarrolla. La familia no pide un premio, sino que solicita ser tratada con justicia social por las funciones que asume.

Desde una perspectiva más amplia, el concepto implica un cambio radical que conlleva el fin de un modo de concebir el Estado de bienestar tal como ha estado construido sobre la idea de que un Estado es más social en la medida en que incluye un número creciente de individuos -clasificados por categorías sociales- en las garantías del Estado. El concepto de ciudadanía de la familia sobrepasa esta perspectiva en dos sentidos: primero, porque quiere una titularidad de ciudadanía no solo para los individuos (como tales o en cuanto pertenecientes a clases o categorías sociales), sino para la formación social intermedia, la familia, con todo lo que esto comporta (en esto se concreta el tránsito de la ciudadanía estatal a la societaria); segundo; porque ve al estado social como un sistema de intervenciones al servicio de la autonomía de la familia, antes que, al contrario, allí donde hasta ahora el Estado de bienestar ha actuado de forma asistencial con el objetivo de desgravar a los individuos de sus responsabilidades familiares (en esto se concreta el tránsito al principio de subsidiaridad).

Evidentemente, reconocer el principio de ciudadanía de la familia significa modificar algunas estructuras fundamentales de la organización de la sociedad. En general, conferir ciudadanía significa reconocer la relevancia de un sujeto social, individual o colectivo (que consiste en relaciones determinadas, como por ejemplo la familia), para la dimensión pública del vivir social en términos de un conjunto de derechos y deberes entre sí asociados. En el caso de la familia significa reconocer que el sujeto-familia tiene relevancia para la dimensión pública del vivir humano. Los derechos de ciudadanía de la familia se refieren a las funciones de la familia como relación social de mediación. La familia tiene derechos propios como relación, o sea, como bien relacional.

Afirmar la ciudadanía de la familia quiere decir reconocer y valorar reglas y comportamientos inspirados en criterios de solidaridad, es decir, de plena reciprocidad. El concepto de ciudadanía reivindica el valor positivo de estas mediaciones, antes que la legitimación de reglas y comportamientos inspirados en criterios de indiferencia, o de penalización de la mediación solidaria ejercida por la familia. Promover la ciudadanía de la familia significa optar por elecciones que caminan en la dirección de una real, más completa democracia hecha de solidaridad, participación y madurez de las personas como individuos en relación los unos con los otros.

La *Familiaris consortio*[43] puede releerse dentro de un marco conceptual y operativo de tipo relacional que tenga en cuenta las exigencias de personalización de las políticas familiares y de los nuevos estilos comunicativos que emergen en las relaciones familiares y asociativas[44]. En concreto, significa repensar la identidad de la familia a partir de su genoma, que consiste en un sistema relacional natural que genera la familia. Tomar conciencia de que tal genoma es la fuente (célula) del bien común, comprendido no ya como una entidad colectiva compuesta de individuos sino como un bien relacional del cual se participa. La subjetividad social de la familia como bien relacional, es el mayor recurso de las personas y de la sociedad. Constituye la base del bien común a todos los niveles de la vida social (micro, meso, y macro), siempre que el bien común no se comprenda como un "bien colectivo" o "total" (es decir, suma de los beneficios individuales en clave utilitarista), sino como el bien que proviene de las relaciones sociales que humanizan a las personas.

En tal perspectiva, se abre un nuevo horizonte para las asociaciones familiares, las cuales están llamadas no solo a promocionar los derechos de la familia como reivindicación (*advocacy*) del justo reconocimiento frente a los sistemas políticos y económicos, sino sobre todo están llamadas a producir bienes relacionales dentro de ellas, en las relaciones con las instituciones sociales (sobre todo la escuela y los servicios para las personas), y entre todas las asociaciones que según sus estatutos les corresponde promocionar a la familia.

La política familiar necesita de un referente (la familia, definida de manera relacional), y no podrá ser eficaz, eficiente e igualitaria si no confiere a la familia una subjetividad social y jurídica. Esto será posible si se tienen en cuenta los fracasos de las actuales políticas liberal/socialistas y, como consecuencia, se adopta una nueva perspectiva basada en dos pilares fundamentales: el principio de subsidiariedad compleja en el *governance* de las políticas familiares y el reconocimiento de la ciudadanía compleja (política y civil) de la familia[45]. Se trata de reconocer a la familia como bien relacional del que dependen todos los otros bienes individuales, y el respeto efectivo de los derechos humanos. Es necesario también promover a nivel jurídico y legislativo la defensa de los derechos de la familia. En la familia se aprende a cumplir deberes antes que a reclamar derechos; a ser responsables y generosos, administrando bien la libertad y saliendo del egoísmo; a respetar a los demás y valorar las diferencias.

---

43 Juan Pablo II, exh. ap. *Familiaris consortio*, (22-11-1981).

44 Donati, P.: "Ripensare i "diritti della familia" e le politiche familiari a trent'anni dalla Familiaris consortio", *Rivista Anthropotes. Il futuro di una via: la fecondità di Familiaris consortio 30 anni dopo,* P.I. Giovanni Paolo II per Studi su Matrimonio e Famiglia, XXVIII/1, 2012, pp. 161-205.

45 Caffarra, C.: "Famiglia e bene comune". Prolusione per l'inaugurazione dell'Anno Academico 2006/2007 del *Pontificio Istituto Giovanni Paolo II per Studi su Matrimonio e Famiglia*, nel XXVI dalla Fondazione. Pontificia Università Lateranense, Città del Vaticano, 2006, pp. 5-14.

Una nueva cultura se inicia cuando se da el sujeto. El sujeto nuevo es el alba de una nueva civilización, como nos ha recordado el pensador de origen judío George Steiner, Occidente, es decir, la tierra del ocaso, necesita hoy más que nunca una cultura del alba, o sea un nuevo nacimiento[46]. Tal vez el principal desafío de la familia está en el plano educativo, en volver a recuperar la capacidad de formar en su seno a las personas, para que aprendan a vivir un amor verdadero que les ayude a madurar afectivamente, que aprendan a crecer en libertad y responsabilidad; para enseñarles a no sumergirse en el individualismo y darle a la vida un sentido de servicio, de donación y de plenitud humana[47].

46 Citado por Scola, A.: *Una nueva laicidad. Temas para una sociedad plural*, Encuentro, Madrid, 2007, p. 126.

47 Melina, L.: *Por una cultura de la familia. El lenguaje del amor,* Edicep, Valencia, 2009.

BIBLIOGRAFÍA

BAUMAN, Z.:

- *Amor líquido. Acerca de la fragilidad de los vínculos humanos*, FCE, Madrid, 2005.
- *Modernidad líquida*, FCE, México, 2002.

BENEDICTO XVI:

- Carta enc. *Caritas in veritate*, (29-6-2009).
- *Discurso a la 61ª Asamblea General de la Conferencia Episcopal Italiana*, (27-V-2010).
- *Discurso a la Conferencia Episcopal Italiana* (28-V-2009).
- *Mensaje para la Jornada Mundial de la Paz*, 2007 (8-12-2006).

BOTTURI, F.: *La generazione del bene. Gratuità ed esperienza morale*. Vita e pensiero, Milano, 2009.

CAFFARRA, C.: "La familia como ámbito de desarrollo humano", *Metafísica y persona. Filosofía, conocimiento y vida*, año 3, núm. 6, julio-diciembre 2011.

Carta de los derechos de la familia de la Santa Sede, (22-10-1983).

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, (7-12-2000).

CID VÁZQUEZ, M. T.:

- "La fe, fundamento de la vida familiar y social", *Cuadernos de pensamiento*, núm. 26, Fundación Universitaria Española, Madrid, 2013.
- *Persona, amor y vocación. Dar un nombre al amor o la luz del sí*, Edicep, Valencia, 2009.

CONFERENCIA EPISCOPAL ESPAÑOLA, Inst. pastoral *La familia, santuario de la vida y esperanza de la sociedad* (27-IV-2001).

Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), (10 de diciembre de 1948).

Declaración Universal de los Derechos del Niño, (20-11-1959).

Donati, P.:

- "L'amore come cura dei beni relazionali", en *L' Amore principio di vita sociale. "Caritas aedificat" (1 Cor 8, 1),* Studi sulla persona e la familia - Atti 12, (coord. por J. J. Pérez-Soba- M. Magdič), Cantagalli, Siena, 2011.

- *La familia como raíz de la sociedad, BAC,* Madrid, 2013.

- *La ciudadanía societaria,* Universidad de Granada, Granada, 1999.

- "La nueva ciudadanía de la familia y la política social", en Donati, P.: *Manual de sociología de la familia*, Eunsa, Pamplona, 2003.

- *Perché "la" famiglia? La risposte della sociologia relazionale*, Cantagalli, Siena, 2008.

- "Ripensare i "diritti della familia" e le politiche familiari a trent'anni dalla Familiaris consortio", *Rivista Anthropotes. Il futuro di una via: la fecondità di Familiaris consortio 30 anni dopo,* P.I. Giovanni Paolo II per Studi su Matrimonio e Famiglia, XXVIII/1, 2012.

Donati, P., (coord.): *Famiglia e capitale sociale nella società italiana*, Edizioni San Paolo, Cinisello Balsamo, 2003.

Donati, P. y Ferrucci, F. (coords.): *Verso una nuova cittadinanza della famiglia in Europa,* Angeli, Milano, 1994.

Francisco, carta enc. *Lumen fidei*, (29-6-2013).

Gambino, G.: "Rivendicazione dei diritti ed esigenze del bene comune", en Pérez-Soba, J. J. (coord.): *Misericordia, verità pastorale*, Cantagalli, Siena, 2014.

García Hoz, V.: *Introducción General a una Pedagogía de la persona*, Rialp, Madrid, 1993.

Giussani, L.: *Educar es un riesgo. Apuntes para un método educativo verdadero*, Encuentro, Madrid, 2006.

Granados, J.:

- "La transmisión de la fe: una clave familiar", *Actualidad catequética para la evangelización*, núms. 238-239, 2013.

- *Ninguna familia es una isla. Raíces de una institución en la sociedad y en la Iglesia*, Monte Carmelo-Disdaskalos, Burgos, 2013.

Granados, J. y Granados, J. A. (coords.): *La alianza educativa. Introducción al arte de vivir,* Monte Carmelo-Didaskalos, Burgos, 2009.

Juan Pablo II:

- *Carta a las familias Gratissimam sane* (2-2-1994).

- Carta enc. *Centesimus annus* (1-5-1991).

Larrú Ramos, J.: "La familia, entre el don del trabajo y la tarea de la fiesta", *Cuadernos de pensamiento*, Fundación Universitaria Española, Madrid, 2012.

Melina, L.:

- "La familia y el bien común de la sociedad", conferencia pronunciada en la inauguración del año académico del Instituto Juan Pablo II para la Familia, Sección mexicana, 26 octubre 2011, *Alpha Omega*, XV, núm. 1, 2012.

- *Por una cultura de la familia. El lenguaje del amor,* Edicep, Valencia, 2009.

Pérez-Soba, J. J.:

- *Creer en el amor. Un modo de conocimiento teológico*, BAC, Madrid, 2014.

- *El corazón de la familia*, Publicaciones "San Dámaso", Madrid, 2006.

- "La emergencia de la familia, la verdad de la educación", en Jiménez, L. y Cid Vázquez, Mª. T. (coords.): *El reto de la emergencia educativa: proponer modelos*, Fundación Universitaria Española, Madrid, 2012.

- "La familia, bien de la persona y bien común", *Communio*, núm. 6, 2007.

- "¿Por qué se ha llegado a considerar el aborto como un derecho?", en Lacalle Noriega, M. (coord.): *En defensa de la vida y de la mujer*, Criteria, Madrid, 2012.

- "Risvegliare un senso nell'esperienza", en Pérez-Soba, J. J. y Gotia, O. (coords.): *Il cammino della vita: l'educazione, una sfida per la morale*, Lateran University Press, Roma, 2007.

Scola, A.: *Una nueva laicidad. Temas para una sociedad plural*, Encuentro, Madrid, 2007.

Stuart Mill, J.: *On liberty and Other Essays*, Oxford University Press, World' Classics Edition, Oxford and New York, 1991.

Taylor, C.:

- *La era secular*, 2 vols., Gedisa, Barcelona, 2014.
- *Fuentes del yo. La construcción de la identidad moderna*, Paidós, Barcelona, 2012.

EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO EN LOS PROCEDIMIENTOS DE FAMILIA

UNFAIR ENRICHMENT IN FAMILY PROCEDURES

Rev. Boliv. de Derecho Nº 32, julio 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 190-213

Juan José
NEVADO
MONTERO

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de marzo de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 30 de abril de 2021

RESUMEN: En las relaciones familiares post crisis de pareja pueden darse situaciones que originen el enriquecimiento sin causa de una de las partes en perjuicio de la otra. Encontramos ejemplos de ello en cuestiones como la pensión de alimentos, atribución de la vivienda familiar, o indemnizaciones por rupturas de parejas de hecho.

PALABRAS CLAVE: Enriquecimiento injusto; crisis de pareja; pensión de alimentos; pensión compensatoria; vivienda familiar.

ABSTRACT: *In post-crisis family relationships there may be situations that cause enrichment without cause of one of the parties to the detriment of the other. We find examples of this in issues such as alimony, allocation of family housing, or compensation for the breakup of de facto couples.*

KEY WORDS: *Unfair enrichment; couple crisis; food support; compensatory pension; family housing.*

SUMARIO.- I. EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO.- II. APLICACIÓN A LA PENSIÓN DE ALIMENTOS.- III. APLICACIÓN A LA ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR.- IV. APLICACIÓN A LA RUPTURA DE UNIONES DE HECHO.- V. CONCLUSIONES.

I. EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO.

El enriquecimiento injusto es una figura jurídica universal conocida en la mayor parte de ordenamientos desde la antigua Roma, sin embargo, no existe un concepto unitario de la institución, y se contempla como un principio general del derecho, un cuasicontrato, una acción procesal o una fuente de obligaciones[1].

En el Derecho Español, de profunda inspiración romanista, se consagra en las Partidas que "ninguno debe enriquecerse torticeramente con daño de otro" (Partida 7, 34 17).

El TS ha considerado la prohibición del enriquecimiento injusto como un principio general del derecho[2], al igual que parte de la doctrina[3], aunque algún autor asevera que no se trata de un principio en el sentido del art. 1.5 del Código Civil (CC)[4]. Albaladejo (1997)[5] establece que es una fuente de obligaciones porque nace a cargo del enriquecido la obligación de reparar el daño causado al empobrecido.

En la época de la codificación se positivizó, recogiéndose en códigos europeos, americanos, del Magreb y de Oriente Medio, en algunos de ellos como fuente de obligaciones (BGB alemán, CC austríaco, CC suizo, CC holandés y CC cubano)[6].

Actualmente, desde la perspectiva de su regulación general o casuística existen en la Unión Europea tres modelos: el germanista, que ha optado por una regulación a partir de las *condiciones* romanas; el modelo tradicional francés, de

1 Esteve González, L.: "Proyección en el sector del derecho aplicable de las distintas concepciones del enriquecimiento sin causa", *Anuario de Derecho civil*, vol. 53, núm. 2, 2000, pp. 511-552.

2 STS 5 marzo 1999 (Id Cendoj 28079110011999102032).

3 Lasarte Álvarez, C.: *Principios de Derecho Civil. Tomo III: obligaciones y contratos,* Marcial Pons, Madrid, 2018, p. 321.

4 De la Cámara, M. y Díez Picazo, L.: *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Civitas, Madrid, 1988, p. 44.

5 Albaladejo, M.: *Curso de Derecho Civil*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, p. 474.

6 Esteve González, L.: "Proyección en el sector del derecho aplicable de las distintas concepciones del enriquecimiento sin causa", cit., p. 519.

• Juan José Nevado Montero
Doctor en Derecho. UNED. Abogado. Correo electrónico: jnevado@icav.es

regulación fragmentaria y casuística a partir de preceptos del Código Civil y de las reglas de los cuasicontratos; y la de los países del *Common Law*, donde se le da reconocimiento jurisprudencial mediante el *Law of restitution*[7].

En el CC español se recoge en las normas de derecho internacional privado (art. 10.9 CC)[8] y en sede de obligaciones (art. 1901 CC)[9].

A pesar de citarse de forma expresa, el CC contiene escasas aplicaciones del principio, aunque la idea esté latente en todo el derecho patrimonial, como en los artículos en materia de posesión (arts. 356, 360, 361 y 383 CC), en algunos de los que regulan la parte general de las obligaciones (arts. 1158 y 1163 CC), y en la regulación de los cuasicontratos.

La acción puede deducirse casi siempre del art. 1901 CC por *analogía legis*[10], pues el precepto ha de entenderse dividido en dos partes: la primera la que establece la presunción de error del pago de lo indebido, y la segunda relativa a la firmeza de determinados desplazamientos patrimoniales. Así, cualquier prestación hecha sin causa que la justifique puede ser reclamada por quien la realizó, y sólo podrá conservarla quien la recibió por liberalidad u otra justa causa.

Como presupuestos se requieren: un enriquecimiento patrimonial en cuanto a incremento de activos o evitación de gastos; que carezca de razón jurídica (injusto o sin causa); y que correlativo al enriquecimiento se produzca el empobrecimiento de la otra parte, naciendo la obligación de resarcir.

Y el efecto del enriquecimiento injusto será esa obligación de resarcir, pudiendo reclamarse al enriquecido los bienes que se hayan podido incorporar a su patrimonio o una cifra pecuniaria (el CC portugués obliga a restituir todo cuanto se haya obtenido a costa del empobrecido o, si la restitución en especie no fuera posible, el valor correspondiente)[11].

Es una acción de carácter personal, y al no estar regulada especialmente se ha de entender como plazo de prescripción el de cinco años *ex* art. 1964 CC[12].

7 Zumaquero Gil, L.: "El enriquecimiento injustificado en el Derecho Privado Europeo", *InDret: Revista para el análisis del derecho*, 2017.

8 Art. 10.9: "En el enriquecimiento sin causa se aplicará la ley en virtud de la cual se produjo la transferencia del valor patrimonial en favor del enriquecido".

9 Art. 1901: "Se presume que hubo error en el pago cuando se entregó cosa que nunca se debió o que ya estaba pagada; pero aquel a quien se pida la devolución puede probar que la entrega se hizo a título de liberalidad o por otra causa justa".

10 Lacruz Berdejo, J. L.: "Notas sobre el enriquecimiento sin causa", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm 472, 1969, pp.569-604.

11 Lasarte Álvarez, C.: *Principios de Derecho Civil. Tomo III: obligaciones y contratos*, cit., p. 326.

12 Lacruz Berdejo, J. L.: "Notas sobre el enriquecimiento sin causa", cit., p. 603.

Tiene carácter subsidiario, pudiendo ser empleada únicamente si no existe otra pretensión específica, pero la subsidiariedad no obsta para que pueda acumularse a otras acciones, como la reivindicatoria sobre una cosa junto a la de enriquecimiento injusto por haberse producido un desplazamiento patrimonial complementario[13].

La subsidiariedad ha sido utilizada en ocasiones para denegar la acción a quien tuvo otra pretensión, por lo que autores como Basozábal (2019)[14] aseveran que se debe prescindir de ese requisito o reducirlo a la idea de que un precepto específico excluye el recurso al principio general

Ejemplo histórico de la aplicación del principio general del derecho de la prohibición del enriquecimiento injusto es la STS de 27 de marzo de 1958. El actor, durante el noviazgo con una hija del demandado, realizó obras en una vivienda propiedad de éste, con la intención de que fuera morada del futuro matrimonio. Cuando se rompió la relación reclamó el importe de esas obras, que habían mejorado el edificio y aumentado su valor. El TS apreció todos los elementos del enriquecimiento injusto: el demandado consintió las obras y, al desaparecer su razón con la rotura de la relación de pareja se produjo un enriquecimiento en su patrimonio al haber aumentado el valor de su inmueble, un empobrecimiento del actor que perdió lo invertido, y un nexo causal entre la ganancia y la pérdida[15].

En los Derechos Forales se regula la figura en los arts. 508 a 520 del Fuero Nuevo de Navarra[16], estableciendo la obligación de restitución de aquel que obtiene sin causa una ganancia o lucro de otra persona.

También se recoge en preceptos como: el art. 65 de la Ley 19/1985, Cambiaria y del Cheque[17], que para el caso de que se hubiera perdido la acción cambiaria contra los obligados y no fuera posible ejercitar acciones causales contra ellos posibilita la acción de enriquecimiento injusto para el tenedor; en el art. 34.1 de la Ley 3/1991, de Competencia Desleal[18], que faculta para entablar la acción si una conducta desleal daña una posición jurídica protegida por un derecho de exclusiva o de análogo contenido; y en el art. 594.2 LEC[19], norma que protege al titular

13 Lasarte Álvarez, C.: *Principios de Derecho Civil. Tomo III: obligaciones y contratos*, cit., p. 326.

14 Basozábal Arrúe, X.: La subsidiariedad de la acción de enriquecimiento injustificado: pautas para salir de un atolladero, *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, núm. 2, 2019, pp. 99-167.

15 Lacruz Berdejo, J. L.: "Notas sobre el enriquecimiento sin causa", cit., pp. 583-584, y De Verda y Beamonte, J. R. y Chaparro Matamoros, P.: "Responsabilidad civil por incumplimiento de la promesa de matrimonio", en De Verda y Beamonte, J. R. (coord.): *Responsabilidad Civil en el Ámbito de las Relaciones Familiares*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 211-296.

16 Ley 1/1973 de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (BOE núm. 57 de 7 marzo 1973).

17 Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque (BOE núm. 172, de 19 julio 1985).

18 Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (BOE núm. 10, de 11 enero 1991).

19 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7, de 8 enero 2000).

de bienes embargados que no pertenecían al ejecutado si no ha hecho valer sus derechos por medio de la tercería de dominio.

II. APLICACIÓN A LA PENSIÓN DE ALIMENTOS.

En materia de pensión de alimentos, una de las situaciones a todas luces injusta la constituye la del progenitor alimentante que continúa haciendo frente al pago a pesar de que las circunstancias que lo motivaron han desaparecido.

La desaparición de esas causas puede deberse a varias razones, desde el cambio de custodia voluntario de forma que los menores pasan a residir con el alimentante, a la falta de aplicación de los hijos mayores de edad para el estudio o el trabajo, o a su falta de relación con el alimentante.

Es estos casos se produce una suerte de enriquecimiento injusto en el acreedor de la pensión, con el correlativo empobrecimiento de quien la paga.

La cuestión ha sido analizada doctrinal y jurisprudencialmente.

El pago de la pensión de alimentos en los supuestos en que los menores han pasado a residir con el progenitor que la abonaba sería una prestación *solvendi casusa* sin la existencia de una obligación previa. En este caso, la prestación ve frustrada la finalidad para la que ha sido realizada, con un enriquecimiento injusto para el perceptor[20].

La SAP Huelva 28 abril de 2014[21] estima la acción de enriquecimiento injusto ejercitada por el padre contra la madre y la condena a reintegrar las pensiones de alimentos que recibió después de que los tres hijos se trasladasen a vivir con su padre por voluntad propia, sin que sea óbice que la sentencia de modificación de medidas que extinguió la pensión no declarase efectos retroactivos.

En ese supuesto, los hijos pasaron a vivir con el padre, que inmediatamente interpuso una de demanda de modificación de medidas, y continuó abonando la pensión de alimentos en virtud de retención judicial.

La AP centra el debate en la determinación de si la extinción de la pensión de alimentos tiene o no efectos retroactivos, cuestión que alumbra el art. 148 CC, pues si la obligación nace desde que los necesita para subsistir la persona que tiene derecho a percibirlos no serán exigibles desde que deje de existir la necesidad, y si se presenta demanda solicitando la extinción ha de considerarse que la resolución tiene efectos retroactivos, porque se declara la extinción de una obligación, y

20 De la Cámara, M. y Díez Picazo, L.: *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, cit., pp. 100-103.

21 SAP Huelva 28 abril 2014 (Id Cendoj 21041370012014100142).

de no interpretarse así se daría carta de naturaleza y vigencia a una obligación extinguida legalmente.

Como las cantidades que recibió la demandada no fueron entregadas a sus hijos ni destinadas a sufragar alimentos se aprecia el enriquecimiento injusto.

En el mismo sentido, en aras a evitar el enriquecimiento injusto o sin causa, también condena a la devolución de pensiones alimenticias abonadas de forma indebida la SAP Madrid 06 julio 2011[22], que confirma la sentencia que declara extinguida la pensión de alimentos establecida en su día a favor de la hija, con efectos retroactivos desde la fecha en que fue emplazada, pues quedó probado que la madre, gestora de la pensión, no la había destinado a las necesidades de su hija, que era independiente económicamente, sin que dicho extremo se hubiera comunicado al padre.

La SAP Madrid 4 diciembre 2020[23] declara posible considerar en el procedimiento ejecutivo suspendida la obligación de alimentos del padre con quien pasó a vivir la hija, por ausencia de uno de los presupuestos determinantes de la contribución, a fin de evitar el enriquecimiento injusto de quien reclama la efectividad de una medida en ausencia de los condicionantes fácticos que dieron lugar a su regulación inicial, con el consiguiente empobrecimiento y perjuicio del alimentante.

El TS ha establecido que no puede obligarse a devolver ni en parte las pensiones percibidas, que se suponen consumidas en necesidades perentorias de la vida[24], pero en los casos expuestos no puede considerarse que esas pensiones fueran consumidas, pues los menores se encontraban ya con su padre o eran independientes cuando las percibió su madre, motivo por el que es posible su reclamación.

La percepción de pensión de alimentos por hijos mayores de edad que han negado a su padre la relación con ellos también supone una suerte de enriquecimiento injusto en quienes la reciben a costa de quien han alejado de sus vidas, privándole de trato o de cuestiones como conocer la evolución de sus estudios.

22 SAP Madrid 6 Julio 2011 (Id Cendoj 28079370242011100475).

23 SAP Madrid 4 diciembre 2020 (Id Cendoj 28079370222020100935).

24 Por todas, STS 29 septiembre 2016 (Id Cendoj 28079119912016100023), en cuyo FD Tercero se recoge: "La vieja sentencia de 18 de abril de 1913, que confirma la línea jurisprudencial de las sentencias de 30 de junio de 1885 y 26 de octubre de 1897, citadas en la de 24 de abril de 2015, vino a establecer que los alimentos no tienen efectos retroactivos, de suerte que no puede obligarse a devolver, ni en parte, las pensiones percibidas, por supuesto consumidas en necesidades perentorias de la vida".

El Alto Tribunal considera que es posible la extinción de la pensión de alimentos de hijos mayores de edad que se niegan a relacionarse con el progenitor alimentista[25]. El art. 152.4 CC dispone que cesa la obligación de dar alimentos cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a desheredación, precepto que ha de ser puesto en relación con el art. 853 CC, que prevé como causas para desheredar además de las señaladas en los apartados 2, 3, 5 y 6 del art. 756, el haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra.

La cuestión nuclear es si se puede recurrir a una interpretación flexible de las causas de desheredación conforme a la realidad social.

La Sala recuerda su propia doctrina sobre la obligación de prestar alimentos, basada en el principio de solidaridad familiar, fundamentado en el art. 39.1 CE, debiendo de interpretarse atendiendo a la realidad social del tiempo en que haya de ser aplicada. Cuando la solidaridad intergeneracional desaparece por haber incurrido un legitimario en alguna conducta reprobable prevista en la ley es lícita la privación, pues no es equitativo que quien renuncia a las relaciones familiares se vea después beneficiado por una institución jurídica con fundamento en esos vínculos parentales.

Ese argumento se extrapola en la interpretación flexible de la causa de extinción de la pensión de alimentos porque la solidaridad familiar e intergeneracional es la que late como fundamento de la pensión a favor de los hijos mayores de edad.

El enriquecimiento injusto también puede darse en los procedimientos de ejecución de pensiones de alimentos[26].

Pensemos en la situación del progenitor demandado que pagaba una pensión de alimentos establecida judicialmente y deja de pagar porque los hijos que residían con el otro miembro de la pareja pasan a hacerlo con él, o porque de una custodia monoparental se pasa a compartida sin interponer un procedimiento de modificación de medidas.

El demandado, únicamente, podrá oponerse a la demanda ejecutiva alegando el pago de la pensión, pues el art. 556.1 LEC no permite otra opción, si bien, algunos órganos judiciales han optado por admitir como instrumentos moderadores de ese rigor jurídico los institutos de la prohibición del abuso del derecho y del enriquecimiento sin causa.

25 STS 19 febrero 2019 (Id Cendoj 28079110112019100095).

26 Nevado Montero, J. J.: "La oposición a la ejecución de pensiones alimenticias. Referencia a la posibilidad de extinción de la pensión alimenticia en el procedimiento ejecutivo", *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 10 bis, 2019, pp. 736-745.

En los procedimientos de ejecución, el juzgador se encuentra ante un dilema, pues si aplica con rigor tanto el art. 556 LEC como el 18 LOPJ debe de desestimar la oposición a la ejecución, porque aunque se le invoquen circunstancias que serían susceptibles de llegar a buen puerto en un procedimiento de modificación de medidas (la extinción de la pensión de alimentos por nueva situación de guarda y custodia), no son causa de oposición, pero si tiene en cuenta los arts. 11 LOPJ y 7 CC, puede evitar una injusticia (enriquecimiento sin causa)[27].

En este último caso, cabe preguntarse si el juez puede simplemente suspender la ejecución o estimar la oposición, o puede en el procedimiento ejecutivo declarar la extinción de la pensión, modificando con ello una de las medidas establecidas en la sentencia que se ejecuta.

Una cuestión a ser tenida en cuenta es la posibilidad de que la suspensión de la ejecución de las pensiones alimenticias en el trámite de oposición a la ejecución al estimar que concurre abuso de derecho pueda perjudicar al progenitor cumplidor. Pensemos en el caso de un demandado que se opone a la ejecución alegando abuso de derecho. Si ese progenitor interpone una demanda de modificación de medidas, podría conseguir la declaración de la extinción de la pensión, con eficacia retroactiva, y si durante ese tiempo no ha pagado, nada se le podría pedir. Pero si hasta la resolución del procedimiento de modificación el progenitor hubiera seguido pagando, no se le podría devolver la cantidad que no debía haber satisfecho, pues como hemos indicado no pueden devolverse las pensiones alimenticias que se consideren consumidas.

Otra posibilidad de enriquecimiento sin causa deriva de los incumplimientos de los regímenes de visitas. Cuando un progenitor incumple el deber de tener a los menores en su compañía su patrimonio aumenta en tanto en cuanto no se va a gastar lo necesario para su atención, produciéndose el correlativo empobrecimiento en el otro, que los tendrá consigo cuando no le correspondía.

La reclamación de una cantidad pecuniaria por el empobrecimiento al haber hecho frente a las necesidades de los menores cuando no correspondía puede parecer ajena al derecho de familia, pues la imposición del pago de una cantidad de dinero por incumplir, no protege el interés del niño, siendo el inconveniente más claro que se puede pagar y seguir incumpliendo, cuando lo realmente deseable sería conseguir el cumplimiento de la obligación *in natura* (recoger al hijo), aunque

27 Resoluciones como el AAP Mérida 22 septiembre 2020 (Id Cendoj 06083370032020200345) entienden que cuando el alimentante ejerce su prestación teniendo a los menores en su compañía se produce un pago o cumplimiento es especie, y resulta posible admitir la oposición a la ejecución considerando que ha habido pluspetición, de lo contrario se produciría un enriquecimiento injusto. Y el AAP Valencia 20 julio 2020 (Id Cendoj 46250370102020200357) estima la oposición a la ejecución porque el padre asumió los gastos de los menores conviviendo con ellos, declarando el abuso de derecho, enriquecimiento injusto y ejercicio antisocial del derecho, por tratarse de un derecho aparente.

es cierto que la imposición de una indemnización por el incumplimiento puede ser una medida complementaria a aquellas que pretenden el restablecimiento del derecho, pues ejerce una labor disuasoria, que además repercute en el patrimonio de aquel cuyo derecho se ha visto vulnerado y no en las arcas públicas como en el caso de la multa coercitiva que puede imponerse en los procedimientos de ejecución de regímenes de visitas.

Estudiaremos el caso en que el progenitor no custodio incumple y no recoge a los menores cuando le corresponde una visita. En esa tesitura, cabe plantearse quien debe pagar los gastos de canguro que se haya tenido que contratar para cuidar a los niños o pagar sus alimentos[28].

En ocasiones no se plantea la demanda por la acción de enriquecimiento injusto sino por la vía de reclamación de daños y perjuicios derivada del art. 1902 CC. Esa responsabilidad es de carácter extracontractual, por lo que deberán de darse los requisitos establecidos en dicho precepto y que han sido definidos jurisprudencialmente: un comportamiento culposo, una acción u omisión que produzca un daño, y la existencia de un nexo causal entre el comportamiento y el daño.

Respecto a la indemnización de daños, existen resoluciones en ambos sentidos, así, la SAP Málaga 17 marzo 1999[29], compensa a la madre con una pensión indemnizatoria a pagar por el padre por cada fin de semana que incumpla y tengan que pasar con ella las horas nocturnas.

Moreno Velasco (2009)[30] considera que la indemnización de daños y perjuicios tendría su encaje en el art. 709.3 LEC, a cuyo tenor, además de multas coercitivas, pueden establecerse cualesquiera otras medidas que resulten idóneas para la satisfacción del ejecutante.

En contra de la indemnización por daños y perjuicios, la SAP Madrid 13 febrero 1998[31], considera inválido el pacto conyugal por el que se había acordado una compensación económica para la madre si al padre no le resultaba posible cumplir con el régimen de visitas. La AP considera que se confunden cuestiones personales y familiares (el régimen de comunicaciones y sus incidencias) con aspectos económicos que nada tienen que ver con los efectos provocados por el divorcio en los términos señalados en los arts. 90 y ss. CC, y no reconoce los

28 Moreno Velasco, V.: "La indemnización de daños y perjuicios por daños patrimoniales y morales derivados del incumplimiento del régimen de visitas", *Diario La Ley*, 2009, pp. 10-13.

29 SAP Málaga 17 marzo 1999 (Id Cendoj 29067370051999100107).

30 Moreno Velasco, V.: "La indemnización de daños y perjuicios por daños patrimoniales y morales derivados del incumplimiento del régimen de visitas", cit., p. 11.

31 SAP Madrid 13 febrero 1998 (Id Cendoj 28079370221998100524).

derechos de compensación mencionados en los singulares pactos habidos entre las partes, sin perjuicio de que en términos morales personales entre los esposos puedan privadamente llevarlos a cabo. Señala la imposibilidad de mercantilizar derechos y obligaciones de carácter personalísimo, y establece que llegado el caso de su incumplimiento o ejercicio, la solución se adoptará analizando las causas de tal dejación del derecho o deber para decidir mantener, restringir o suprimir el sistema de comunicaciones en días intersemanales, adoptando en su caso el juzgado cuantas medidas sean necesarias si la conducta de quien tiene establecido el régimen de visitas fuera contumaz y persistente, cuestiones que se resolverían en ejecución de sentencia.

También la SAP Murcia 30 enero 2001[32], desestima la indemnización, pues señala que se haya o no acreditado tal incumplimiento, es lo cierto, en su caso, que la consecuencia o efecto dimanante del mismo, no puede concretarse en una indemnización económica, sino que tales efectos sólo podrían tener incidencia en el ámbito de la patria potestad (supresión o privación de la misma) o en la modificación de tal régimen de visitas.

En el mismo sentido, la SAP Barcelona 25 febrero 2014[33], revoca la sentencia de instancia que establecía una pensión a pagar por el padre de 150 euros por cada fin de semana que tuviera que estar con su hija y no pudiera hacerlo, al considerar vulnerado el interés superior de la menor. La Sala no comparte las razones de la demanda inicial ni los argumentos de la sentencia de primera instancia, pues parten de la consideración de las visitas, estancias y relación de la hija con los progenitores como una carga, asimilable a una obligación de hacer respecto de propiedades comunes, cosas o semovientes, y establecen una especie de derecho/obligación de uso y mantenimiento y una correlativa obligación de indemnizar para el caso de que uno de los progenitores haya de sustituir al otro en las labores de tenencia de la menor. La Sentencia concluye que la obligación del padre de indemnizar a la madre por cada fin de semana que no pudiera tener a su hija es inapropiada y debe ser suprimida, debiendo ceder en estos casos los derechos de los progenitores ante los de los propios hijos.

En sentido contrario, el AAP Barcelona 14 junio 2005[34], concede a la madre el resarcimiento de los gastos por manutención de los menores y contratación de una canguro a consecuencia de los incumplimientos del padre, no habiéndose opuesto el demandado a la indemnización, sino sólo a su cuantía. Sobre los gastos de canguro, prescribe la sentencia que ha atendido y cuidado a los menores que debían haber estado con el padre según el régimen de visitas, y esos gastos han

32 SAP Murcia 30 enero 2001 (Id Cendoj 30030370012001100184).

33 SAP Barcelona 25 febrero 2014 (Id Cendoj 08019370122014100100).

34 AAP Barcelona 14 junio 2005 (Id Cendoj 08019370122005200147).

de ser soportados por el progenitor incumplidor, pues solo a él es imputable la necesidad de atender a los niños por la canguro, sobre todo cuando esa colaboración era necesaria por el trabajo de la madre y la imposibilidad de dejar todos los días a los menores bajo el cuidado de los abuelos maternos. Era, por tanto, un gasto ineludible y necesario, no caprichoso, que ha de ser imputado al padre a fin de paliar los perjuicios causados a la madre. Sobre los gastos de manutención, dice que la satisfacción por parte del padre de las prestaciones alimenticias de los menores en doce mensualidades, incluidos también los períodos vacacionales que están con el mismo, no puede evitar el deber de indemnizar los dispendios ocasionados por los hijos cuando debían estar con el padre, y entiende ponderados los gastos de manutención propiamente dicha y de restauración.

De Verda y Beamonte y Chaparro Matamoros (2012)[35] consideran adecuado el establecimiento de indemnizaciones por los incumplimientos de visitas, pues en contra de los razonamientos de las dos primeras sentencias comentadas aseveran que, aunque el art. 709 LEC prevé la posibilidad de imponer multas coercitivas a quien incumpla de forma reiterada el régimen de visitas, ello no excluye la reclamación de los gastos de carácter patrimonial que se hayan ocasionado al progenitor perjudicado, pues de lo contrario, se admitiría que las normas de derecho de familia constituyen un sistema cerrado y no permite la aplicación de normas o principios generales tendentes al resarcimiento, prejuicio carente de base legal.

Los autores afirman que nada obsta a que pueda reclamarse el resarcimiento de los daños sufridos mediante la aplicación del principio del enriquecimiento injusto, pues el progenitor que se hace cargo de los hijos en el período en que no deberían estar con él, puede sufrir un empobrecimiento que ocasiona un enriquecimiento en el incumplidor, el cual carecerá de causa, pues cada uno debe de hacer frente a la manutención según lo establecido en la sentencia que adopte las medidas paternofiliales.

Acepta el resarcimiento la SAP Valencia 27 febrero 2007[36], y ratifica la sentencia de instancia, en la que el juez modifica el régimen de visitas e introduce una cláusula del siguiente tenor: "Si el padre no tiene consigo a los hijos los fines de semana o los períodos vacacionales que le correspondan, serán de su cuenta los gastos a los que tenga que hacer frente la madre por contratar a una persona que le ayude a atender a sus hijos, en la parte proporcional que corresponda al período en que los hijos debieran estar con el padre, previa justificación documental de tales gastos".

35 De Verda y Beamonte, J.R. y Chaparro Matamoros, P.: "Responsabilidad por intromisión ilegítima en las relaciones entre padres e hijos", en De Verda y Beamonte, J. R. (coord.): *Responsabilidad Civil en el Ámbito de las Relaciones Familiares*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 358-362.

36 SAP Valencia 27 febrero 2007 (Id Cendoj 46250370102007100286).

En la alzada, la madre solicitó un aumento de la cuantía de la indemnización, a lo que no accede la Sala, pero no cuestiona la validez de la cláusula.

También, el AAP Madrid 22 marzo 2010[37], concede a la madre una indemnización por los incumplimientos del padre, que la obligan a inscribir a las menores en unas clases de minibásquet, contratadas con la finalidad de suplir las reiteradas ausencias del padre los martes y jueves, o por sus llegadas fuera de horario a recoger a las hijas, respondiendo, por ello, a una perentoria necesidad de la madre. En este caso, la madre articuló la reclamación del coste de las clases en una demanda de gastos extraordinarios, pero el juez concedió la indemnización en concepto de resarcimiento por daños y perjuicios. Sin embargo, la Sala resuelve que el supuesto encuentra encaje en el concepto de gastos extraordinarios, y condena al padre al pago del 50% del coste, aunque la realización del gasto fuera decidida de forma unilateral, pues la circunstancia que motiva el gasto es ajena a la voluntad de quien toma la decisión.

III. APLICACIÓN A LA ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR.

El concepto de vivienda familiar no está definido en nuestro ordenamiento, siendo una construcción jurisprudencial que entrelaza Derecho Público y Privado, y normas constitucionales (arts. 39.1 y 47), de derecho civil (arts. 70, 90, 91, 96, 103 y 1321 CC), o de derecho registral (arts. 91.1 y 144 LH).

Doctrinalmente se ha definido como el bien inmueble en que la unidad familiar, matrimonial o no matrimonial, y sus integrantes, unidos por vínculos de consanguinidad o afinidad, instala con vocación de permanencia y estabilidad su núcleo residencial principal para construir en torno al mismo un proyecto vital compartido y satisfacer sus necesidades habitacionales, domésticas y alimenticias, quedando afecta a un régimen jurídico sustantivo especial dada su relevante entidad, en cuanto a su disposición y gestión[38].

La decisión judicial sobre la atribución de la vivienda familiar puede realizarse desde la perspectiva estricta de la necesidad de residencia de los menores, o adoptando una visión más amplia, que la considere incluida en el elenco que comprende la obligación de alimentos[39]. La STS 14 abril 2011[40], establece respecto al art. 96 CC que: "el principio que aparece protegido en esta disposición es el del

37 AAP Madrid 22 marzo 2010 (Id Cendoj 28079370222010200092).

38 Gómez Linacero, A.: "Precario y comodato; diferencias y efectos frente a terceros del derecho de uso sobre la vivienda familiar cedida", *Actualidad Civil*, núm. 2, 2021.

39 Messía de la Cerda Ballesteros, J. A.: "Limitaciones a la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores", *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 6, 2015, pp. 117-128.

40 STS 14 abril 2011 (Id Cendoj 28079110012011100277).

interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación (art.142 CC)".

En ese sentido, algunas normativas autonómicas han contemplado que la atribución de la vivienda a uno de los progenitores y sus hijos formaría parte de la contribución alimenticia del otro miembro de la pareja[41], que vería compensada la privación de uso a que se ve sometido en la disminución de la cuantía de la pensión de alimentos, o debería tenerse en cuenta al fijar pensiones compensatorias[42].

Puede computarse el derecho de uso a efectos de fijar las pensiones que puedan resultar de la ruptura de la convivencia, y refiriéndonos a la pensión de alimentos para los hijos sería una prestación *in natura* del derecho de habitación, patrimonializando la asignación del uso de vivienda[43].

La opinión mayoritaria de la doctrina considera el derecho de uso una medida asistencial de protección de la familia de carácter temporal y circunstancial. Es un derecho personal de naturaleza alimenticia condicionado a la no alteración de las circunstancias contempladas en el momento del establecimiento y, no susceptible de disposición[44].

De Verda y Beamonte (2015) asevera que no se puede negar el reconocimiento del derecho de uso como derecho de naturaleza y rango real si la vivienda pertenece en propiedad a uno o ambos de los progenitores, pues se dan los elementos de los derechos reales interno (inmediatez) y externo (oponibilidad frente a terceros no protegidos por el art. 34 LH sin necesidad de inscripción en el Registro de la Propiedad)[45].

El derecho de uso de la vivienda familiar concedido judicialmente impone la prohibición de disponer para el no usuario, que necesitará el consentimiento del titular del uso (o en su defecto, autorización judicial) para realizar cualquier acto que pudiera considerarse de disposición[46].

41 Art. 6 de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven (BOE núm. 98, de 25 abril 2011), declarada inconstitucional y nula por STC 192/2016, de 16 de noviembre (BOE núm. 311, de 26 diciembre 2016).

42 Art. 81.2.d del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas (BOA núm. 67, de 29 marzo 2011).

43 Tamayo Carmona, J. A.: "El derecho de uso de la vivienda habitual de la familia: realidad normativa y perspectiva de futuro", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 19, 2015, pp. 264-291.

44 Añón Larrey, A.: "El derecho sobre la vivienda familiar establecido por acuerdo entre los cónyuges como derecho real de uso y habitación en los casos de crisis matrimonial", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 30, 2020, pp. 560-577.

45 De Verda y Beamonte, J. R. y Carapezza Figlia, G.: "El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 752, 2015, pp. 3412-3413.

46 Beltrá Cabello, C.: "Problemas surgidos en relación al uso de la vivienda conyugal tras la disolución del matrimonio", *Diario La Ley*, núm. 7962, 2012, pp. 1-3.

La limitación de disposición es oponible a terceros y por tanto inscribible en el Registro de la Propiedad[47].

Los efectos de la atribución si el bien es propiedad de un miembro de la pareja son severos, pues privan al titular de la posesión, y la eficacia *erga omnes* se comporta como un gravamen que bloquea el valor económico del bien impidiendo su enajenación libre de cargas. Esta situación provoca un empobrecimiento para el propietario y un enriquecimiento para el beneficiario de la atribución que posee una vivienda sin coste alguno[48].

La limitación la establece el art. 96 CC *in fine*, y se plasma en la normativa hipotecaria según la cual cuando la ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, será necesario para la inscripción de actos dispositivos sobre una vivienda perteneciente a uno sólo de los cónyuges que el disponente manifieste en la escritura que la vivienda no tiene aquel carácter (art. 91 LH).

A *sensu contrario* cabe afirmar que cuando el progenitor titular del derecho de uso atribuido judicialmente desnaturaliza ese derecho disponiendo de la vivienda para otros menesteres, por ejemplo, arrendando la vivienda familiar cuyo uso ostenta y marchando a residir a otra vivienda, se estaría produciendo un enriquecimiento injusto, pues obtendría la renta de arrendamiento para sí mientras al otro se le priva del uso.

En el Derecho Español existen mecanismos tanto para evitar el enriquecimiento injusto que supone la atribución al no titular como para reparar la disposición que puede realizar el beneficiario de la atribución.

En este último caso sería posible exigir una indemnización a quien dispuso de la vivienda familiar en concepto de responsabilidad civil extracontractual ex art. 1902 CC, y además, el acto de disposición unilateral daría lugar a una nulidad relativa o anulabilidad que se distingue de la general por dos rasgos: la declaración de nulidad debe solicitarse por aquel cuyo consentimiento se ha omitido, pudiendo el juez anular o autorizar el acto atendiendo al interés de la familia; y no es de aplicación ineludible lo establecido en el art. 1308 CC[49].

47 RDGRN de 10 de octubre de 2008, en el recurso interpuesto por Dª Carmen Redondo López, contra la negativa del registrador de la propiedad de Sevilla nº 5, a la cancelación de una anotación y a la inscripción de una atribución de uso de vivienda familiar.

48 Cuena Casas, M.: "El régimen jurídico de la vivienda familiar", en Cuena Casas, M. e Yzquierdo Tolsada (dirs.).: *Tratado de Derecho de Familia*, Aranzadi Thomson Reuters, vol. 3, Madrid, 2017, pp. 287-462.

49 Jerez Delgado, C.: "Disposición unilateral de la vivienda familiar: peculiaridades de la ineficacia y remedios alternativos", *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, 2018.

La cuestión está regulada de forma expresa en el art. 231-9 de la Ley 25/2010, de 25 de julio, del Libro II del Código Civil de Cataluña (CCCat), relativo a la persona y la familia; y lo estaba en el art. 18 de la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de régimen económico matrimonial valenciano (declarada inconstitucional por STC 82/2016, de 28 de abril).

Intentaba evitar el enriquecimiento a que hemos hecho mención la también derogada por STC 192/2016, de 16 de noviembre, Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, cuyo art. 6 fijaba una compensación por la pérdida de uso y disposición de la vivienda familiar a favor del progenitor titular o cotitular no adjudicatario, si la vivienda era privativa de éste o común, teniendo en cuenta para fijar la cuantía las rentas de alquileres de viviendas similares de la zona, compensación que podía ser computada en la pensión de alimentos si consentía quien tenía derecho a ella.

También al art. 233-20.7 CCCat señala que la atribución de uso de la vivienda, si pertenece en todo o parte al no beneficiario, ha de ponderarse como contribución en especie para la fijación de los alimentos de los hijos y la prestación compensatoria ara el otro cónyuge que pudiera devengarse.

Estas normas suponen una excepción a lo establecido en el art. 151 CC, porque se permite la compensación de los alimentos con la cesión del uso de la vivienda, si bien, Cuena Casas (2014) entiende que la posibilidad de computar el gasto de alojamiento a la pensión de alimentos se puede deducir del art. 142 CC[50].

En el mismo sentido, el Código Civil francés permite que el juez fije un arrendamiento forzoso del inmueble privativo de un miembro de la pareja cuando se atribuye su uso al otro[51].

IV. APLICACIÓN A LA RUPTURA DE UNIONES DE HECHO.

Uno de los ámbitos en que mayor aplicación ha encontrado la prohibición del enriquecimiento injusto es el de la ruptura de las uniones de hecho.

Cuando cesa la unión de hecho pueden surgir problemas, que en el orden patrimonial serían el reparto de los bienes comunes, el establecimiento de pensiones o indemnizaciones, o la atribución de la vivienda familiar.

La ruptura de una unión *more uxorio* produce efectos similares a los de una crisis matrimonial, pero el tratamiento no es idéntico, ya que la unión de hecho no

50 Cuena Casas, M.: "Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario", *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 2, 2014, pp. 9-39.

51 Cuena Casas, M.: "Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario", cit., p. 446.

es una situación equivalente al matrimonio. Así lo establece el TC desde la STC 185/1990, de 15 de noviembre, sobre la denegación de pensión de viudedad al conviviente viudo no casado, y el TS aseverando que la unión de hecho no tiene nada que ver con el matrimonio[52].

Ha sido la jurisprudencia la que se ha ocupado detenidamente del tema, resolviendo los casos concretos que han llegado a la jurisdicción, utilizando como primera opción la existencia de pactos concluidos al inicio o durante la convivencia que regulen los aspectos económicos de la unión o, en su defecto, afirmar la existencia de un patrimonio común derivado de una sociedad civil o comunidad de bienes, o aplicar una compensación económica por ruptura.

Desde la STS 12 septiembre 2005 el Alto Tribunal se decantó por la doctrina del enriquecimiento injusto como fundamento de la pensión o indemnización a favor de uno de los convivientes en caso de ruptura[53].

Los requisitos para su aplicación ya los hemos señalado: un enriquecimiento por uno de los convivientes; el correlativo empobrecimiento del otro; la conexión causal entre enriquecimiento y empobrecimiento; y la falta de causa o justificación del enriquecimiento.

La STS 15 enero 2018[54], con cita de resoluciones anteriores, excluye la aplicación analógica de las normas reguladoras del matrimonio, no descartando como cláusula de cierre acudir al principio de prohibición del enriquecimiento injusto, que ha sido empleado tanto en la liquidación de relaciones patrimoniales entre los miembros de una pareja no matrimonial como para el reconocimiento de una pensión compensatoria[55].

En la STS 24 junio 2020[56], se reconoce la existencia de un enriquecimiento que sí que genera la obligación de resarcir, y que tiene su origen en la disposición de dinero común para adquirir un local cuyo titular es únicamente el marido. Concede la restitución porque el trasvase económico-patrimonial no responde a ningún negocio jurídico o relación jurídico-obligatoria que pueda causalizarlo funcionalmente y que hubiera aflorado en el proceso, ni a ningún imperativo legal, tratándose de un desplazamiento patrimonial carente de justificación o razón jurídica, que genera el derecho a exigir la restitución correspondiente

52 STS 12 septiembre 2005 (Id Cendoj 28079110012005100685). Recurren a esta resolución muchas sentencias posteriores que reproducen sus fundamentos, por ejemplo, la SAP Pontevedra 10 noviembre 2020 (Id Cendoj 36038370012020100630), o la SAP Madrid 30 julio 2020 (Id Cendoj 28079370082020100267).

53 López Jara, M.: "Efectos patrimoniales ruptura pareja de hecho", *La Ley Derecho de Familia*, núm. 19, 2018.

54 STS 15 enero 2018 (Id Cendoj 28079119912018100001).

55 Aznar Domingo, A. y Gándara Tomé, C.: "Controversias jurídicas de la pensión de alimentos y la pensión compensatoria en el Derecho Civil", *Actualidad Civil*, núm. 2, 2021.

56 STS 24 junio 2020 (Id Cendoj 28079110012020100325).

para restablecer el equilibrio patrimonial quebrado por la regla que prohíbe el enriquecimiento sin causa.

De Verda y Beamonte (2019)[57] se pronuncia a favor de acudir de forma directa al principio de prohibición del enriquecimiento injusto, pues desde el punto de vista práctico ello hace innecesaria la aplicación, aunque fuera analógica del art. 1438 CC, aunque teóricamente, al igual que los convivientes podrían pactar la constitución de una comunidad de ganancias y remitir la liquidación a sus normas, sería posible el acuerdo de someter al art. 1438 CC la liquidación de las relaciones, si bien, el resultado no será muy diferente al de la aplicación del enriquecimiento injusto.

La aplicación del principio no se daría si quien lo pretende no ha recibido salario por su dedicación al hogar, pero sí otras compensaciones que excluyan el empobrecimiento.

En las normativas forales al respecto se recogen compensaciones en el caso de rupturas de uniones de hecho.

El Código de Derecho Foral de Aragón (art. 310.1)[58] prevé una compensación económica en caso de extinción por causa distinta a la muerte para el conviviente perjudicado si la convivencia ha supuesto una desigualdad económica que implique un enriquecimiento injusto, si se ha contribuido a la adquisición o mejora de bienes comunes o privativos del otro o se ha dedicado al cuidado del hogar o trabajado para el otro miembro sin retribución o siendo ésta insuficiente.

Esa norma puede ser inconstitucional al igual que ocurría con preceptos de la Ley Navarra[59], pues imponen a los convivientes un estado civil paramatrimonial aunque no sea su voluntad someterse a él[60].

57 De Verda y Beamonte, J. R.: "Pactos de carácter patrimonial en las uniones de hecho: un estudio de la cuestión desde la perspectiva jurídica española", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 11, 2019, pp. 12-63.

58 Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas (BOA núm 67, de 29 marzo 2011).

59 Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables. Art. 5.5: "En defecto de pacto, cuando la convivencia cesa en vida de los dos convivientes, aquel que, sin retribución o con retribución insuficiente, haya trabajado para el hogar común o para el otro conviviente, tiene derecho a recibir una compensación económica en caso de que se haya generado por este motivo una situación de desigualdad entre el patrimonio de ambos que implique un enriquecimiento injusto".

60 De Verda y Beamonte, J. R.: "Pactos de carácter patrimonial en las uniones de hecho: un estudio de la cuestión desde la perspectiva jurídica española", cit., p. 49.

Las leyes balear[61] y vasca[62], por el contrario, establecen la posibilidad de la compensación, pero únicamente se aplican a quien voluntariamente acepta someterse a ellas mediante su inscripción en un registro.

De Verda y Beamonte y Chaparro Matamoros (2012)[63] aseveran que la restricción de las normativas aragonesa, navarra y balear que imponen que la ruptura de la unión de hecho sea por causas distintas a la defunción de uno de los integrantes para poder reclamar la compensación por enriquecimiento injusto tiene poco fundamento.

V. CONCLUSIONES.

La acción de enriquecimiento injusto es aplicable al derecho de familia. Es una acción de carácter personal y sujeta al plazo de prescripción de cinco años, que podrá utilizarse de forma subsidiaria si no existe otra específica.

En materia de pensiones alimenticias la acción de enriquecimiento injusto se admite para reclamar pagos satisfechos cuando el alimentante se ha hecho cargo de los menores, y puede servir de fundamento para la oposición a la ejecución de pensiones alimenticias.

Resulta de aplicación para reclamar gastos de atención de los menores a que tenga que hacer frente un progenitor por el incumplimiento del régimen de visitas del otro, cuestión que también puede resolverse por la vía de la reclamación de responsabilidad civil del art. 1902 CC.

En determinadas circunstancias, cuando la vivienda familiar se atribuye al miembro de la pareja no titular, el empobrecimiento que supone para el otro puede tenerse en cuenta al fijar las pensiones de alimentos a favor de los menores.

61 Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables de las Illes Balears (BOE núm. 14, de 16 de enero de 2002). Art. 9.2: "Efectos de la extinción en vida: El conviviente perjudicado puede reclamar una compensación económica cuando la convivencia haya supuesto una situación de desigualdad patrimonial entre ambos miembros de la pareja que implique un enriquecimiento injusto y se haya dado uno de los siguientes supuestos: a) Que el conviviente haya contribuido económicamente o con su trabajo a la adquisición, conservación o mejora de cualquiera de los bienes comunes o privativos del otro miembro de la pareja. b) Que el conviviente se haya dedicado con exclusividad o de forma principal a la realización de trabajo para la familia".

62 La Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho del País Vasco (BOE núm. 284, de 25 de noviembre de 2011).Art. 6.2, permite pactar como efecto del cese de la unión una compensación económica a favor del miembro de la pareja que, sin retribución o con retribución insuficiente, haya trabajado para el hogar común o para el otro miembro, en el caso de que se haya generado por este motivo una situación de desigualdad entre el patrimonio de ambos que implique un enriquecimiento injusto.

63 De Verda y Beamonte, J. R. y Chaparro Matamoros, P.: "Efectos económicos derivados de la Ruptura de Uniones de Hecho", en De Verda y Beamonte, J. R. (coord.): *Responsabilidad Civil en el Ámbito de las Relaciones Familiares*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 297-336.

También puede reclamarse por la acción de enriquecimiento injusto el uso de la vivienda familiar para otros menesteres que desnaturalicen la atribución (por ejemplo, para arrendarla).

En la ruptura de las parejas de hecho no resultan de aplicación las normas reguladoras del matrimonio, pero se puede invocar el principio de prohibición del enriquecimiento injusto tanto en la liquidación de relaciones patrimoniales entre convivientes como para obtener compensaciones.

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, M.: *Curso de Derecho Civil*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997.

AÑÓN LARREY, A.: "El derecho sobre la vivienda familiar establecido por acuerdo entre los cónyuges como derecho real de uso y habitación en los casos de crisis matrimonial", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 30, 2020.

AZNAR DOMINGO, A. y GÁNDARA TOMÉ, C.: "Controversias jurídicas de la pensión de alimentos y la pensión compensatoria en el Derecho Civil", *Actualidad Civil*, núm. 2, 2021.

BASOZÁBAL ARRÚE, X.: La subsidiariedad de la acción de enriquecimiento injustificado: pautas para salir de un atolladero, *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, núm. 2, 2019.

BELTRÁ CABELLO, C.: "Problemas surgidos en relación al uso de la vivienda conyugal tras la disolución del matrimonio", *Diario La Ley*, núm. 7962, 2012.

CUENA CASAS, M.:

"El régimen jurídico de la vivienda familiar", en CUENA CASAS, M. e YZQUIERDO TOLSADA (dirs.).: *Tratado de Derecho de Familia*, Aranzadi Thomson Reuters, vol. 3, Madrid, 2017.

"Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario", *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 2, 2014.

DE LA CÁMARA, M. y DÍEZ PICAZO, L.: *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Civitas, Madrid, 1988.

DE VERDA y BEAMONTE, J. R.: "Pactos de carácter patrimonial en las uniones de hecho: un estudio de la cuestión desde la perspectiva jurídica española", *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 11, 2019.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CARAPEZZA FIGLIA, G.: "El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 752, 2015.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CHAPARRO MATAMOROS, P.:

"Efectos económicos derivados de la Ruptura de Uniones de Hecho", en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (coord.): *Responsabilidad Civil en el Ámbito de las Relaciones Familiares*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012.

"Responsabilidad civil por incumplimiento de la promesa de matrimonio", en De Verda y Beamonte, J. R. (coord.): *Responsabilidad Civil en el Ámbito de las Relaciones Familiares*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012.

"Responsabilidad por intromisión ilegítima en las relaciones entre padres e hijos", en De Verda y Beamonte, J. R. (coord.): *Responsabilidad Civil en el Ámbito de las Relaciones Familiares*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012.

Esteve González, L.: "Proyección en el sector del derecho aplicable de las distintas concepciones del enriquecimiento sin causa", *Anuario de Derecho civil*, vol. 53, núm. 2, 2000.

Gómez Linacero, A.: "Precario y comodato; diferencias y efectos frente a terceros del derecho de uso sobre la vivienda familiar cedida", *Actualidad Civil*, núm. 2, 2021.

Jerez Delgado, C.: "Disposición unilateral de la vivienda familiar: peculiaridades de la ineficacia y remedios alternativos", *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, 2018.

Lacruz Berdejo, J. L.: "Notas sobre el enriquecimiento sin causa", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm 472, 1969.

Lasarte Álvarez, C.: *Principios de Derecho Civil. Tomo III: obligaciones y contratos,* Marcial Pons, Madrid, 2018.

López Jara, M.: "Efectos patrimoniales ruptura pareja de hecho", *La Ley Derecho de Familia*, núm. 19, 2018.

Messía de la Cerda Ballesteros, J. A.: "Limitaciones a la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores", *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 6, 2015.

Moreno Velasco, V.: "La indemnización de daños y perjuicios por daños patrimoniales y morales derivados del incumplimiento del régimen de visitas", *Diario La Ley*, 2009.

Nevado Montero, J. J.: "La oposición a la ejecución de pensiones alimenticias. Referencia a la posibilidad de extinción de la pensión alimenticia en el procedimiento ejecutivo", *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 10 bis, 2019.

Tamayo Carmona, J. A.: "El derecho de uso de la vivienda habitual de la familia: realidad normativa y perspectiva de futuro", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 19, 2015.

ZUMAQUERO GIL, L.: "El enriquecimiento injustificado en el Derecho Privado Europeo", *InDret: Revista para el análisis del derecho*, 2017.

LA AUTONOMIA PROGRESIVA DEL NIÑO EN LOS PROCESOS DE CUIDADO Y CUSTODIA: COMPRENSIÓN DEL CASO COLOMBIANO

THE PROGRESSIVE AUTONOMY OF THE CHILD IN THE CUSTODY PROCESS: UNDERSTANDING FROM THE COLOMBIAN CASE

Rev. Boliv. de Derecho Nº 32, julio 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 214-235

Esperanza
CASTILLO
YARA

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de marzo de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 30 de abril de 2021

RESUMEN: La posibilidad de participación de los menores de edad en los asuntos que les afectan es una dimensión de la autonomía progresiva; por eso, los procesos de guarda y custodia plantean un especial interés, particularmente si se opta por una custodia compartida. El estudio de los instrumentos internacionales, la jurisprudencia y la doctrina permiten una aproximación a los avances en la materia y las tareas que quedan aún pendientes.

PALABRAS CLAVE: Interés superior del niño; derecho a ser escuchado; custodia compartida.

ABSTRACT: *The possibility of child participation in matters affecting them is a dimension of progressive autonomy; therefore, custody processes are of special interest, particularly if joint custody is chosen. The study of international instruments, jurisprudence and doctrine allow an approximation to progress in the issue and the tasks that remain to be.*

KEY WORDS: *Best interest of the child; joint custody; right to be heard.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II AMPLIO RECONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.- III. EL DERECHO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES A SER ESCUCHADOS.- IV LA FIGURA DE LA CUSTODIA COMPARTIDA.- V. LA AUTONOMÍA PROGRESIVA EN LA CUSTODIA COMPARTIDA.- VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

El Ordenamiento jurídico colombiano resalta la condición del niño como sujeto de derechos, ser humano con dignidad y con autonomía progresiva en la evolución de sus capacidades. La ley de la Infancia y la Adolescencia guarda concordancia con la Convención sobre los Derechos del niño, consagrando especialmente su derecho a ser escuchados y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta. En el mismo sentido, la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia -órganos de cierre de las jurisdicciones constitucional y ordinaria-, señalan que son aspectos fundamentales en los procesos en que se discute el cuidado y custodia, por una parte, las responsabilidades de los padres -en lugar de potestades para con sus hijos-, y, por otra, la capacidad de autodeterminación del niño en consonancia a su autonomía.

Recientemente, la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia han reconocido que la custodia compartida debe ser el régimen a adoptar como regla general; parámetro de especial relevancia, su determinación implica que se tengan en cuenta los intereses de los niños y adolescentes involucrados. Así las cosas, en el presente trabajo nos proponemos analizar cómo ha evolucionado la consideración de la autonomía progresiva del niño en los procesos de cuidado y custodia en Colombia, prestando especial atención a su incidencia en el establecimiento de un sistema de custodia compartida. En este ámbito, ocupará un papel protagonista el estudio de los pronunciamientos de las Altas Cortes. Finalizaremos, resaltando los retos que afrontan las instituciones, para que la regulación de la infancia y la adolescencia resulte más efectiva y los elementos que la capacidad de ejercicio progresiva debe reunir para garantizar los derechos de los menores de edad, especialmente, ante la nueva concepción de custodia en Colombia.

• Esperanza Castillo Yara
Estudiante de Doctorado en Derecho Privado de la Universidad de Salamanca, Investigadora del grupo Zoon Politikon de la Universidad de Ibagué. ORCID iD 0000-0003-0970-4269. esperanzacy@gmail.com

II. AMPLIO RECONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.

El principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes cuenta con un amplio reconocimiento, tanto a nivel internacional[1] como a nivel interno. Ha sido descrito de manera general, como una protección especial de la que gozan los menores de edad y que se direcciona a garantizar su adecuado desarrollo físico, psicológico y social. Esta prerrogativa debe ser analizada desde la realidad particular que afronta cada niño y adolescente; deben examinarse, por consiguiente, las condiciones fácticas y jurídicas en que se encuentran inmersos.

En el plano internacional, el interés superior del menor fue reconocido como principio en la Declaración de los Derechos del niño de 1959, al establecer que: "El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a la que se atenderá será el interés superior del niño"[2].

En el interés superior del menor incide también la Convención sobre los Derechos del Niño, cuyo art. 3 párrafo 1 determina: "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño". De esta forma, se asigna a los Estados y a los particulares el deber de salvaguardar los intereses de los menores de edad en cualquier situación.

Las observaciones del Comité de los Derechos del Niño no son parte integrante del bloque de constitucionalidad colombiano; sin embargo, a efectos de este estudio constituyen también un importante referente. Así, por ejemplo, cabe destacar la observación general No. 14, en la que el Comité define la expresión "interés superior del niño" como uno de los principios generales de la convención y un concepto dinámico, con tres dimensiones -un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo fundamental y una norma de procedimiento-, que deben valorarse en cada contexto y situación jurídica concreta.

1 Rivera Álvarez, J. M.: "Responsabilidad parental y los derechos de los niños o adolescentes", en AA.VV.: *Protección de menores y trabajo social un análisis comparado entre España y Portugal* (coord. por Ferreira, J. M. y Ruiz-Calderón, M. S.), Dykinson, S.L., Madrid, 2018, p. 34. Ahonda cómo en el campo internacional, se ha dado un movimiento legislativo por el reconocimiento y desarrollo de los derechos de los niños que logra concretarse a mediados del siglo XX, de cara a constituciones modernas que ofrecen normas tradicionales de protección a la familia.

2 Declaración de los Derechos del Niño (1959), Principio II.

Según el Comité su consideración como derecho sustantivo significa que "el derecho del niño sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general"; como principio jurídico interpretativo fundamental, implica que, "si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño"; y como norma de procedimiento, supone que "siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados"[3].

En esta observación general, el Comité se pronunció también sobre la evaluación del interés superior como una actividad en la que deben tenerse en cuenta las circunstancias concretas de cada niño, y se refirió a siete elementos básicos: la opinión del niño, la identidad del niño, la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones, el cuidado, la protección y la seguridad del niño, situación de vulnerabilidad, el derecho del niño a la salud, el derecho del niño a la educación. Elementos que pueden variar su importancia, dependiendo del tipo de decisión que se discuta y en función de que guarde mayor relación con el interés superior.

En el Ordenamiento jurídico colombiano, el art. 44 de la Constitución establece los derechos fundamentales de los niños, dentro de los cuales destacan: "tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y el amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión". Refiriéndose expresamente a los adolescentes, el art. 45 reconoce su derecho a "la protección y formación integral". Estas disposiciones imponen a la familia, la sociedad y el Estado obligaciones en favor de los niños y adolescentes. Respecto a los niños, les impone la obligación de asistirles y protegerles para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos; frente a los adolescentes, debe garantizarse su participación activa en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud.

El constituyente otorgó un énfasis particular en la forma en que el interés superior del menor vincula a todos los poderes del Estado. Como pone de relieve Escudero Alzáte, el Estado adquiere -efectivamente- "una mayor responsabilidad cuando la afectación del menor resulta de una decisión tomada por una de sus

3 Comité de los Derechos del Niño. Observación General No. 14 en: https://www.unicef.org/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf, consultado el 29/nov/2020.

autoridades. A la luz de los antecedentes de su propio texto, es claro que los derechos del niño y los correlativos deberes de la familia, la sociedad y el Estado, reciben en la Constitución un notorio reforzamiento institucional"[4].

El Código de la Infancia y la Adolescencia, aprobado por la Ley 1098/ 2006, incorporó expresamente el principio del interés superior del menor. Su art. 8 dispone que "Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes"; el art. 9, por su parte, establece que "En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona. En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente".

La Corte Constitucional Colombiana considera que los niños cuentan con los mismos derechos que los adultos; ahora bien, dichos derechos se encuentran bajo ciertas prerrogativas especiales por el hecho de no haber alcanzado la mayoría de edad. El referido tribunal se ha pronunciado en múltiples ocasiones sobre el principio del interés superior de los niños y ha concluido que implica reconocer en favor de estos "un trato preferente de parte de la familia, la sociedad y el Estado, procurando que se garantice siempre su desarrollo armónico e integral"[5].

En la sentencia T-510-03 de 19 de junio de 2003, la Corte Constitucional explica qué significa que los niños sean titulares de derechos prevalentes e intereses superiores en los siguientes términos: "el interés superior del menor no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formular reglas generales de aplicación mecánica. Al contrario: el contenido de dicho interés, que es de naturaleza real y relacional, sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal"[6].

4 Escudero Alzáte, M.C. Procedimiento de Familia y del menor, 2019, Uniacademia Leyer, Bogotá, p. 1068.

5 C. Constitucional Sentencia T-259-18 Julio 6 de 2018. En https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-259-18.htm, consultado el 29/feb/2020, también en C Constitucional Sentencia C-683-15 noviembre 4 de 2015, Sentencia C-262-16 mayo 18 de 2016.

6 C. Constitucional Sentencia T-510-03. Jun 19 de 2003 En https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/t-510-03.htm, consultado el 29/feb/2020

En dicha Sentencia, el alto Tribunal hace referencia también a los parámetros generales que pueden adoptarse como criterios orientadores en el análisis de los casos individuales: i) las consideraciones fácticas, que hacen referencia a las condiciones específicas del caso, visto en su totalidad y no atendiendo a aspectos aislados; y ii) las consideraciones jurídicas, esto es, los parámetros y criterios establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar infantil. Dentro de estos últimos, resaltó como relevantes: i) Garantía del desarrollo integral del menor, ii) Garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor, iii) Protección del menor frente a riesgos prohibidos, (iv) Equilibrio con los derechos de los padres, (v) Provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor, (vi) Necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno/materno - filiales.

A tenor de lo expuesto, la categoría de sujeto fundamental de los niños y adolescentes, merecedores de un tratamiento especial por parte de la familia, la sociedad y el Estado, deriva en una protección normativa que brinda el orden jurídico. Se trata de un proteccionismo con fundamento en la Convención sobre los Derechos del Niño. No obstante, dicho proteccionismo "pone en tensión dos tendencias en la forma de interpretar los derechos de los niños"; no en vano," la protección del interés (superior) del niño parece conectar con una base paternalista (la defensa no solo frente a las acciones u omisiones de terceros, sino también frente a sí mismo)"; la participación, en cambio, conecta "directamente con el valor fundamental de la libertad (de tomar parte, en la medida de lo posible, en la toma de decisiones)"[7].

III. EL DERECHO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES A SER ESCUCHADOS.

El derecho a ser escuchado es protegido en el plano internacional por distintos instrumentos. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone en el art. 14: "Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil". De igual forma, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el art. 8, numeral 1, consagra que "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la

7 Así lo pone de relieve Gaitán Muñoz, L.: "Los derechos humanos de los niños ciudadanía más allá de las "3Ps"", *Sociedad e Infancias*, núm. 2, 2018, p. 23.

determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".

Tratándose de los menores, hemos de tener en cuenta, en el ámbito internacional, el art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño que prevé que se debe garantizar al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan, teniéndose debidamente en cuenta su opinión, en función de la edad y madurez, para lo cual se le dará la oportunidad de ser escuchado. Y en el nacional, el art. 26 de la Ley 1098/2006 sigue los pasos de la Convención y determina que, "en toda actuación administrativa, judicial o de cualquier otra naturaleza en que estén involucrados, los niños, las niñas y los adolescentes, tendrán derecho a ser escuchados y sus opiniones deberán ser tenidas en cuenta".

La jurisprudencia colombiana, por su parte, ha acudido de forma reiterada a las interpretaciones del Comité de los Derechos del Niño en respaldo de sus decisiones. A modo de ilustración cabe traer a colación la sentencia T-844-11 de noviembre 8 de 2011 de la Corte Constitucional Colombiana en la que, haciéndose eco de la Observación General No. 12, señalaba que "el derecho de los niños a ser escuchados los reconoce como plenos sujetos de derechos, independientemente de que carezcan de la autonomía de los adultos; además, que se debe partir del supuesto de que el niño, niña o adolescente tiene capacidad para formarse su propio juicio respecto de los asuntos que afectan su vida"[8]. Y puntualizaba que del art. 12 de la Convención no se desprende que la edad en sí misma determine la trascendencia de la opinión que emiten los menores de 18 años, pues en muchos casos su nivel de comprensión de todo cuanto lo rodea no está ligado a su edad biológica.

Posteriormente, en su sentencia T-276-12 de abril 11 de 2012, tomando nuevamente como punto de referencia la Observación General No. 12 del Comité, precisó que el derecho de los niños a ser escuchados comprende las siguientes obligaciones en cabeza del Estado: "(i) garantizar que el niño sea oído en los procesos judiciales y administrativos que lo afecten y que sus opiniones sean debidamente tenidas en cuenta; (ii) ofrecer protección al niño cuando no desee ejercer el derecho; (iii) ofrecer garantías al niño para que pueda manifestar su opinión con libertad; (iv) brindar información y asesoría al niño para que pueda tomar decisiones que favorezcan su interés superior; (v) interpretar todas las disposiciones de la Convención de conformidad con este derecho; y (vi) evaluar la capacidad del niño de formarse una opinión autónoma, lo que significa que los estados no pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus

8 C. Constitucional Sentencia T-844-11 Noviembre 8 de 2011 En https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-844-11.htm, consultado el 29/feb/2020

opiniones, sino que en cada caso se debe evaluar tal capacidad, evaluación en la que la edad no puede ser el único elemento de juicio; entre otras"[9].

En la sentencia T-955-13 de diciembre 19 de 2013, la Corte Constitucional recordó la interpretación realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile, sobre el derecho de los niños a ser escuchados e identificó las premisas fundamentales que se derivan de esta prerrogativa, en los términos que siguen: "- Los niños son capaces de expresar sus opiniones; - No es necesario que los niños conozcan de manera exhaustiva todos los aspectos de un asunto que los afecte, basta con una comprensión que les permita formarse un juicio propio; - Los niños deben poder expresar sus opiniones sin presión y escoger si quieren ejercer el derecho a ser escuchados; - Quienes van a escuchar al niño, así como sus padres o tutores, deben informarle el asunto y las posibles decisiones que pueden adoptarse como consecuencia del ejercicio de su derecho; - Se debe evaluar la capacidad del niño o niña, para tener en cuenta sus opiniones y comunicarle la influencia de éstas en el resultado del proceso; - La madurez de los niños debe establecerse a partir de su capacidad para expresar sus opiniones de forma razonable e independiente"[10].

En un pronunciamiento más reciente, sentencia T- 259-18 de julio 6 de 2018, la Corte Constitucional concluye que el derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser escuchados es un componente esencial del principio del interés superior del menor. Dice textualmente: "En definitiva, el interés superior de los niños, niñas y adolescentes se traduce en la efectividad de numerosas garantías en favor de estos, dentro de las cuales se encuentra el derecho a ser escuchados, a formarse su propio juicio y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta en todas las decisiones que los afecten o los involucren"[11]. Tal fundamento se encuentra en consonancia con la interpretación del Comité de los Derecho del niño, pues para una correcta aplicación del principio del interés superior, no deben pasarse por alto los componentes del art. 12 de la Convención.

IV. LA FIGURA DE LA CUSTODIA COMPARTIDA.

En Colombia, durante largo tiempo, se ha debatido si la custodia de los hijos podía compartirse entre los progenitores que se encuentran separados. Los jueces de familia optaban principalmente por otorgar la guarda y custodia únicamente a uno de los dos progenitores y concedía al otro, un régimen de visitas. Igual

9 C. Constitucional Sentencia T-276-12. Abril 11 de 2012 En: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-276-12.htm, consultado el 29/nov/2020

10 C. Constitucional Sentencia T-955-13. Diciembre 19 de 2013 En: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-955-13.htm, consultado el 29/nov/2020

11 C. Constitucional Sentencia T- 259-18. Julio 6 de 2018 En https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-259-18.htm, consultado el 29/nov/2020

derrotero seguía la doctrina. Parra Benítez advertía, por ejemplo, que "la custodia suponía examinar los criterios para asignar los cuidados personales a uno solo de los padres -a quien proporcionara seguridad, bienestar y desarrollo armónico e integral al menor-; por tanto, las visitas se convertían en una institución correlativa y complementaria de la custodia. Cuando los padres estaban separados, entonces uno tiene la custodia y el otro el derecho de visitas."[12]

Sin embargo, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia Colombiana, en Sentencia STC12085-2018 de septiembre 18 de 2018, admite la posibilidad de que la custodia compartida sea la regla general y no la excepción; dicha fórmula es perfectamente aplicable conforme a la normativa interna y resulta acorde con lo señalado en torno al principio del interés superior del niño. El órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria señala que: "si bien la custodia compartida de los menores surge, en la mayoría de casos, a partir de la separación de los padres, la que en algunas ocasiones va aparejada de la inexistencia de domicilios comunes debe privilegiarse el vínculo familiar para con los niños, el apoyo y el amor necesario para su crecimiento, así como la posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos ascendientes, razón por la que en aras del interés superior el menor se puede otra por un sistema alterno para con los infantes , en punto al tiempo y los lugares de residencia con cada uno de los progenitores, en tanto como el padre y la madre cuenten con las capacidades físicas y psicológicas para establecer una relación directa con ellos y garantizar las prerrogativas y necesidades del infante, siempre que éste encuentre allí un lugar idóneo para potencializar la construcción de su ser, y sin perjuicio de las reglas sobre regulación de visitas y la obligación alimentaria respectiva a fin de no desestabilizar al menor"[13].

La Corte Suprema de Justicia aclaró que no se trata de la imposición de un régimen de custodia compartida, sino de exponer una regla general que debe seguirse para que niños y adolescentes puedan crecer rodeados del mayor contacto, amor y orientación de ambos padres. Esto no significa que la custodia monoparental no pueda otorgarse; se determinará a favor de uno de los padres, cuando con ella se procure la efectiva garantía de los derechos de los hijos y en consideración al interés superior.

La Corte Constitucional Colombiana mediante las Sentencias T-384-18 de septiembre 20 de 2018 y T-443-18 noviembre 13 de 2018 adopta un criterio semejante al de la Corte Suprema de Justicia. Coincide en que los acuerdos de custodia compartida, deben convertirse en la regla general incluso cuando no se logra un acuerdo previo entre los progenitores y que no significa que la jurisdicción

12 Parra Benítez, J.: *Derecho de familia segunda edición*, Temis, Bogotá, 2018, p. 549.

13 CS de J 18 septiembre 2018. STC12085-2018. En http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2018/09/STC12085-2018.pdf, consultado el 29/nov/2020

tenga que adoptarla en toda circunstancia; los administradores de justicia deberán examinar las circunstancias del caso para decidir qué tipo de custodia -compartida o no- puede ser aplicable, de conformidad con las reglas de la sana crítica.

Los pilares principales empleados por la Corte Constitucional para fundamentar el establecimiento del régimen de custodia compartida son: El principio de corresponsabilidad parental, el principio de igualdad parental y el derecho a la coparentalidad de los menores. Respecto de éste último pilar, se presentan a continuación las pautas que las autoridades judiciales y administrativas deben tener en cuenta para atribuir la custodia:

"i). Escuchar y tener en cuenta la opinión de los menores en lo relacionado con la definición de su custodia y cuidado personal, según su edad y nivel de madurez, en tanto son sujetos de derechos; ii). La edad de los hijos comunes; iii). El ejercicio de la custodia compartida debe aparejar una continuidad, una estabilidad en los cuidados personales y un bienestar relacional e integral para los menores; iv).La interacción e interrelación del menor con sus figuras paternas; v). El lugar donde estará el menor; vi). El tiempo que el menor estará bajo el cuidado de cada progenitor; vii). El ajuste del menor al hogar familiar, la escuela y la comunidad; viii). La salud física y mental de los progenitores; ix). La convivencia con el menor trae implícito que el progenitor que se encuentra bajo su cargo deba asumir los gastos económicos como brindar vivienda, alimentación y recreación durante los días que aquel permanezca en su residencia"[14].

De igual forma, la Corte Constitucional plantea una relación directa entre la atribución de la custodia y el principio del interés superior, al considerar que "en el curso de los procesos en los cuales debe decidirse sobre la custodia y el cuidado personal de los niños, la autoridad administrativa o el juez competente debe propiciar entre las partes la celebración de acuerdos de custodia compartida, si ello se reporta en beneficio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes. Incluso, si a pesar de no lograrse dicho acuerdo, la autoridad al evaluar el material probatorio en su conjunto, advierte del contexto familiar que ambas partes son idóneas para ejercer la custodia y el cuidado personal de los niños menores de edad, debe centrarse en fijar la custodia compartida y el cuidado personal a ambas partes para proteger los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia, al cuidado y al amor, siempre con miras a garantizar el interés superior del menor de edad"[15].

14 C. Constitucional Sentencia T-384-18 Septiembre 20 de 2018 En https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-384-18.htm, consultado el 29/nov/2020.

15 C. Constitucional Sentencia T-443-18, noviembre 13 de 2018. En https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-443-18.htm, consultado el 29/nov/2020.

Así las cosas, el Ordenamiento jurídico interno no consagra disposición normativa referente a la custodia compartida, pero los órganos jurisdiccionales de cierre a través de su jurisprudencia la establecieron como regla general. Cuestión que marca un nuevo camino en el derecho de familia, por lo cual no se debe perder de vista la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Parece claro, tal como se plantea en España por Guillarte Martín-Calero, que "en el supuesto concreto, de la prueba que obra en poder del juez resulta que uno de los progenitores no es apto para la función de guarda, deberá optarse por el modelo de custodia exclusiva con el correlativo régimen de comunicación y estancia, más o menos amplio, en función del interés del menor"[16].

Sin embargo, las distintas modalidades de custodia compartida permiten su elección, a partir de las circunstancias de los interesados y los intereses del menor. Por ejemplo, «un menor que previamente ha creado lazos de apego con las figuras de un "padre" y una "madre", demandará mantener esos lazos para un desarrollo integral de su personalidad. Por tanto, privar a un menor de esos lazos creados con uno de los progenitores puede ir totalmente en contra de "el interés superior del menor"»[17]. En todo caso, tras la crisis matrimonial, los hijos son los sujetos más afectados con el nuevo modelo familiar que afrontan; su bienestar debe ser el objetivo fundamental y, por tanto, los menores de edad merecen ser implicados, para que sus intereses y necesidades reales sean advertidos en sus manifestaciones por las autoridades.

IV. LA AUTONOMIA PROGRESIVA EN LA CUSTODIA COMPARTIDA.

Como hemos visto, los niños y adolescentes gozan del derecho a ser escuchados, tornándose fundamental su opinión cuando se trata de asuntos que les conciernen; además, debe tenerse en cuenta el principio del interés superior a la hora de decidir sobre cualquier tipo de situación que afecte a los menores de edad. Pues bien, ¿cómo incide la progresiva autonomía de los menores en los procesos en que se atribuye la custodia compartida? El tema resulta particularmente interesante pues la figura de la guarda y custodia compartida es relativamente nueva en el Derecho de Familia Colombiano y la progresiva autonomía de los menores de edad lleva consigo la posibilidad de que participar de forma mucho más activa en los asuntos que les afectan conforme van creciendo.

Con la expresión "autonomía progresiva" hacemos referencia a la evolución que experimentan los niños conforme desarrollan su capacidad de comprensión,

16 Guillarte Martín-Calero, C.: "Criterios de atribución de la custodia compartida", *Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3, 2010, p. 8.

17 Martín Montalbán, A.: "Construyendo la custodia compartida entre todos", en AA.VV.: *La Custodia Compartida* (coord. por Becerril, D. y Vanegas, M.), Dykinson, S.L., Madrid, 2017, p. 156.

de conocimiento del mundo inteligible, del fáctico y de las experiencias que conllevan, a ese proceso en el que van adquiriendo un mayor grado de madurez, que les permite ejercer en mayor o menor medida, según cada caso en particular, sus derechos por sí mismos[18]. No se trata de una figura inflexible, pues requiere valorar los aspectos que confluyen en cada caso.

La autonomía progresiva opera en una doble vía para garantizar al niño o al adolescente el adecuado ejercicio de sus derechos. En manos de las autoridades y de los adultos quedan dos acciones: 1) estimular el proceso formativo del niño y adolescente; 2) respetar la condición de sujeto de derechos y sus competencias en cada momento determinado. Y es que, como pone de relieve Montejo Rivero, "la persona menor de edad no es una "tabula rasa" desde que nace hasta que alcanza la madurez cognitiva y psicológica, sino que debe transitar un proceso evolutivo en el cual ir construyendo su autonomía"[19].

Los niños, niñas y adolescentes de 0 a 18 años tienen los mismos derechos que los adultos; lo que ocurre es que algunos de ellos se encuentran suspendidos en su ejercicio hasta que adquieran la plena capacidad de obrar; por eso, cuando existe un conflicto entre los derechos de los niños, niñas y adolescentes -sujetos de especial protección constitucional- y otros sujetos que ostentan esta categoría, debe intentarse la modulación de los derechos, es decir, tener en cuenta uno y otro derecho. "Pero" -apunta Daza- "teniendo en cuenta la protección de los niños como eje central de cualquier discusión"[20]. La posibilidad que tienen los menores de expresar su sentir cuando se discute su cuidado y custodia no es un asunto aplazable; la edad del menor no debe ser un impedimento para garantizar sus derechos, menos si se discuten diferentes prerrogativas en torno a su bienestar.

El Código Civil Colombiano se refiere a la capacidad en el art. 1504, y determina que la plena capacidad civil la tienen solo los mayores de edad. Los menores adultos, cuya edad está comprendida entre 14 y 18 años, son denominados incapaces relativos; pero la incapacidad de este grupo no es absoluta y sus actos pueden tener valor en determinadas circunstancias y bajo ciertos supuestos determinados por la ley. En tal sentido, la capacidad no resulta ser igual para todos los menores de edad, toda vez, que los infantes, al ser incapaces absolutos requieren de los representantes legales y en el caso de los menores adultos, la capacidad de

18 En términos similares lo define Crespo, Y. G.: "La autonomía progresiva de la voluntad y el interés superior de la niñez: principios que impactan el sistema jurídico mexicano", *Quaestio iuris*, vol. 11, núm 4, 2018, p. 2958.

19 Montejo Rivero, J. M.: "Menor de edad y capacidad de ejercicio: Reto del Derecho Familiar Contemporáneo", *Revista sobre la infancia y la adolescencia,* núm. 2, 2012, p.18.

20 Daza Rojas, J. M.: "Sujetos de especial protección constitucional en Colombia. criterios en cuanto a la protección de los niños, niñas y adolescentes", *Revista Anuario de la Facultad de Derecho de la UEx*, núm. 34, 2018, p. 84.

autodeterminación es relativa, y su consentimiento se tiene en cuenta para la realización de ciertos actos jurídicos.

La disposición normativa indicada, obedece a una época y doctrina en la que la infancia es vista como una etapa en la que el individuo es incapaz y no rigen todos sus derechos fundamentales. Sin embargo, la concepción del menor se transformó y pasó a "ser considerado como una persona individual, con una especificidad y una identidad propia"[21], lo cual se evidencia en los avances legislativos. Por ejemplo, la autonomía progresiva del menor de edad aparece insinuada en el art. 26 de la Ley 1098/2006, que establece el derecho a ser escuchados y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta.

Ello supone que los niños, niñas y adolescentes "son reconocidos como sujetos plenos de derechos y que la interpretación del nivel de madurez de sus decisiones debe ser evaluada en cada caso en concreto, pues la edad netamente biológica no es un factor definitivo para formarse un criterio sobre la misma, pues esta corresponde no sólo a factores físicos, sino también sociales, culturales y personales de acuerdo a las experiencias propias de vida de cada niño"[22]. Criterio que también es aplicable a los niños, niñas y adolescentes con discapacidad, como quiera que se les debe permitir la participación en igualdad de condiciones con las demás personas.

En contraste con el Ordenamiento Español, el art. 9 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor toma en consideración dos parámetros fundamentales: El biológico (la edad) y el psicológico (la madurez); e incorpora la variable de la discapacidad. De modo, que "cuando el menor tenga madurez suficiente, podrá ejercer el derecho a ser oído y escuchado por él mismo, o bien a través de la persona que designe para que le represente"[23]. La madurez será entonces un elemento que debe ser apreciado por un profesional experto y que se entiende adquirida a partir de los 12 años de edad.

Tratándose de la atribución del cuidado y custodia, resulta necesaria la adecuada atención de la autonomía progresiva, especialmente frente a un tratamiento justo y en debido proceso. Cuando un menor se encuentre en estas situaciones, independientemente de que se estén ventilando asuntos directos del menor o asuntos de terceros pero que repercuten en sus intereses, a ley exige que se le

21 Lo destaca Picornell-Lucas, A.: *La infancia en desamparo*, Nau Llibres, Valencia, 2011, p. 22, cuando describe la infancia como un fenómeno social en el que intervienen factores físicos, socioculturales y psicológicos, que resultan tener un avance importante en su protección a nivel normativo.

22 Instituto Colombiano de Bienestar Familiar: Concepto Jurídico núm. 69, 14 abril 2017. En: https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0000069_2017.htm, consultado el 29/nov/2020.

23 En este sentido se pronuncia García Alguacil, M. J.: "Derechos de la personalidad de los menores", en AA.VV.: *El nuevo régimen jurídico del menor la reforma legislativa de 2015* (coord. por Mayor del Hoyo, M. V.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017, p. 543.

trate de forma acorde con el sistema de protección que se consagra en su favor y, especialmente, que se le tenga en cuenta como partícipe, permitiéndole expresar su criterio[24]. Por lo tanto, la opinión del niño o adolescente se torna en un criterio indiscutible a examinar por el operador de justicia, más allá del factor biológico correspondiente a la edad.

En ese sentido, la especial referencia a la interacción del menor ha sido tomada en consideración por la Corte Constitucional desde la década de los noventa. En Sentencia T-442-94 de noviembre 11 de 1994, la Corte Constitucional consideró que: "La opinión del menor, en cuanto sea libre y espontánea y esté exenta de vicios en su consentimiento, constituye un instrumento apropiado e invaluable en la adopción de la respectiva decisión, más aún, si aquélla se adecúa al mantenimiento de las condiciones favorables de que viene disfrutando. Resulta inconcebible que se pueda coaccionar al menor, mediante la aplicación rígida e implacable de la ley, a vivir en un medio familiar y social que de algún modo le es inconveniente, porque no puede recibir el amor, la orientación, la asistencia, el cuidado y la protección que requiere para que pueda desarrollar libre y plenamente su personalidad. Es más, la aspiración de todo ser humano, a la cual no se sustrae el menor, es la de buscar permanentemente unas condiciones y calidad de vida más favorables y dignas; por lo tanto, no puede condicionarse a éste a una regresión o a su ubicación en un estado o situación más desfavorable"[25].

La apuesta por la custodia compartida como regla general que hacen los Altos Tribunales en Colombia trae consigo un mayor compromiso en el marco que ahora nos ocupa: seguir con rigurosidad el deber de escuchar la opinión del menor. Como la fórmula de la custodia compartida afecta a los menores de 18 años, resulta esencial observar su capacidad de ejercicio progresiva, y así lo resalta la Corte Suprema de Justicia al afirmar: "El sentir del niño o adolescente es de suma importancia, a fin de interpretarlo para buscar la mejor forma de contribuir a su consolidación como ser autónomo. Así las cosas, cuando se debate la custodia compartida, tal capacidad permite convalidar el desarrollo de una historia familiar, con miras a la estabilidad que el infante requiere para su buen desarrollo emocional y material"[26].

Llegados a este punto, parece oportuno recordar las observaciones del Comité de Derechos del Niño en relación con la conservación del entorno familiar, cuando acaecen las rupturas de las relaciones de los progenitores. A la vista de la gravedad de los efectos que produce en el niño la separación de sus padres, considera el

24 Véase Medina Pabón, J. E.: *Derecho Civil Derecho de familia,* Universidad del Rosario, Bogotá, 2018, p. 957.

25 C. Constitucional Sentencia T-442-94 11 noviembre de 1994. En https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/t-442-94.htm, consultado el 29/nov/2020

26 CS de J 18 septiembre 2018. STC12085-2018. En http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2018/09/STC12085-2018.pdf, consultado el 29/nov/2020

Comité que "dicha medida solo debería aplicarse como último recurso" y que "las responsabilidades parentales compartidas suelen ir en beneficio del interés superior del niño". Ahora bien, a su modo de ver, "en las decisiones relativas a la responsabilidad parental, el único criterio debe ser el interés superior del niño en particular. Es contrario al interés superior que la ley conceda automáticamente la responsabilidad parental a uno de los progenitores o a ambos"[27].

Así pues, cuando la autoridad administrativa o judicial evalúa el interés superior del niño, debe tener en cuenta el derecho del niño a conservar la relación con ambos progenitores, así como todos aquellos elementos relativos al proceso. Desde luego, que el niño o adolescente sea escuchado constituye un aspecto fundamental e inaplazable; de lo expresado en sus manifestaciones, puede concluirse si la conservación del entorno familiar con los dos progenitores es garantía para su bienestar o si por el contrario, la custodia monoparental resulta ser más ajustada para garantizar sus derechos.

Debemos anotar en este punto, que el escenario en el que se implementa la custodia compartida puede representar un problema; especialmente, cuando la custodia compartida se avizora como una presea y no prevalece para los progenitores el bienestar de los menores. Cuando la solución de otorgar custodia compartida no resulta satisfactoria para todas las partes en conflicto, puede generar el efecto de "una eficacia mermada de la resolución de la controversia"[28], o que se "agudice la controversia original", como expone Corvo López cuando, "las decisiones judiciales no suelen satisfacer los intereses de las partes, y terminan encadenando un proceso judicial con otro"[29]. Entonces, toma importancia valorar los intereses reales de los progenitores con la ayuda de un equipo interdisciplinario, así como la debida actuación del mediador, cuando los padres acuden a un método alternativo de solución de conflictos.

Otro problema que podemos encontrarnos en este ámbito es el relativo a la alienación parental -que puede producirse cuando el niño se encuentra al cuidado de un progenitor-, caracterizado por el rechazo o sentimientos de odio hacia el otro padre. En ocasiones, es provocado por los padres con sus comentarios denigrantes e insultantes hacia el otro, delante de los hijos[30]. La alienación parental resulta ser una lamentable situación que genera dificultades en las relaciones

27 Comité de los Derechos del Niño. Observaciones generales. En: https://www.unicef.org/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf, consultado el 29/nov/2020.

28 Medina-Suarez, I.: "Mediación familiar, garantía para custodias compartidas satisfactorias", *Apuntes de psicología,* vol. 24, núm. 2-3, 2016, p.279.

29 Corvo López, F. M.: "La mediación como forma de solución del conflicto familiar", en Llamas Pombo, E. (coord.): *Nuevos conflictos del derecho de familia*, La Ley, Madrid, 2009, p. 270

30 Fernández- Gil Viega, I.: "El niño en las crisis de pareja de los padres. Los llamados derechos de custodia y derecho de visita. Posición del niño en la mediación y en el proceso judicial", en AA.VV.: *Derecho de las relaciones familiares y de los menores* (coord. por De Couto Gálvez, R.), Dykinson, S.L., Madrid, 2018, p. 250.

paternofiliales, e incide en muchas ocasiones en el concepto que los hijos tienen de sus padres.

Pues bien, refiriéndose a la alienación parental y la participación de la niña, niño y adolescente en el proceso judicial civil en Perú, Fernández Espinoza sostiene que "mediante los protocolos de actuación para la comunicación entre los jueces de familia y los Equipos Multidisciplinarios, y el Protocolo de actuación del Equipo Multidisciplinario de los Juzgados de Familia, se permite coadyuvar a la mejora de la celeridad en beneficio de los usuarios de los procesos judiciales de familia con la estandarización del proceso de evaluación a cargo de los profesionales del Equipo Multidisciplinario, mejorando la eficiencia y la toma oportuna de decisiones"[31].

Molina de Juan, por su parte, plantea que para estimular y respetar el tránsito del niño y adolescente hacia su independencia se les debe reservar un espacio de actuación propia. Es decir, ser parte procesal es una de las diversas formas de actuación del niño o adolescente en un proceso, pero no la única, pues su peculiar condición de persona en desarrollo impone al sistema jurídico habilitar y, en algunos casos, promover otras posibilidades de actuación"[32]. Dicha participación debe considerarse incluso cuando los padres acuden a métodos alternativos de solución de conflictos y mediante estos se resuelve la atribución de custodia.

Propuesta que Corvo López plantea a través de modalidades que permiten involucrar las peticiones de los niños en la mediación; especialmente, al encontrar fundamentos jurídicos y sociales, que sustentan la participación de los menores en los procedimientos de conflicto familiar[33]. Es claro que un gran aporte de la mediación familiar, como método alternativo de solución de conflictos, es la posibilidad de que los mediados contribuyan a la solución de la controversia del cuidado y custodia de los hijos de acuerdo a su propio criterio. En tal sentido, los padres quedan obligados a lo pactado, y resulta una alternativa involucrar a los menores en este tipo de procesos de mediación, siempre que represente un beneficio para su bienestar y futuro.

V. CONCLUSIONES.

Hay un amplio reconocimiento del principio del interés superior del menor en los instrumentos internacionales y en el Ordenamiento jurídico interno colombiano. La Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia coinciden

31 Fernández Espinoza, W. H.: "La autonomía progresiva del niño y su participación en el proceso judicial", *Vox Juris,* vol. 34, núm. 2, pp. 171-189.

32 Molina de Juan, M. F.: "Autonomía progresiva de los hijos y responsabilidad parental en el código civil y comercial argentino", *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 4, 3, 2016, p. 25.

33 Corvo López, F. M.: "Los hijos menores ante la mediación familiar", en AA.VV.: *Derecho y familia en el siglo XXI. El derecho de familia ante los grandes retos del siglo XXI*, vol.I (coord. por Herrera Campos, R., y Barrientos Ruíz M.A), Universidad de Almería, Almería, 2011, pp. 257-282.

a la hora de resaltar la prevalencia de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes. El interés superior del menor se configura en un postulado de suma importancia en Colombia, es un mandato que se relaciona directamente con la autonomía progresiva y el derecho del niño a ser oído.

De acuerdo a los últimos datos estadísticos oficiales, Colombia contaba con 15.454.633 de niños, niñas y adolescentes para junio de 2018 -un 31.02% de la población aproximadamente-[34]; un número significativo de sujetos que merecen un trato equivalente al de cualquier otro titular de derechos, y su minoría de edad no puede constituir una barrera de acceso para poner en práctica sus derechos a través de la idea de autonomía progresiva, que consagra la Convención sobre los Derechos del niño.

Los poderes públicos, las familias y los particulares se ven llamados a acatar el interés superior del niño, no solo como un principio jurídico, sino como un derecho y una regla en los procedimientos. El derecho de los niños, las niñas y los adolescentes a ser escuchados surge como una fórmula para concretar dicho principio, particularmente, al tener sustento en el Código de la Infancia y la Adolescencia, en la Constitución Política y los instrumentos internacionales analizados.

De otra parte, no se encuentra un modelo irrefutable que las autoridades deban atender para garantizar el pleno desarrollo de la autonomía progresiva de los menores, en los procesos en que se discute su cuidado y custodia. En la actualidad, es imprescindible interpretar las disposiciones normativas a la luz de lo que resulta más conveniente para garantizar la integridad y bienestar de los niños y los adolescentes, y valorar, conforme a las reglas de la sana crítica, las condiciones fácticas y elementos probatorios que corresponden a cada caso en particular.

Las autoridades aún tienen tareas pendientes, relativas a generar posibilidades y espacio de actuación de los menores de edad en el proceso civil de cuidado personal y custodia. Las limitaciones en infraestructura y en recursos de diversa índole no deben convertirse en talanqueras o motivos para que sujetos de especial protección -niños, niñas y adolescentes- vean asegurados sus derechos.

De las crisis familiares que provocaron 13.655 divorcios registrados en todo el territorio colombiano en el año 2019 y 8814 entre enero y julio de 2020[35], se desprendieron acuerdos conciliatorios y fallos judiciales sobre el cuidado y la custodia, en los casos en que las parejas contaban con hijos dentro de los

34 Departamento Administrativo Nacional de Estadística. Proyecciones de población, 2018. En: https://www.dane.gov.co/files/dane-para-ninos/sabias-que.html, consultado el 29/nov/2020.

35 Superintendencia de Notariado y Registro. Matrimonios civiles y divorcios. 2020. En: https://www.supernotariado.gov.co/PortalSNR/faces/oracle/webcenter/portalapp, consultado el 12/sep/2020.

respectivos matrimonios. Ahora bien, la discusión del cuidado y custodia de los menores también se origina luego de la ruptura de las uniones maritales de hecho y de parejas que incluso no han convivido. Entonces, la tarea pendiente que queda a los estudiosos del derecho de familia es indagar por la forma en que participan los niños, las niñas y los adolescentes en todos estos procesos; principalmente, la manera en que son escuchados por parte las autoridades, a fin de recopilar y replicar referentes por las autoridades.

No se pretende con esta revisión exploratoria establecer qué resulta mejor para los niños y los adolescentes en función de su autonomía progresiva. Nuestro objetivo es reflexionar sobre la actividad profesional en despachos judiciales y administrativos en los que se ventila el cuidado personal y la custodia de los menores, a fin de que se ideen posibilidades de implicar a los sujetos de especial protección en razón de su edad, inclusive cuando el método empleado para dar solución a la crisis familiar sea la mediación.

Pese a la referencia continua al interés superior del niño, el concepto requiere inevitablemente la articulación de otros elementos. Por ello, es un compromiso que los profesionales que intervienen en los asuntos que afectan a los niños, las niñas y los adolescentes, accedan a la formación necesaria para garantizar la participación y el derecho del niño a ser oído en el proceso judicial. Más allá de favorecer el derecho a ser oído, la preocupación debe ser cómo deben ser escuchados, para garantizar los derechos de que son titulares los menores de edad.

En aplicación de la Convención, la normativa interna, la jurisprudencia y las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño, es posible la formulación de pautas que deban seguirse en los procesos judiciales de atribución del cuidado personal y custodia, para que los niños y adolescentes participen y sean escuchados. De igual forma, que se establezcan indicadores que permitan evaluar las formas de participación de los menores de edad cuando se discute el cuidado y custodia, a fin de una realimentación continúa y mejora del ejercicio profesional de las autoridades judiciales y administrativas.

BIBLIOGRAFÍA

Alvarez Undurraga, G.: *Metodología de la investigación jurídica: Hacia una nueva perspectiva*, Universidad Central de Chile, 2002.

Comité de los Derechos del Niño. Observaciones generales. En: https://www.unicef.org/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf.

Corvo López, F.M.: "La mediación como forma de solución del conflicto familiar", en AAVV.: *Nuevos conflictos del derecho de familia* (coord. por Llamas Pombo, E.), La Ley, Madrid, 2009.

Corvo López, F. M.: "Los hijos menores ante la mediación familiar", en AA.VV.: *Derecho y familia en el siglo XXI. El derecho de familia ante los grandes retos del siglo XXI*, vol. I (coord. por Herrera Campos, R. y Barrientos Ruíz, M. A), Universidad de Almería, Almería, 2011.

Crespo, Y. G.: "La autonomía progresiva de la voluntad y el interés superior de la niñez: principios que impactan el sistema jurídico mexicano", *Quaestio iuris*, vol. 11, núm 4, 2018.

Daza Rojas, J. M.: "Sujetos de especial protección constitucional en Colombia. Criterios en cuanto a la protección de los niños, niñas y adolescentes", *Revista Anuario de la Facultad de Derecho de la UEx*, núm. 34, 2018.

Departamento Administrativo Nacional de Estadística. Proyecciones de población, 2018. En: https://www.dane.gov.co/files/dane-para-ninos/sabias-que.html.

Escudero Alzáte, M. C.: *Procedimiento de Familia y del menor*, Uniacademia Leyer, Bogotá, 2019.

Fernandez Espinoza, W. H.: "La autonomía progresiva del niño y su participación en el proceso judicial", *Vox Juris,* vol. 34, núm. 2.

Fernández- Gil Viega, I.: "El niño en las crisis de pareja de los padres. Los llamados derechos de custodia y derecho de visita. Posición del niño en la mediación y en el proceso judicial", en AA.VV.: *Derecho de las relaciones familiares y de los menores* (Coord. por De Couto Gálvez, R.), Dykinson, S.L., Madrid, 2018.

Gaitán Muñoz, L.: "Los derechos humanos de los niños ciudadanía más allá de las "3Ps"", *Sociedad e Infancias,* núm. 2, 2018.

García Alguacil, M. J.: "Derechos de la personalidad de los menores", en AAVV.: *El nuevo régimen jurídico del menor la reforma legislativa de 2015* (c oord. por Mayor del Hoyo, M.V.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017.

Guillarte Martín-Calero, C.: "Criterios de atribución de la custodia compartida", *Revista para el análisis del Derecho*, núm.3, 2010.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar: Concepto Jurídico núm. 69. 14 abril 2017. En: https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0000069_2017.htm.

Martín Montalbán, A.: "Construyendo la custodia compartida entre todos", en AAVV.: *La Custodia Compartida* (coord. por Becerril, D. y Vanegas, M.), Dykinson, S.L., Madrid, 2017.

Medina Pabón, J. E.: *Derecho Civil Derecho de familia,* Universidad del Rosario, Bogotá, 2018

Medina-Suarez, I.: "Mediación familiar, garantía para custodias compartidas satisfactorias", *Apuntes de psicología,* vol. 24, núm. 2-3, 2016.

Molina de Juan, M. F.: "Autonomía progresiva de los hijos y responsabilidad parental en el código civil y comercial argentino", *Actualidad jurídica iberoamericana,* núm. 4, 3, 2016.

Montejo Rivero, J. M.: "Menor de edad y capacidad de ejercicio: Reto del Derecho Familiar Contemporáneo*", Revista sobre la infancia y la adolescencia,* núm. 2, 2012.

Parra Benítez, J.: *Derecho de familia segunda edición*, Temis, Bogotá, 2018.

Picornell- Lucas, A.: *La infancia en desamparo*, Nau Llibres, Valencia, 2011.

Rivera Álvarez, J. M.: "Responsabilidad parental y los derechos de los niños o adolescentes", en AA.VV.: *Protección de menores y trabajo social un análisis comparado entre España y Portugal* (coord. por Ferreira, J. M. y Ruiz-Calderón, M.S.), Dykinson, S.L., Madrid, 2018.

Superintendencia de Notariado y Registro. Matrimonios civiles y divorcios, 2020. En:https://www.supernotariado.gov.co/PortalSNR/faces/oracle/webcenter/portalapp.

JURISPRUDENCIA

C. Constitucional Sentencia T-510-03. Junio 19 de 2003 En https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/t-510-03.htm.

C. Constitucional Sentencia T-844-11. Noviembre 8 de 2011 En https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-844-11.htm.

C. Constitucional Sentencia T-276-12. Abril 11 de 2012 En: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-276-12.htm.

C. Constitucional Sentencia T-955-13. Diciembre 19 de 2013 En: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-955-13.htm, consultado el 29/nov/2020

C. Constitucional Sentencia T-259-18. Julio 6 de 2018 En https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-259-18.htm, consultado el 29/nov/2020

C. Constitucional Sentencia T-442-94 11 noviembre de 1994 En https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/t-442-94.htm, consultado el 29/nov/2020

C. Constitucional Sentencia T-384-18 20 septiembre de 2018 En https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-384-18.htm, consultado el 29/nov/2020

C. Constitucional Sentencia T-443-18 13 noviembre 2018 En https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-443-18.htm.

CS de J 18 septiembre 2018. STC12085-2018. En http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2018/09/STC12085-2018.pdf.

LA PATRIA POTESTAD PRORROGADA Y LA PATRIA POTESTAD REHABILITADA EN EL NUEVO PROYECTO DE LEY DE REFORMA DE LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL PARA EL APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (ACTUAL LEY 8/2021)

EXTENSION OF PARENTAL AUTHORITY AND PARENTAL AUTORITHY REHABILITATED IN THE NEW DRAFT LAW TO REFORM CIVIL AND PROCEDURAL LEGISLATION FOR SUPPORTING PEOPLE WITH DISABILITIES (CURRENT LAW 8/2021)

Rev. Boliv. de Derecho Nº 32, julio 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 236-251

Pablo
TORTAJADA
CHARDÍ

ARTÍCULO RECIBIDO: 25 de enero de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 30 de abril de 2021

RESUMEN: Se pretende analizar y reflexionar en el presente trabajo acerca de la institución de la prórroga de la patria potestad y la patria potestad rehabilitada en la nueva regulación en el Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. En dicho proyecto se elimina del ámbito de la discapacidad la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada, siguiendo un criterio que demanda el tratamiento de las personas con discapacidad con la atención que requiere su situación concreta, eliminando un régimen que parece contrario al sistema de promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad. Se enlaza y aborda este estudio, con las características y necesidades de las personas con una severa discapacidad intelectual, pues se verán afectadas por la reforma y por el efecto de las insuficiencias estructurales que padece el sistema de Justicia de nuestro país.

PALABRAS CLAVE: Prórroga; rehabilitación; patria potestad; proyecto; eliminación.

ABSTRACT: *It is intended to analyze and reflect in the present work about the institution of the extension of parental authority and parental authority rehabilitated in the new regulation in the Draft Law that reforms the civil and procedural legislation to support people with disabilities in the exercise of their legal capacity. In this project, the extended parental authority and the rehabilitated parental authority are eliminated from the scope of disability, following a criterion that demands the treatment of people with disabilities with the attention that their specific situation requires, eliminating a regime that seems contrary to the system of promoting the autonomy of adults with disabilities. This study is linked and addressed, with the characteristics and needs of people with a severe intellectual disability, as they will be affected by the reform and by the effect of the structural deficiencies suffered by the Justice system of our country. the present work about the institution of the extension of parental authority and parental authority rehabilitated in the new regulation in the Bill of Law that reforms the civil and procedural legislation to support people with disabilities in the exercise of its legal capacity. In this project, the extended parental authority and the rehabilitated parental authority are eliminated from the scope of disability, following a criterion that demands the treatment of people with disabilities with the attention that their specific situation requires, eliminating a regime that seems contrary to the system of promoting the autonomy of adults with disabilities. This study is linked and addressed, with the characteristics and needs of people with a severe intellectual disability, as they will be affected by the reform and by the effect of the structural insufficiencies suffered by the Justice system of our country*

KEY WORDS: *Extension; rehabilitation; parental authority; project; elimination.*

SUMARIO.- I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.- II. REGULACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD PRORROGADA Y DE LA PATRIA POTESTAD REHABILITADA.- 1. Antecedentes.- 2. Situación actual.- 3. Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad.- III. NUEVO PROYECTO DE LEY DE REFORMA DE LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL PARA EL APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. LEY 8/2021.- 1. Líneas fundamentales del nuevo proyecto con relación a la patria potestad rehabilitada o prorrogada. Eliminación.- 2. Tránsito de Régimen Jurídico.- 3. Personas con una severa discapacidad intelectual.- IV. CONCLUSIONES.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

El pasado mes de marzo, se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes Generales la aprobación por la comisión con competencia legislativa plena, el Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, dicho texto finalmente aprobado ha cristalizado en la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídicas, publicado en Boletín Oficial del Estado Núm. 132, de fecha 3 de junio de 2021. Es una reforma necesaria, que de nuevo, cuenta con el contrastado retraso del legislador español en su aprobación, pues basta recordar brevemente que la misma, viene auspiciada por la necesidad de adecuar nuestro ordenamiento jurídico a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad (Nueva York 13 de diciembre de 2006, ratificada por España en 2007), surgiendo un cambio ineludible de paradigma, en un nuevo siglo de forzoso avance, y de cambio de sistema; donde es necesario modificar esa "sustitución" que se produce sobre la persona con discapacidad en la toma de decisiones, avanzando hacia un nuevo sistema que se basa en el respeto de su voluntad y preferencias, y donde sitúa a la persona en el centro, con la adquisición del protagonismo que merece, y del que se le había desplazado y anulado.

Los sucesivos cambios políticos, las reiteradas elecciones, re-elecciones y el devenir social, han producido de nuevo una quiebra y desplazamiento en las prioridades legislativas, entre las cuales, no se encuentra el pretendido impulso y empoderamiento que cabe otorgar a las personas con discapacidad, pues el retraso en la aprobación de la normativa que definitivamente produzca ese hito y cambio de sistema, no se ha producido hasta la fecha y no se atisba una inmediata

• Pablo Tortajada Chardí
Abogado. Mediador. Árbitro del Tribunal Arbitral del ICAV. Máster en Mediación y Gestión de Conflictos (CEU Cardenal Herrera). MBA y Máster en Comercio Internacional por la Universidad Internacional Isabel I de Castilla. Máster Oficial Universitario en Derecho Constitucional por la Universitat de València. Doctorando en Derecho, Ciencia Política y Criminología. Profesor Asociado de Derecho Internacional Público de la Universitat de València. Correo electrónico: pablo.tortajada-chardi@uv.es

aprobación y aplicación, lo cual produce un incuestionable perjuicio y ausencia de respeto al derecho a la igualdad de todas las personas en el ejercicio de su capacidad jurídica[1].

Ante este nuevo paradigma, centraremos nuestro trabajo en la prórroga de la patria potestad y la rehabilitación de la misma, analizando la regulación actual, así como la modificación prevista en el Nuevo Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (en adelante Nuevo Proyecto, Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica), donde se eliminan del ámbito de la discapacidad ambas figuras, por resultar junto con la tutela, tal y como se dispone en el numeral III del Preámbulo, "figuras demasiado rígidas y poco adaptadas al sistema de promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad". Se propone una revisión e individualización, tal y como se pretende en la reforma legislativa, si bien entendemos, que la reforma carece de una atención especial, al tipo de intensidad de discapacidad, por lo que nos centraremos en las necesidades de las personas con discapacidad intelectual severa.

En conexión con nuestro estudio, resulta ineludible con el fin de implementar la nueva reforma, abordar las consecuencias que padece nuestro sistema judicial, y que soporta desde hace décadas de insuficiencias estructurales[2], lo que va a resultar un gran obstáculo para la nueva reforma que se pretende implantar.

II. REGULACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD PRORROGADA Y DE LA PATRIA POTESTAD REHABILITADA.

1. Antecedentes.

La Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio introdujo la

1 La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, establece en su art. 12 el igual reconocimiento como persona ante la ley. El cual ha sido objeto, ante el examen llevado a cabo a través de diversos informes de distintos Estados parte donde se suscitaba un malentendido acerca del alcance exacto de las obligaciones de los Estados partes, de la Observación general N° 1 (2014), reiterando la plena capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad, negada históricamente a diversos grupos. En suma, la Observación, reafirma que las personas con discapacidad tienen derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica. Esto garantiza que todo ser humano sea respetado como una persona titular de personalidad jurídica, lo que es un requisito indispensable para que se reconozca la capacidad jurídica de la persona.

2 Viene recogido en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, numeral I, reconociendo que el sistema de Justicia de nuestro país, desde hace "décadas" padece de insuficiencias estructurales, con un problema de déficit de recursos, pero con problemas crónicos, ante la ineficiencia de las soluciones implantadas. Precisando de legitimidad social tanto como de eficiencia. Legitimidad como grado de confianza y credibilidad que el sistema de Justicia debe tener para nuestra ciudadanía; y eficiencia como capacidad del sistema para producir respuestas eficaces y efectivas.

patria potestad prorrogada en su doble vertiente, prorrogada y rehabilitada, estableciendo que "La patria potestad sobre los hijos que hubieren sido incapacitados por deficiencias o anomalías psíquicas o por, sordomudez, quedará prorrogada por ministerio de la Ley al llegar aquéllos a la mayor edad. Si el hijo mayor de edad soltero que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos fuere incapacitado por alguna de las causas indicadas, no se constituirá la tutela, sino que se rehabilitara la patria potestad, que será ejercida por quien correspondiere si el hijo fuese menor de edad. La patria potestad prorrogada en cualquiera de estas dos formas se ejercerá con sujeción a lo especialmente dispuesto en la resolución de incapacitación y subsidiariamente a las reglas del presente título", estableciendo las causas de terminación de la misma. De forma previa, es necesario recordar y conceptualizar la patria potestad, la cual "se configura como una función dual del padre y de la madre que el ordenamiento jurídico reconoce y califica como responsabilidad parental, otorgándoles una serie de facultades y obligándoles al cumplimiento de una serie de deberes y funciones"[3]. Con posterioridad se producen varias modificaciones y en concreto se modifica el párrafo primero por el art. 4 de la Ley 13/1983 de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela, añade la frase "no se constituirá tutela"[4] , procediendo por último a modificarse de nuevo el primer párrafo y último por la disposición final 18.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, eliminando las palabras "no se constituirá la tutela, sino que". en el primer párrafo del art. 171 y agregando al final del último párrafo la frase "o curatela, según proceda". Se establece por tanto la prórroga y la rehabilitación de la patria potestad, medidas tendentes a la protección del hijo declarado incapacitado, al llegar a la mayoría de edad, o en forma de rehabilitación en el supuesto de ser soltero y que conviva con sus padres o cualquiera de ellos fuere incapacitado.

Ha sido numerosa la normativa publicada al respecto, la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de patrimonio de las personas con discapacidad; la Ley 51/2003, de 2 diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad de las personas con discapacidad, la Ley 39/2006, de 14 diciembre de Promoción de la Autonomía personal y Atención a las personas en situación de dependencia, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el

3 De Verda y Beamonte, J. R. (coord..): *Derecho Civil IV. (Derecho de Familia)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 317.

4 Artículo cuarto. El párrafo primero del art. 171 del Código Civil quedará redactado como sigue: "La patria potestad sobre los hijos que hubieran sido incapacitados quedará prorrogada, por ministerio de la Ley, al llegar aquéllos a la mayor edad. Si el hijo mayor de edad soltero que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos fuere incapacitado no se constituirá tutela sino que se rehabilitará la patria potestad, que será ejercida por quien correspondiere si el hijo fuera menor de edad. La patria potestad prorrogada en cualquiera de estas dos formas se ejercerá con sujeción a lo especialmente dispuesto en la resolución de incapacitación y, subsidiariamente, en las reglas del presente título".

Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, la reforma producida en 2015, Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que pueden verse recopiladas en el Código de la Discapacidad[5] donde se atestigua, la incidencia de un nuevo paradigma y donde en un periodo corto de tiempo, se vislumbra la tendencia, de una sociedad más sensible, más inclusiva, y por tanto más digna e igualitaria.

Ha sido en aplicación de lo establecido en el 49 CE[6], donde se ha tomado la iniciativa en la protección de este grupo de personas que por sus características personales pueden sufrir una serie de limitaciones en su integración social y ello se ha realizado tanto en el campo del Derecho civil, como en el ámbito del bienestar social[7].

2. Situación actual.

Con esperanza del próximo cambio que se vislumbra y se considerará más adelante, abundando en los progresos producidos, cabe celebrar que hoy en día se ha dejado de esconder a las personas con discapacidad, las cuales se les venía considerando durante mucho tiempo seres inferiores o ciudadanos de segunda clase; ahora son visibles como plenos sujetos de derecho.

Hay que indicar que hoy se contempla (art. 49 CE[8]) la discapacidad, como un problema de la persona, causado directamente por una enfermedad, accidente o condición de su salud, que requiere asistencia médica y rehabilitadora, en forma de tratamiento individualizado prestado por profesionales[9].

En este momento, tal y como recogen diversos autores y constata la realidad, para realizar el más mínimo acto representativo -aunque este fuese un trámite en una ventanilla de la administración- venía siendo necesaria la previa incapacitación,

5 Puede consultarse la versión en línea, Edición actualizada a 5 de abril de 2021 en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/codigos/codigo.php?id=125&nota=1&tab=2 [Fecha de consulta 10/04/2021].

6 Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.

7 Así viene reflejado en la STS 29 abril 2009 (RJ 2009, 2901), referente en la materia donde se analizan las reglas interpretativas de la legislación vigente en materia de incapacitación, centrando el caso determinar si como consecuencia de la entrada en vigor de la Convención, debe considerarse contraria a la misma la normativa relativa a la incapacitación como medida de protección de las personas incapaces.

8 Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.

9 Corera Izu. M.: *Discapacidad: Nuevos Horizontes*. R.E.D.S. núm. 15, julio-diciembre 2019, p. 183.

(95% de casos), la cual el Juez declara total y definitiva, lo que resulta manifiestamente desproporcionado con una situación familiar que se desarrolla con normalidad[10].

Actualmente la jurisprudencia ha entendido que el régimen legal de incapacitación y tutela es compatible con la Convención de Nueva York siempre que se interprete como un sistema de protección de la persona afectada por una discapacidad y en función de sus necesidades e intereses, afirmando que el resultado del juicio sobre la capacidad de una persona debe ser "un traje a medida", de manera que es necesario que el tribunal adquiera una convicción clara de cuál es la situación de esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria, qué necesidades tiene, cuáles son sus intereses personales y patrimoniales, y en qué medida precisa una protección y ayuda"[11].

Se dispone de un ámbito muy amplio del arbitrio judicial, logrando ser posible cuando estemos ante un mayor grado de autogobierno colmar el contenido de la patria potestad con una curatela ampliada[12].

Y en relación con la prórroga o rehabilitación de la patria potestad, objeto del presente estudio, se revela que sin perjuicio de las mejoras que pueden hacerse, es una herramienta útil para resolver los conflictos que puede plantear la relación paternofilial, se comparte que "el incapaz puede precisar diferentes sistemas de protección porque puede encontrarse en diferentes situaciones, para las que sea necesaria una forma de protección adecuada", no siendo algo rígido la incapacitación, sino flexible, en tanto que debe adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectad, lo que se plasma en la graduación de la incapacidad, subrayando la diversidad y las diferentes situaciones que se pueden dar.

La STS 3 diciembre 2020[13], recuerda que la jurisprudencia de la sala en los últimos tiempos descarta que el "procedimiento de modificación de la capacidad" y la constitución de tutela o curatela sean discriminatorias y contrarias a los principios de la Convención. Hecho que viene abordándose en reciente jurisprudencia de nuestras Audiencias y se refrenda nuestro Tribunal Supremo, aspirando al interés superior de la persona con discapacidad, bajo la suma de varios factores, los cuales pretenden mantenerla en su entorno social, económico y familiar en el que se desenvuelve, protegiendo en un segundo ámbito lógico el ejercicio de los derechos fundamentales a la vida, salud e integridad, a partir de un modelo adecuado de

10 Pau Pedrón, A.: *De la incapacitación al apoyo: El Nuevo Régimen de la discapacidad intelectual en el código civil*, Revista de Derecho Civil, vol. V, núm. 3, 2018, p. 18.

11 STS 1 julio 2014 (RJ 2014, 4518), y STS 11 octubre de 2017 (RJ 2017, 4290).

12 Rovira Sueiro, M. E.: *Relevancia de la voluntad de las personas para afrontar su propia discapacidad*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2005, p. 60.

13 STS 3 diciembre 2020 (RJ 2020, 4815).

supervisión, para lo que es determinante un doble compromiso, social e individual por parte de quien asume su cuidado[14].

3. Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Supone un avance ingente la Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada en diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, texto ratificado por España el 3 de diciembre de 2007, y que se resalta y asume el compromiso por parte de los firmantes de reconocimiento de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones de las personas con discapacidad con las demás en todos los aspectos de la vida. Resaltando la posterior Observación General Nº 1 que hemos mencionado, donde se reitera el nuevo sistema que debe regir "para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás". Estamos ante una nueva realidad social, legal y uno de los retos de la Convención será el cambio de las actitudes hacia estas personas para lograr que los objetivos del Convenio se conviertan en realidad. Resalta el art. 12.4 de la Convención que se deberá asegurar al llevar a cabo las salvaguardias adecuadas y efectivas para evitar e impedir los abusos en materia de derechos humanos, y que se deberá asegurar que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica lleva a cabo el respeto de los derechos, la voluntad y preferencias de la persona, circunstancia que se aplica y reitera de forma escrupulosa en el Nuevo Proyecto, matizando que deben ser "proporcionadas y adaptadas a las circunstancias de la persona", esto es como se viene manifestando "un traje a medida"[15].

Se debe por tanto luchar por alcanzar el propósito de la Convención, en suma "promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente.

14 Así se dispone la STS 27 junio 2018 (RJ 2018, 3095), que pone en el centro el interés superior de la persona con discapacidad, motor y base de la actuación de los poderes públicos enunciado expresamente en el art. 12.4 de la Convención de Nueva York sobre derecho de las personas con discapacidad, STS 3 junio 2016 (RJ 2016, 2311), STS 19 noviembre 2015 (RJ 2015, 4973).

15 La STS 1 julio 2014 (RJ 2014, 4518), STS 13 mayo de 2015 (RJ 2015, 2023), STS 20 de octubre 2015 (RJ 2015, 4900), donde se detalla ser preciso de un conocimiento preciso de la situación en que se encuentra esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria y representarse en qué medida puede cuidarse por sí misma o necesita alguna ayuda; si puede actuar por sí misma o si precisa que alguien lo haga por ella, para algunas facetas de la vida o para todas, hasta qué punto está en condiciones de decidir sobre sus intereses personales o patrimoniales, o precisa de un complemento o de una representación, para todas o para determinados actuaciones.

III. NUEVO PROYECTO DE LEY DE REFORMA DE LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL PARA EL APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. (LEY 8/2021).

1. Líneas fundamentales del nuevo proyecto con relación a la patria potestad rehabilitada o prorrogada. Eliminación.

El Nuevo Proyecto, materializado en la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, elimina del ámbito de la discapacidad, la tutela, la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada, tal y como hemos mencionado, asimismo se cuestiona la figura de los progenitores como personas más adecuadas para favorecer que el hijo o hija adulto con discapacidad logre el mayor grado de independencia y autonomía posible, o si estos mismos progenitores al llegar a una avanzada edad, o estado de salud, pueden acarrear con la responsabilidad de una patria potestad prorrogada o rehabilitada, prestando al menor de edad con discapacidad las medidas de apoyo que necesite del mismo modo y por el mismo medio que a cualquier otro adulto que los requiera.

Debemos resaltar lo desproporcionado de la medida, pues ya se establecía en atención a las circunstancias personales, un apoyo con menor intensidad, sin llegar a sustituir a la persona con discapacidad. De hecho, en apoyo de nuestra argumentación, no se contempla en la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil[16] esta eliminación de las instituciones objeto del presente estudio, más bien reiteran los autores que "en ningún caso hablar de tutela puede suponer un menor respeto a la dignidad de la persona", distinguir entre la curatela, en la que debe contarse con la voluntad del curatelado, que el curador complementa, y la tutela, en la que no cabe contar con la voluntad, ni siquiera con la opinión, del tutelado cuando la misma no existe, contribuye a clarificar la diferencia entre situaciones sustancialmente diferentes. Por ello, lo que se propone, no es una eliminación sino la introducción de una graduación del contenido de la tutela o curatela en virtud de las necesidades de la persona protegida.

16 *Propuesta de Código Civil* de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, se contempla en el art. 255-3. Patria potestad prorrogada o constitución de curatela. 1. La patria potestad queda automáticamente prorrogada al alcanzar el hijo la mayoría de edad si con anterioridad se hubiera dispuesto judicialmente esta medida de apoyo permanente.

Es evidente nuestro interés y queremos compartir la satisfacción del avance que se viene formalizando en nuestra legislación[17] y jurisprudencia[18], aplaudiendo la próxima entrada en vigor del Nuevo Proyecto, donde incluso a partir de la misma, las meras privaciones de derechos de las personas con discapacidad, o de su ejercicio, quedarán sin efecto, tal y como establece la nueva modificación, si bien se echa en falta esa introducción de graduación que avanzamos.

2. Tránsito de Régimen Jurídico.

El Proyecto de Ley, actualmente Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, establece en su parte final la ordenación que ha de regir las relaciones jurídicas existentes al producirse la modificación y cambio legislativo, concretamente, y ante el cambio sustancial que se produce en las medidas de apoyo, y la situación de tutores, curadores, defensores judiciales , guardadores de hecho, la situación de la patria potestad prorrogada o rehabilitada y la situación de las declaraciones de prodigalidad, los tutores, curadores, con excepción de los curadores de los declarados pródigos, y defensores judiciales nombrados bajo el régimen de la anterior legislación, ejercerán su cargo conforme a las disposiciones del nuevo proyecto, a partir de la entrada en vigor del mismo, que recordemos actualmente se encuentra en el Senado.

Será por tanto de aplicación a los tutores de las personas con discapacidad, que recordemos queda prácticamente eliminada la figura[19], las normas dispuestas para los curadores representativos, a los curadores de los emancipados cuyos progenitores hubieran fallecido o estuvieran impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la ley y de los menores que hubieran obtenido el beneficio de la mayor edad, se les aplicarán las normas dispuestas para el defensor judicial. Las personas que se hallen interviniendo como guardadores de hecho, sujetarán su actuación a lo dispuesto en el nuevo proyecto de ley.

En el análisis de la institución que nos ocupa, en el presente artículo establece la Disposición Transitoria Segunda, en relación con la situación de la patria potestad

17 La Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, refunde en un texto La Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, es una muestra más de la voluntad del legislador en avanzar y dignificar la igualdad de las personas.

18 La STS 1 julio 2014 (RJ 2014, 4518) en este sentido, recogiendo la denominada "teoría del traje a medida" que ha servido de modelo a tantas y tantas resoluciones posteriores de distintas jurisdicciones y que ha supuesto un cambio de mentalidad sobre la apreciación de la discapacidad en el mundo jurídico.

19 TÍTULO IX. De la tutela y de la guarda de los menores, en su CAPÍTULO I, De la tutela, Sección 1.ª Disposiciones generales. Artículo 199. Quedan sujetos a tutela: 1.º Los menores no emancipados en situación de desamparo. 2.º Los menores no emancipados no sujetos a patria potestad.

prorrogada o rehabilitada que: "Quienes ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada continuarán ejerciéndola hasta que se produzca la revisión a la que se refiere la disposición transitoria quinta.", estableciendo la Disposición Transitoria quinta, en cuanto a la Revisión de las medidas ya acordadas, que las personas con capacidad modificada judicialmente, los progenitores que ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada podrán solicitar en cualquier momento de la autoridad judicial la revisión de las medidas que se hubiesen establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la ley, para que sean adaptadas a la misma, y se añade que en el caso de la patria potestad prorrogada o rehabilitada, la revisión de dichas medidas.

Señalar que cabe la revisión de las medidas acordadas y establecidas con anterioridad a la entrada en vigor de la ley, y dicha revisión de medidas deberá producirse en un plazo de un año desde la solicitud, si bien en el supuesto de no solicitar la revisión, ésta se llevará a cabo por parte de la autoridad judicial de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en un plazo máximo de tres años.

Por último, en cuanto a los procesos que se encuentran en tramitación en el momento que entre en vigor la nueva legislación, se regirán por lo que dispone la misma, haciendo hincapié en que el contenido de la sentencia deberá regirse por la nueva regulación, conservando la validez de las actuaciones llevadas a cabo hasta el momento, lo cual, es un acierto del legislador, pues de lo contrario, se produciría un nuevo retraso y dilación del procedimiento, con el consecuente perjuicio y perturbación para la persona con discapacidad y su entorno.

3. Personas con una severa discapacidad intelectual.

Debemos hacer especial mención, a la situación de las personas con una severa discapacidad intelectual, pues la reforma se vuelca en atender a la voluntad, deseos y preferencias, para el desarrollo del propio proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad, pero no atendiendo expresamente a las personas que desde su nacimiento padecen una severa discapacidad intelectual, o dicho, a modo de ejemplo con uno de tantos casos clínicos; "descripción de la situación severa/grave afectación desde el punto de vista de su autonomía, siendo absolutamente dependiente para cualquier actividad, y con un pronóstico de la enfermedad desfavorable" o en otro ejemplo presentando "retraso severo psicomotor severo irreversible, con dependencia completa para las AVD (actividades de vida diaria), y con diagnóstico de retraso severo psicomotor severo". Tal y como hemos venido desarrollando, compartimos el espíritu de la Reforma y el avance de la Convención de Nueva York, que sustituye el modelo médico de la discapacidad por un modelo social y de derecho humano, integrando a la persona con discapacidad en igualdad de condiciones.

No obstante, en personas con una severa discapacidad, se rebaja esa atención, pues esa protección también implica que "no sean engañados por terceros"[20], y no cabe efectuar máximas en este aspecto, debiendo analizar el caso y la situación concreta[21], atribuyendo la importancia a una visión social de la discapacidad pero no "en detrimento del modelo médico que parece ser minusvalorado en la actualidad"[22]. Incluso se advierte, que se amplían las obligaciones respecto los progenitores en relación al sistema actual de prorroga y/o rehabilitación de patria potestad, puesto que el curador con facultades representativas, debe tal y como se dispone en el nuevo art. 285 del CC, realizar inventario del patrimonio de la persona en cuyo favor se establece el apoyo en un plazo de sesenta días, desde el que se adquiere y toma posesión, y la consecuente rendición de cuentas, generando con ello más obligaciones si cabe a los progenitores. A nuestro entender, se debe interpretar y dar preferencia a la voluntad deseos y preferencias de la persona con discapacidad, pero en esa implementación del Nuevo Proyecto a lo dispuesto por la Convención, no debe caerse en el desconocimiento de los diversos niveles de discapacidad, puesto que existen situaciones en que no será posible conocer la voluntad de la persona o ésta sea contradictoria, o incluso perjudicial para ella misma, ejerciendo por tanto la medida de apoyo en detrimento del interés superior de la persona con discapacidad.[23]

20 Rabanete Martinez, I.: *La curatela como mecanismo de protección general de las personas con discapacidad. Tribuna en Idibe*, Mayo 2019 [https://idibe.org/tribuna/la-curatela-mecanismo-proteccion-general-las-personas-discapacidad/ Fecha consulta 09/04/2021], analiza la Reforma, manifestando en el mismo sentido que "protección también implica ayudarles para que no sean engañados por terceros; para que su patrimonio no sea malgastado en su perjuicio; para que no tomen decisiones que puedan suponer una violación de sus derechos fundamentales. Esto podría suceder si dejamos que personas que, por ejemplo, padezcan un grave desequilibrio mental, tomen las decisiones libre e independientemente", y entiendo con una acertada visión de lo que podrá producirse, equiparando la curatela representativa prevista en el nuevo proyecto con una tutela con algunas diferencias y novedades, pero augura la autora, en caso de discapacidades graves, sobre todo mentales, que se instaure la curatela representativa.

21 Por eso entiende Vivas Tesón, I.: como otros autores y el que suscribe defiende, un cambio de modelo, no un mero cambio de denominación o término de "incapacitación" por el de "modificación judicial de la capacidad", interesando un desplazamiento del centro de gravedad a la autonomía individual y autodeterminación de la persona con apoyos y no de mantener a la persona en el ámbito de la incapacidad, manifestando la autora, en nuestra opinión, de forma incorrecta por no analizar el ejemplo que traemos a colación, que el procedimiento de modificación de la capacidad no se ajusta a la Convención. En *La Convención ONU de los derechos de las personas con discapacidad en la práctica judicial española: una década de aciertos y desaciertos*. Revista Brasileira de Direito Civil, volumen 18 oct/dic 2018. Belo Horizonte. En este sentido puede pensarse que habrá problemas al aplicar o continuar en la aplicación de la prórroga o rehabilitación de la patria potestad, dado que muchos padres al llegar a cierta edad o padecer ciertas dolencias previas, no podrán hacerse cargo de sus hijos con discapacidad, pero lo bien cierto es que, si cabe esa revisión de circunstancias, esa preocupación habitual ("no sabemos que será de ella cuando nosotros no estemos," en https://www.diariodehuelva.es/2021/04/07/alba-luz-enfermedad-rara/ [Fecha de consulta 11/04/2021]), se diluye ante la posibilidad de instar apoyos institucionales, hecho que sí se reclama y se solicita, pues no existiría ese miedo, si realmente se viera una política social cierta y sólida, acorde con nuestro estado de derecho, y no desplazada hacia la "solidaridad familiar" como se viene haciendo.

22 Sánchez Gómez, A.: *Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad*, *Revista de Derecho Civil*, v. vii, núm. 5, 2020, p. 394.

23 Sánchez Gómez, A.: *Hacia un*, cit., p. 420.

IV. CONCLUSIONES.

Es muy significativa la evolución que se ha producido en pocos años en el ámbito de la discapacidad; la legislación al efecto y las intenciones de toda la sociedad, han promovido un cambio y nuevo paradigma en nuestra legislación de gran calado e intensidad, no obstante, la aplicación de las sucesivas reformas legislativas, no vienen acompañadas de verdaderas reformas que puedan solucionar los problemas estructurales que impiden el desarrollo de la normativa al efecto.

Es necesario la implementación de nuevas políticas, que desarrollen y favorezcan la inclusión plena, tanto en zonas rurales como urbanas, y así se viene advirtiendo desde diversos ámbitos y se llega a recoger en las recomendaciones[24] que se llevan a cabo.

Teniendo en cuenta las novedades tanto legislativas como sociales, es importante igualmente, adecuarse a la realidad vigente, por lo que será necesario una verdadera cooperación entre administraciones, con una necesaria actuación de estas, inquiriendo un principio de agilidad e inmediatez en todos los procedimientos, como incluso previene la norma. Resaltar la necesidad de promover medidas reales y efectivas con el fin de respetar y promover la dignidad de la persona, carece de sentido desarrollar una prolija y abundante normativa y no dotarla de recursos, no instrumentalizar medios para que se formalice y lleve al efecto el cambio. Es necesaria igualmente una especialización en el orden jurisdiccional civil, pero además en la totalidad de los operadores jurídicos colaboradores, que incluya la sensibilización de la materia a tratar por los profesionales, con el fin de apoyar y aportar soluciones en beneficio del interés de la persona con discapacidad, con el fin de empoderar el modelo de apoyo, de cambio de mentalidad, con un "traje a medida" para cada situación, para cada "persona", y todas esas medidas reales y normativa, caen en saco roto cuando no existe celeridad y se vulneran derechos en el procedimiento, pues la lentitud que acarrea desde hace décadas el sistema judicial, juega en contra del paradigma que se pretende alcanzar, no podemos comenzar la construcción de la casa desde el tejado, ni comenzar sin herramientas y materiales, pues es inalcanzable la pretensión de respeto y defensa de la dignidad e igualdad, con un sistema extenuado y colapsado. Nos cuestionamos cómo se pueden establecer medidas de apoyo adoptadas judicialmente y una revisión periódica en un plazo máximo de tres años, cuando en algunos partidos judiciales se tarda años en resolver un procedimiento de prórroga de patria potestad, o qué ocurre cuando no son Juzgados Especializados, cuando son Juzgados mixtos, o cuando el Ministerio Fiscal debe atender varias poblaciones, o cómo y con qué celeridad se llevará a cabo el dictamen pericial necesario o pertinente en

24 Observaciones Finales de Naciones Unidas Sobre los Informes Periódicos Segundo y Tercero combinados de España. 48. El Comité está preocupado por la disponibilidad limitada de: a) Servicios de atención de la salud para las personas con discapacidad, especialmente en las zonas rurales.

los procesos sobre adopción de medidas de apoyo, si además de contar con el profesional sanitario se amplía al dictamen preceptivo del profesional especializado del ámbito social[25] esperemos la aplicación del nuevo art. 753.3 de la LEC del nuevo proyecto donde dispone que "serán de tramitación preferente siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, persona con discapacidad o esté en situación de ausencia legal", pues sin esa preferencia, se desvanecerá el espíritu de la reforma proyectada.

En suma, es necesaria una voluntad de cambio y aporte de las herramientas necesarias para que se produzca el mismo, con el fin de reconocer la dignidad de las personas con discapacidad y el derecho a la igualdad de trato de la totalidad de la ciudadanía.

Es precisa una implicación clara de las administraciones, y necesaria una transformación y modificación social, justificada en un "interés superior de la persona con discapacidad", avanzando en el camino recorrido y en apoyo y asistencia a las personas con discapacidad, pues si bien ahora podemos ser quienes demos ese apoyo, a buen seguro que, en un futuro, seremos quienes lo necesitemos.

25 Artículo Dieciséis de la Ley 8/2021, donde se redacta el art. 759 de la LEC. Pruebas preceptivas en primera y segunda instancia, donde "en todo caso" para dicho dictamen preceptivo se contará con profesionales especializados de los ámbitos social y sanitario y podrá contarse también con "otros profesionales" especializados que aconsejen las medidas de apoyo que resulten idóneas en cada caso.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, 2018.

Berrocal Lanzarot, A. I.: "La patria potestad prorrogada o rehabilitada", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 726, julio-agosto 2011.

Castán pérez-Gómez, J.: "Reformas de la patria potestad", *Diario La Ley*, núm. 9549, Sección Tribuna, 9 de enero de 2020.

Corera Izu. M.: *Discapacidad: Nuevos Horizontes*. R.E.D.S. núm. 15, julio-diciembre 2019.

De Verda y Beamonte, J. R. (coord.): *Derecho Civil IV. (Derecho de Familia)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

Guilarte Martín-Calero, C.: *La reinterpretación jurisprudencial de los sistemas de protección a la luz de la Convención de Nueva York: el nuevo paradigma de la sala primera, en Estudios y comentarios jurisprudenciales sobre discapacidad*, Aranzadi, Pamplona, 2016.

Linacero De la Fuente, M.: *La Patria Potestad Prórroga y Rehabilitación*, en AA.VV.: *Tratado de Derecho de familia. Aspectos Sustantivos* (coord. por Linacero De la Fuente, M.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

Pau Pedrón, A.: *De la incapacitación al apoyo: El Nuevo Régimen de la discapacidad intelectual en el código civil*, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, 2018.

Rabanete Martínez, I.: *La curatela como mecanismo de protección general de las personas con discapacidad. Tribuna en Idibe*, mayo 2019.

Rovira Sueiro, M. E.: *Relevancia de la voluntad de las personas para afrontar su propia discapacidad*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2005.

Sánchez Gómez, A.: *Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad*, *Revista de Derecho Civil*, v. vii, nº 5, 2020.

Vivas Tesón, I.: "La Convención ONU de los derechos de las personas con discapacidad en la práctica judicial española: una década de aciertos y desaciertos", *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 18 oct/dic 2018.

FUTURO PROFESIONAL DE LOS MENORES Y EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

PROFESSIONAL FUTURE OF MINORS AND EXERCISE OF PARENTAL AUTHORITY

Rev. Boliv. de Derecho Nº 32, julio 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 252-277

Purificación
CREMADES
GARCÍA

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de abril de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 30 de abril de 2021

RESUMEN: La decisión personal sobre el futuro profesional del menor de edad, constituye un aspecto del desarrollo de su libre personalidad, que como en cualquier decisión que le afecte, debe adoptarse desde el principio del interés superior del menor. Los padres, en el ejercicio de la patria potestad, tienen la representación legal de sus hijos menores, a excepción de los actos relativos a los derechos de la personalidad, que puede dicho menor con suficiente madurez, realizar por sí mismo. Cuando confluyen derechos de la personalidad y derechos patrimoniales, se hace necesario determinar el papel a desarrollar por los padres, y que en último término debe ser de protección y respeto a los derechos de sus hijos.

PALABRAS CLAVE: Interés superior del menor; patria potestad; libre desarrollo de la personalidad; futuro profesional.

ABSTRACT: *The personal decision about the professional future of the minor, constitutes an aspect of the development of his free personality, and, like every decision that affects him, it must be adopted considering the principle of the best interests of the child. The parents, in the exercise of parental authority, have the legal representation of their minor children, except for the acts related to the personality rights, which can be carried out by the minor child himself if he is mature enough. When personality rights and economic rights converge, it is necessary to determine the role the parents play, which in the end will always have to be the protection and respect for their children's rights.*

KEY WORDS: *Best interests of the child; parental authority; free development of personality; professional future.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. APROXIMACIÓN A LA CUESTIÓN A TRAVÉS DE LA STS 5 FEBRERO 2013.- III. DISPONIBILIDAD PATRIMONIAL Y EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD.- IV. EL INTERÉS DEL MENOR.- 1. Protección y participación del menor.- 2. La autorización judicial.- V. DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD Y FUTURO PROFESIONAL.

I. INTRODUCCIÓN.

Influencer o *youtuber* es la profesión que actualmente los menores valoran entre sus preferencias, aun teniendo presente también las tradicionales de deportista o actividades artísticas[1]. El *influencer* implica la nueva versión del líder de opinión aplicado al medio *online*, aprovechando el potencial enorme demostrado por las redes sociales; es una persona que posee cierta credibilidad sobre un tema concreto y que su presencia e influencia en las redes sociales hace que se convierta en un prescriptor idóneo de una marca determinada[2].

También los niños se han convertido en protagonistas o creadores de contenido en las plataformas digitales. Nacidos precisamente en la era digital, a su corta edad arrastran a una cantidad ingente de seguidores. Dieciocho millones en nuestro país es la cifra más alta en el 2020. Evidentemente ello supone una sobreexposición pública del menor que reporta importantes beneficios económicos para las dos partes[3].

Para tener una cuenta en YouTube o Instagram en España, se debe tener al menos 14 años. Por eso, los menores que no cuentan con el consentimiento de sus padres falsean sus datos para poder triunfar en la red. Las agencias de publicidad se fijan en ellos ante la caída de los ingresos por canales tradicionales como la televisión, cada vez menos consumidos por los menores. Y es que, la penetración de la marca, haciéndolo bien, va a ser más creíble si lo hace un niño de 12 años en un canal de YouTube que un adulto; es una comunicación de igual a igual. Es como un amigo para ellos, y las marcas han visto la rentabilidad de promocionarse

1 Disponible el 23-3-2021 en https://www.europapress.es/portaltic/sector/noticia-youtuber-influencer-cinco-profesiones-favoritas-ninos-anos-20190601112948.html

2 Gómez Nieto, B.: "El influencer: herramienta clave en el contexto digital de la publicidad engañosa", *methaodos.revista de ciencias sociales*, vol. 6, núm. 1, 2018, p. 150.

3 Disponible el 23-3-2021 en https://marketing4ecommerce.net/10-ninos-youtubers-que-triunfan-en-espana-el-mundo-2019/

• Purificación Cremades García
Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad Miguel Hernández de Elche. Correo electrónico: p.cremades@umh.es.

en dicho contexto[4], pudiendo alcanzar también el beneficio económico para el menor, cifras verdaderamente importantes.

El parlamento francés aprobó el pasado año una nueva ley para proteger a los niños *influencers* del país, regulando horarios, ingresos, y el derecho al olvido. De esta forma, los niños menores de 16 años que dedican mucho tiempo a crear y publicar contenidos en Internet, tendrán limitado su horario, sus beneficios serán depositados en una cuenta bancaria a la que podrán acceder cuando cumplan 16 años; las empresas que quieran contratar a los niños *influencers* tendrán que pedir permiso a las autoridades locales, obligando a las redes sociales y plataformas de Internet que eliminen cualquier video o contenido que soliciten los niños *influencers* menores de 16 años[5].

II. APROXIMACIÓN A LA CUESTIÓN A TRAVÉS DE LA STS 5 FEBRERO 2013.

La STS 5 febrero 2013[6] abordó de una manera directa, la complicada cuestión del libre desarrollo de la personalidad del menor, entendiendo que el poder de representación que ostentan los padres, no puede extenderse a aquellos ámbitos que supongan un presupuesto, precisamente del libre desarrollo de la personalidad del menor y que pueda realizar por el mismo, incardinando la decisión sobre su futuro profesional en esa situación.

Parece que en este sentido los padres o representantes legales de los menores, no desempeñen ningún papel cuando se trate de decidir sobre el futuro profesional de sus hijos, y que son estos quienes, cuando tienen suficiente madurez, pueden hacerlo por sí mismos. La primera cuestión sería, por lo tanto, determinar esa específica madurez.

La oportunidad de la STS 5 febrero 2013 provoca una serie de interrogantes que no hacen más que mostrar los problemas que surgen en torno a la capacidad de decisión sobre el futuro profesional, especialmente en los grandes menores o adolescentes. En este sentido cabe plantearnos si debe considerarse el libre desarrollo de la personalidad, reconocido en el art. 10 de la CE derecho fundamental, como una cuestión excluida de la representación de los padres, y que el hijo de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo. Y si es así, cómo se puede compatibilizar con la disponibilidad patrimonial derivada de dicho ejercicio o cuándo se tendrá en cuenta el interés del menor. En último término

4 El negocio de los *influencers* de 12 años que ganan más que tú: "los padres ni lo saben". Disponible el 23-3-2021 https://www.elconfidencial.com/cultura/2018-06-12/video-youtuber-ninos-12anos-marcas-publicidad-musically_1577416/

5 Disponible el 23-3-2021 en https://www.europapress.es/portaltic/internet/noticia-francia-aprueba-nueva-ley-proteger-ninos-influencers-20201009133432.html

6 STS 5 febrero 2013 (RJ 2013/928).

hemos de tener presente que todas estas cuestiones afectan de forma directa a terceros contratantes con el menor.

Los hechos de la sentencia son los siguientes:

Los padres de Carlos Miguel, de 13 años entonces, deciden vincularlo a la plantilla del futbol no profesional del F.C. Barcelona, y lo hacen a través de dos contratos, uno de ellos como jugador no profesional, con una duración de 8 años y vigencia desde el 1 de julio de 2002 hasta el 30 de junio de 2010, y el otro en forma de precontrato regulador del futuro otorgamiento de un contrato de jugador profesional. Cinco años después de finalizar la temporada 2006/2007, y al haber alcanzado el jugador la mayoría de edad, el Club le requirió para la firma del contrato laboral. Al no llegar a un acuerdo, el futbolista comunica su voluntad de extinguir anticipadamente el contrato, poniendo a disposición del Club la cantidad de 30.000.-€ prevista como indemnización por resolución unilateral y anticipada, aceptando por lo tanto el incumplimiento de este contrato de deportista amateur. Extinguida dicha relación contractual, y con el visto bueno de la Real Federación Española de Futbol, el futbolista firmó un contrato de jugador profesional con el Real Club Deportivo Español SAD, por lo que el Futbol Club Barcelona entendió que habían vulnerado los acuerdos contenidos en el precontrato de 22 de abril de 2002, reclamando el importe de la cláusula penal cifrada en 3.489.000.-€.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial, estimaron la procedencia de la indemnización prevista en la cláusula penal del precontrato, mientras que en primera instancia se moderaba la cláusula de rescisión a 500.000 euros, la Audiencia Provincial reconocía al Futbol Club Barcelona su derecho a cobrar íntegramente la suma prevista como cláusula penal, considerando que el incumplimiento era total, por lo que no procedía la moderación y que no era abusiva en su cuantía, sino lo habitual en este tipo de contratos. Finalmente, el TS declara la nulidad del precontrato, y por tanto de la indemnización.

Establece la Sala del TS: "El presente caso plantea como cuestión de fondo, de índole doctrinal y sustantiva, la posible nulidad de lo que podemos denominar como *práctica de contratación* respecto de un menor de edad para la formación y aseguramiento de sus servicios como futuro jugador profesional de fútbol mediante una relación negocial compleja conformada por la suscripción simultánea de un precontrato de trabajo, propiamente dicho…". "En este sentido, y en primer término, no puede desconocerse la peculiaridad que encierra el objeto de esta práctica de contratación dirigida a los menores de edad que comporta, sin ningún género de dudas, una especial protección y garantía de sus derechos por nuestro Ordenamiento Jurídico. En efecto, el interés superior del menor no solo se erige como principal prisma en orden a enjuiciar la posible validez de la relación negocial celebrada, sino también como el interés preferente de atención

en caso de conflicto. De este modo, la perspectiva de análisis queda previamente condicionada a un ámbito axiológico que excede del mero tratamiento patrimonial de la cuestión, esto es, a su mera reconducción al carácter abusivo o no de la cláusula penal y, en su caso, a la posible moderación de la misma. Por el contrario, la presencia del interés superior del menor conduce, necesariamente, a que la posible validez de la relación negocial resulte contrastada tanto con los límites que presenta la autonomía privada y la libertad contractual en estos casos, artículo 1255 del Código Civil, como con los que derivan de la representación de los hijos, teniendo en cuenta que dicha representación nace de la ley, en interés del menor, y es la ley quien determina su ámbito y extensión".

Y respecto al ámbito personal del menor la STS 5 febrero 2013 establece: "El poder de representación que ostentan los padres, que nace de la ley y sirve al interés superior del menor, no puede extenderse a aquellos ámbitos que supongan una manifestación o presupuesto del desarrollo de la libre personalidad del menor y que puedan realizarse por él mismo, caso de la decisión sobre su futuro profesional futbolístico que claramente puede materializarse a los 16 años (art. 162.1º del Código Civil)". Se declara la nulidad del precontrato y por consiguiente la nulidad de la cláusula penal prevista en el mismo "por resultar contrario a los límites inherentes al orden público en materia de contratación de menores, especialmente en lo referente a la tutela del interés superior del menor en la decisión personal sobre su futuro profesional como aspecto o presupuesto del desarrollo de su personalidad. Ámbito fundamental que el precontrato vulnera o menoscaba pues el interés del menor, que debería ser la piedra angular e informadora de la reglamentación dispuesta en su conjunto, resulta ignorado ante una cláusula penal de tamaña envergadura que impide, como si de un contrato se tratase, dado sus plenos efectos obligacionales, la libre elección que solo el menor debe decidir por sí mismo".

Se ha venido a reconocer que la novedad de la sentencia radica, en que se aplica por primera vez, el principio del interés superior del menor al derecho patrimonial, como medida de protección de los intereses de los menores en este ámbito[7]. Ahora bien, también desde un análisis crítico de la misma, se ha apuntado que hubiera sido más oportuno un abordaje patrimonial del caso, donde lo determinante hubiera sido si la cláusula es o no exorbitada y en su caso la moderación de la misma conforme habilita el art. 1154 CC[8], o la inoportunidad

7 Guillén Catalán, R.: "El interés superior del menor como límite al ejercicio de la patria potestad. Comentario a la STS núm. 26/2013 (RJ 2013, 928)", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 19, enero 2015, p. 765.

8 Gil Membrado, C.: "Límites a la autonomía de la voluntad en la contratación de menores para la práctica del futbol profesional a la luz del régimen de protección a la infancia y a la adolescencia", *Actualidad Civil*, núm. 1, enero 2017, consultado en Smarteca, p. 8.

de fundamentar el interés superior del menor al que debieron atender los padres[9]. Incluso a plantearse que el contrato celebrado, en realidad no fuera tal precontrato, sino que se tratara de un acto de simulación y se estuviera encubriendo un verdadero contrato de trabajo, celebrado con un menor de 16 años, a través de un precontrato civil, por lo tanto, un contrato de deportista profesional celebrado en fraude de ley[10].

En realidad, la STS 5 febrero 2013 evidencia la necesidad de identificar el papel a desarrollar por los padres, no solo en el ámbito patrimonial, sino también en el personal de sus hijos, especialmente en cuanto a grandes menores se refiere.

III. DISPONIBILIDAD PATRIMONIAL Y EJERCICIO DE LA PATRIA POSTESTAD.

El art. 1263 CC señala que no pueden prestar consentimiento contractual, los menores no emancipados[11]. Los padres, en el ejercicio de la patria potestad, representan a sus hijos y administran sus bienes, estableciendo el art. 154 del Código civil, que los hijos que tuvieren suficiente madurez, deberán ser oídos siempre, antes de adoptar decisiones que les afecten, y que los progenitores podrán, en el ejercicio de sus funciones, recabar el auxilio de la autoridad judicial[12].

En cualquier caso, hay que tener en cuenta que el menor tiene un grado de autonomía; esto se proyecta desde el derecho a ser oído, hasta la limitación de las facultades de la representación legal como es el caso de los actos relativos a los derechos de la personalidad, sustraídos precisamente a la representación legal paterna[13].

Los padres deben administrar los bienes de los hijos, con la misma diligencia que los suyos propios, cumpliendo las obligaciones generales de todo administrador, si bien no están bajo administración paterna los bienes del hijo mayor de

9 Carrasco Perera, Á: "El niño que quería ser Messi", *Actualidad Jurídica Aranzadi,* núm. 863/2013, consultado en base de datos Aranzadi (BIB 2013/1061), y en este sentido afirma que es manifiesto que el menor "hubiera pactado lo mismo o peor si no hubiera estado asistido por su padre o agente. Y no podía esperarse que el chico cumpliera 16 años, porque el FC Barcelona hubiera prescindido de él, al tener en su cantera potencial centenares de chicos que quieren y acaso pueden ser Messi y hubieran firmado a los 13 años".

10 Seligrat González, V. M.: "Contratos deportivos y protección de menores", *Actualidad Civil*, núm. 4, 2014, consultado en Smarteca, p. 7.

11 A la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia, debemos el que se haya introducido un nuevo párrafo, que posibilita el referido consentimiento en menores cuando se trata de bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad, de conformidad con los usos sociales.

12 Asensio Sánchez, M. A. y Quesada Sánchez, A. J., entienden que la intervención judicial en el ejercicio de la patria potestad debe ser excepcional, subsidiaria de los padres y sólo justificada por la puesta en peligro del interés del menor, "Minoría de edad y contratación: una aproximación a su problemática", *Diario La Ley,* núm. 6639, 29 de enero de 2007, consultado en laleydigital, p. 2.

13 Gil Membrado, C.: "Límites a la autonomía de la voluntad en la contratación de menores para la práctica del futbol profesional", cit., p. 2.

16 años que haya adquirido con su trabajo o industria, y en este sentido, los actos de administración ordinaria serán realizados por el hijo, que necesitará el consentimiento de los padres, para los que excedan de la misma (art. 164 CC). Y es que pertenecen al hijo no emancipado, los frutos de sus bienes, así como todo lo que adquiera con su trabajo e industria; ahora bien, los padres podrán destinar los bienes del menor que viva con ambos o con uno solo de ellos, en la parte que le corresponda, al levantamiento de las cargas familiares, no estando obligado a rendir cuentas de lo que hubiesen consumido por ello según el art. 165 CC.

La administración del patrimonio del hijo ha de entenderse en el sentido de dirección económica del patrimonio, como gestión conservativa, pero rentable, y por lo tanto activa del mismo. Podrá comprender concretos actos de enajenación respecto a los productos del mismo (empleo de rentas, venta de frutos etc.), pero en general los actos traslativos de dominio poseen una cobertura legal específica. Se excluyen de la administración paterna, los bienes que el hijo mayor de 16 años, haya adquirido con su trabajo e industria, aunque los que excedan de dicha administración ordinaria, requerirán del consentimiento de los padres. Si bien es cierto que habrá que atender a cada caso para delimitar la administración ordinaria de la extraordinaria, y en este último supuesto, el necesario concurso de la función representativa de los padres. Hay que entender como administración extraordinaria, aquella que arriesga la sustancia de ese patrimonio, con actos capaces de empobrecerlo, aunque no sean estrictamente dispositivos como puede ser un arrendamiento de larga duración[14].

En el ámbito laboral, el Estatuto de los Trabajadores en el art. 6.1 prohíbe la admisión al trabajo de los menores de 16 años. Su art. 7 permite contratar la prestación de su trabajo, a quienes tengan la capacidad de obrar conforme al CC, y además los menores de 18 años y mayores de 16 años, que vivan de forma independiente, con consentimiento de padres o tutores, o con autorización de la persona o institución que les tenga a su cargo.

Sin embargo, el art. 6 del ET, también establece una serie de matizaciones y prohibiciones, así en su apartado segundo prohíbe que los trabajadores menores de 16 años realicen trabajos nocturnos ni actividades o puestos de trabajo respecto a los que se establezcan limitaciones a su contratación conforme a lo dispuesto en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales[15], siendo el apartado tercero el que prohíbe la realización de horas

14 Llamas Pombó, E.: "Comentario al art. 164 del Código Civil", en AA.VV.: *Código Civil comentado* (dir. por A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 833, 835 y 836.

15 El art. 27 de la referida Ley preceptúa que, ante la incorporación al trabajo de jóvenes menores de 18 años, el empresario deberá efectuar una evaluación de los puestos de trabajo a desempeñar por los mismos, a fin de determinar la naturaleza, el grado y la duración de su exposición, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico al respecto, a agentes, procesos o condiciones de trabajo que puedan

extraordinarias. El art. 6.4 del ET concluye: "La intervención de los menores de dieciséis años en espectáculos públicos sólo se autorizará en casos excepcionales por la autoridad laboral, siempre que no suponga peligro para su salud física ni para su formación profesional y humana; el permiso deberá constar por escrito y para actos determinados".

En similares términos protectores se manifiesta el RD 1435/1985, de 1 de agosto, que regula la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos, al disponer en su art. 2 que la autoridad laboral puede excepcionalmente autorizar la participación de menores de 16 años en espectáculos públicos, siempre que dicha participación no suponga un peligro para su salud física ni para la formación profesional y humana, requiriéndose que la autorización conste por escrito y se especifique el espectáculo o actuación para la que se concede.

La prohibición de trabajar a los menores de 16 años, con excepción a la referida de intervención en espectáculos públicos, y aún en este campo, con las cautelas adoptadas, no supone una presunta incapacidad natural, sino claramente una norma de protección, proyectada fundamentalmente en dos ámbitos, por un lado que el trabajo prematuro pueda perjudicar su salud, y por otro, que pueda resultar comprometida su instrucción, impidiendo obtener la preparación necesaria para su posterior vida de adulto, influyendo en la elección del límite de edad las circunstancias económicas, sociales y culturales de los países[16].

En Código Civil y la legislación laboral, particularmente al tratar la intervención de menores en espectáculos públicos coinciden, ya que tanto la solicitud del permiso como la celebración del contrato, una vez concedido el primero, corresponde a los representantes legales del menor, con el previo consentimiento del mismo cuando tuviera suficiente juicio[17]. Y el párrafo final del art. 162 CC establece que para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales, se requiere el previo consentimiento de este si tuviera suficiente juicio, previsión aplicable también a los contratos celebrados fuera del ámbito laboral, que impliquen la realización de alguna actividad por el menor. En el caso de que el menor no posea la suficiente madurez, podría entenderse que los padres no pueden actuar en representación de aquel, por tratarse de un contrato que le vincula a la realización de una prestación personal, sino que lo harían en su propio nombre,

poner en peligro la seguridad o salud de estos trabajadores. La evaluación tendrá especialmente en cuenta los riesgos específicos para la seguridad, la salud y el desarrollo de los jóvenes derivados de su falta de experiencia, de su inmadurez para evaluar los riesgos existentes o potenciales y de su desarrollo todavía incompleto. El empresario informará a dichos jóvenes y a sus padres o tutores que hayan intervenido en la contratación, de los posibles riesgos y de todas las medidas adoptadas para la protección de su seguridad y salud. En cualquier caso, el Gobierno establecerá las limitaciones a la contratación que presenten riesgos específicos.

16 Ruano Albertos, S.: "El ingreso en la empresa", en AA.VV.: *Derecho del Trabajo* (dir. por J. I. García Ninet, coord. por A. Vicente Palacio), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020, p. 481.

17 *Ibidem,* p.485.

comprometiéndose a la obtención de un resultado, que será la actividad del niño, y cuya consecución dependerá habitualmente de aquellos[18]. Pero en cualquier caso, hemos de plantearnos si el consentimiento relevante para la celebración contrato es el del padre, que ostenta la patria potestad y la representación legal de los hijos menores, sin perjuicio de que sea necesario el previo consentimiento del menor por obligarle el contrato a realizar prestaciones personales, cuando posee la madurez suficiente[19], o bien considerar por el contrario que el consentimiento verdaderamente relevante, es el del menor, y se le debe reconocer capacidad para contratar en este ámbito, suponiendo que será él quien en último término se vincule por la relación contractual[20].

En el ámbito patrimonial, establece el art. 166 CC que los padres necesitan autorización judicial para renunciar a los derechos de que los hijos sean titulares, enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios, justificando causas de utilidad o necesidad; ahora bien, no será necesaria autorización pública si el menor hubiera cumplido 16 años y consiente en documento público. El art. 323 reconoce que la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor, pero necesita el consentimiento de sus padres o curador para tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor.

En cuanto al ámbito contractual y en último término patrimonial se refiere, se reconoce la edad de 16 años como determinante para intervenir el menor, actuando en su propio nombre, o completando la actuación de sus padres. De esta forma el hijo mayor de 16 años puede realizar por sí mismo, los actos de administración ordinaria de los bienes adquiridos con su trabajo o industria, de los que por supuesto es propietario; complementa la voluntad de los padres, evitando de esta forma la autorización judicial para renunciar a los derechos de que los hijos sean titulares, enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios, con justificación de causa por utilidad o necesidad; o en el caso del menor emancipado que solo y exclusivamente necesita el consentimiento de sus padres para tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor.

18 Seisdedos Muiño, A.: "Comentario al art. 162 del Código Civil" en AA.VV.: *Código Civil comentado* (dir. por A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 827.

19 SAP A Coruña 23 abril 2009 (JUR 2009/257555), en este caso la controversia lo es, por la posible nulidad de un contrato de mediación, tácitamente renovado, con un agente de futbolista, para las actividades deportivas de un menor de edad.

20 Valera Castro, I.: "El interés del menor como derecho subjetivo. Especial referencia a la capacidad para contratar del menor", *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2189, mayo 2016, p. 45.

Se le reconoce por lo tanto al menor de 16 años una capacidad natural suficiente para actuar en el orden patrimonial propio, si bien cuando se trata de cuestiones cuya cuantificación económica pueda repercutir económicamente en sus bienes, la intervención paterna es ineludible[21].

Mayores dificultades se presentan en la intervención requerida del menor que pueda llevar a cabo en virtud de su madurez suficiente; y es que cuando se vayan a celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales, es necesario su consentimiento. En este sentido, si los padres desean vincular al menor contractualmente, y el menor tiene suficiente juicio, es preceptivo su referido consentimiento.

Por lo tanto, si tenemos que fijar una edad donde se le reconoce cierta autonomía al menor en cuanto a cuestiones patrimoniales, es la de 16 años, asumiendo también que la valoración cuantitativa del negocio va a marcar la exigencia de la participación paterna en el mismo, aunque se pueda oponer y evitar de esta forma el nacimiento de la obligación[22]. La determinación de la madurez del menor, por supuesto cuando cuenta con menos de 16 años, resulta sin lugar a dudas, un escollo importante que requerirá del análisis subjetivo del niño o adolescente, y de los concretos detalles del negocio jurídico.

El Código Civil no contiene un precepto específico que defina con carácter general cuándo debe considerarse maduro a un menor, aunque en dicho cuerpo legal, así como en las leyes especiales, existen preceptos en relación con materias concretas, en que se dota al menor de autonomía para la realización de actos con trascendencia jurídica o se exige su audiencia. De esta forma podemos encontrar casos para el mayor de 12 años, otros para el mayor de 14 años, y en otros para el mayor de 16 años.

En último término se puede acudir al genérico ejercicio de la patria potestad del art. 154 CC, en el que los padres representan a sus hijos y administran sus bienes, pero también los hijos que tuvieran suficiente juicio madurez, deberán ser oídos siempre, antes de adoptar decisiones que les afecten, pudiendo los progenitores, en el ejercicio de sus funciones recabar el auxilio de la autoridad judicial. Los intentos de la doctrina científica por tratar de llegar a principios generales partiendo de las disposiciones específicas, han sido múltiples, pero también infructuosos, fracasando de esta manera el precisar en abstracto y con carácter general, la edad

21 Salvo la capacidad para testar que el Código Civil sigue conservando en la edad de 14 años para su otorgamiento (art. 663), a excepción del ológrafo, en el que se requiere 18 años. Ciertamente se trata de un acto de disposición eminentemente patrimonial, permitido a una edad en principio inferior a la que parece se sitúa la referida permisibilidad patrimonial, es decir a los 16 años. Ahora bien, también se cuenta con el Fedatario Público, cuando lo sea abierto y ante Notario, pudiendo este último asegurarse que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar (art. 685).

22 En el mismo sentido Asensio Sánchez, M. A. y Quesada Sánchez, A. J.: "Minoría de edad", cit., pp. 7 y 8.

cronológica a partir de la cual puede un menor ser considerado maduro. Por lo tanto, en estos momentos se debe integrar este concepto jurídico indeterminado, valorando todas las circunstancias concurrentes en cada caso, partiendo de que la capacidad general de los menores o emancipados es variable o flexible, en función de la edad, el desarrollo emocional, intelectivo y volitivo del concreto menor y de la complejidad del acto de que se trate[23].

La cuestión es que las facultades representativas o de asistencia, las ejercen los padres frente a terceros ajenos al vínculo familiar, y a quienes les mueven intereses exclusivamente económicos, por lo que las actuaciones de los padres, que se deben desarrollar con una evidente intención protectora, no tendrían que suponer, ante esa cierta indeterminación en las fórmulas de participación paterna, una inseguridad jurídica en los terceros contratantes con el menor.

En este sentido, y volviendo a la STS 5 febrero 2013 nos planteamos si hubiera sido distinta la decisión, existiendo autorización judicial para la suscripción del precontrato que contenía esa elevadísima cantidad en concepto de cláusula penal, y siendo así, debería por lo tanto haber exigido el FC Barcelona la referida autorización judicial. O bien, si hubiera cambiado la fundamentación y el fallo el TS, consintiendo el menor en documento público. Teniendo en cuenta que, en el momento de la firma, el menor tenía 13 años de edad, la contestación más inmediata probablemente debería ser negativa, al no poseer 16 años, abriéndose por tanto el complicado debate entre capacidad de obrar y determinación de la edad, bien subjetiva, con la madurez suficiente, o bien objetiva, con la edad cronológica que, en las cuestiones patrimoniales de especial relevancia, parece establecerse en 16 años.

La fundamentación última sobre la que se basa el TS, se atribuye a la tutela del interés superior del menor, otorgando con ello al mismo unos efectos que por supuesto trascienden del ámbito familiar. Y es que la patria potestad se debe ejercer siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, y a su integridad física y mental.

IV. EL INTERÉS DEL MENOR.

1. Protección y participación del menor.

La Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989, establece en su art. 3, párrafo 1º: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades

23 Instrucción 2/2006, de 15 de marzo, del Fiscal General del Estado, sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores.

administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño". El art. 39.4 de la CE dispone que "los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos".

La LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia establece en el Preámbulo (II): "Los cambios introducidos en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor desarrollan y refuerzan el derecho del menor a que su interés superior sea prioritario, principio fundamental en esta materia, pero concepto jurídico indeterminado que ha sido objeto, a lo largo de estos años, de diversas interpretaciones. Por ello, para dotar de contenido al concepto mencionado, se modifica el artículo 2 incorporando tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años como los criterios de la Observación General nº 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Este concepto se define desde un contenido triple. Por una parte, es un derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. Por otra, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Pero además, en último lugar, este principio es una norma de procedimiento[24]. En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral".

A tenor de las dimensiones referidas, la STS 5 febrero 2013 ha atendido al carácter de derecho sustantivo respecto al interés superior del menor. Resulta evidente que se ha procedido a una ponderación de los intereses en juego, los patrimoniales del FC Barcelona frente a los personales del menor y por ende a los suyos patrimoniales, y que han primado los de este último. En este sentido podríamos decir que el interés superior del menor se ha constituido en un derecho

24 La Observación General nº 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de los Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, establece ya esta triple dimensión, como derecho sustantivo, principio jurídico interpretativo fundamental y norma de procedimiento, y como tal afirma: "siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado ese derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se han basado la decisión y cómo se ha ponderado frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos".

subjetivo general o absoluto, como un poder reconocido a su titularidad, que debe ser respetado por todos los demás miembros de la comunidad, es decir, tiene una eficacia *erga omnes*.

Según establece el art. 2 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se deben determinar cuáles son los elementos pertinentes para evaluar el interés superior del menor, dotándolos de un contenido concreto y ponderar su importancia en relación con los demás. Para llevar a cabo en cada caso la interpretación y aplicación del interés superior, se deberán tener en cuenta entre otros criterios, el desarrollo del menor, así como la consideración de sus deseos, sentimientos y opiniones, debiendo participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés personal.

La evaluación del interés superior del menor debe abarcar el respecto del derecho del niño a expresar libremente su opinión y a que esta se tenga en cuenta debidamente en todos los asuntos que le afecten. Para ello se debe estimar la evolución de las facultades del niño, y a medida que este madura, sus opiniones deberán tener cada vez más peso en la referida evaluación del interés superior. Los bebés y los niños muy pequeños, tienen los mismos derechos que los demás niños a que se atienda a su interés superior, es por eso que deben establecerse mecanismos adecuados, incluida la representación, cuando corresponda[25].

Ahora bien, las dificultades estriban en delimitar estrictamente cuáles deben ser esos mecanismos adecuados, bien sea representante o cualquier otro órgano apropiado, tratándose de niños de corta edad, y la oportunidad de intervención del menor maduro.

No cabe ninguna duda de que en la legislación tanto internacional, como nacional, existe una tendencia por mejorar la protección del menor, al mismo tiempo que asume la necesidad de otorgar un mayor protagonismo a su actuación[26].

Si bien en la STS 5 febrero 2013, para ponderar en el conflicto que supone la concurrencia del interés superior del menor, lo condiciona a un ámbito de valores que supera el mero tratamiento patrimonial de la cuestión, concretado en este caso a su reconducción respecto al carácter abusivo o no de la cláusula penal y, en su caso, a la posible moderación de la misma. Sin embargo, la presencia del interés superior del menor conduce, necesariamente, a que la posible validez de la relación negocial resulte contrastada tanto con los límites que representa la

25 *Ibidem*, párrafos 43 y 44.

26 De la Iglesia Monje, M. I.: "Nueva visión del libre desarrollo de la personalidad del menor: su capacidad de decisión sobre su futuro profesional", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 737, 2013, p. 1813.

autonomía privada y la libertad contractual, como con los que se derivan de la representación de los hijos, y, en cualquier caso, dicha representación nace de la ley, en interés del menor, y es la ley quien determina su ámbito y extensión. La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones, pudiendo participar de este modo en la determinación de su propio interés, no se han tenido en cuenta por el Juzgador.

Entendido de esta forma, de nada hubiera servido el consentimiento del menor en la suscripción de los contratos, ni aun contando con 16 años, ni tan siquiera la previa autorización judicial, dado que la misma en aquellos momentos, se hubiera constituido en un mero control de que la intervención paterna respetaba el interés superior del menor, como así parece que se hacía.

2. La autorización judicial.

En relación con la autorización judicial, existe una presunción de que los padres actúan siempre en interés del menor[27], y que desde luego son los progenitores quienes mejor conocen las cualidades del hijo y están interesados en el futuro próspero del mismo; se encuentran en este sentido en una mejor posición que el Juez, para adoptar cualquier decisión que le afecte, y en particular sobre su proyección profesional[28].

Los artículos 12 y 39.2 y 3 de la CE consideran la minoría de edad, como una fase de la vida que se caracteriza por la insuficiencia, en mayor o menor grado, de medios, para proporcionarse la persona a sí misma una protección íntegra en el disfrute de sus derechos, precisando por lo tanto de mecanismos de heteroprotección. En un primer nivel se sitúan los suministrados por los titulares de la patria potestad (art. 154 CC) o por sustitutos (tutores, guardadores). Y en segundo nivel, por defecto o por insuficiencia de aquellos órganos tutelares situados en el referido primer nivel, por las instituciones públicas, en especial, Entidades Públicas de Protección de Menores y Ministerio Fiscal[29], y sin perjuicio por supuesto, de que los situados en este segundo nivel, puedan actuar autorizando,

27 *Ibidem*, p. 1808.

28 Carrasco Perera, Á: "El niño", cit., p. 1.

29 Instrucción 2/2006, de 15 de marzo, del Fiscal General del Estado, sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores. Además, añade respecto a la legitimación directa y autónoma que se le otorga al Fiscal, en el art. 4.2 y 3 de la LO 1/1996 de Protección Jurídica de Menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que para actuar de oficio o a instancia de parte, para proteger los derechos de los menores al honor, la intimidad y la propia imagen, en los casos en que la inmisión se produzca a través de un medio de comunicación, el Fiscal no tiene una posición de subsidiariedad, sino que podrá actuar incluso cuando el menor esté representado por los progenitores, aun contra la voluntad de éstos o del menor. A pesar de ello esta amplia legitimación deberá utilizarse con prudencia, siendo excepción la intervención autónoma del Fiscal, cuando el menor afectado tenga progenitores en pleno uso de las facultades inherentes a la patria potestad, y que, sin que concurran conflicto de intereses con el menor, sean contrarios a que se entablen acciones en defensa del mismo.

corroborando o confirmado, las decisiones de los titulares de la patria potestad, cuando se requiera legalmente.

La manera que el Alto Tribunal tiene en su STS 5 febrero 2013, de incorporar la necesaria autorización judicial como presupuesto previo de validez del contrato, lo es con la aplicación analógica de las limitaciones impuestas por el art. 166 CC, que recordemos son: renunciar a los derechos de que los hijos son titulares, repudiar la herencia o legado deferido al hijo, enajenar o gravar sus bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios, por causas justificadas de utilidad o necesidad. Y lo es puesto que "el sentido de tutela patrimonial que inspira este precepto, resulta congruente con la finalidad perseguida de requerir la autorización judicial para aquellos actos que, realizados bajo la representación de los padres, vinculen obligacionalmente al menor con una responsabilidad patrimonial derivada, del incumplimiento realmente significativo, nada menos que tres millones de euros". Y en este sentido justifica el TS la aplicación no restrictiva del precepto, en base a la primacía o preferencia del interés superior del menor.

La consideración del principio de supremacía del interés del menor para interpretar el art. 166 CC de una manera no restrictiva, resulta especialmente significativo, puesto que puede suponer la exigencia de autorización judicial previa, para todos los contratos suscritos por los progenitores, que vincularán al menor, y con una responsabilidad particularmente importante por incumplimiento[30]. Sin embargo, no se apreció de la misma manera en primera instancia, al desechar en este caso la aplicación analógica con fundamento en que las prohibiciones, las excepciones o los actos que requieren autorización judicial, tienen que ser interpretados restrictivamente, sin extenderse a aquello que no esté prohibido o sometido a autorización[31]. En realidad, lo que ocurre es que la cláusula de rescisión no está dirigida a los jugadores, sino a las entidades deportivas competidoras, para dificultar que se hagan con los servicios de los jugadores de otro club, y en

30 En el mismo sentido Díaz Martínez, apuntado que ello podría conllevar revisar cuestiones como la adquisición de la condición de socio en una sociedad que no limita la responsabilidad personal de sus miembros, o la de prestar fianza en nombre de los hijos, "La tutela del interés superior del menor en la ordenación de las relaciones personales con sus progenitores y las decisiones sobre su futuro profesional (con ocasión de las SSTS 31 enero y 5 febrero 2013)", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 1/2013, consultado en base de datos Aranzadi (BIB 2013/651), p. 13 y 14.

31 Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 29 de Barcelona 12 enero 2009 (JUR 2010/256783): "Siendo constante la doctrina de esta Sala, sancionadora de una interpretación restrictiva en cuanto a las normas prohibitivas; ni tampoco puede ser admisible la interpretación analógica, que asimismo se postula extrapolando normas de otras instituciones jurídicas al caso que nos ocupa. La representación legal de los hijos menores, ejercitada por los padres que ostenten la patria potestad, tiene su concreta regulación, y las limitaciones correspondientes, en los arts. 162 y ss. CC, habiendo hecho figurar el legislador en los mismos actos exceptuados de representación, el conflicto de intereses, los bienes excluidos de la representación paterna, y los actos traslativos y de gravamen que les está prohibido efectuar a los padres sin cumplir ciertos requisitos; esta reglada actividad de representación y administración paterna, tiene su lógico colofón en el art. 168 del mismo cuerpo legal", en Gil Membrado, C.: "Límites a la autonomía de la voluntad en la contratación de menores", cit., pie de página 26.

la práctica son los clubes los que pactan las cláusulas de rescisión de los jugadores ajenos que pretenden incorporar a su disciplina[32]. Y en este sentido, la propia Audiencia Provincial sí reconoce que el establecimiento de la cláusula de rescisión, no tiene por finalidad la causación de un daño al jugador, sino la salvaguarda de los interés deportivos y económicos del club empleador, puesto que "para el caso de que el jugador abandone la actividad deportiva, no vinculándose a otro club, no se prevé indemnización alguna para el Futbol Club Barcelona, de modo que no se impide al demandado la elección de cualquier profesión u oficio, y la indemnización se prevé únicamente para el supuesto de vincularse a otro club, en beneficio de otra entidad competidora, según es un hecho notorio que es habitual en cualquier contrato de servicios de empresa, en los que es normal la inclusión de cláusulas de blindaje, o de prohibición de competencia, durante la relación contractual o a su término"[33].

Desde esta perspectiva, y dejando a salvo la posibilidad de abandonar su actividad deportiva por razón de estudios, trabajo ajeno al futbol, familia, etc., no determinándose un derecho indemnizatorio a favor del FC Barcelona, lleva a la juzgadora de instancia a considerar que los pactos realizados salvaguardan el futuro profesional del menor[34]. Es por ello que cualquier autorización previa judicial para la firma del precontrato, hubiera podido reconocer que ciertamente los padres estaban protegiendo los intereses de su hijo con la suscripción del mismo.

El Informe del Defensor del Pueblo de 2014, ya recogía las quejas relativas a la actuación de los clubes de fútbol base que dificultan la salida de jugadores, menores de edad, a quienes se les denegaba la baja de licencia federativa o se les obligaba al pago de unas cantidades en concepto de unos presuntos o reales derechos de formación. Y es que los derechos de formación y traspaso de jugadores menores de edad, son muy controvertidos por los distintos intereses en juego: económicos, personales y deportivos que a veces, se utilizaban al margen de la finalidad de las normas en las que se regulan. Se alude expresamente a que el ejercicio de los derechos, en este caso por parte del Club deportivo, deben ejercitarse conforme a las exigencias generales de la buena fe (art. 7 CC), sin incurrir en abuso del derecho, lo que tiene que ser de especial observancia cuando se trata de un derecho que se ejercita contra un menor, en un ámbito que afecta directamente a su esfera y desarrollo personal, como es la propia práctica deportiva[35].

Sin olvidar que estamos tratando un concepto jurídico indeterminado, hay que entender que el mismo cumple dos funciones ambivalentes en relación con

32 Díaz Martínez, A.: "La tutela", cit., p. 14.

33 SAP Barcelona 6 abril 2010 (AC 2010/1953).

34 Gil Membrado, C.: "Límites a la autonomía de la voluntad en la contratación de menores", cit., p. 13.

35 https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/06/Informe2014.pdf

la patria potestad, por una parte, legitimadora de la actuación de los titulares de la misma, pero al mismo tiempo limitadora para ellos, en cuanto que los actos que no vayan en beneficio del menor conllevan extralimitación en la facultad de representación legal fijada en el art. 162 CC[36]. Entendido de esta forma el control judicial previo, en realidad quedaría para aquellos supuestos que la Ley determina, o cuando pueda existir conflicto entre los progenitores, o de ambos con el propio menor. Sin duda, en la valoración del interés superior del menor, también deberán tenerse en cuenta todos aquellos actos en los que el menor maduro puede intervenir por sí, y en este sentido, el papel que desempeñan los padres en esta toma de decisiones.

V. DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD Y FUTURO PROFESIONAL.

El libre desarrollo de la personalidad del menor, debe adaptarse a esa visión forjada en torno a su interés, y por ende a la capacidad de decisión sobre su futuro profesional. En este sentido, cabe plantearnos si debemos entender que, el ejercicio de la patria potestad queda excluido para todas aquellas actividades que sean presupuesto de su futuro desarrollo profesional, y por tanto parte integrante de su desarrollo personal.

Ya hemos referido antes, que precisamente la gran novedad que supuso la STS 5 febrero 2013, es entender que el poder de representación que ostentan los padres, que nace de la Ley y que sirve al interés superior del menor, no puede extenderse, a aquellos ámbitos que supongan una manifestación o presupuesto del desarrollo de la libre personalidad del menor, y que puedan realizarse por el mismo, como es la decisión sobre su futuro profesional, con una expresa mención al art. 161º CC.

En el aludido precepto legal, se exceptúa la representación legal de los hijos menores, no emancipados, y por tanto de menores cuya edad pueda ser incluso inferior a 16 años, los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo. Por tanto, se considera que el libre desarrollo de la personalidad, concretado en este caso para su participación sobre decisiones respecto a su futuro profesional, debe quedar sustraído a la representación paterna.

Sin embargo, el art. 162.1º CC y con motivo de la nueva redacción a propósito de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia, introduce la posibilidad de intervención de los responsables parentales, en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia. De esta forma, los derechos de la personalidad los puede ejercitar el hijo de acuerdo con su madurez,

36 *Vid.* Asensio Sánchez, M. A. y Quesada Sánchez, A. J.: "Minoría de edad", cit., p. 5 y 6.

como hasta ahora se le reconocía, pero dicho ejercicio viene matizado con la participación parental, y ello es así precisamente por sus deberes de cuidado y asistencia.

La LO 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo, justificaba la supresión de que las menores de edad prestaran el consentimiento por sí solas, requiriéndose ahora el consentimiento expreso de los titulares de la patria potestad, con el fin de que los padres pudieran cumplir las facultades y obligaciones atribuidas o derivadas de la referida patria potestad.

Pero en el caso del art. 162 CC, se trata más bien de intervención de los padres, y no de sustitución a la prestación del consentimiento como en el caso de la interrupción voluntaria del embarazo. Hay por tanto que determinar el alcance de dicha intervención, puesto que es una consideración a la regla general del ejercicio propio de los derechos de la personalidad por el menor con madurez suficiente. Y es que dicha regla general se sigue manteniendo, como antes de la reforma, a saber, la capacidad de obrar del menor maduro, en los actos de su personalidad, para en un segundo párrafo añadir una "intervención" de los responsables parentales, legitimados por sus deberes de cuidado y asistencia. Ahora bien, teniendo en cuenta que, en estos deberes de cuidado y asistencia, la responsabilidad parental se ejercerá siempre en interés los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental, según el art. 154 CC.

Parece que se haya dado un paso atrás, puesto que estaríamos ahora, tras la reforma, en un proceso en que se deja actuar al menor, pero si se equivoca, se le enmienda o corrige, para que no se perjudique. Recabar el auxilio de la autoridad judicial, podría ser la forma de realizarse la intervención[37]. Lo cierto es que el alcance de estos deberes de cuidado y asistencia no se especifican, ni tampoco cuál será la sanción por su incumplimiento[38]. El alcance de esos deberes de cuidado y asistencia debería estar determinado en la Ley, pues la indeterminación en este sentido puede provocar una falsa sensación de su inexistencia en el orden práctico.

37 En este sentido Ruiz de Huidobro de Carlos que la entiende como un nuevo tipo de capacidad de obrar, la del menor maduro, siendo ésta revisable o vigilada, con la posibilidad de adopción de medidas de carácter correctivo o paliativo, "La capacidad de obrar de los menores", en AA.VV., *Tratado del Menor*, (coord. por C. Martínez García), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 172. Sin embargo, para Gil Membrado, la reforma acaecida a propósito de la Ley 26/2015 de protección de la infancia en el Código Civil, adopta una línea más restrictiva en relación a la capacidad del menor y una repercusión de las funciones inherentes a la patria potestad, puesto que el añadido párrafo en el artículo 162.1º, viene a limitar la autonomía del menor maduro, al ajustar sus decisiones en relación a actos relativos a los derechos de la personalidad, a la intervención de la representación legal, en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia, "Límites a la autonomía de la voluntad en la disposición de la imagen del menor a través de las Redes Sociales", *LA LEY Derecho de familia,* núm. 13, enero-marzo 2017, consultado en Smarteca, p. 9.

38 Pérez Díaz, R.: *Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor en el siglo XXI*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, p. 69.

En último término, la dificultad de acudir a esta vía, hará probablemente que solo se planteen aquellas cuestiones respecto a los derechos de la personalidad de los menores, en donde hay diversidad de opiniones entre los progenitores, o bien donde la integridad física, se puede ver seriamente dañada, y en este último supuesto ya estaríamos ante una situación de grave riesgo para la vida o salud del menor.

De esta forma, si el menor decide iniciar una carrera profesional como modelo, por ejemplo, o carrera deportiva, puesto que afecta a su desarrollo personal, no cabe en este sentido, la representación de los progenitores. Ahora bien, si las exigencias en el desarrollo de esa pretendida carrera profesional o deportiva, pueden suponer para el/la menor un riesgo de llegar a padecer un Trastorno de la Conducta Alimentaria (TCA), la opción de los padres sería intervenir, dadas sus funciones de cuidado y asistencia. Por lo tanto, en estos casos, la judicialización de la cuestión resulta asegurada.

Si entendemos que ese poder de corrección, encuadrado dentro de los deberes de cuidado y asistencia paternos, supone la excepción, es decir, la intervención de los progenitores en ámbitos de los derechos de la personalidad o en el fundamental y libre desarrollo de la personalidad del adolescente, en los que el menor maduro puede disponer, habrá que llenar de contenido la referida facultad de corrección, de manera que pueda ser efectiva.

La cuestión es que un adolescente puede adoptar decisiones que afecten a su futuro desarrollo personal, pero también en muchos de estos casos, confluyen con esos intereses personales, intereses patrimoniales cuantitativamente importantes. Caso evidente lo constituye, como referíamos al principio, los menores "influencers" o "youtubers". En estos supuestos, la fundamentación jurídica lo sería respecto a los artículos del Código Civil 162.1º y 166 respectivamente, si seguimos la fundamentación introducida por la STS 5 febrero 2013. Ambos preceptos legales, en principio no parecen casar muy bien en orden a la operatividad de los mismos. Me refiero a las dificultades en cuanto a valorar la necesidad de autorización judicial en negocios que excedan de la administración ordinaria. Por otro lado, la intervención parental podría entenderse más que como una posibilidad, como una necesidad, dado el tiempo verbal utilizado: "intervendrán", en el primero de ellos. Además, en el mismo precepto legal *in fine*, se determina la necesidad del consentimiento del menor con suficiente juicio, cuando los contratos obliguen al mismo, a realizar prestaciones personales. De esta forma, al consentimiento paterno debería sumarse el del propio interesado, en el ámbito contractual; faltando el primero, inferida dicha actividad de los deberes de cuidado y asistencia, cabría la suplencia de la autorización judicial.

Si consideramos que la tutela del interés superior del menor, en la decisión personal sobre su futuro profesional entendido, como aspecto o presupuesto del desarrollo de su libre personalidad, debe ser la piedra angular e informadora de la reglamentación dispuesta en su conjunto, y que solo el menor debe decidir por sí mismo, entonces se plantean diversas cuestiones, como el papel a desarrollar por los padres cuando confluyen derechos de la personalidad y derechos patrimoniales, la determinación de la madurez suficiente, especialmente cuando se trata de los grandes menores, y en último término, la inseguridad jurídica que se crea en la contraparte de la relación contractual.

Si partimos de que el poder de representación que ostentan los padres, no puede extenderse a aquellos ámbitos que supongan una manifestación o presupuesto del desarrollo de la libre personalidad del menor, como lo es la decisión sobre su futuro profesional, cuando el menor pueda realizar por sí mismo, por tener la suficiente madurez. Y si a ello añadimos que tampoco resulta descartable, la aplicación analógica de las limitaciones impuestas por el art. 166 CC y, en consecuencia, la necesaria autorización judicial o el consentimiento del menor en documento público, cuando cuente con 16 años, como presupuesto previo de la validez de dichos contratos, puesto que la tutela patrimonial que inspira este precepto, resulta congruente con la finalidad perseguida de requerir la autorización judicial para aquellos actos, que realizados bajo la representación de los padres, vinculen obligacionalmente al menor con una responsabilidad patrimonial derivada del incumplimiento realmente significativa, cabe entonces plantearnos qué campo de actuación les queda a los padres para desarrollar sus deberes de cuidado y asistencia.

Bien es cierto que el pronunciamiento judicial que venimos analizando a lo largo de este trabajo, es anterior a la reforma que añade en el art. 162.1º CC, la posibilidad de actuación paterna, en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia; sin embargo, ello no impide que se le reconozca al menor, una independencia para la toma de decisiones que afecten al libre desarrollo de la personalidad, para después requerir la autorización judicial, dadas las consecuencias patrimoniales derivadas de los contratos suscritos. Además, el propio art. 162 *in fine*, establece que para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales, se requiere su previo consentimiento, sin perjuicio de que proceda la intervención judicial a instancia del propio hijo, de cualquier pariente, o del Ministerio Fiscal, con el fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas.

Trasladando todas estas cuestiones a trabajos o carreras profesionales que se desarrollan exclusivamente a través de la gran ventana de Internet, resulta evidente que las mismas requieren de un control riguroso, en orden a evitar los

graves riesgos y peligros que los menores pueden correr, en primer lugar, para su vida y su salud, pero también para sus derechos al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen. Ahora bien, no debe pasar desapercibido, el beneficio económico que en muchas ocasiones pueden suponer sus actividades en dicho medio, y la necesidad de un régimen jurídico aplicable en este aspecto.

Los problemas que se puedan suscitar respecto a la determinación de la madurez del menor, para su actuación autónoma, o incluso para su intervención, en este contexto se complica considerablemente, dado que cada vez a más temprana edad, los niños tienen acceso a servicios de conexión en línea y a Internet.

La LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales, establece la edad de 14 años, para poder prestar el consentimiento válidamente en el tratamiento de los datos personales. Nos encontramos por lo tanto con una regulación legal, que opta por la edad cronológica en el ámbito de la protección de datos, 14 años, inferior además a la recomendada en el propio Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, que aconseja 16 años, aunque nunca debe ser inferior a 13 años, pero quizás más acorde a la realidad de las circunstancias, frente al criterio de madurez del menor que sigue la normativa civil respecto a la disponibilidad de los derechos de la personalidad en general[39].

Permitiendo el Código Civil, la actuación autónoma del menor respecto a sus derechos de la personalidad, sin concretar en qué consiste esta intervención de los representantes legales del menor en base a sus deberes de cuidado y asistencia, cuando el ejercicio de los derechos de la personalidad por el menor, entran en el plano patrimonial, no solo para el tercero contratante, sino también para la propia responsabilidad patrimonial del menor, nos hace cuestionarnos la oportunidad de contar con una legislación específica que proteja a los menores y a los grandes menores, en el contexto digital.

El interés del menor se despliega como criterio interpretativo y de aplicación absoluta, en orden a una protección integral del mismo. Una vertiente fundamental de este principio general, es la participación del propio menor, su derecho a ser escuchado, puesto que las actuaciones respecto a dicho menor, deben llevarse a cabo de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos e integridad física y mental. Se trata de implicar al menor, como único protagonista que es, en

39 Para Sánchez Gómez la mayor capacidad otorgada en la actualidad a los grandes menores, donde se ejerce con superior fuerza e intensidad, es en el ámbito virtual, "Las nuevas tecnologías y su impacto en los derechos al honor, intimidad, imagen y protección de datos del menor. Mecanismos jurídicos de protección: carencias, interrogantes y retos del legislador", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 23, enero 2017, p. 179.

su desarrollo personal, reconociendo plena autonomía al mismo en sus derechos de la personalidad, o bien su participación antes de adoptar decisiones que le afecten, o en contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales, cuando cuenten en ambos casos con suficiente madurez o juicio.

La cuestión resulta especialmente delicada, si las opiniones del menor deben trascender del ámbito familiar. A las dificultades que pueden resultar de la valoración de su madurez para el acto o negocio concreto, se suma la fórmula de exteriorización de la voluntad del mismo.

En el ámbito patrimonial, los padres administrarán los bienes de los hijos, con la misma diligencia que los suyos propios, pero desarrollando una gestión activa del mismo, con una cobertura legal para los actos de disposición, quizás necesitada de perfilar, aunque en cualquier caso existente.

Pero cuando confluyen intereses personales del menor, con intereses patrimoniales, y por tanto la participación de terceros ajenos al círculo familiar, es cuando se evidencian, las carencias legislativas, no solo para dotar de seguridad jurídica la posición de estos terceros contratantes, sino también para garantizar la imprescindible y necesaria protección a menores y adolescentes.

En cualquier caso, se debe seguir intentando mantener la presunción de que los padres siempre van a actuar en interés del menor, y especialmente permitir que ejerciten sus deberes de cuidado y asistencia que, por supuesto deben desarrollar de acuerdo con la personalidad de su hijo o hija, y con respeto a sus derechos y a su integridad.

BIBLIOGRAFÍA

Asensio Sánchez, M. A. y Quesada Sánchez, A. J.: "Minoría de edad y contratación: una aproximación a su problemática", *Diario La Ley,* núm. 6639, 29 de enero de 2007, consultado en laleydigital.

Carrasco Perera, Á: "El niño que quería ser Messi", *Actualidad Jurídica Aranzadi,* núm. 863/2013, consultado en base de datos Aranzadi (BIB 2013/1061).

De la Iglesia Monje, M. I.: "Nueva visión del libre desarrollo de la personalidad del menor: su capacidad de decisión sobre su futuro profesional", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 737, 2013.

Díaz Martínez, A.: "La tutela del interés superior del menor en la ordenación de las relaciones personales con sus progenitores y las decisiones sobre su futuro profesional (con ocasión de las SSTS 31 enero y 5 febrero 2013)", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 1/2013, consultado en base de datos Aranzadi (BIB 2013/651).

Gil Membrado, C.:

- "Límites a la autonomía de la voluntad en la contratación de menores para la práctica del futbol profesional a la luz del régimen de protección a la infancia y a la adolescencia", *Actualidad Civil*, núm. 1, enero 2017, consultado en Smarteca.

- "Límites a la autonomía de la voluntad en la disposición de la imagen del menor a través de las Redes Sociales", *LA LEY Derecho de familia,* núm. 13, enero-marzo 2017, consultado en Smarteca.

Gómez Nieto, B.: "El influencer: herramienta clave en el contexto digital de la publicidad engañosa", *methaodos.revista de ciencias sociales*, vol. 6, núm. 1, 2018.

Guillén Catalán, R.: "El interés superior del menor como límite al ejercicio de la patria potestad. Comentario a la STS núm. 26/2013 (RJ 2013, 928)", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 19, enero 2015.

Llamas Pombó, E.: "Comentario al art. 164 del Código Civil", en AA.VV.: *Código Civil comentado* (dir. por A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.

Pérez Díaz, R.: *Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor en el siglo XXI*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018.

Ruano Albertos, S.: "El ingreso en la empresa", en AA.VV.: *Derecho del Trabajo* (dir. por J. I. García Ninet, coord. por A. Vicente Palacio) Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020.

Ruiz de Huidobro de Carlos, J. M.: "La capacidad de obrar de los menores", en AA.VV., *Tratado del Menor* (coord. por C. Martínez García), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.

Sánchez Gómez A.: "Las nuevas tecnologías y su impacto en los derechos al honor, intimidad, imagen y protección de datos del menor. Mecanismos jurídicos de protección: carencias, interrogantes y retos del legislador", *Revista Boliviana de Derecho*, nº 23, enero 2017.

Seisdedos Muiño, A.: "Comentario al art. 162 del Código Civil", en AA.VV.: *Código Civil comentado* (dir. por A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.

Seligrat González, V. M.: "Contratos deportivos y protección de menores", *Actualidad Civil*, núm. 4, 2014, consultado en Smarteca.

Valera Castro, I.: "El interés del menor como derecho subjetivo. Especial referencia a la capacidad para contratar del menor", *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2189, mayo 2016.

LA DELIMITACION DEL CONCEPTO DE DAÑO MORAL: UN ESTUDIO DE LA CUESTIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

THE DELIMITATION OF THE CONCEPT OF NON-MATERIAL DAMAGE: A STUDY OF THE ISSUE IN SPAIN

Rev. Boliv. de Derecho Nº 32, julio 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 278-313

Loreto Carmen
MATE SATUÉ

ARTÍCULO RECIBIDO: 9 de septiembre de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 13 de noviembre de 2020

RESUMEN: El presente estudio tiene como objetivo realizar una aproximación al concepto de daño moral en el derecho español porque, a diferencia del daño patrimonial, el Código Civil no proporciona un concepto sobre él. Para la articulación de un concepto de daño moral es necesario analizar los supuestos de reconocimiento legal, la interpretación que los órganos judiciales han hecho y el tratamiento proporcionado en los Principios de derecho contractual europeo y de derecho de daños europeo. El trabajo finaliza con una valoración sobre la actual configuración del daño moral.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad civil; Daño moral; Principios de derecho contractual europeo; Principios de derecho de daños europeo.

ABSTRACT: *The present study aims to make an approximation to the concept of non-pecuniary damage in Spanish law because, unlike property damage, Civil Code does not provide a concept about it. For the articulation of a concept of non-pecuniary damage, it is necessary to analyze the assumptions of legal recognition, the interpretation that the judicial bodies have made and the treatment of non-pecuniary damage in the Principles of European contract law and European tort law. The work ends with an assessment of the current configuration of non-pecuniary damage.*

KEY WORDS: *Tort law ; Non-material damage ; Principles of European Contract Law ; Principles of European Tort Law.*

SUMARIO.- I. EL PUNTO DE PARTIDA: UNA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE DAÑO MORAL. 1. Los factores que influyen en el reconocimiento e indeterminación del daño moral. 2. Las corrientes negativas y positivas sobre el daño moral II. LOS SUPUESTOS DE RECONOCIMIENTO LEGAL DEL DAÑO MORAL. 1. Los derechos de la personalidad: el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. 2. Los daños morales por infracción del derecho a la propiedad intelectual e industrial. 3. El régimen de responsabilidad civil por productos o servicios defectuosos en el TRLGDCU. III. LOS SUPUESTOS DE RECONOCIMIENTO JUDICIAL DEL DAÑO MORAL. 1. Las dificultades del daño moral para su reparación: ¿es posible la reparación in natura? 2. Las categorías de daños morales indemnizables en la jurisprudencia. A) El daño moral por la lesión de derechos inherentes a la persona. B) Los daños morales por lesiones corporales C) El daño moral como pretium doloris. D) El daño moral por pérdida de oportunidad. IV. EL DAÑO MORAL EN LOS PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW Y EN LOS PRINCIPLES OF EUROPEAN TORT LAW. 1. Principles of European Contract Law 2. Principles of European Tort Law. V. REFLEXIÓN CRÍTICA SOBRE EL CONCEPTO DE DAÑO MORAL.

I. EL PUNTO DE PARTIDA: UNA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE DAÑO MORAL

1. Los factores que influyen en el reconocimiento e indeterminación del daño moral

Los daños morales tradicionalmente se han identificado como aquellos perjuicios infligidos a las creencias, los sentimientos, la dignidad, la estima social o la salud física o psíquica[1]. Sin embargo, los contornos de su resarcimiento resultan difíciles de precisar porque no existe una definición de su concepto en el Código Civil, de modo que, han sido los órganos judiciales quienes han asumido la labor de perfilar su contenido.

A diferencia de lo que ocurría con los daños patrimoniales, el Código Civil no realiza un reconocimiento explícito de los daños morales como partida indemnizable, aunque se han considerado incluidos en el concepto general de *daños y perjuicios* al que alude el artículo 1101 del Código Civil o en el de *daño* empleado por el artículo 1902 del Código Civil. El Código Penal en su artículo 110.3 y otras

1 Esta es la definición general que, sobre los daños morales proporciona, De Ángel Yagüez, R.: *Tratado de responsabilidad civil,* Civitas, Madrid, 1993, p. 675.

• Loreto Carmen Mate Satué
Doctora en Derecho y Profesora Asociada de la Universidad de Zaragoza. Miembro colaborador del Grupo de Investigación "Gestión Jurídica de Negocios, Instrumentos y Organizaciones Innovadores" (LegMIBIO) de la Universidad de Zaragoza e Investigadora del "Instituto Universitario de Investigación en Empleo, Sociedad Digital y Sostenibilidad Universidad de Zaragoza" (IEDIS). Correo electrónico: matesatue@unizar.es

leyes especiales a las que posteriormente se aludirá, sí reconocen la indemnización de los perjuicios morales[2], pero sin determinar qué debe entenderse por tales.

El principal escollo en la admisión del daño moral se planteó en el ámbito de la responsabilidad contractual[3]. Una prueba de ello es que el primer reconocimiento judicial del daño moral en materia de responsabilidad extracontractual se sitúa en la STS de 6 de diciembre de 1912 pero no es hasta la STS 9 de mayo de 1984 (RJ 1984, 2403) cuando se reconoce propiamente la indemnización de este tipo de daños en sede de responsabilidad contractual[4]. Este cambio de criterio se justificó por parte del Tribunal Supremo por la irrupción de la ética en el cambio de las relaciones jurídicas atendidos los principios supralegales consagrados constitucionalmente[5] y se mantiene sobre la base de que los perjuicios resarcibles son los mismos con independencia de que se reconozcan en sede de responsabilidad contractual o extracontractual, advirtiendo incluso que, quizás, tiene más sentido la indemnización de este tipo de daño dentro de la responsabilidad contractual puesto que el damnificado ha suscrito un contrato para la satisfacción de un interés que debe ser especialmente tutelado por el ordenamiento jurídico[6].

---

2 Casanova Asencio, A.S.: "El daño moral: dificultades prácticas en torno a su prueba y valoración" en *Revista jurídica de la Región de Murcia*, núm. 53, 2016, p. 50, destaca como una de las causas que dificulta la definición del daño moral el hecho de que, tradicionalmente los bienes morales o de la personalidad han tenido menor significación legislativa que los de carácter patrimonial, atendida la tendencia de otorgar más importancia a los aspectos patrimoniales en el tráfico jurídico; lo que justifica, en opinión de esta autora, que exista una menor claridad en la enumeración de éstos. Esta falta de reconocimiento normativo del *daño moral* en el Código Civil es también reconocida por Solé Feliu, J.: "El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y derecho español" en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho,* núm. 1, 2009, p. 20 y Gómez Ligüerre, C.: "Concepto de daño moral" en *El daño moral y su cuantificación* (Dir. F. Gómez Pomar e I. Marín García), Wolters Kluwer, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2017, p. 30
A nivel jurisprudencial, el Tribunal Supremo ha reconocido la indemnización del daño moral como un *principio incuestionable* [STS 23 de enero de 2004 (RJ 2004, 1)] que no debe negarse por el hecho de que el Código Civil no prevea su referencia normativa por entenderse implícitamente reconocida en la exigencia de resarcir todos los daños [STS 27 de julio de 1994 (RJ 1994, 6787)].

3 Cristóbal Montes, A.: "El enigmático artículo 1107 del Código Civil español" en Asociación de Profesores de Derecho Civil, *Centenario del Código Civil (1889-1989),* Vol. I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p. 6 recoge los principales argumentos contrarios a la indemnización del daño moral en supuestos de incumplimiento contractual. En este sentido, se consideraba, entre otros, que no existía ningún precepto en el Código Civil que autorizara la reparación de este tipo de daños; que éstos sólo tenían cabida en la esfera de la responsabilidad extracontractual o que, no procedía en la esfera de la responsabilidad contractual la resarcibilidad del quebranto moral causado, pues el daño indemnizable debía tener contenido patrimonial.

4 Con anterioridad a la STS 9 de mayo de 1984 (RJ 1984, 2403), el Tribunal Supremo reconoció de forma implícita el resarcimiento de los daños morales en las SSTS 26 de febrero de 1966 y 7 de diciembre de 1979, pero no se condenó a la reparación del daño moral por falta de prueba del hecho que dio origen al daño moral. En relación con la STS 9 de mayo de 1984 (RJ 1984, 2403) critica Rodríguez Guitián, A.M.: "La indemnización del daño moral en el incumplimiento contractual" en *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid,* núm. 15, 2007, p. 244 como en esta resolución y también en muchas posteriores, el Alto Tribunal se aleja de la concepción tradicional del daño moral vinculada a los bienes de la persona y derechos de la personalidad y, "recurre al camino más cómodo de indemnizar el daño moral, sin referirse de manera concreta al lucro cesante".

5 El propio Tribunal Supremo en esta STS 9 de mayo de 1984 (RJ 1984, 2403), reconoce como la prueba de la producción, existencia y realidad de los perjuicios y daños inmateriales "[…] es, paradójicamente, más fácilmente apreciable o perceptible en los casos de incumplimiento contractual, pues ya el hecho de esa conducta en una de las partes en el contrato produce, en curso normal de la convivencia y de las expectativas creadas por la relación negocial intersubjetiva, una frustración, una ruptura de la confianza que es la base de la buena fe (arts. 7 y 1258 del Código Civil)".

6 Cfr. Alvarez Vigaray, R.: "La responsabilidad por daño moral" en *Anuario de Derecho Civil*, núm. 1, 1966, p. 89. En una línea similar Barrientos Zamorano, M.: *El resarcimiento por daño moral en España y en Europa*, Ratio

En la actualidad no hay duda sobre la aceptación de que un incumplimiento contractual puede generar en el acreedor de la prestación un daño moral[7]. Sin embargo, el silencio del legislador respecto a la indemnización de los daños morales en el artículo 1106 del Código Civil que identifica los daños patrimoniales como el daño emergente y el lucro cesante, proporciona un concepto *economicista* del daño contractual en el que en principio no encaja el daño moral[8]. No obstante, no puede desconocerse que la falta de alusión expresa de los daños morales en el artículo 1106 del Código Civil no obedece a una voluntad restrictiva o limitativa en el reconocimiento de su existencia –el artículo no prohíbe la indemnización de estos daños-, sino al momento temporal en el que se aprobó el Código Civil[9]. Otros autores admiten su resarcimiento al amparo de una interpretación teleológica del artículo 1106 en relación con el artículo 3.1 del Código Civil[10] o por integración de los perjuicios extrapatrimoniales dentro de los términos *daños* y *perjuicios* a los que aluden los artículos 1101 y 1106 del Código Civil[11].

Además de la ausencia del reconocimiento normativo del daño moral en sede de responsabilidad contractual, también se utilizaba como una causa para rechazar el reconocimiento de los daños morales derivados del incumplimiento contractual, la concepción patrimonial del contrato. Esta teoría se basa en la idea de que los daños derivados del incumplimiento de un contrato sólo podían ser de naturaleza

Legis, Salamanca, 2007, p. 328 destaca que "[…] el daño moral no puede quedar constreñido a las normas reguladores de la responsabilidad extracontractual, sino que pertenece al campo de la responsabilidad civil en general. No concurren en principios motivos que verifiquen su negativa en materia contractual. El artículo 1106 del Código Civil no representa un obstáculo para la indemnización de los daños morales, porque este se aplica sólo a supuestos de daños de carácter patrimonial, y se atiende para los daños morales a los criterios que para esta clase de daños se siguen".

7 Marín García, I. y Milà Rafel, R.: "Daño moral contractual" en *El daño moral y su cuantificación* (Dir. F. Gómez Pomar e I. Marín García), Wolters Kluwer, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2017, p. 244 consideran que "la problemática actual del daño moral no es la admisibilidad de su reparación, pues se entiende reconocida en el artículo 1101 del Código Civil. Las principales cuestiones jurídicas que plantea el resarcimiento del daño moral en el ámbito de la responsabilidad contractual son tres: el uso indebido de esta figura por parte de los tribunales, la determinación de los límites al deber de reparar el daño moral por incumplimiento contractual y la ausencia de criterios a emplear para su cuantificación".

8 Rodríguez Guitián, A.M.: "Indemnización del daño moral derivado del incumplimiento contractual: a propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2002" en *Anuario de Derecho Civil*, núm. 2, 2003, p. 840.

9 Cfr. Solé Feliú, J.: "El daño moral" *cit.,* p. 30; Marín García, I. y Milà Rafel, R.: "Daño moral contractual" *cit*., p. 208. En relación con el artículo 1106 del Código Civil, Delgado Echevarria, J.: "Incumplimiento de la obligación" en *Elementos de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones, Teoría General del Contrato,* (Dir. J.M. Lacruz Berdejo.) Vol. I, Bosch Editor, Barcelona, 1994, p. 211 considera que este precepto no excluye que junto con los efectos patrimoniales que se deriven del incumplimiento de una obligación pueda existir un daño moral, inferido a la salud, la libertad, el honor y en general los bienes de la personalidad, por cuanto se trata de daño producido en otros bienes del acreedor (distintos de la prestación debida) tan valiosos y susceptibles de indemnización como la propiedad misma.
Por su parte, el Tribunal Supremo ha considerado en relación al silencio del artículo 1106 del Código Civil sobre los daños morales lo siguiente "si bien es cierto que el referido precepto civil 1106 establece la forma normativa para regular los daños y perjuicios de condición exclusivamente material, no lo es menos ante la concurrencia de efectivos daños de no apreciación tangible, -los llamados daños morales-, […] su cuantificación puede ser establecida por los Tribunales de Justicia teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes". [Cfr. STS 21 de octubre de 1996 (RJ 1996, 7235)].

10 García López, R.: *Responsabilidad civil por daño moral: Doctrina y Jurisprudencia*. J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1990, pp. 311 y 312.

11 Rodríguez Guitián, A.M.: "Indemnización del daño" *cit*., p. 841.

patrimonial. Sin embargo, esta teoría se encuentra superada pues no puede dudarse de que los daños resarcibles derivados del incumplimiento contractual no se agotan en los patrimoniales, y, además, muchas de las relaciones contractuales giran en torno a intereses de naturaleza no patrimonial[12].

Por otro lado, para abordar el estudio del daño moral, es necesario advertir que nuestro sistema de responsabilidad civil se encuadra dentro de los *sistemas no limitativos, atípicos o abiertos,* lo que conlleva que la pretensión indemnizatoria no se limite a *priori* atendiendo a la naturaleza de los bienes o derechos afectados, sino que puedan indemnizarse con carácter general los perjuicios que se deriven de una acción u omisión negligente o dolosa vinculados por la oportuna relación de causalidad.

La falta de regulación legal unida a que la expresión *daño moral* no permite conocer su significado particular[13] ha provocado que la concreción de los contornos de este concepto sea una labor encomendada a los órganos judiciales, quienes además de procurar fijar el perfil de su resarcimiento, han empleado esta institución como una fórmula de protección a las víctimas cuando el contenido del daño resulta difuso o el daño patrimonial no logró probarse[14], porque la asignación de esta naturaleza al daño les facilita su reconocimiento y cuantificación[15].

El análisis de las resoluciones judiciales permite advertir un amplio reconocimiento de los daños morales siendo una institución en constante cambio y evolución, en parte porque sus manifestaciones pueden ser tantas como las

12 García López, R.: *Responsabilidad civil, cit.*, pp. 281 y 282 recapitula algunos ejemplos de otros autores en los que puede apreciarse la existencia de intereses morales subyacentes a la relación contractual. A modo ejemplificativo podemos citar el supuesto de la familia de un difunto que realiza un mandato a otro para que gestione la renovación del arrendamiento del nicho y, por negligencia a éste se le pasa el plazo de renovación y el difunto resulta exhumado. Otro ejemplo que reseña es el de una madre que sólo tiene una fotografía de su hijo difunto y la deja en depósito a un tercero, por negligencia de éste, la fotografía se destruye.

13 Cfr. Díez Picazo, L.: *El escándalo del daño moral*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008, p. 13 afirma que "si era comprensible que nunca hubiéramos tenido una idea especialmente clara de qué debe entenderse por daño moral, esa idea es hoy menos clara que nunca […]". En sentido similar, Barrientos Zamorano, M.: *El resarcimiento, cit.*, p. 39.

14 Carrasco Perera, A.: "Comentario al artículo 1106 del Código Civil" en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Dir. M. Albaladejo). Tomo XV, volumen 1, Edersa, Madrid, 1989, p. 701 pone de relieve como la jurisprudencia está utilizando la doctrina del daño moral para "*escamotear injustificadamente el principio de la carga de la prueba del daño patrimonial*". En sentido similar, **Díez** – Picazo Giménez, G. y Arana De La Fuente, I.: *El desbordamiento del derecho de daños*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 19 destacan que "[…] desde hace algún tiempo, en las decisiones de nuestro Tribunal Supremo prevalece la doctrina favorable a la más amplia aplicación del principio *pro damnato* en materia de Derecho de daños".

15 Esta cuestión es puesta de relieve por Serra Rodríguez, A.: *La Responsabilidad Civil del* Abogado, Elcano (Navarra), Aranzadi, 2001, p. 315 cuando analiza el uso del daño moral en la responsabilidad civil del Letrado al advertir que "el daño moral se convierte así en remedio para solucionar esta clase de conflictos sin entrar en la complejidad probatoria que implica valorar el éxito de una pretensión no planteada o mal planteada, con lo que se acaba admitiendo el resarcimiento de pérdidas que tienen un estricto carácter económico".

facetas de la personalidad, valores y estimas tiene el ser humano[16], habiéndose reconocido incluso cuando los padecimientos se han derivado de un incumplimiento contractual. Sobre esa base, se han alzado algunas voces partidarias de realizar una labor de contención en su reconocimiento, para evitar que se convierta en nuestro ordenamiento jurídico, en un *concepto comodín*[17].

En las páginas siguientes, se va a intentar proporcionar una aproximación del concepto de *daño moral* porque únicamente se garantizará el principio de *reparación integral del daño causado*[18] si se concretan los supuestos en los que debe repararse. Para ello, se expondrán las ideas básicas sobre las tesis positivas y negativas utilizadas para su definición, así como una visión jurisprudencial sobre las principales categorías de supuestos en los que se reconoce la indemnización de los perjuicios que tienen esta naturaleza.

2. Las corrientes negativas y positivas sobre el daño moral

En el intento de definir el *daño moral* han surgido dos teorías contrapuestas[19], las *teorías negativas* del daño moral, que destacan los elementos que se encuentran ausentes en este tipo de daños y, las *teorías positivas*, que pretenden a través de la descripción, dotar de contenido a esta figura.

Es frecuente que, en la búsqueda de un concepto de daño moral se opte por proporcionar una definición negativa[20], por resultar más sencillo contraponerlo al concepto de daño patrimonial, que intentar efectuar una agrupación de daños heterogéneos que pueden integrarse en éste. Sin embargo, estas *teorías*

16 Cristóbal Montes, A.: "El daño moral contractual" en *Revista de Derecho Privado*, núm. 74, 1990, p. 3.

17 Quizás, una de las voces más críticas, entre nuestra doctrina, con el empleo desmedido del daño moral sea **Díez** Picazo, L.: *El escándalo, cit.*, pp. 14 y 15. Este autor ha afirmado que "estoy dispuesto a admitir que los conceptos jurídicos tienen, como decía Engisch, un núcleo duro y un halo que ya no es tan duro, pero no estoy dispuesto a aceptar que sean proteicos, tan modelables como lo que los niños llaman *plastilina* y que en sus manos se pueda hacer con ellos lo que se quiera. Sin embargo, esto es, cabalmente, lo que está ocurriendo con la figura del daño moral ante nuestros escandalizados ojos. Habría que añadir que, falto de los necesarios empalmes, el concepto jurisprudencial, si es que se le puede llamar así, se mueve en el vacío y sólo genera una variante de lo que Weber, llamaba *justicia del cadí*, que puede responder a vagos o si se quiere, intuitivos ideales de justicia, pero que, careciendo de ayer y de mañana, sólo se le puede calificar como arbitrariedad".

18 Cfr. **Díez** Picazo, L. *El escándalo, cit.*, p. 77. Sobre el «principio de reparación integral» reconoce **Gómez** Ligüerre, C. «Concepto de», *cit.*, pp. 35 y 36 la dificultad que los daños morales plantean para garantizar este principio, atendiendo a los obstáculos que plantea su prueba y por la imposibilidad de reparar bienes para los que no existe sustituto en el mercado.

19 Es destacable el tratamiento que de estas teorías sobre la configuración del daño efectúa García **López**, R.: *Responsabilidad Civil, cit.,* pp. 51-80. Por su parte, la STS 22 de febrero de 2001 (RJ 2001, 2242) se hace eco de estas dos teorías respecto a la configuración del daño moral y, reconoce que la concepción negativa pretende definir el daño moral frente a otra clase de daños, atendiendo fundamentalmente a la posibilidad de traducción económica de los daños patrimoniales, lo cual resulta difícil en los daños morales o extrapatrimoniales. Por su parte, las corrientes positivas, según esta resolución, intentan extraer una serie de supuestos o subcategorías específicas que pueden dar lugar a daño moral, advirtiendo la dificultad de perceptibilidad jurídica, puesto que en la mayor parte de las ocasiones afectan a la intimidad de la persona.

20 Sobre la tendencia a proporcionar una definición negativa del *daño moral*, pueden destacarse Álvarez Vigaray, R. "La responsabilidad", *cit.*, p. 81 y Díez Picazo, L. *El escándalo, cit.*, p. 73.

negativas despiertan poco interés por que no proporcionan información sobre el significante[21]

El daño moral conforme a las *teorías negativas* permitiría identificarlo como aquél no susceptible de comprenderse en el daño patrimonial por tener un interés de naturaleza no patrimonial o por carecer el perjuicio de consecuencias patrimoniales, pudiendo definirse como "[…] el perjuicio que no afecta a su patrimonio, ni a sus ingresos, ni puede cuantificarse económicamente con referencia a un valor de mercado"[22].

La definición negativa del daño moral ha sido objeto de otras críticas además de la expuesta sobre la escasa utilidad que proporciona para determinar el significante de este concepto. Se ha considerado, además, que este tipo de definiciones sólo pueden admitirse cuando los fenómenos que se oponen son homogéneos, lo cual no sucede con los daños morales y patrimoniales. También se ha esgrimido que no debe identificarse el carácter patrimonial o no patrimonial del derecho lesionado con un daño de idéntica naturaleza, es decir, la lesión de un derecho patrimonial no sólo genera daños patrimoniales, sino que también puede producir daños extrapatrimoniales.

En contraposición, los partidarios de las *tesis positivas* pretenden proporcionar una descripción que dote a la definición del daño moral de contenido. Estas corrientes se dividen del siguiente modo: de un lado, las que pretenden proporcionar significado a la institución atendiendo al *tipo de daño ocasionado*; esta corriente, actualmente superada, parte de la materialidad o inmaterialidad del daño, de modo que daño material será el que puede ser apreciado por las facultades sensitivas del ser humano, mientras que el daño inmaterial es el que afecta a la esfera invisible del ser humano. La otra posible clasificación se basa en los *derechos que resultan afectados*; así, se distingue entre los derechos patrimoniales, destinados a procurar satisfacciones pecuniarias y los derechos extrapatrimoniales, representados por los derechos políticos, de la personalidad o de la familia.

21 Gómez Ligüerre, C.: "Concepto de", *cit.*, p. 48 defiende que, la utilidad de la información que proporcionan la teoría negativa sobre el daño moral es idéntica a la que facilitaría una definición negativa del daño patrimonial que lo considerara como aquél que no es moral. Bajo ese argumento, concluye el autor que "de hecho, la posibilidad de definir ambos tipos de daños por negación el uno del otro, evidencia que se refieren a una misma realidad, el perjuicio que sufre la víctima o, mejor dicho, a consecuencias posibles de una misma realidad referida en todo caso a las consecuencias negativas de un comportamiento ajeno". Por su parte, Díez Picazo, L.: *El escándalo, cit.*, p. 74 considera que "la definición negativa no es más que puro escapismo de problemas que tanto en lógica como en pura exégesis del ordenamiento jurídico resultan difíciles de resolver".

22 Martín Casals, M. y Solé Feliu, J.: "El daño moral" en *Derecho privado europeo* (coord. S. Cámara Lapuente), Colex, Madrid, 2003, p. 858. Por su parte, de forma más escueta, pero siguiendo también estas teorías negativas Roca Trías, E. y Navarro Michel, M.: *Derecho de daños: textos y materiales,* Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011, p. 125 los define como "aquéllos que afectan a la persona, en cualquiera de sus esferas que no sea la patrimonial".

La principal crítica que plantean las concepciones positivas es compartida con las teorías negativas y consiste en que tampoco resultan satisfactorias para la identificación del perjuicio extrapatrimonial como toda lesión que se produzca en un bien o derecho extrapatrimonial, pues la lesión de bienes extrapatrimoniales puede provocar también perjuicios de naturaleza patrimonial.

Atendida la dificultad que plantea la definición teórica del concepto de daño moral y que no es posible efectuar una aproximación normativa al contenido de este concepto, en las próximas páginas intentaremos abordarlo[23]. Para ello, se van a exponer los supuestos en los que leyes especiales reconocen el resarcimiento de este tipo de perjuicios y se efectuará una catalogación de los principales supuestos en los que los órganos judiciales reconocen la existencia de este tipo de perjuicios.

II. LOS SUPUESTOS DE RECONOCIMIENTO LEGAL DEL DAÑO MORAL

A nuestro ordenamiento jurídico se han ido incorporando, en distintas normas, reconocimientos legales a favor de la indemnización de perjuicios extrapatrimoniales, aunque como se ha anticipado, estas previsiones normativas no proporcionan un concepto sobre el *daño moral*. Su virtualidad, a estos efectos es, por tanto, limitada porque únicamente nos permite identificar como indemnizables los menoscabos sufridos sobre los bienes objeto de regulación en estas normas.

1. Los derechos de la personalidad: el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen

La especial naturaleza que presentan los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (artículo 18.1 de la Constitución Española) como derechos de la personalidad, irrenunciables y que pueden entrar en colisión con otros derechos también fundamentales, hacen necesario que mediante Ley Orgánica se desarrolle su contenido, límites y supuestos en los que la vulneración de estos derechos exige una respuesta del ordenamiento jurídico destinada al resarcimiento de los daños causados a la víctima. Esta norma es la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

El artículo 7 de la LO 1/1982 recoge distintos supuestos bajo la denominación de *intromisión ilegítima*[24] que, en caso de concurrencia, justifican que el ordenamiento

23 En esta línea, Llamas Pombo, E.: *Las formas de prevenir y reparar el daño*, Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2020, p. 199 reconoce que "para dilucidar si se deben indemnizar (o no) todos los daños morales, o cuáles si y cuáles no, o lo que es igual, para precisar el límite de resarcibilidad del daño mora, primero habrá que saber qué son los daños morales".

24 Con el concepto *intromisión ilegítima* se quiere hacer referencia a la entrada o penetración que una persona hace de modo antijurídico, en la esfera de la personalidad protegida de otra. [cfr. Concepción Rodríguez,

jurídico ponga en funcionamiento medidas para detener el daño y/o destinadas al resarcimiento del perjuicio ocasionado. Por su parte, el sistema se completa con la admisión de ciertas conductas constitutivas de *intromisiones ilegítimas*; en concreto, cuando exista una autorización legal o el titular del derecho hubiera otorgado su consentimiento expreso (artículo 2.2 de la LO 1/1982), cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante (artículo 8.1 de la LO 1/1982); y, en el caso, del derecho a la imagen, si concurre alguna de las causas previstas en el apartado segundo del artículo 8 de la LO 1/1982.

El reconocimiento de un hecho como una *intromisión ilegítima* permite presumir la existencia de un perjuicio –que también puede ser de naturaleza moral- al amparo del artículo 9.3 de la LO 1/1982[25]. Esta presunción constituye el primer reconocimiento normativo de la indemnización del daño moral en el ordenamiento jurídico español, a salvo de lo establecido en el Código Penal para los supuestos de responsabilidad civil *ex delicto* del artículo 110.3. Este precepto es también importante porque se trata de la primera norma que establece una presunción de un presupuesto de la responsabilidad civil distinto al de la culpa, porque, hasta la aprobación de esta Ley Orgánica, el paso más importante que se había orquestado en el Derecho de daños era el de presumir la culpa o, prescindir de ella, como factor de atribución de la responsabilidad[26].

Los términos en los que se articula esta presunción han provocado discusiones doctrinales sobre el carácter subjetivo u objetivo de esta regla de la responsabilidad y, por otro lado, sobre la naturaleza y alcance de esta presunción. Respecto a la primera de las cuestiones, para algunos autores el hecho de que el precepto no aluda a la culpa o a la negligencia provoca que, de constatarse la intromisión, se reconozca el daño causado. Por el contrario, para otros, la ausencia de este criterio de atribución no es relevante porque no se aparta de las normas generales sobre el Derecho de daños. De tal modo que, si en el caso concreto se reconoce una *intromisión ilegítima* pero no concurre en el causante del daño el elemento subjetivo de la culpa, el perjudicado no tendrá derecho a indemnización. Sin embargo, podrá reclamar la tutela defensiva, es decir aquellas medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado

J.L.: *Honor, intimidad e imagen*, Bosch, Barcelona, 1996, p. 111].

25 El artículo 9.3 de la LO 1/1982 tiene el siguiente tenor "la existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido".

26 Cfr. Atienza Navarro, M.L.: "La responsabilidad civil por los daños producidos por las intromisiones ilegítimas en el derecho al honor" en *Derecho al Honor: Tutela Constitucional, Responsabilidad Civil y Otras Cuestiones* (Dir. J.R. De Verda y Beamonte), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 229 e Yzquierdo Tolsada, M.: "Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)" en *Tratado de Responsabilidad Civil* (Dir. L.F. Reglero Campos y J.M. Busto Lago) Vol. 2, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, p. 1452.

en el pleno disfrute de sus derechos, también previstas en el artículo 9.2 de la LO 1/1982[27].

La segunda de las cuestiones que plantea el artículo 9.3 de la LO 1/1982 es la naturaleza y el alcance de la presunción. A este respecto, algunos autores conciben que esta presunción engloba una presunción *iuris et de iure* respecto a los daños morales y una presunción *iuris tantum*, respecto a los daños patrimoniales. En contraposición, otros consideran que la presunción solo alcanza a los daños morales –intentando a través de este mecanismo resolver las dificultades probatorias que plantean este tipo de daños- mientras que, los patrimoniales deberán demostrarse conforme a las reglas generales[28]. La aplicación de esta presunción ha sido tildada por algunos autores como exagerada, al reconocer que las medidas que resultan adecuadas para algunos derechos pueden estimarse desproporcionadas para otros, porque, por ejemplo, la mera captación de la imagen ajena, que constituye una *intromisión ilegítima* al amparo del artículo 7 de la LO 1/1982, no supone en muchos casos ni un perjuicio moral ni material para su titular[29].

Por último, en el artículo 9.3 de la LO 1/1982 el legislador determina los criterios que los órganos judiciales deben utilizar para la cuantificación del daño moral indemnizable. En concreto, se atenderá a "las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma".

27 Entre los autores que defienden que, en la previsión del artículo 9.3 de la LO 1/1982, subyace una responsabilidad de carácter objetivo puede verse, Estrada Alonso, E.: *El derecho al honor en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo*, Civitas, Madrid, 1989, pp. 189 y 190, para este autor "[…] basta con que se produzca la existencia de perjuicio para que éste se presuma producido, basta acreditar la divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena; sin que se hagan mayores consideraciones sobre el grado de culpa o negligencia". En sentido contrario, Atienza Navarro, M.L.: "La responsabilidad civil", *cit.*, pp. 224 y 226.

28 Entre los autores que defienden que la presunción contenida en el artículo 9.3 de la LO 1/1982 comprende tanto los daños morales como patrimoniales, puede verse, Concepción Rodríguez, J.L.: *Honor, intimidad, cit.*, p. 171, quien entiende que cabe destruir la presunción relativa a la existencia del perjuicio material, mediante prueba en contrario, pero no la del daño moral que a su juicio, deviene incuestionable una vez se acredite la producción de la intromisión ilegítima. Por su parte, entre los que consideran que, la presunción del artículo 9.3 sólo afecta a los daños morales, pueden destacarse, Martín Casals, M.: "Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982" en Asociación de Profesores de Derecho Civil, *Centenario del Código Civil (1889-1989*), Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, p. 1264 o, Atienza Navarro, M.L.: "La responsabilidad civil", *cit.*, p. 230.

29 Al respecto, Blasco Gascó, F.P.: "Algunas cuestiones del derecho de la propia imagen»" en *Bienes de la personalidad,* Universidad de Murcia, 2008, pp. 15 y 16 e Yzquierdo Tolsada, M.: "Daños a los derechos", *cit.*, p. 1453.

2. Los daños morales por infracción del derecho a la propiedad intelectual e industrial

Nuestro ordenamiento jurídico ha establecido una serie de normas dirigidas a la protección de los derechos de propiedad intelectual e industrial, reconociendo normativamente la facultad del autor de solicitar la indemnización de daños morales si constata algún tipo de violación en sus derechos.

En este sentido pueden verse, el artículo 138 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, (en adelante, Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual) y, el artículo 140 que establece los criterios para su indemnización[30]; el artículo 43.2 de la Ley de Marcas que dispone que "en el caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico"; con un contenido idéntico, el artículo 74.2 a) de la Ley de Patentes y el artículo 55.2 a) de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial (en adelante, Ley de Protección Jurídica del Diseño Industrial).

El reconocimiento normativo de que la violación de los derechos de autor puede generar un daño moral obedece no sólo a una exigencia comunitaria derivada de la transposición de la Directiva 2004/48/CE, de 29 de abril de 2004, sobre el respeto de los derechos de la propiedad intelectual al ordenamiento jurídico español, sino que resuelve también el debate sobre la consideración jurídica que el derecho de autor ha tenido en nuestro ordenamiento jurídico. Actualmente, se ha descartado que la *condición de autor* constituya un derecho de la personalidad. No obstante, en el pasado, algunos autores defendieron que se trataba de un derecho de la persona porque atañe a un bien ideal inseparable de ésta. En esa línea, otros estimaban que se trataba de un derecho único e inescindible de naturaleza especial, en el que los aspectos personalistas y patrimoniales son inseparables y se potencian recíprocamente[31].

30 Yzquierdo Tolsada, M. y Arias Máiz, V.: "Responsabilidad civil por daños a la propiedad intelectual" en *Tratado de Responsabilidad Civil* (Dir. L.F. Reglero Campos y J.M. Busto Lago), Vol. 2, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, p. 1658 consideran que, en estos casos, el derecho protegido es el derecho moral de autor en las diversas modalidades recogidas en el artículo 14 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, de modo que no quedan amparados por este precepto, el honor o la reputación artística o profesional, ni los daños resultantes de una difamación, sin perjuicio de que se trate de supuestos que tengan encaje dentro de la LO 1/1982; al igual que tampoco , lo son los supuestos de suplantación de la personalidad del autor o asignación de una falsa autoría.
En contra de lo apuntado por estos autores, en ocasiones, los órganos judiciales han vinculado la conculcación de los derechos de propiedad intelectual con el prestigio profesional, de modo que aplicando la normativa sobre propiedad intelectual se ha reconocido la indemnización de daños morales por el aprovechamiento ilícito de la obra, por ejemplo, por generar dudas frente a terceros sobre la autoría de la obra [Por todas, SSAP Lérida 18 de noviembre de 2019 (JUR 2019, 329556), Madrid 3 de marzo de 2004 (AC 2004, 1752) y 25 de mayo de 2004 (AC 2004, 1809)].

31 A favor del reconocimiento de la *condición de autor* como un derecho de la personalidad pueden destacarse, Castán Tobeñas, J.: "Los derechos de la personalidad" en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* 1952, p. 33. En contra, pueden verse, Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: *Derecho de la persona*, Montecorvo, Madrid, 1976, p. 209 que defiende como "la importancia del derecho de autor, incluidas sus facetas personalistas

El fundamento de la indemnización por daño moral derivado de la infracción de derechos de propiedad intelectual e industrial es, según RUBI PUIG, compensatorio porque "su función es la de resarcir a las víctimas de una situación de aflicción, desasosiego o zozobra causada por la violación de uno de sus derechos de exclusiva"[32].

Estas normas, además, establecen fórmulas para el cálculo de la indemnización por daño moral –cfr. artículo 140.2 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual y el artículo 43.5 de la Ley de Marcas-.

3. El régimen de responsabilidad civil por productos o servicios defectuosos en el TRLGDCU

El Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, TRLGDCU) prevé un sistema para la indemnización de daños ocasionados a cualquier persona[33] que use o consuma un producto defectuoso o a la que se le suministra un servicio, en los términos de los artículos 147 y 148 del TRLGDCU[34] y se le ocasiona un daño de los previstos en el artículo 129 del TRLGDCU.

---

y su consiguiente desarrollo legal, doctrinal y jurisprudencial, no procede de su carácter de bien de la personalidad (que no lo es), sino de su importancia patrimonial" y, Beltrán De Heredia y Castaño, J.: *Construcción jurídica de los derechos de la personalidad*, La Real Academia, Madrid, 1976, p. 55 que estima que "quedan excluidos de la relación "los llamados derechos morales de autor" o de propiedad literaria o artística, o simplemente intelectual […] los derechos de autor, en sus diversas manifestaciones, implican una exteriorización que afecta no al ingenio en sí, ni a la posibilidad o libertad de su actuación, sino a sus expresiones concretas. Supone una creación que, como la literaria o la artística, sale fuera de nuestro ser personal".

32 Rubi Puig, A.: "Daño moral por infracción de derechos de propiedad intelectual o industrial" en *El daño moral y su cuantificación* (Dir. F. Gómez Pomar e I. Marín García), Wolters Kluwer, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2017, p. 603.

33 Parra Lucán, M.A.: "Responsabilidad civil por bienes y servicios defectuosos" en *Tratado de Responsabilidad Civil* (Dir. L.F. Reglero Campos y J.M. Busto Lago), Tomo II, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 69 y 70 plantea quiénes deben resultar protegidos por el régimen de responsabilidad previsto para los servicios en el TRLGDCU. Esta autora considera que pueden defenderse dos interpretaciones, la primera limitativa que entiende que únicamente los sujetos que tengan la consideración de *consumidores y usuarios ex* artículo 3 del TRLGDCU y, una segunda que es por la que se inclina esta autora que, permitiría su aplicación a cualquier persona que consuma un producto o se le suministre un servicio y sufra un daño de los previstos en el artículo 129 del TRLGDCU. Esta última interpretación resulta coherente con que en el TRLGDCU los regímenes de responsabilidad por productos y servicios forman ahora un único cuerpo normativo.

34 El TRLGDCU cuando aborda el régimen de la responsabilidad por servicios no hace alusión, como en el artículo 137 del TRLGDCU, a las cualidades que deben concurrir en el servicio para que le resulte de aplicación el régimen del TRLGDCU, lo que ha despertado diversidad de opiniones entre la doctrina. Hay una primera corriente mayoritaria que considera que para la aplicación de este régimen es necesario que se trate de un *servicio defectuoso,* entendiendo por tal el que no presenta la seguridad que legítimamente cabría esperar [entre otros, Parra Lucán, M.A. *La protección del consumidor La protección del consumidor frente a los daños: responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios,* Reus, Madrid, 2011, p. 230; Pasquau Liaño, M.: "El defecto de seguridad como criterio de imputación de responsabilidad al empresario de servicios" en *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos: estudio de la responsabilidad civil por servicios susceptibles de provocar daños a la salud y seguridad de las personas* (Dir. A. Orti Vallejo), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2006, p. 79]. En contraposición, niegan que el servicio deba tener la consideración de servicio defectuoso para la aplicación del régimen previsto en el TRLGDCU, Martín Casals, M. y Solé Feliu, J.: "¿Refundir o legislar? Algunos problemas de la regulación

A diferencia de las normativas anteriores, el artículo 129 del TRLGDCU descarta la aplicación de este régimen a los daños morales causados tanto por productos como por servicios defectuosos[35], seguramente porque el legislador consideró que el régimen de responsabilidad que acoge el TRLGDCU resultaba excesivamente riguroso para el responsable, de modo que no se entendió oportuno hacerlo extensivo a la indemnización de los daños morales. Sin embargo, como reconoce el propio párrafo segundo del artículo 128 del TRLGDCU la indemnización de los daños morales podrá reclamarse atendiendo a las reglas de la responsabilidad contractual o extracontractual que resulten aplicables al caso. La no aplicación del régimen previsto en el TRLGDCU a los daños causados por productos defectuosos o servicios no se opone a la Directiva 85/374/CEE porque no excluye la indemnización de los daños morales, sino que los somete a un régimen más riguroso al tener que quedar acreditada la culpa[36].

La exposición que del tratamiento del daño moral efectúan la LO 1/1982, las leyes que regulan las infracciones del derecho a la propiedad intelectual e industrial y el TRLGDCU permite concluir que estas Leyes no proporcionan un concepto de *daño moral*, aunque establecen previsiones para regular la prueba –por ejemplo, la presunción contenida en el artículo 9.3 de la LO 1/1982-, el régimen de responsabilidad aplicable al daño –objetiva en los artículos 128 y 129 del TRLGDCU- o los criterios para cuantificarlo – artículos 9.3 *in fine* de la LO 1/1982 y 140.2 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual-.

La imposibilidad de delimitar el contenido del *daño moral* después de analizar las previsiones legales que reconocen su indemnización, nos obliga a realizar un análisis jurisprudencial dirigido a determinar qué menoscabos y a qué bienes pueden ser susceptibles de constituir este tipo de perjuicios.

---

de la responsabilidad por productos y servicios defectuosos en el texto refundido LGDCU" en *Revista de Derecho Privado*, núm. 5, 2008, P. 90, estiman que, al no existir en el Texto Refundido una legislación que establezca las consecuencias del incumplimiento o cumplimiento defectuoso de un contrato de servicios, la regulación aplicable será necesariamente la contenida en los artículos 147 y 148 del TRLGDCU.

35 La exclusión de la aplicación del régimen del TRLGDCU a los daños morales derivados de servicios defectuosos, supone una infracción de los límites de la delegación legislativa efectuada a favor del Gobierno porque en la normativa objeto de refundición no se limitaba la indemnización de los daños morales. Por ese motivo, los tribunales deberían inaplicar esta limitación cuando enjuicien supuestos de daños ocasionados por servicios defectuosos [cfr. Parra Lucán, M.A.: "Responsabilidad civil por bienes", *cit.*, pp. 71 y 73].

36 Sobre esta cuestión destaca Parra Lucán, M.A.: *La protección cit.*, p. 82 que si bien ni la Ley ni la Directiva reconocen que se trate de un sistema de responsabilidad objetiva –sí lo reconocía por el contrario, la Exposición de Motivos de la Ley 22/1994-, los términos en los que se pronuncian los artículos 139 y 140 del TRLGDCU demuestran que se trata de un régimen que prescinde de la culpa.

III. LOS SUPUESTOS DE RECONOCIMIENTO JUDICIAL DEL DAÑO MORAL

1. Las dificultades del daño moral para su reparación: ¿es posible la reparación *in natura*?

La inicial admisión del daño moral por parte de los órganos judiciales planteó entre la doctrina un importante debate sobre la posible reparación pecuniaria de este tipo de daños. Se consideraba que la satisfacción económica no permitía reparar los daños ocasionados a los bienes de la víctima dañados al carecer éstos de un contenido económico. Además, su admisión se consideraba inmoral, porque se entendía constitutiva de un enriquecimiento sin causa y, durante bastante tiempo, se planteó si la indemnización de este tipo de daños no comportaba, una pena privada[37]. Actualmente, la aceptación de la reparación pecuniaria como vía para resarcir los daños morales que sufre la víctima no plantea discusión; porque, si bien es cierto que en la mayoría de los supuestos no se podrá reponer el patrimonio moral de la víctima al momento anterior a producirse el hecho dañoso, el dinero le permitirá, con frecuencia, obtener otro tipo de satisfacciones que reparen el daño sufrido en esa esfera[38].

Las consideraciones anteriores permitirían *a priori* descartar la reparación *in natura* como vía para la satisfacción del daño moral, atendiendo a la intangibilidad de los bienes que resultan perjudicados y a la imposibilidad de reemplazarlos, lo que justifica que los órganos judiciales fijen, con carácter general, una satisfacción económica a tanto alzado. Sin embargo, las peculiaridades que presentan los bienes y derechos que pueden ser objeto de daño moral justifica que el ordenamiento jurídico establezca medidas para poner fin a la actuación perjudicial y restablecer al perjudicado en el disfrute de sus derechos, reduciendo o mitigando el resultado dañoso que tiene impacto en la esfera personal del individuo. A modo ejemplificativo, en los atentados contra el *derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del individuo*, la norma sobre protección civil de estos derechos, articula dos grandes grupos de medidas, las primeras, que tienen por finalidad atajar el daño (como sucede con la acción de cesación), o evitar su propagación (como ocurre con el cierre, secuestro, retención o con el embargo

37 Sobre la imposibilidad de reparación *in natura* del daño moral, pueden verse entre otros, Gómez Ligüerre, c. "Concepto de", *cit.*, p. 40. Luna Yerga, a.; Piñeiro Salguero, J.; Ramos González, S.; Rubí Puig, A.: "Reparación *in natura* y reparación por equivalente: opciones de la víctima en el derecho español" en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho,* núm. 2, 2002, p. 5 consideran imposible la reparación específica del daño moral, del lucro cesante o, las cosas que, por su propia naturaleza, su reparación es físicamente imposible.

38 Martín – Casals, M.: "Notas sobre", *cit.*, pp. 1238 y ss ha considerado que, el daño moral está dirigido a "ofrecer unos bienes de diferentes características, que respondan a unos deseos totalmente diferentes y que proporcionen diferentes satisfacciones. Debe servir de medio para posibilitar al dañado perseguir otros fines que le dejen en una situación que, aunque sea diferente de la existente "ex ante", sea tan favorable como aquélla". Por su parte, Cavanillas Múgica, S.: "La motivación judicial de la indemnización por daño moral" en *Derecho privado y Constitución*, núm. 20, 2006, p. 168 afirma que "mientras que la indemnización del daño patrimonial es la reparación íntegra, el daño moral no es reparable y la indemnización tiene como función el mero alivio o compensación del daño, que es un parámetro borroso, nada preciso".

de los medios de publicación, que pueden adoptarse excepcionalmente), es decir, que están dirigidas a la declaración o reconocimiento de la intromisión sufrida y la reposición del estado anterior; mientras que, las segundas, se destinan a resarcimiento del lesionado, ya sea en forma específica o en forma genérica[39]. Por su parte, en la protección penal que dispensa el ordenamiento jurídico a estos derechos, se prevé una reducción de la pena a imponer al acusado si éste reconociese ante el Tribunal la falsedad o falta de certeza de las imputaciones y se retractara de ellas (artículo 214 del Código Penal). Con idéntica finalidad, el artículo 216 del Código Penal, considera que la reparación del daño comprende también la publicación o divulgación de la sentencia condenatoria, a costa del condenado por tales delitos, en el tiempo y forma que el Juez o Tribunal consideren más adecuado a tal fin, oídas las dos partes.

La siguiente cuestión que debe plantearse es, si este tipo de medidas tienen o no la consideración de reparación *in natura* o específica. Para GARCÍA LÓPEZ este tipo de reparación puede tener cabida en algunos supuestos de daño moral como, por ejemplo, el que se deriva de la vulneración del derecho al honor, que es el prototipo de los bienes morales en los que se demuestra la operatividad de la reparación natural o específica, porque las medidas como la publicación de la sentencia o la retractación del ofensor aunque sea de forma parcial y puedan requerir de un complemento pecuniario, son vías que resultan idóneas para destruir o hacer desaparecer, al menos parcialmente, los conceptos que la acción injuriosa o difamatoria impregnó en la conciencia de la comunidad social[40]

39 Cfr. Atienza Navarro, M.L.: "La responsabilidad civil", *cit.*, pp. 221 y 222. Para Naveira Zarra, M.M.: *El resarcimiento del daño en la Responsabilidad Civil Extracontractual,* Editoriales de Derecho Reunidas, Fuenlabrada (Madrid), 2006, p. 259, la publicación o difusión de la sentencia de condena y el derecho de rectificación constituyen dos modalidades de reparación *in natura* que son especialmente adecuadas frente a la vulneración de ciertos daños extrapatrimoniales sobre todo, cuando se efectúan mediante medios de comunicación. Como se ha indicado entre las medidas que prevé el artículo 9.2 de la LO 1/1982 se encuentra el derecho a replicar, la difusión de la sentencia y la condena a indemnizar los perjuicios causados. El ejercicio de estas medidas está también sujeto a las previsiones establecidas en la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación (en adelante, LO 2/1984), en concreto, a las del artículo 3.

40 García López, R.: *Responsabilidad Civil por, cit.*, pp. 113-117. Este autor, también incluye como supuestos de reparación específica o *in natura*, la curación de las lesiones inferidas al cuerpo humano y el internamiento en un centro específico en supuestos de alteraciones o perturbaciones psíquicas. En ese sentido, considera que los desembolsos económicos requeridos para la curación, o los gastos de mantenimiento o rehabilitación, no transforman la naturaleza específica de la reparación, en una indemnización pecuniaria, al tratarse de los medios idóneos para la devolución de la integridad física o psíquica a la persona. En la misma línea, Naveira Zarra, M.M.: *El resarcimiento del, cit.*, p. 259, la publicación o difusión de la Sentencia de condena y el derecho de rectificación constituyen dos modalidades de reparación *in natura* que son especialmente adecuadas frente a la vulneración de ciertos daños extrapatrimoniales sobre todo, cuando se efectúan mediante medios de comunicación. También, Llamas Pombo, E.: *Las formas de, cit.*, p. 271 afirma en relación a la publicación de la sentencia que "no deja de ser una manera de *restituir* el honor dañado o el derecho moral del autor que incluye el reconocimiento moral de la autoría. De ahí la importancia que reviste esta forma de reparación que, sin embargo, encuentra en ocasiones ciertas dificultades".
Entre las medidas que prevé el artículo 9.2 de la LO 1/1982 se encuentra el derecho a replicar, la difusión de la sentencia y la condena a indemnizar los perjuicios causados. El ejercicio de estas medidas está también sujeto a las previsiones establecidas en la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación (en adelante, LO 2/1984), en concreto, a las del artículo 3.

Mayor dificultad plantea, la admisión como reparación específica del daño moral, de ciertas actuaciones tendentes a la restitución del perjudicado a la situación anterior. Se ha considerado así, por algunos autores, una reparación específica, la práctica de una intervención estética para devolver el aspecto desfigurado a la persona que ha sufrido un perjuicio estético, porque aunque puede traducirse en el abono de una suma de dinero, entienden que se trata de una variante de la reparación *in natura* o específica[41]. En contraposición con la corriente expuesta, SÁNCHEZ GONZÁLEZ considera que estos supuestos sólo podrían tener la consideración de fórmulas de reparación *in natura*, si se otorga esta consideración a "cualquier actuación destinada a reducir la dimensión de las consecuencias perjudiciales de la lesión y que no consista en la entrega de una suma de dinero"[42].

Con independencia de las opiniones expuestas, se acepta por la doctrina mayoritaria[43] y resulta frecuente en la práctica judicial que, cuando se acuerden medidas tendentes a reducir las consecuencias de la acción ilícita, como puede ser la publicación y difusión de una sentencia, se complementen con una reparación pecuniaria al objeto de compensar los perjuicios ya experimentados.

2. Las categorías de daños morales indemnizables en la jurisprudencia

Una vez expuesta la discusión existente sobre si resulta posible la reparación *in natura* del daño moral, es necesario exponer las categorías de bienes cuya lesión constituye, a juicio de los órganos judiciales, la existencia de un daño moral en la víctima. A este respecto, debe anticiparse que el reconocimiento que los órganos judiciales efectúan sobre el daño moral es amplio, lo que se justifica en parte porque nuestro sistema de responsabilidad civil responde a un *sistema abierto o atípico* y provoca que algunos autores propugnen la necesidad de realizar una labor de contención en su reconocimiento judicial[44].

41 Cfr. Álvarez Vigaray, R.: "La responsabilidad", *cit*., p. 96

42 En este sentido, Sánchez González, M.P.: "El daño moral. Una aproximación a su configuración jurídica" en *Revista de Derecho Privado*, mes 4, 2006, pp. 40 y 41. Esta autora defiende que la publicación de una sentencia condenatoria en los supuestos de injurias o calumnias no coloca al agraviado en la situación inmediatamente anterior a la comisión de estos delitos, sino que su función es la de contribuir a reducir las consecuencias perjudiciales del hecho ilícito, pero sin llegar a borrarlas.

43 Por todos, Sánchez González, M.P.: "El daño moral", *cit*., p. 40; Álvarez Vigaray, R. "La responsabilidad", *cit*., p. 96, éste último es especialmente contundente al afirmar que "las reparaciones en forma específica no son suficientes para reparar plenamente el daño moral, pues son muy abundantes las ocasiones en que no es posible proceder a la reparación en forma específica, y aun cuando pueda efectuarse, a veces sus resultados son bastante dudosos, siendo imposible la reparación propiamente dicha". En la misma línea, Naveira Zarra, M.M.: *El resarcimiento, cit*., pp. 260 y 261 considera que las formas de reparación específica de la LO 1/1982 suponen un resarcimiento parcial y poseen una eficacia relativa, porque "difícilmente logran restaurar la situación existente antes del evento dañoso por mucho que se alcance su más perfecta materialización […] es posible que la medida reparadora no logre convencer al público, muy dado a formarse rápidamente sus juicios de valor, de la verdad invocada por el perjudicado".

44 Destacan el amplio reconocimiento que los órganos judiciales hacen del daño moral, entre otros, Gómez Ligüerre, C.: "Concepto de", *cit*., pp. 49-51, Martín Del Peso, R.: "El daño moral: determinación y cuantía algunos aspectos de su problemática jurisprudencial" en *Derecho de Daños* (coord. M.J. Herrador Guardia)

Los órganos judiciales han admitido la indemnización de los daños morales en los siguientes grupos de supuestos:

A) El daño moral por la lesión de derechos inherentes a la persona

El reconocimiento de este tipo de daños por afectación de derechos de la personalidad es el supuesto paradigmático de admisión de los *daños morales*. Una prueba de esta afirmación es que las primeras condenas del Tribunal Supremo en las que se reconoce la reparación del daño moral, tanto en sede de responsabilidad civil extracontractual (STS 6 de diciembre de 1912) como contractual [Sentencia 9 de mayo de 1984 (RJ 1984, 2403)], responden a la lesión de derechos de la personalidad.

En el presente estudio, se va a utilizar la denominación de *derechos de la persona* en sustitución de *derechos de la personalidad*[45]. Esta decisión viene motivada porque este último término tiende a identificarse con los derechos fundamentales del artículo 18.1 de la Constitución Española y el contenido de éstos puede ser más amplio[46]. En este sentido, resulta especialmente interesante la clasificación que efectúa el Profesor DE CASTRO[47] al diferenciar tres tipos de *bienes de la personalidad*: los *bienes esenciales* compuestos por la vida, la integridad corporal y la libertad; los *bienes sociales* e *individuales*, entre los que se encuentran el honor y la fama, la intimidad personal, la imagen y la condición de autor y, por último, los *bienes corporales o psíquicos secundarios* en los que se incluirían las manifestaciones de los bienes lesionables de la persona tales como la salud física y psíquica, los sentimientos o la estima social.

En este apartado, se van a incluir dentro de los *derechos inherentes a la persona* los tradicionales derechos de la personalidad reconocidos en el artículo 18 de la Constitución Española y el derecho a la libertad, porque los derechos a la integridad corporal (salud física y psíquica) y los derivados de sentimientos de zozobra, inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre y desasosiego,

Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 298 y 300; García López, R.: *Responsabilidad Civil, cit.*, pp. 80- 97; Cristóbal Montes, A.: "El daño", *cit.*, p. 5.

45 Llamas Pombo, E.: *Las formas, cit.*, pp. 200-203 mantiene que los daños deben clasificarse como *daños al patrimonio* y *daños a la persona*. Estos últimos además, pueden dividirse en dos grandes grupos: los daños que resultan de una agresión a la integridad física de la persona, que es el llamado *perjuicio corporal* y, otro segundo grupo, que constituye el *daño moral en sentido estricto* que es el producido al ser humano en sus valores más íntimos y personales.

46 Sobre la evolución y determinación de los bienes y derechos de la personalidad antes y después de la Constitución Española de 1978, resulta especialmente interesante la obra de Rogel Vide, C.: *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas,* Real Colegio de España Bolonia, Zaragoza, 1985. Por su parte, en relación a la identificación de los derechos de la personalidad con el derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen, puede verse Martín Casals, M. y Solé Feliu, J.: "El daño moral", *cit.,* pp. 872-874.

47 De Castro y Bravo, F.: *Temas de Derecho Civil*, Madrid, 1972, pp. 10 y ss.

cuentan actualmente con autonomía e identidad propia que permite clasificarlos en categorías independientes dentro de los *daños morales*.

a) Daños derivados de lesiones al derecho al honor, intimidad personal y propia imagen

Los daños derivados de la lesión de este tipo de derechos vienen motivados por la subsunción de los hechos dentro del concepto de *intromisión ilegítima* definida en el artículo 7 de la LO 1/1982 –pudiendo presumir en estos casos, la existencia de un daño moral *ex* artículo 9.3 de la LO 1/1982-, o en alguna de las conductas que el Código Penal tipifica como delitos cuando afectan a este tipo de derechos.

A modo de ejemplo, se han indemnizado los daños morales derivados de una intromisión ilegítima por *vulneración del derecho a la intimidad* cuando se colocan falsas cámaras de seguridad, porque se considera que perturba la tranquilidad razonable del individuo para el ejercicio del derecho [STS 7 de noviembre de 2019 (RJ 2019, 4458)], también cuando se imputan relaciones que afectan a la intimidad personal y familiar de una persona fundadas en rumores y conjeturas [STS 9 de enero de 2018 (RJ 2018, 1890)]. Se ha dotado de tutela resarcitoria, además, a los daños derivados de *intromisiones ilegítimas en el derecho de imagen,* por la utilización de una imagen procedente de redes sociales de una persona no pública en un *sketch* humorístico [STS 21 de diciembre de 2016 (RJ 2016, 5997)] o por la difusión de datos e imágenes de una víctima de violencia de género durante el desarrollo del procedimiento judicial derivado de los hechos delictivos [STS 10 de noviembre de 2016 (RJ 2016, 5242)].

En relación con la conculcación del *derecho al honor*, los Tribunales también han indemnizado por daño moral a las personas que han sido indebidamente incluidas en los registros de morosos [cfr. por todas, SSTS 27 de septiembre de 2019 (RJ 2019, 3753) y 20 de febrero de 2019 (RJ 2019, 810)], o por la publicación de mensajes difamatorios en redes sociales tras un suceso trágico o después de una confrontación pública [cfr. respectivamente, SSTS 3 de abril del 2019 (RJ 2019, 1214) y 23 de abril de 2019 (RJ 2019, 1376)].

b) Daños derivados de ataques a la libertad del individuo

El derecho a la libertad como reconoce el Profesor CASTÁN TOBEÑAS[48] está compuesto por las denominadas libertades públicas de las que se ocupa el Derecho Público y que están garantizadas constitucionalmente, como, por ejemplo, la libertad de prensa, religión o reunión y las *libertades civiles* garantizadas

48 Esta distinción puede verse en Castán Tobeñas, J.: "Los derechos", *cit.*, p. 45.

por normas de Derecho penal y de Derecho civil, entre las que se pueden destacar la libertades físicas, morales y profesionales.

Dentro de los ataques a las libertades civiles pueden destacarse dos grupos de casos en los que el lesionado puede ser indemnizado por el daño moral ocasionado. Los derivados de privaciones de este derecho constitutivas de delito (cfr. conductas tipificadas en el Título VI bajo la rúbrica *delitos contra la libertad* y en el Título VIII bajo la rúbrica *delitos contra la libertad* e *indemnidad sexual* ambos del Código Penal) y, por otro lado, las generadas por los Poderes Públicos cuando acuerdan indebidamente la privación de la libertad (artículos 292- 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

En el primero de los grupos, se ha indemnizado como daños morales dentro de la responsabilidad civil *ex delicto*, los sufridos por las víctimas de secuestros y detenciones ilegales [por todas, STSJ Valencia 3 de septiembre de 2018 (ARP 2019, 977), SAP Madrid, 11 de septiembre de 2015 (JUR 2015, 237338)] y también, los perpetrados contra la libertad sexual del individuo. En este sentido, la SAP Ourense 22 de octubre de 2019 (JUR 2019, 291626) reconoce la existencia de daños morales por el sufrimiento provocado a la víctima, su duración y por los recuerdos tóxicos y perniciosos efectos derivados de la agresión.

En el segundo de los grupos se ha indemnizado por daños morales a los presos sobre los que la autoridad judicial ha decretado la prisión provisional y, finalmente, han sido absueltos o se ha dictado, respecto a ellos, auto de sobreseimiento libre por no haber existido el hecho delictivo (artículos 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) o bien por derivarse un error judicial (artículos 292 y 293 de la Ley Orgánica del Poder Judicial)[49]. En esta línea, se ha indemnizado el daño moral por la lacerante y dolorosa experiencia psíquica sufrida por la privación que este derecho ha ocasionado en tanto que afecta a la autonomía personal y por reflejo a su dignidad, porque se concreta en la anulación de su capacidad de actuación y de movimientos en el terreno físico, limitando, por tanto, el ejercicio de la mayor parte de las actividades ligadas al desarrollo personal[50] [entre otras, en la STS 8 de octubre de 2010 (RJ 2010, 7211)] o por la alteración psicológica sufrida durante

49 Hasta la STEDDHH 13 de julio de 2010 (TEDH 2010, 84) el Tribunal Supremo venía aplicando el artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial también en los supuestos en los que la absolución o el sobreseimiento libre se debía a la inexistencia subjetiva del hecho, cuando en la resolución quedara probado la ausencia de participación del sujeto. Sin embargo, la referida Resolución condenó a España por considerar que esa distinción vulneraba el artículo 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.
Este pronunciamiento motivó que, el Tribunal Supremo haya revisado en su STS 23 de noviembre de 2010 (RJ 2010, 8628) su doctrina anterior y la haya adaptado al pronunciamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de modo que, quedan fuera del ámbito de aplicación del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial los supuestos de inexistencia subjetiva que, en su caso, podrán ser valoradas según el régimen del artículo 293 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

50 Xíol Ríos, J.A.: "La responsabilidad y el daño por prisión provisional cuando existe sentencia absolutoria" en *Derecho de Daños* (Dir. M.J. Herrador Guardia), Lefebvre, Madrid, 2020, pp. 518 y 519.

el tiempo en que permaneció privado de libertad [STS 19 de julio de 2011 (RJ 2011,6652)].

c) El daño moral por privación del derecho a la tutela judicial efectiva

En el ámbito de la responsabilidad civil de los abogados los órganos judiciales han articulado, en ocasiones, el daño que genera el profesional de la abogacía con un daño moral por privación del derecho a la tutela judicial efectiva[51] cuando la actuación del profesional priva al cliente de que las pretensiones sean examinadas por el órgano judicial competente y no pueden ser reiteradas en un proceso posterior [entre otras, STS 28 de enero de 1998 (RJ 1998, 357) y SSAP Valencia 14 de septiembre de 2018 (JUR 2018, 288858) y 13 de noviembre de 2019 (JUR 2019, 11046)]. Si bien, a mi juicio, el derecho fundamental previsto en el artículo 24 de la Constitución Española no constituye un daño vinculado a la persona porque se trata de un derecho instrumental que tiene como finalidad la protección de los restantes derechos, lo cierto es que hay algunas resoluciones judiciales que le han reconocido este carácter de *derecho vinculado a la persona*[52].

Esta configuración del daño indemnizable ha sido criticada por un sector doctrinal por considerar que no encaja en el concepto tradicional de daño moral entendido como la afectación de derechos subjetivos de la personalidad o con el *pretium doloris* y también porque la articulación de un daño moral, en este sentido, como la privación de un derecho fundamental, ha hecho que el Profesor DÍEZ PICAZO plantee si un letrado que carece de la consideración de Poder Público tiene capacidad para, con su actuar negligente, privar a su cliente de un derecho fundamental[53].

B) Los daños morales por lesiones corporales

Las lesiones corporales provocadas por terceros son la exteriorización de la lesión de un derecho esencial de la persona, la integridad física, que puede generar

51 La dificultad de identificar el daño causado por el abogado es puesta de relieve entre otros por Chaparro Matamoros, P.: "Nuevas perspectivas de la responsabilidad civil del abogado", en *CEFLegal: Revista práctica de Derecho*, núm. 174, 2015, pp. 28-35.

52 Cfr. SSTS 27 de julio de 2006 (RJ 2006, 6548) y 29 de mayo de 2003 (RJ 2003, 3914). A modo ejemplificativo, la primera de estas resoluciones afirma que "[…] no es inexacto calificar como daño moral el que tiene relación con la imposibilidad del ejercicio de los derechos fundamentales, integrados en el ámbito de la personalidad, como es el derecho a la tutela judicial efectiva".

53 Díez Picazo, L.: *El escándalo, cit.,* p. 33 sostiene que "[…] el daño de los justiciables que no han recibido el amparo o la tutela de los tribunales sólo puede resultar producido por éstos, pero nunca por los abogados, puyes el derecho en cuestión es un derecho público subjetivo". También contrarios a esta articulación del daño moral, se han mostrado, Crespo Mora, M.C.: *La responsabilidad del abogado en el Derecho Civil*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005, pp. 403-405 y Moreo Ariza, J.: "La compleja configuración del daño en la responsabilidad civil del Abogado" en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2007, pp. 16 y 17.

simultáneamente, unos daños físicos y morales en la víctima[54]. La evolución jurisprudencial de estos daños, sobre todo, desde la aprobación del Baremo del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (en adelante, TRLRCSCVM) justifica que en este análisis sobre el daño moral, se articule como una categoría distinta a la de la lesión de los derechos de la persona[55].

La constatación de los daños morales derivados de un daño personal se ha considerado más sencilla que otros supuestos en los que se solicita la indemnización por este concepto. Ello es así porque el reconocimiento de un daño personal lleva implícito un padecimiento moral[56] y, por otro lado, porque su resarcimiento está normativamente previsto y cuantificado en el Baremo del TRLRCSCVM.

Los órganos judiciales han reconocido la indemnización de daños morales derivados de cualquier tipo de mutilación o lesión corporal en el organismo de la víctima. Se considera que en estos daños subyace un dolor psíquico derivado de la deformidad y de verse privado en el futuro de una fisonomía corporal normal y análoga a la que antes ostentaba [por todas, STS 5 de noviembre de 2019 (RJ 2019, 4468), SAP Guadalajara 14 de diciembre de 2019 (ARC 2019, 241)]; también se ha indemnizado como daño moral, la frustración de su carrera profesional y, con ello, sus aspiraciones y expectativas laborales [Sentencia las Palmas 28 de abril del 2003 (AC 2003, 1779)].

C) El daño moral como pretium doloris

La configuración del daño moral como *pretium doloris* entendido como el sentimiento de zozobra, la sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre y, desasosiego, puede derivarse de múltiples situaciones que no pueden ser *a priori* determinables porque, como se ha

54 Sobre la compatibilidad de los daños morales y patrimoniales tuvo oportunidad de pronunciarse el Tribunal Constitucional en su STC núm. 181/200, 29 de junio de 2000 (RTC 2000, 181) que resolvió las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas sobre el sistema de valoración de daños previsto en la Ley sobre responsabilidad civil por daños causados por vehículos a motor al reconocer que, "el mandato constitucional dirigido al legislador, en orden a que adopte los remedios normativos necesarios para ofrecer una satisfactoria protección jurídica de la vida y la integridad personal (art. 15 CE), […] si en el ámbito de la responsabilidad civil, la vida y la integridad (física y moral) han de ser objeto de cuantificación dineraria o patrimonial, el más elemental respeto a la dignidad humana (art. 10.1 CE) obliga a que aquélla sea la misma para todos. […] el sistema de baremación legal cuestionado no es contrario al art. 15 de la Constitución […] atiende […] unas indemnizaciones básicas por muerte (tabla I) y por lesiones permanentes, incluidos los daños morales (tabla III), cuyas cuantías no pueden estimarse insuficientes desde la apuntada perspectiva constitucional".

55 Recordemos que para De Castro y Bravo, F.: *Temas de, cit.*, pp. 10 y ss., la integridad corporal era un *bien esencial* dentro de los bienes de la personalidad.

56 Cfr. Gómez Ligüerre, C.: "Concepto de", *cit.*, p. 38.

expuesto anteriormente, sus manifestaciones pueden ser tantas como las facetas de la personalidad, valores y estimas tiene el ser humano[57].

Dentro de esta categoría pueden incluirse los daños morales sufridos a consecuencia del fallecimiento de un familiar cercano [Por todas, STS 15 de julio de 2019 (RJ 2019, 3036) y SAP Badajoz 3 de junio de 2019 (ARP 2019, 1149)[58]], la imposibilidad de desarrollar las actividades habituales diarias [Por todas, STS 11 de marzo del 2000 (RJ 2000, 1520)], así como la privación de expectativas laborales, relacionales y de ocio de una joven que se perpetuarán durante toda su vida [cfr. SAP Zaragoza 17 de mayo de 2016 (JUR 2016, 189752)].

Los órganos judiciales también admiten la existencia de daños morales derivados de las molestias generadas por inmisiones ilícitas cuando resultan superiores a los niveles de tolerancia, por el desasosiego, el sufrimiento y la incomodidad que originan, así como por la merma de la calidad de vida que imponen, etc. [Por todas, SSAP León 30 de diciembre de 2010 (AC 2011, 1717), Madrid 7 de junio de 2012 (AC 2012, 1085) y Valencia 16 de noviembre de 2018 (JUR 2019, 40186)].

En el ámbito sanitario, se ha indemnizado como daño moral la situación de ansiedad, desazón e inquietud generada a una mujer que no pudo interrumpir exitosamente el embarazo o por habérsele privado de la oportunidad de hacerlo [Por todas, STS 31 de mayo de 2011 (RJ 2011, 4000) y SJI Palma de Mallorca 10 mayo de 2012 (AC 2012,466)]; también, por la complicación derivada de una intervención de medicina satisfactiva al generar en el paciente padecimientos psíquicos, impotencia, angustia que, "lejos de levantar el ánimo, como era lo pretendido con este tipo de intervención, sin duda contribuyó activamente a empeorar" [Cfr. SSAP Madrid 9 de marzo de 2012 (JUR 2012, 118067) y Barcelona 19 mayo de 2011 (AC 2011, 1265)].

Este tipo de padecimientos también se han asociado al incumplimiento de todo tipo de contratos, como el de compraventa de vivienda [cfr. SSTS 13 de abril del 2012 (RJ 2012, 5902), 10 de octubre de 2012 (RJ 2013, 1537)], el de viajes organizados o por retrasos de vuelos [cfr. SSAP Madrid 19 de enero de 2010 (JUR 2010, 127142), Barcelona 11 de marzo de 2010 (JUR 2010, 278066), Islas Baleares 28 de octubre de 2014 (JUR 2015, 54442)] o los de servicios funerarios [Cfr. SSAP

57 Cristóbal Montes, A.: "El daño", *cit.*, p. 3.

58 Los órganos judiciales cuando tienen que cuantificar el daño moral derivado del fallecimiento de una persona por la comisión de un delito doloso, lo valoran en una cuantía superior atendiendo a las circunstancias en las que se ha producido la privación de la vida de la víctima. En este sentido, la SAP Badajoz 3 de junio de 2019 (ARP 2019, 1149) ha establecido que "se parte de tal baremo solo como base, pues las cuantías merecen ser superiores a las establecidas en dicho baremo por cuanto el daño moral derivado de los delitos dolosos evidentemente no es equiparable al derivado de los delitos imprudentes, para los que están previstos, y por ello, la respuesta debe ser más generosa por razones de estricta justicia, pues la muerte intencional supone un plus de aflicción a dichos familiares".

Madrid 24 de junio de 2011 (JUR 2011, 287746), 23 de diciembre de 2014 (AC 2014, 2358)].

Además, de un tiempo a esta parte, se viene reconociendo esta modalidad de daños en las relaciones familiares pese a las reticencias iniciales sobre la incompatibilidad existente entre el Derecho de daños y el Derecho de familia. Los principales argumentos que se esgrimían eran que las relaciones familiares se caracterizan por vínculos de solidaridad y altruismo y también que existen ciertas barreras institucionales que dificultan que prosperen este tipo de reclamaciones[59]. Sin embargo, se ha producido una evolución que ha permitido la indemnización de los daños morales generados al padre por ocultación de la paternidad biológica en casos en los que ésta ha sido dolosa o negligente [cfr. SSAP Cádiz 16 mayo de 2014 (JUR 2014, 203955) y Ciudad Real 23 de abril del 2018 (AC 2018, 1384) en contra de la indemnización de estos daños se ha mostrado la STS 13 de noviembre de 2018 (RJ 2018, 5158)[60]]. También en el ámbito de la pareja se ha indemnizado el daño moral vinculado al contagio de enfermedades de transmisión sexual [cfr. SSTS 6 de junio de 2011 (RJ 2011, 4542) y 8 de noviembre de 2011 (RJ 2012, 284)].

D) El daño moral por pérdida de oportunidad

La teoría de la pérdida de oportunidad puede abordarse desde una doble perspectiva: como una *teoría ontológica* que identifica la pérdida de oportunidad como el daño causado por el agente dañoso que, a su vez, puede ser calificado como un daño moral o como un daño patrimonial o, desde la *teoría etiológica*, que aproxima la pérdida de oportunidad al tratamiento de la relación causal entre el agente dañoso y el perjuicio.

Esta teoría que permite disminuir las dificultades que presenta la indemnización de los daños en los casos en los que no existe certeza sobre cuál habría sido el resultado final si no se hubiera producido la actuación negligente del agente. Nuestros órganos judiciales han implementado la teoría de la pérdida de oportunidad, fundamentalmente, en su ámbito *ontológico* dentro de la responsabilidad de los profesionales sanitarios y de la abogacía, articulando el daño como moral pero también como patrimonial. En el objeto de nuestro estudio, expondremos únicamente, la primera faceta.

59 Sobre los argumentos contrarios a la indemnización de daños dentro de las relaciones familiares puede verse, Farnós Amorós, E.: "Daño moral en las relaciones familiares" en *El daño moral y su cuantificación* (Dir. F. Gómez Pomar e I. Marín García), Wolters Kluwer, 2017, pp. 479-480.

60 La STS 13 de noviembre de 2018 (RJ 2018, 5158) parece haber establecido un cambio de criterio respecto a la indemnización de estos daños morales, al mostrarse contraria a su indemnización por considerar que, aunque estas conductas puedan causar un daño, éste no es indemnizable mediante el ejercicio de las acciones propias de la responsabilidad civil, porque supone la realización de un juicio de moralidad indudablemente complejo y de consecuencias negativas para el grupo familiar.

a) El daño moral por pérdida de oportunidades en el ámbito sanitario

En el ámbito sanitario la teoría de la pérdida de oportunidad se vincula con la lesión del derecho a la autodeterminación del paciente [SSTS 10 de mayo de 2006 (RJ 2006, 2399), 16 de enero de 2012 (RJ 2012, 1784) o SAP Cantabria 19 de noviembre de 2004 (AC 2005, 84)].

La configuración del daño por pérdida de oportunidad pretende pues, el establecimiento de la relación de causalidad entre la negligencia del profesional materializada en la omisión de la información y/o del consentimiento informado y la posibilidad de que, ejerciendo su derecho de autodeterminación reconocido en el artículo 4.1 de la Ley 41/2002, hubiera rechazado la actuación médica que ha generado un daño en la salud del paciente. A mi juicio, si el perjuicio se identifica con la lesión del derecho de autodeterminación del paciente, no es necesaria la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad, porque, si lo que se pretende es la indemnización del perjuicio que supone la privación de un derecho del paciente como incide en su esfera personal porque genera un daño corporal, bastaría la constatación de esa lesión para que surgiera la obligación del facultativo de indemnizar. Esto es, porque se trata de un derecho vinculado a la persona (artículos 10 y 15 de la Constitución Española) y aunque la propia norma que regula los derechos de autonomía de los pacientes no establece una consecuencia para cuando el facultativo incumple esta obligación que conforma su *lex artis*, la importancia del bien jurídico afectado supone incluso que pueda ser objeto de sanción penal porque se ha lesionado la integridad física del paciente sin su consentimiento.

b) El daño moral por pérdida de oportunidad en el ámbito de la responsabilidad de los abogados

La configuración del daño por pérdida de oportunidad como daño moral, que ha sido criticado por parte de la doctrina[61], resulta actualmente residual entre nuestros tribunales porque el reconocimiento de los daños morales en este ámbito ha evolucionado hacia su articulación como un daño moral por la privación del derecho a la tutela judicial efectiva *ex* artículo 24 de la Constitución Española. No obstante, se ha aceptado como tal, cuando la actuación del letrado imposibilita a su cliente el acceso a los Tribunales para que estos puedan pronunciarse sobre sus intereses [cfr. STS 15 de noviembre de 2007 (RJ 2008, 17) y SSAP Asturias 19 de enero de 2004 (AC 2004,9) Y Murcia 7 de julio de 2008 (JUR 2008, 337026)]

61 A este respecto, Parra Lucán, M.A. y Reglero Campos, L.F.: "Responsabilidad civil de los profesionales del Derecho" en *Tratado de Responsabilidad Civil* (Dir. L.F. Reglero Campos y J.M. Busto Lago), Vol. II, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, p. 492. También crítico con la configuración de la pérdida de oportunidad como daño moral se muestra Xíol Ríos, J.A.: "El daño moral y la pérdida de oportunidad" *en Revista Jurídica de Catalunya,* núm. 1, 2010, p. 13.

o cuando se le priva de la posibilidad de interponer un recurso frente a una resolución contraria a su pretensión [Por todas, STS 14 de julio de 2005 (RJ 2005, 6532) y SSAP Alicante 16 de septiembre de 2013 (JUR 2013, 349964) y Valencia 2 de junio de 2009 (JUR 2009, 377943)].

IV. EL DAÑO MORAL EN LOS PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW Y EN LOS PRINCIPLES OF EUROPEAN TORT LAW

El reconocimiento en todos los países de nuestro entorno europeo de la compensación de los daños morales ha influido en su admisión dentro de los *Principles of European Contract Law* (en adelante, PECL[62]) en relación a la responsabilidad contractual[63] y en los *Principles of European Tort Law* (en adelante, PETL[64]) sobre responsabilidad extracontractual.

Estos textos académicos que no tienen la consideración de normas jurídicas pero que están dotados de una indudable *auctoritas* tienen dos objetivos fundamentales: el primero, es la creación de un régimen moderno y armonizado del Derecho de obligaciones y contratos y de la responsabilidad civil acorde a las necesidades sociales actuales[65] y, por otro lado, servir a los órganos judiciales de pauta para la interpretación de estas instituciones *ex* artículo 3.1 del Código Civil. Así, el Tribunal Supremo ha aludido en ocasiones a los PETL cuando ha tenido que abordar el reproche culpabilístico y los criterios de imputación objetiva [Por todas, SSTS 21 de noviembre de 2008 (RJ 2009,1442), 2 marzo de 2009 (RJ 2009, 3287), 10 de septiembre del 2012 (RJ 2012, 11046)], pero también respecto a la configuración y alcance del daño moral [cfr. SSTS 15 de junio de 2010 (RJ 2010, 5151)], llegando incluso a reconocer en su Sentencia 17 de julio de 2007 (RJ 2007, 4895) que "tales criterios pueden tomarse como referencia para integrar la lacónica formulación del art. 1902 CC y completar el valor integrador

62 El texto de los *Principles of European Contract Law* está accesible en abierto en: https://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/portrait.pdf [última consulta: febrero 2021]

63 Es necesario advertir que el concepto de que manejan los PECL no se limita exclusivamente a la reparación de los daños en el ámbito contractual sino que incorpora además, otros remedios contractuales. En este sentido, reconoce Pérez Velázquez, J.P.: *La indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato en los Principios de Derecho Contractual Europeo,* Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2016, p. 30 que el sistema de responsabilidad contractual en los PECL se articula en torno a "la unificación del concepto de incumplimiento, el acogimiento de la responsabilidad en su configuración objetiva y la instauración de un sistema unitario y armonizado de remedios". También aboga por un concepto amplio de incumplimiento contractual Morales Moreno, A.M.: *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 29 y 30.

64 El texto de los *Principles of European Tort Law* está disponible en el siguiente enlace: http://civil.udg.edu/php/biblioteca/items/283/PETL.pdf [última consulta: febrero del 2021].

65 Sobre la naturaleza jurídica de los *Principles of European Tort Law* puede verse Salas Carceller, A.: "Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil" en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro,* núm. 48, 2013, p. 10, y Gómez Calle, E.: "Los principios de derecho europeo de la responsabilidad civil" en *Política y derecho: retos para el siglo XXI* (edit. C.E. Guzmán Mendoza y S. Insignares Cera, 2010, p. 70, esta autora ha considerado que "son textos puramente académicos, no textos jurídicos refrendados por una institución política comunitaria ni vinculante para los estados miembros […] se trata de estimular y contribuir al debate sobre responsabilidad civil extracontractual, inspirar a los legisladores –tanto nacionales como comunitario- y servir de referencia y ayuda a los tribunales superiores de los Estados Miembros".

generalmente aceptado de otros preceptos del propio Código encuadrados en el capítulo relativo a la naturaleza y efectos de las obligaciones, como el art. 1104 cuando alude tanto a la "diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar" como a "la que correspondería a un *buen padre de familia* para, así, configurar un modelo de conducta diligente, válido para la mayoría de los casos".

1. Principles of European Contract Law

Los PECL reconocen expresamente la indemnización de los daños morales en el article 9:501 cuando admiten dentro de las pérdidas que pueden derivarse del incumplimiento contractual, "las pérdidas no pecuniarias"[66].

Los PECL en consonancia con los ordenamientos jurídicos europeos no definen el contenido del *daño moral*. En el Comentario de los *Principles* se considera que dentro de este concepto, se incluyen los daños o sufrimientos, molestias o la carga psicológica que el incumplimiento de la prestación suponga para la otra parte[67].

Puede afirmarse, por tanto, que los PECL adoptan un *sistema no limitativo* del daño moral, ni en el ámbito objetivo ni en el subjetivo. En el primero no se delimitan los bienes o derechos que tienen que resultar afectados para que se puedan resarcir los perjuicios sufridos por la parte contratante. Por su parte, en el subjetivo, no se circunscribe la indemnización de estos daños exclusivamente a la víctima, sino que puede hacerse extensiva su reparación a otros sujetos relacionados con ella. No obstante, el alcance del reconocimiento del daño derivado del incumplimiento contractual no es ilimitado porque, siguiendo la tradición de nuestro Código y de algunos de nuestro entorno (artículos 1107 del Código Civil español, artículo 1225 del Código Civil italiano y artículo 1150 del Código Civil francés), el art. 9:503 de los PECL exige para la indemnización de estos daños que se hubiera previsto o que razonablemente pudiera haberse hecho en el momento de celebración del contrato, salvo que el incumplimiento haya sido intencional o negligente grave[68].

66 El article 9:501 de los PECL determina que "the aggrieved party is entitled to damages for loss caused by the other party's non-performance which is not excused under Article 8:108. The loss for which damages are recoverable includes: (a) non-pecuniary loss; and (b) future loss which is reasonably likely to occur".

67 Lando, O. y Beale, H.: *Principios de Derecho Contractual Europeo. Parte I y II*. (edición española a cargo de Barres Benlloch, P., Embid Irujo, J.M. y Martínez Sanz, F.), Colegios Notariales de España, Madrid, 2003, p. 641.

68 El article 9:501 de los PECL dispone que "the non-performing party is liable only for loss which it foresaw or could reasonably 502 have foreseen at the time of conclusion of the contract as a likely result of its nonperformance, unless the non-performance was intentional or grossly negligent".

2. Principles of European Tort Law

El tratamiento que efectúan los PETL del daño moral es distinto al articulado por los PECL, pues parece que los primeros adoptan un *sistema limitativo* de este tipo de daños, como a continuación trataré de argumentar.

Para abordar la articulación que de esta institución hacen los PETL es necesario poner en conexión el contenido de los artículos 2:101 y 2:102 con el artículo 10:301. El artículo 2:101 alude al daño en general, al afirmar que "el daño requiere un perjuicio material o inmaterial a un interés jurídicamente protegido". Por su parte, el artículo 2:102 establece una escala de intereses atendiendo al valor, la precisión de su definición y su obviedad (apartado primero del artículo 2:102)[69]. Según este precepto, la *más amplia protección* la tiene la vida, la integridad física y psíquica, la dignidad humana y la libertad; *una amplia protección* se proporciona a los derechos reales, incluidos los que se refieren a las cosas incorporales y también una protección de *alcance más limitado*, a los intereses puramente patrimoniales o de relaciones contractuales. Los PETL también prevén que cuando el daño se deriva de una lesión dolosa del responsable, la víctima pueda recibir una protección más amplia que cuando la obligación de indemnizar surge por otros criterios de imputación.

La enumeración de los intereses que deben ser objeto de protección y cuya vulneración puede permitir la indemnización de daños no patrimoniales obliga a plantearse si constituye un *numerus clausus* o, si por el contrario, podrían ser objeto de indemnización otros intereses distintos a los expresamente contemplados. La opinión mayoritaria entiende que no constituye un listado cerrado porque los términos de la redacción permiten una cierta flexibilidad del sistema, aunque se determine claramente una jerarquía de intereses para graduar su nivel de protección[70].

69 El artículo 2:102 de los *Principles of European Tort Law* determina que " (1) The scope of protection of an interest depends on its nature; the higher its value, the precision of its definition and its obviousness, the more extensive is its protection. (2) Life, bodily or mental integrity, human dignity and liberty enjoy the most extensive protection. (3) Extensive protection is granted to property rights, including those in intangible property. (4) Protection of pure economic interests or contractual relationships may be more limited in scope. In such cases, due regard must be had especially to the proximity between the actor and the endangered person, or to the fact that the actor is aware of the fact that he will cause damage even though his interests are necessarily valued lower than those of the victim".

70 Martín Casals, M.: "Una primera aproximación a los principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil" en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2005, pp. 8 y 9 considera que la jerarquización prevista en el artículo 2:102 no constituye un listado cerrado de bienes e intereses, sino que, resulta meramente orientativa para el Juez, pues es en parte tributaria de la tradición del *Common Law,* al contraponer las categorías del daño llamado tangible que se refiere tanto al daño a las personas como a las cosas y del daño patrimonial puro. Rechaza también que el contenido del artículo 2:102 tenga la consideración de un *numerus clausus* Gómez Calle, E.: "Los principios", *cit.*, p. 71.

Por su parte, el artículo 10:301 de los PETL[71] establece las pautas para el reconocimiento y valoración cuantitativa del daño moral. Si bien reconoce expresamente que los daños de esta naturaleza se pueden derivar de cualquier lesión de los bienes e intereses definidos en el artículo 2:102 de los PETL, considera que en especial pueden constituirse como tal, los daños corporales, a la dignidad humana, a la libertad y a otros derechos de la personalidad que sufra la víctima. Este daño, según señala el propio precepto, puede reconocerse además de a la propia víctima, a personas vinculadas a ella, cuando se haya producido un accidente mortal o lesión muy grave. Por último, proporciona también pautas para la valoración de estos daños, en concreto, menciona: la gravedad, la duración y consecuencias del daño, así como la culpa del causante del daño si ha contribuido de modo significativo a la causación del perjuicio.

A mi juicio, la tutela que proyectan los PETL sobre una serie de derechos e intereses y su configuración en distintos niveles de protección permite afirmar que este texto se aproxima más, a los *sistemas limitativos* en el reconocimiento del daño moral que a los *sistemas no limitativos*. No considero que sea óbice para esta consideración la posible admisión de otros bienes o derechos distintos a los enumerados en el artículo 2:103 de los PETL, pues el resarcimiento de esos otros bienes y derechos por parte de los órganos judiciales requerirá de una cierta identidad de razón y similitud con los enumerados por el precepto. Por ese motivo, esta articulación del daño moral que no se ampara en una cláusula general, a diferencia de lo que mantienen los PECL, es coherente con la búsqueda de una contención en el resarcimiento de este tipo de perjuicios, que es la finalidad principal de los sistemas limitativos[72].

V. REFLEXIÓN CRÍTICA SOBRE EL CONCEPTO DE DAÑO MORAL

En las líneas precedentes se ha puesto de relieve que nuestro sistema de reparación de los daños morales responde a un *sistema no limitativo* que proporciona un amplio margen de interpretación a los tribunales. Sin embargo, a

71 El artículo 10:301 de los *Principles of European Tort Law* determina que "(1) Considering the scope of its protection (Article 2:102), the violation of an interest may justify compensation of non-pecuniary damage. This is the case in particular where the victim has suffered personal injury; or injury to human dignity, liberty, or other personality rights. Non-pecuniary damage can also be the subject of compensation for persons having a close relationship with a victim suffering a fatal or very serious non-fatal injury. (2) In general, in the assessment of such damages, all circumstances of the case, including the gravity, duration and consequences of the grievance, have to be taken into account. The degree of the tortfeasor's fault is to be taken into account only where it significantly contributes to the grievance of the victim".

72 En contra de la consideración de que los *Principles of European Tort Law* siguen un sistema restrictivo o típico, Martín Casals, M.: "Una primera", *cit.*, p. 7 defiende que "el sistema de responsabilidad civil que proponen los Principios se aproxima más al criterio abierto de estos últimos sistemas –se refiere al francés y al español- ya que rechazan tanto un sistema de torts o ilícitos civiles individuales, al estilo de Common Law, como la enumeración, a la alemana, de una lista más o menos cerrada de intereses protegidos cuya infracción genere responsabilidad". Con una posición más moderada, puede verse a Gómez Calle, E.: "Los principios", *cit.* 2010 que estima que si bien parece que estos Principios optan por un sistema típico, los intereses jurídicamente protegidos no se configuran como un sistema cerrado, con lo que se pretende a juicio de esta autora reconocer, una cierta flexibilidad en el reconocimiento de intereses protegidos.

mi juicio, el reconocimiento judicial de este tipo de perjuicios debe ser objeto de contención para evitar que la institución se desfigure.

El daño moral debe identificarse con el concepto con el que partíamos en este estudio, esto es, con aquellos perjuicios infligidos a las creencias, los sentimientos, la dignidad, la estima social o la salud física o psíquica. Estos perjuicios se encuentran estrechamente vinculados con los derechos fundamentales de la persona que se reconocen en la Constitución Española; y, si bien es cierto, que en nuestro ordenamiento jurídico no se reconoce con carácter general la *automaticidad* entre la constatación de una vulneración de derechos fundamentales de la persona y el reconocimiento de un daño moral, es cierto que existe una estrecha relación entre ellos, que permitiría el reconocimiento de la indemnización de daños morales cuando exista una vulneración de un derecho fundamental vinculado a la persona, por parte de un Poder Público o, de un particular –en este caso, debe existir una norma de Derecho público (penal o sancionadora administrativa), o de Derecho privado que repruebe esta conducta- y se genere en la víctima un perjuicio en su esfera extrapatrimonial.

La anterior propuesta no supone pasar a un *sistema limitativo* en el reconocimiento del daño moral porque no puede desconocerse que nuestro ordenamiento jurídico no responde a esta forma de articulación del daño moral, y los *Principles of European Tort Law* carecen de rango normativo, pero sí permitiría establecer pautas hacia un reconocimiento judicial más limitado de este tipo de daños. Tampoco comporta, excluir la indemnización de los daños morales en el ámbito de las relaciones contractuales, pero hace necesario perfilar su reconocimiento en este ámbito, a verdaderas actuaciones negligentes, dolosas o extemporáneas, que tengan entidad suficiente para comportar una afectación importante de derechos protegidos por el ordenamiento jurídico.

En el mismo sentido restrictivo, considero que debe reprobarse la utilización del daño moral vinculado a otros derechos fundamentales que no tienen la consideración de derechos personales como el derecho a la tutela judicial efectiva en supuestos de incumplimiento contractual del profesional de la abogacía o con la teoría de la pérdida de oportunidad, cuando el reconocimiento de la tutela resarcitoria de los daños morales es posible por otras vías, sin tener que acudir a este instrumento de facilidad probatoria, en tanto que, como indico, ello supone desdibujar los contornos del daño moral.

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Vigaray, R.: "La responsabilidad por daño moral" en *Anuario de Derecho Civil*, núm. 1, 1966, pp. 81-116.

Atienza Navarro, M.L.:"La responsabilidad civil por los daños producidos por las intromisiones ilegítimas en el derecho al honor" en *Derecho al Honor: Tutela Constitucional, Responsabilidad Civil y Otras Cuestiones* (Dir. J.R. De Verda y Beamonte), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 221-242.

Barrientos Zamorano, M.: *El resarcimiento por daño moral en España y en Europa,* Ratio Legis, Salamanca, 2007.

Beltrán De Heredia Y Castaño, J.: *Construcción jurídica de los derechos de la personalidad*, La Real Academia, Madrid, 1976.

Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: *Derecho de la persona*, Montecorvo, Madrid, 1976.

Blasco Gascó, F.P.: "Algunas cuestiones del derecho de la propia imagen»" en *Bienes de la personalidad,* Universidad de Murcia, 2008, pp. 13-92.

Cavanillas Múgica, S.: "La motivación judicial de la indemnización por daño moral" en *Derecho privado y Constitución*, núm. 20, 2006, pp. 153-172.

Carrasco Perera, A.: "Comentario al artículo 1106 del Código Civil" en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Dir. M. Albaladejo) Tomo XV, volumen 1, Edersa, Madrid, 1989, pp. 666-709.

Casanova Asencio, A.S.: "El daño moral: dificultades prácticas en torno a su prueba y valoración" en *Revista jurídica de la Región de Murcia*, núm. 53, 2016, pp. 50-121.

Castán Tobeñas, J.: "Los derechos de la personalidad" en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* 1952, pp. 5 y ss.

Chaparro Matamoros, P.: "Nuevas perspectivas de la responsabilidad civil del abogado", en *CEFLegal: Revista práctica de Derecho*, núm. 174, 2015, pp. 5-56.

Concepción Rodríguez, J.L.: *Honor, intimidad e imagen*, Bosch, Barcelona, 1996.

Crespo Mora, M.C.: *La responsabilidad del abogado en el Derecho Civil*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005.

Cristóbal Montes, A.:

- "El enigmático artículo 1107 del Código Civil español" en Asociación de Profesores de Derecho Civil, *Centenario del Código Civil (1889-1989),* Vol. I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.

- "El daño moral contractual" en *Revista de Derecho Privado*, núm. 74, 1990, pp. 2-12.

De Ángel Yágüez, R.: *Tratado de responsabilidad civil,* Civitas, Madrid, 1993.

De Castro Y Bravo, F.: *Temas de Derecho Civil*, Madrid, 1972.

Díez Picazo, L.: *El escándalo del daño moral*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008.

Díez- Picazo Gímenez, G. y Arana De La Fuente, I.: *El desbordamiento del derecho de daños*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009.

Estrada Alonso, E.: *El derecho al honor en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo*, Civitas, Madrid, 1989.

Farnós Amorós, E.: "Daño moral en las relaciones familiares" en *El daño moral y su cuantificación* (Dir. F. Gómez Pomar e I. Marín García), Wolters Kluwer, 2017, pp. 473-518.

García López, R.: *Responsabilidad civil por daño moral: Doctrina y Jurisprudencia.* J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1990.

Gómez Calle, E.: "Los principios de derecho europeo de la responsabilidad civil" en *Política y derecho: retos para el siglo XXI* (edit. C.E. Guzmán Mendoza y S. Insignares Cera, 2010, pp. 69-86.

Gómez Ligüerre, C.: "Concepto de daño moral" en *El daño moral y su cuantificación* (Dir. F. Gómez Pomar e I. Marín García), Wolters Kluwer, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2017, pp. 29-71.

LLamas Pombo, e.: *Las formas de prevenir y reparar el daño*, Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2020

Marín García, I. y Milà Rafel, R.: "Daño moral contractual" en *El daño moral y su cuantificación* (Dir. F. Gómez Pomar e I. Marín García), Wolters Kluwer, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2017, pp. 201-254.

Martín Casals, M.:

- "Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982" en Asociación de Profesores de Derecho Civil, *Centenario del Código Civil (1889-1989*), Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, pp. 1238 y ss.

- "Una primera aproximación a los principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil" en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2005.

Martín Casals, M. y Solé Feliu, J.:

- "El daño moral" en *Derecho privado europeo* (coord. S. Cámara Lapuente), Colex, Madrid, 2003, pp. 857-882.

- "¿Refundir o legislar? Algunos problemas de la regulación de la responsabilidad por productos y servicios defectuosos en el texto refundido LGDCU" en *Revista de Derecho Privado*, núm. 5, 2008, pp. 79-111.

Martín del Peso, R.: "El daño moral: determinación y cuantía algunos aspectos de su problemática jurisprudencial" en *Derecho de Daños* (coord. M.J. Herrador Guardia), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 297-344.

Moreo Ariza, J.: "La compleja configuración del daño en la responsabilidad civil del Abogado" en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2007.

Naveirra Zarra, M.M.: *El resarcimiento del daño en la Responsabilidad Civil Extracontractual,* Editoriales de Derecho Reunidas, Fuenlabrada (Madrid), 2006.

Parra Lucán, M.A.:

- *La protección del consumidor frente a los daños: responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios*, Reus, Madrid, 2011.

- "Responsabilidad civil por bienes y servicios defectuosos" en *Tratado de Responsabilidad Civil* (Dir. L.F. Reglero Campos y J.M. Busto Lago), Tomo II, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 57-178.

Parra Lucán, m.A. y Reglero Campos, L.F.: "Responsabilidad civil de los profesionales del Derecho" en *Tratado de Responsabilidad Civil* (Dir. L.F. Reglero Campos y J.M. Busto Lago), Vol. II, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 440-596.

Pasquau liaño, M.: "El defecto de seguridad como criterio de imputación de responsabilidad al empresario de servicios" en *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos: estudio de la responsabilidad civil por servicios susceptibles de provocar daños a la salud y seguridad de las personas* (Dir. A. Orti Vallejo), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2006, pp. 59-102.

Pérez Velázquez, J.P.: *La indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato en los Principios de Derecho Contractual Europeo,* Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2016.

Roca trías, e. y Navarro Michel, M.: *Derecho de daños: textos y materiales,* Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011.

Rodríguez Guitián, A.M.:

- "Indemnización del daño moral derivado del incumplimiento contractual: a propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2002" en *Anuario de Derecho Civil*, núm. 2, 2003, pp. 829-848.

- "La indemnización del daño moral en el incumplimiento contractual" en *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid,* núm. 15, 2007, pp. 239-263.

Rogel Vide, C.: *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas,* Real Colegio de España Bolonia, Zaragoza, 1985.

Rubi Puig, A.: "Daño moral por infracción de derechos de propiedad intelectual o industrial" en *El daño moral y su cuantificación* (Dir. F. Gómez Pomas e I. Marín García), Wolters Kluwer, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2017, pp. 587-633.

Salas Carceller, A.: "Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil" en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro,* núm. 48, 2013, pp. 9-16.

Sánchez González, M.P.: "El daño moral. Una aproximación a su configuración jurídica" *en Revista de Derecho Privado*, mes 4, 2006, pp. 27-54.

Serra Rodríguez, A.: *La Responsabilidad Civil del Abogado,* Elcano (Navarra), Aranzadi, 2001.

Solé Feliu, J.: "El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y derecho español" en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho,* núm. 1, 2009.

Xíol Ríos, J.A.:

- "El daño moral y la pérdida de oportunidad" en *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 1, 2010, pp. 9-39.

- "La responsabilidad y el daño por prisión provisional cuando existe sentencia absolutoria" en *Derecho de Daños* (Dir. M.J. Herrador Guardia), Lefebvre, Madrid, 2020, pp. 517-530.

Yzquierdo Tolsada, M.: "Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)" en *Tratado de Responsabilidad Civil* (Dir. L.F. Reglero Campos y J.M. Busto Lago) Vol. 2, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 1365-1498.

Yzquierdo Tolsada, M. y Arias Máiz, V.: "Responsabilidad civil por daños a la propiedad intelectual" en *Tratado de Responsabilidad Civil* (Dir. L.F. Reglero Campos y Busto Lago, J.M.), Vol. 2, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 1581-1697.

LOS PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA RECUPERAR LA POSESIÓN DE INMUEBLES OCUPADOS

CIVIL PROCEDURES TO RECOVER POSSESSION OF OCCUPIED PROPERTIES

Rev. Boliv. de Derecho Nº 32, julio 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 314-365

Federico
ARNAU MOYA

ARTÍCULO RECIBIDO: 26 de abril de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 30 de abril de 2021

RESUMEN: En el presente artículo se analizan los diferentes procedimientos civiles de la Ley de Enjuiciamiento Civil que pueden ser utilizados para la recuperación de los inmuebles ocupados ilegalmente: el desahucio por precario, los interdictos para recobrar la posesión y el procedimiento para la tutela de los derechos reales inscritos. Se dedica una especial atención al nuevo procedimiento de recuperación rápida de la posesión que ha sido creado por la Ley 5/2018 modificando el clásico interdicto para recobrar la posesión.

PALABRAS CLAVE: Incidente de recuperar la posesión; ocupación ilegal; okupa; titular legítimo; viviendas; procedimiento civil; procedimiento para recuperar la posesión; interdicto de recobrar; desahucio por precario; derechos reales; Registro de la Propiedad.

ABSTRACT: *The purpose of this article is to analyse the differnt civil process of the Civil Procedure Law that can be used for the recovery of illegally occupied properties: eviction for precarious, injunction to recover possession and action action for the protection of registered property rights. Special attention is paid to the new procedure of rapid recovery of possession that has been created by Law 5/2018 amending the classic injunction to regain possession.*

KEY WORDS: *Incident delivers immediate possession; illegal occupation; squatter; legitimate holder; housing, civil proceeding; process to recover possession; injunction to recover possession; eviction for precarious; property rights; Property Registry.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- 1. La respuesta legal frente a la ocupación de inmuebles.- 2. Los procedimientos civiles para el desalojo de los "okupas".- II. EL DESAHUCIO POR PRECARIO.- 1. El concepto de precario.- 2. Las ventajas del desahucio por precario.- 3. Los requisitos para el ejercicio de la acción de desahucio por precario.- 4. Las causas de oposición al desahucio por precario.- III. LA ACCIÓN DE TUTELA SUMARIA DE LA POSESIÓN.- 1. El concepto de acciones para la tutela sumaria de la posesión.- 2. Requisitos para el ejercicio de las acciones para la tutela sumaria de la posesión.- 3. Ventajas y desventajas de las acciones interdictales.- IV. EL DESALOJO EXPRÉS PARA LA RECUPERACIÓN DE VIVIENDAS OCUPADAS.- 1. La necesidad de un procedimiento recuperatorio rápido.- 2. Restricciones de uso del nuevo procedimiento.- 3. La olvidada comunidad de propietarios de propiedad horizontal.- 4. Requisitos para de la demanda y para el ejercicio de la acción.- 5. Mecanismos para la reducción del tiempo de desalojo.- 6. El llamamiento a los servicios sociales.- 7. Críticas al nuevo cauce legal.- V. EL PROCEDIMIENTO DE PROTECCIÓN DE LOS TITULARES CON DERECHOS REALES INSCRITOS.- 1. La acción real del art. 41 LH.- 2. Requisitos para la demanda y para el ejercicio de la acción real.- 3. Las causas de oposición a la acción real.- 4. Las ventajas del procedimiento ex art. 41 LH.- VI. REFLEXIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN.

1. La respuesta legal frente a la ocupación de inmuebles.

Este trabajo tiene por objeto el análisis de los diferentes procedimientos que desde el Derecho civil permiten la recuperación de los inmuebles ocupados. La ocupación de inmuebles consiste en tomar un edificio, local, vivienda o un solar o un campo deshabitados o abandonados e instalarse en ellos sin el consentimiento de sus propietarios. La repuesta del ordenamiento jurídico frente a este problema es amplia y abarca desde el ámbito penal al civil pasando asimismo por el administrativo. Las ocupaciones de inmuebles en el ámbito civil, a diferencia de algunas de las contempladas en el Código penal, consisten en la entrada y permanencia en un inmueble ajeno sin consentimiento del propietario o de quien tenga cualquier derecho que lleve aparejada la posesión sobre el inmueble. El Código penal castiga las ocupaciones de viviendas que constituyen morada mediante el delito de allanamiento de morada del art. 202 CP. También castiga las ocupaciones no autorizadas que son constitutivas del delito de usurpación de inmuebles (que no constituyen morada) del art. 245 CP que a su vez se desdobla en dos supuestos. En el apartado 1º del citado precepto se regula el delito de usurpación violenta de inmuebles. En el apartado 2º segundo se regula el delito de usurpación pacíficas de inmuebles. En el caso de las ocupaciones pacíficas de inmuebles que no tengan la condición de morada la aplicación del art. 245.2 Código Penal es harto compleja por existir posiciones jurisprudenciales y doctrinales enfrentadas respecto a si este

• Federico Arnau Moya
Profesor Contratado Doctor Derecho civil de la Universitat Jaume I de Castellón (España). Correo electrónico: arnauf@uji.es.

precepto se tiene que aplicar en todo tipo de ocupaciones y si por el contrario solamente se tiene que aplicar en los casos más graves. En cualquier caso, la respuesta a esta cuestión excede el objetivo de este trabajo que únicamente se va a centrar en los procedimientos civiles para la recuperación de la posesión de inmuebles ocupados ilegalmente.

Como una alternativa a la vía penal para la recuperación de viviendas ocupadas se ha creado un nuevo procedimiento para la recuperación inmediata de viviendas ilegalmente ocupadas con publicación de la Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación a la ocupación ilegal de viviendas. Esta ley, como se analizará más adelante, ha conseguido reducir los tiempos para la recuperación de las viviendas ilegalmente ocupadas introduciendo reformas en el procedimiento de tutela sumaria de la posesión, los conocidos antiguos interdictos. Este nuevo texto legal conocido como "ley anti-okupas" o "ley anti-okupación" se ha publicado en un momento en el que hay una gran sensibilidad por el problema de la ocupación en nuestro país. En el preámbulo de la ley se destaca la existencia de un problema de delincuencia organizada que buscan inmuebles donde dedicarse a toda una serie de actividades ilícitas, como el tráfico de drogas, como sucede con los conocidos como "narco-pisos" de las grandes ciudades. Incluso se puede hablar de mafias y profesionales de la "okupación" que se dedican a propiciar la ocupación para exigir rescates a los propietarios de los inmuebles ocupados para dejarlos libres[1]. A este primer grupo de le ha denominado "ocupa con animus delictivo". En segundo lugar, estarían quienes ocupan inmuebles por convicciones personales o motivaciones políticas como el movimiento "okupa. Finalmente, estarían las personas sin recursos, verdaderamente necesitados de vivienda y, en consecuencia, son acreedores de medidas sociales que les garanticen el derecho a una vivienda digna, establece y legal[2]. La crónica falta de vivienda social y de alquileres baratos en nuestro país ha dejado mucha de estas personas ante la tesitura de "okupar" (o continuar ocupando) o vivir en la calle. En realidad, en este caso de okupas la ocupación

1 En la Exposición de Motivos de la Ley 5/2018 se dice que "han aparecido también fenómenos de ocupación ilegal premeditada, con finalidad lucrativa, que, aprovechando de forma muy reprobable la situación de necesidad de personas y familias vulnerables, se han amparado en la alta sensibilidad social sobre su problema para disfrazar actuaciones ilegales por motivaciones diversas, pocas veces respondiendo a la extrema necesidad. Incluso, se han llegado a ocupar ilegalmente viviendas de alquiler social de personas en situación económica muy precaria o propiedad de ancianos con pocos recursos y para abandonarlas se les ha exigido el pago de cantidades a cambio de un techo inmediato, o se ha extorsionado al propietario o poseedor legítimo de la vivienda para obtener una compensación económica como condición para recuperar la vivienda de su propiedad o que legítimamente venía poseyendo.(…) Están identificadas verdaderas actuaciones organizadas, muy lucrativas y de carácter mafioso, que perturban y privan de la posesión de viviendas a las personas físicas a las que legítimamente corresponde, o dificultan e imposibilitan la gestión de aquellas viviendas en manos de organizaciones sociales sin ánimo de lucro y de entidades vinculadas a Administraciones públicas, que están dedicadas a fines sociales en beneficio de familias en situación de vulnerabilidad, pero que su ocupación ilegal impide que puedan ser adjudicadas a aquellas personas o familias a las que correspondería".

2 Perarnau Moya, J.: "Desalojo de 'okupas'", *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios*, núm. 5. Desahucios y arrendamientos, mayo 2019, p. 60.

no es sino una muestra del fracaso de las administraciones públicas a la hora de proporcionar vivienda social suficiente.

En la problemática de la ocupación confluyen por una parte del derecho a la propiedad privada contemplado por el art. 33 de la Constitución Española y por la otra el derecho de las personas a disfrutar de una vivienda digna establecido en el art. 47 CE. Este derecho a la vivienda digna ha sido invocado en numerosas ocasiones por los ocupantes ilegales de vivienda para evitar el desahucio, sin embargo, la jurisprudencia ha estimado que el mandato del art. 47 CE no impone a los poderes públicos el deber de proporcionar directa y físicamente una vivienda[3]. En todo caso el citado precepto constituye un principio rector de las política social y económica y un explícito mandato a los poderes públicos para hacer efectivo el derecho con los deberes de promover y regular que se contienen en el citado precepto[4].

2. Los procedimientos civiles para el desalojo de los "okupas".

La persona física o jurídica que se ha visto privada de la posesión de un inmueble como consecuencia de una ocupación inconsentida lo que pretende es su recuperación en el tiempo lo más breve posible. La vía penal es la más efectiva para la recuperación en los casos de allanamientos de morada (art. 202 CP) o en las usurpaciones de inmuebles con violencia o intimidación (art. 245.1 CP) puesto que al tratarse de delitos menos graves es posible que con la intervención policial pueda conseguirse el inmediato desalojo de los ocupas. La cuestión como ya hemos avanzado se complica con las ocupaciones pacíficas de inmuebles puesto que la jurisprudencia es vacilante respecto la aplicación del art. 245.2 CP. Como quiera que su reproche penal es escaso la utilización de esta vía no produce efecto disuasorio alguno, de manera que quien sufre la ocupación -como ya hemos dicho- persigue la restitución en el menor tiempo posible.

3 Ibarra Sánchez, J. L.: "La reforma procesal de la Ley 5/2018, de 11 de junio: la nueva tutela sumaria de la posesión de viviendas del artículo 250.1.4º LEC y el desalojo cautelar inmediato de los ocupantes", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10/2018. Disponible en: https://insignis.aranzadidigital.es/ (consultado el 3-04-2021), señala que el derecho a la vivienda no se encuentra regulado entre los derechos fundamentales de la Constitución (CE) -Título I, Capítulo II, art. 14 y Sección primera, De los derechos fundamentales y de las libertades públicas, arts. 15 a 29 CE-, derechos cuya infracción supone la ilicitud de la prueba y que deben ser desarrollados a través de Ley orgánica. Derechos cuya violación podrá ser protegida a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Por el contrario, el derecho a la propiedad privada está establecido en el art. 33, donde también se menciona su función social, mientras que el derecho a la vivienda se encuentra, como principio informador de la actuación de las Administraciones públicas, en el art. 47 CE. Ambos preceptos están situados fuera del primer bloque constitucionalidad de derechos fuertes y nucleares, dotados de una especial protección. El derecho a la propiedad privada se encuentra incluido en el segundo bloque de constitucionalidad, arts. 30 a 38 CE, mientras que el derecho a la vivienda, lo está en el tercer bloque, arts. 39 a 52 CE. Ambos derechos tienen menor entidad que los del primer bloque, y por ello el Estado no asegura a los ciudadanos su pleno disfrute.

4 Así se ha repetido por las SSAP Barcelona (Sec. 13ª) 19 febrero 2021 (JUR 2021,99731), Barcelona (Sec.13ª) 11 diciembre 2020 (JUR 2021,5373), SAP Barcelona (Sec.4ª) 30 noviembre 2020 (JUR 2021,9436) y SAP Madrid (Sec.10ª) 29 enero 2020 (AC 2020,531) entre muchas otras.

En el ámbito civil existen diferentes procedimientos para la recuperación de la posesión en el art. 250.1 LEC. Todos estos mecanismos tienen su fundamento sustantivo en los arts. 441 y 446 CC donde se establece la posibilidad de acudir a los tribunales para proteger la posesión[5].

La mayoría de los procedimientos recuperatorios de la posesión se resuelven a través del juicio verbal. En el art. 250.1 LEC se encuentran regulados toda una serie de procedimientos materialmente especiales para la protección de la posesión y de la propiedad[6]. Entre estos, los que se utilizan contra los ocupantes sin título son los siguientes[7]: el desahucio por precario (art. 250.1.2 LEC); los antiguos interdictos de retener o recuperar la posesión ahora denominados juicios de tutela sumaria de la posesión (art. 250.1.4 LEC) y el procedimiento de protección de los titulares con derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad del art. 250.1.7 LEC (antigua acción ex art. 41 LH)[8]. A estos procedimientos hay que añadir el que se ha creado con la Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación a la ocupación ilegal de viviendas que permite una más rápida recuperación de las viviendas ilegalmente ocupadas[9]. La recuperación de la posesión no se reduce a los mecanismos previstos en la LEC puesto también queda la posibilidad de acudir a un procedimiento declarativo ordinario en el que ejercer la acción reivindicatoria ex art. 348 CC que apenas se suele utilizar en los casos de ocupación por tratarse de un procedimiento demasiado lento[10].

El nuevo cauce legal para la recuperación de viviendas ocupadas presenta el inconveniente de que no puede utilizarse en todos los casos de "okupación". Como veremos más adelante, solo puede ser utilizado por las personas físicas y algunas clases de personas jurídicas y además no se puede utilizar en las ocupaciones de inmuebles que no tengan la condición de vivienda. En consecuencia, en

5 El art. 441 CC establece que: "En ningún caso puede adquirirse violentamente la posesión mientras exista un poseedor que se oponga a ello. El que se crea con acción o derecho para privar a otro de la tenencia de una cosa, siempre que el tenedor resista la entrega, deberá solicitar el auxilio de la Autoridad competente". En el art. 446 se dice que: "Todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión; y, si fuere inquietado en ella, deberá ser amparado o restituido en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimiento establecen".

6 Ibarra Sánchez, J. L.: "La reforma procesal", cit.

7 No será objeto de nuestro estudio el desahucio por falta de pago ni el desahucio por extinción del plazo del numeral 1 del art. 2501. LEC, aun a pesar de proteger la posesión puesto que no se utilizan en los casos de ocupaciones ilegales.

8 No hemos incluido el supuesto del art. 250.1.1 LEC relativo a los desahucios que tienen su origen en contratos de arrendamiento por falta de pago de las o rentas o por expiración de los plazos contractuales puesto que no se tratan de ocupaciones en sentido estricto. Puesto que se trata de supuestos en los que la posesión ha sido consentida inicialmente, aunque luego el título haya perdido su validez.

9 En la STC 32/2019 (Sala pleno) 28 de febrero 2019 (RTC 2019\32) se ha desestimado el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 5/2018, por estimarse que no concurre vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), ni se conculcan los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), ni el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE), ni tampoco los derechos a la defensa y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

10 Perarnau Moya, J.: "Desalojo de 'okupas'", cit., p. 63.

todos supuestos no incluidos en el nuevo procedimiento -salvo aquellos en los que el recurso a la vía penal no ofrezca ningún género de dudas- se tendrá que recurrir a los clásicos procedimientos civiles para la recuperación de la posesión o la acción reivindicatoria ex art. 348 CC propiedad cuando por algún motivo no se puedan (o no se quiera) ejercer los anteriores. Esta posibilidad de la libre elección del procedimiento de recuperatorio de la posesión queda abierta incluso para los legitimados activamente para la utilización del nuevo cauce legal creado por la Ley 5/2018. Así pues, los propietarios de viviendas continúan teniendo la posibilidad de elegir entre el abanico de acciones para la defensa de la posesión[11]. Todo ello aun a pesar de que el legislador en el preámbulo de la Ley 5/2018, de manera harto incomprensible manifieste que "ninguno de los cauces actualmente previstos en la vía civil, para procurar el desalojo de la ocupación por la fuerza de inmuebles, resulta plenamente satisfactorio y, en todo caso, se demora de forma extraordinaria". Asimismo, señala que las diversas opciones para la recuperación de la posesión que se contemplan el Código civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil presentan algún tipo de problema o limitación. Finalmente, se pasa a la crítica de cada uno de los mecanismos civiles para la tutela de la posesión contemplados en el art. 250.1 LEC. Estas manifestaciones del legislador nos parecen altamente desafortunadas: en primer lugar, puesto que están generando confusión puesto que en cierto modo se está diciendo que el único procedimiento adecuado para recuperar la posesión, además del previsto en la Ley 5/2018, consiste en el ejercicio de la acción reivindicatoria en un procedimiento ordinario[12] En segundo lugar, esas manifestaciones críticas podrían haber tenido sentido si el legislador, en el texto de la ley hubiera introducido modificaciones para corregir los mencionados problemas y limitaciones de los mecanismos de tutela del art. 250.1 LEC. En tercer lugar, con estas manifestaciones se han dado argumentos para que los "okupas" intenten dilatar al máximo los procesos judiciales. Afortunadamente, en la doctrina ya se ha advertido que como quiera que se trata de observaciones que se realizan en el Preámbulo de la Ley estas carecen cualquier tipo de fuerza obligatoria, y en consecuencia, no existe ningún impedimento legal para poder seguir utilizándose

11 La SAP Barcelona (Sec.4ª) 30 noviembre 2020 (JUR 2021,9436) al referirse a la Ley 5/2018 establece que "ello no significa que si la parte demandante opta por el juicio de desahucio por precario el procedimiento sea inadecuado". A la SAP Barcelona (Sec. 13.ª) 21 julio 2020 estima que: "el titular del derecho puede acudir a cualquiera de las vías procesales legalmente previstas para la protección de la propiedad, la posesión, o los derechos reales". La SAP Barcelona (Sec.4ª) 25 enero 2021 (JUR 2021,73948), dictada en un supuesto de ocupación ilegal, en el que el actor había optado por la vía del desahucio por precario, estima que "Cualquier titular de derecho podrá acudir a cualquiera de las vías procesales que detallábamos en el fundamento de derecho segundo ante la ocupación ilegal de una vivienda, esto es: a) A la vía penal prevista en el artículo 245.2 y concordantes del Código Penal) referidos al delito de usurpación. b) Al desahucio por precarios (artículo 250.1.2° de la LEC). c) Interdictos posesorios (artículo 250.1.4° de la LEC). d) Acciones ejercitadas por titulares reales inscritos (artículo 250.1.7° de la LEC). e) Al juicio ordinario reclamando la posesión, cuando esta pretensión interfería con otras más complejas".

12 Perarnau Moya, J.: "Desalojo de 'okupas'", cit., p. 65.

los clásicos procedimientos de recuperación de la posesión[13]. Estas críticas al legislador también se han formulado desde la jurisprudencia[14].

II. EL DESAHUCIO POR PRECARIO.

1. El concepto de precario.

La figura del precario ha sido utilizada con gran profusión y éxito para obtener la restitución de toda clase de inmuebles que han sido objeto de ocupación ilegal o inconsentida. De ahí que sorprenda que en el Preámbulo de la Ley 5/2018 se haya dicho que "El cauce conocido como "desahucio por precario" plantea un problema de inexactitud conceptual, con la consiguiente inseguridad en la consecución de la tutela pretendida, dado que en los supuestos de ocupación ilegal no existe tal precario, puesto que no hay ni un uso tolerado por el propietario o titular del legítimo derecho de poseer, ni ningún tipo de relación previa con el ocupante". Estas manifestaciones del legislador en un preámbulo -como ya hemos adelantado- han causado estupor en la doctrina, entre otros motivos que iremos analizando, porque van en contra de la línea jurisprudencial predominante que admite la utilización del desahucio por precario en materia de ocupación ilegal de inmuebles[15]. En consecuencia, se hace necesario un estudio de esta figura para poder determinar, si tras la publicación de la Ley 5/2018 todavía puede o no seguir utilizándose para recuperar la posesión que se ha perdido por una ocupación inconsentida de un inmueble. Así pues, habrá que reproducir el debate que se produjo tras la entrada en vigor de la vigente LEC, sobre si es posible la utilización de un concepto amplio del precario que permita su utilización en los casos de ocupación inconsentida o, si por el contrario ha de aplicarse una concepción restringida del precario impide su utilización fuera de aquellos casos de posesión cedida por el propietario o el legítimo poseedor[16].

13 Ibarra Sánchez, J. L.: "La reforma procesal", cit., estima que las manifestaciones del preámbulo pueden generar múltiples problemas innecesarios y una absurda limitación procedimental respecto de la situación previa a la reforma; no obstante al tratarse de un mero preámbulo confía en que los tribunales lo interpreten de la forma más favorable a la satisfacción de las pretensiones de los justiciables.

14 En parecido términos se manifiesta la SAP Barcelona (Sec.4ª) 30 noviembre 2020 (JUR 2021,9436) señala que en el con Ley 5/2018, nos encontramos ante una norma, pues, de naturaleza inequívocamente procesal. Asimismo critica que en su Preámbulo se utilicen frases como "El cauce conocido como "desahucio por precario" plantea un problema de inexactitud conceptual, con la consiguiente inseguridad en la consecución de la tutela pretendida, dado que en los supuestos de ocupación ilegal no existe tal precario, puesto que no hay ni un uso tolerado por el propietario o titular del legítimo derecho de poseer, ni ningún tipo de relación previa con el ocupante' tienen un claro contenido didáctico, que no debe incorporarse a las Exposiciones de Motivos, según lo expuesto. Si el legislador quería cambiar el régimen del artículo 250.1.2 de la LEC, debió modificar el precepto; pero sus disquisiciones en la Exposición de Motivos no producen ese efecto. Y la interpretación del precepto hay que dejarla a los tribunales".

15 Para Ibarra Sánchez, J. L.: "La reforma procesal", cit., estas manifestaciones en el preámbulo suponen un retroceso a la situación creada tras la entrada en vigor de la vigente Lec en el año 2000, cuando un sector jurisprudencial mantuvo que la nueva redacción del art. 250.1.2 LEC suponía que el objeto del desahucio por precario se reducía a la posesión tolerada "cedida en precario", pero no a la posesión ilegítima como las viviendas ocupadas en contra de la voluntad de su legítimo poseedor.

16 Fraga Mandián, A.: "La Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación con la ocupación ilegal de viviendas: aspectos de interés", Proceso civil:

El precario es una institución civil que carece de regulación directa en el Código. No obstante, en la doctrina se ha querido encontrar una referencia al precario en el art. 1.750 del CC cuando en sede de comodato se establece que "Si no se pactó la duración del comodato ni el uso a que había de destinarse la cosa prestada, y éste no resulta determinado por la costumbre de la tierra, puede el comodante reclamarla a su voluntad"[17]. La otra referencia al precario se encuentra en art. 250.1.2 LEC donde se contempla el procedimiento de desahucio por precario[18]. De ahí que ante la falta de regulación expresa de esta figura por el Código civil se haya dicho que el precario es una figura procesal que permite el ejercicio de la acción de desahucio[19]. En la doctrina se ha dicho que se trata del procedimiento recuperatorio de la posesión que más se ha utilizado en los juicios contra "okupas" [20].

cuaderno jurídico, núm. 133, 2018, pp. 15-22, manifiesta con gran contundencia "Mal asunto que este preámbulo eche por tierra la doctrina jurisprudencial de la adecuación del procedimiento especial del art. 250.1.2.º LEC para conocer de todas las situaciones de precario". Bonet Navarro, J.: *Los juicios por desahucio,* Aranzadi, 5ª ed., Cizur Menor, 2021. Disponible en: https://insignis.aranzadidigital.es/ (Consultado el 19-04-2021). En el apartado "a). La opción por la vía civil, dentro del título III, Especialidades en función de la inexistencia de relación entre determinados titulares y el poseedor: desahucio de vivienda okupad del art. 250.1.4ª LECiv, manifiesta que el argumento utilizado por el legislador se olvida de la línea jurisprudencial por la que se venía a amparar dentro del ámbito del precario supuestos "como los de ocupación de total carencia de autorización o voluntad, autoridad o tolerancia".

17 En la STS 23 abril 2015 (RJ 2015,1209) se establecen las diferencias entre el comodato y el precario al establecer que el primero "comporta la exigencia de que se pacte su duración o, en su caso, el uso que se ha de dar a la cosa prestada, cubierto el cual cesa el derecho a poseer del comodatario, sin que por su propia naturaleza pueda entenderse que el uso haya de ser de carácter vitalicio, pues en tal caso la figura jurídica más adecuada -sobre todo en el ámbito familiar- sería la del usufructo". Se razona que "no existió voluntad por parte del esposo y padre de las demandantes de perpetuar una situación posesoria respecto de su madre más allá de la mera liberalidad determinante de la figura del precario, pues en caso contrario podría haberse expresado dicha voluntad y no se procedió así". En la STS de 17 de noviembre de 2020 (RJ 2020, 4288) se establece que "existe una jurisprudencia consolidada de esta sala de la que resulta que, cuando un tercero –frecuentemente en la práctica los padres de uno de los miembros de una pareja, casada o no– cede gratuitamente el uso de una vivienda para que sirva a su uso genérico de vivienda, para cubrir la necesidad de alojamiento de esa unidad familiar, sin fijar un plazo determinado ni un uso específico al que deba destinarse, no hay comodato (cfr. art. 1750 CC) sino precario, lo que permite recuperar la vivienda cuando cesa el único título que justificaba la posesión de sus ocupantes, la voluntad de quien cedió el uso (art. 250.1.2.ª LEC).

18 Establece el art. 250.1 LEC que: "Se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas siguientes: 2.º Las que pretendan la recuperación de la plena posesión de una finca rústica o urbana, cedida en precario, por el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer dicha finca".

19 Marín López, J. J.: "Comentario al art. 1750 del CC", *Grandes Tratados. Comentarios al Código Civil,* Editorial Aranzadi. Disponible en: https://insignis.aranzadidigital.es/. Consultado: 31 de marzo de 2021. "Comentario", cit., tras afirmar el carácter de figura procesal del precario mantiene que "el comodato sin plazo de duración se considera a estos efectos situación de precario, de tal modo que puede el comodante desahuciar al comodatario, de conformidad con lo previsto en el artículo 250.1.2º LECiv, que mantiene, pese a un primera impresión, los procesos especiales de desahucio".

20 Rodríguez Mesa, A.: "Necesidad de la reforma operada en la Ley de Enjuiciamiento Civil por la Ley 5/2018, de desahucio exprés frente a los "okupas"". Disponible en: http://noticias.juridicas.com/conocimiento/artículos-doctrinales/13081-necesidad-de-la-reforma-operada-en-la-ley-de-enjuiciamiento-civil-por-la-ley-5-2018-de-desahucio-expres-frente-a-los-laquo;okupasraquo;/, estima que de entre todas las vías procesales civiles es más adecuada para el desahucio de las ocupaciones. Aun a pesar de que, como ella mismo reconoce, en el Preámbulo de la Ley 5/2018 se dice que la recuperación de la finca en los supuestos de ocupación ilegal de no tiene cabida en el desahucio por precario por no existir una cesión previa del uso o un uso tolerado por el propietario o titular del derecho legítimo a poseer ni tampoco cualquier otro tipo de relación previa con el ocupante.

Habida cuenta la parquedad regulatoria de esta figura ha sido la jurisprudencia la que ha establecido los contornos de la figura del precario[21]. El Tribunal Supremo se ha decantado por un concepto amplio de precario en el que tienen cabida todos aquellos supuestos en los que una persona disfruta de un inmueble ajeno sin pagar a cambio ninguna renta o merced[22]. Esta línea jurisprudencial ha ampliado el concepto de precario más allá de aquellos casos en los que se detenta un inmueble por concesión o tolerancia del dueño, si también aquellos supuestos en los que la tenencia no se apoya en ningún título y que puede reputarse incluso abusiva:

a) La "posesión de origen contractual". En este caso el dueño o el titular de un derecho posesorio sobre un inmueble cede forma gratuita la posesión a otro sujeto, sin determinar ni el plazo de tiempo ni del uso a que se destina. Esta posesión concedida es a la que se refiere el art. 1750 CC. Este sería el supuesto de los progenitores que le ceden gratuitamente una vivienda al hijo que se ha casado y a su esposa;

b) la "posesión tolerada" que no tiene un origen contractual y en la que el dueño del inmueble tolera que alguien utilice una casa. Este sería el caso de uno de los coherederos al que sus hermanos le permiten seguir viviendo en la casa que ahora es de los otros hermanos;

21 En la doctrina se ha mantenido que el comodato aunque tiene analogías con el precario se trata de una figura distinta. Vid. Cano Moriano, G.: *Estudio sobre la figura del precario*, Edersa, Madrid, 2006. Disponible en https://app.vlex.com/#WW/vid/298394. (Consultado el 19-04-2021), estima que "el comodato, aunque tiene evidentes analogías con el precario, no puede confundirse con éste; el concepto de precario ha ido evolucionando desde la concesión por el propietario a ruegos del ocupante, hasta la posesión sin título, bien por no haber existido o por ser insuficiente o por haber perdido su validez, no existiendo más razón de subsistencia que la simple tolerancia del poseedor real, que puede cesar por su libre voluntad".

22 Esta concepción amplia del precario la podemos encontrar en la STS 28 febrero 2017 (RJ 2017, 605) que ha definido el precario como "una situación de hecho que implica la utilización gratuita de un bien ajeno, cuya posesión jurídica no nos corresponde, aunque nos hallemos en la tenencia del mismo y por tanto la falta de título que justifique el goce de la posesión, ya porque no se haya tenido nunca, ya porque habiéndola tenido se pierda o también porque nos otorgue una situación de preferencia, respecto a un poseedor de peor derecho (SSTS 28 febrero 2013 (RJ 2013, 2162); 19 septiembre 2013 (RJ 2013, 7428); 1 octubre 2014 (RJ 2014, 4613), 28 febrero 2017 (RJ 2017,2005). En el mismo sentido se han pronunciado con posterioridad las SSTS 4 noviembre 2020 (RJ 2020,4574) y 1 marzo 2021 (RJ 2021,83148). En la STS 21 diciembre 2020 (RJ 2020, 5037) todavía se precisa más el concepto de precario al decir que "Existe el precario: (i) cuando hay una situación de tolerancia sin título; (ii) cuando sobreviene un cambio de la causa por cesar la vigencia del contrato antes existente, (iii) o incluso la posesión gratuita sin título y sin la voluntad del propietario (SSTS de 3 de diciembre de 1.958 y 30 de octubre de 1.986, entre otras)". El ATS 7 octubre 2014 (JUR 2014, 261222) es altamente clarificador respecto a la posición del Alto Tribunal respecto al concepto amplio o restringido del precario al estimar la inexistencia de interés casacional. Al estimar que no existía jurisprudencia contradictoria, entre sentencias de algunas Audiencias Provinciales que determinan que el concepto de precario requiere cesión y liberalidad previa, y no cualquier ocupación sin título, y otras que sostienen que el concepto de precario implica cualquier posesión sin título. El TS zanja la cuestión "atendiendo a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, entre otras las SSTS de 30 de junio de 2009 (RJ 2009, 4244) o 28 de febrero de 2013 (RJ 2013, 2162), en las cuales se fija un concepto amplio del precario "como situación de hecho que implica o comporta la utilización gratuita de un bien ajeno cuya posesión jurídica no nos corresponde, aunque nos hallemos en la tenencia del mismo, bien por la posesión simplemente tolerada o sin título bien en las que el título invocado resulta ineficaz para enervar el de quien reclama la restitución".

c) la "posesión basada en un título inicialmente válido que ha devenido insuficiente" como sucede cuando un contrato que llevaba aparejada la posesión, como el arrendamiento o el usufructo, se ha extinguido; y

d) la "posesión sin título previo", referida a situaciones posesorias iniciadas sin contar con la voluntad del dueño o poseedor real o incluso en contra de su expresa voluntad.

El juicio de desahucio por precario puede iniciarse cuando los anteriores supuestos se convierten en una "posesión sin título". Esto sucede cuando la concesión contractual o tolerada desaparece por revocación del propietario o el titular del derecho real sobre la cosa. También se puede iniciar el desahucio por precario en el caso de la posesión carente de título inicial, que ha sido adquirido de manera violenta o clandestina como sucede con las "okupaciones" de inmuebles[23]. En la esencia del precario se encuentra que el propietario o titular del derecho sobre la cosa puede en cualquier momento poner fin a la cosa y reclamar la devolución de la cosa[24]. En todos estos casos el precarista debe de restituir la cosa en el momento en que se la exija el propietario "ad nutum" es decir sin que sea necesario que se alegue causa alguna[25]. El denominado desahucio por precario es la vía utilizada por el propietario para recuperar la posesión de la cosa tanto cuando la cesión ha sido consentida como inconsentida.

2. Las ventajas del desahucio por precario.

El desahucio por precario ha sido bastante utilizado para la recuperación de la posesión de inmuebles ocupados ilegalmente porque presenta toda una serie de ventajas: en primer lugar, por tratarse de un procedimiento muy simple como el resto de los juicios verbales. Pero al mismo tiempo es un juicio plenario y permite discutir las cuestiones complejas que afecten a la validez del título que oponga el demandado[26]. No obstante, hay que tener presente que el hecho de desahucio

23 Bastante Granell, V.: "Ocupación ilegal", cit.

24 En la STS 17 noviembre 2020 (RJ 2020,4288) al decir que "Cuando la posesión es simplemente tolerada por la condescendencia o el beneplácito del propietario, de modo que el disfrute o simple tenencia de la cosa lo es sin título y sin pagar merced, por voluntad de su poseedor, hay precario, y la oposición del propietario pone fin a la tolerancia y obliga al que posee a devolver la cosa a su dueño (SS 28 febrero 2017 (RJ 2017, 605), 28 mayo 2015 (RJ 2015, 2270), y 26 diciembre 2006 (RJ 2006, 180), entre otras).

25 Marín López, J. J.: "Comentario", cit., señala como ha existido polémica en cuanto a la naturaleza jurídica del precario: "para unos el precario no sería sino una modalidad de comodato caracterizada por no estar sometida a plazo; para otros, el precario se deriva de una pura situación de tolerancia no respaldada por contrato alguno, ni el comodato ni de cualquier otro tipo; para otros, en fin, el comodato sin plazo no sería sino una modalidad del concepto más amplio de precario". No obstante, el autor mantiene que el concepto de precarista va más allá del comodatario sin el beneficio del plazo y que también incluye "al que usa la cosa con la simple aquiescencia del propietario, del usufructuario o del que tenga derecho a poseer. Es también precarista el que ha perdido el título que justificaba su posesión y que, sin embargo, ha continuado usando la cosa por simple tolerancia".

26 En la SAP Madrid (Sec. 19ª) 25 noviembre 2020 (JUR 2021,27119) se establece que algunas cuestiones complejas pueden ser resueltas en el procedimiento verbal de desahucio sin tener que acudir a un procedimiento declarativo. Así pues, estima que la sentencia de instancia "no infringe la doctrina relativa

por precario se sustancie como juicio verbal y que con la anterior LEC/1881 sí que se trataba de un juicio sumario podría provocar dudas sobre su verdadera condición de juicio plenario[27]. En la doctrina se matiza que el hecho de que se trate de un procedimiento plenario no significa que tenga la amplitud de un declarativo ordinario sino la de un declarativo especial de modo que la decisión que adopte el juez sólo podrá referirse a la posesión. La configuración como juicio plenario en la LEC impide la táctica de recurrir a las "cuestiones complejas" que se utilizaban con fines meramente dilatorios[28].

La segunda ventaja se encuentra en el hecho de que la sentencia que finaliza el desahucio por precario, tiene efecto de cosa juzgada, lo que pone fin al asunto con carácter definitivo[29]. Esto último supone un beneficio con respecto a los otros procedimientos recuperatorios de la posesión del art. 250.1 LEC puesto que tienen carácter sumario. Así sucede con las acciones para la tutela sumaria de la posesión (art. 250.1.4 antiguos interdictos), el nuevo procedimiento de tutela sumaria para las viviendas ocupadas (art. 250.1.4 II) o las acciones de protección de los derechos reales inscritos (art. 250.1.7 LEC). En todos ellos siempre queda abierta la posibilidad de iniciarse un juicio declarativo plenario en el que dilucidar aquellas cuestiones que no pudieron resolverse en el juicio sumario. En ambos casos no

a que el juicio verbal de desahucio por precario del art. 250.1-2º LEC sea el procedimiento adecuado para resolver sobre la condición de precarista de la demandada, a pesar de que exista una cuestión compleja, como puede ser la existencia del contrato de compraventa en virtud del cual la compradora Recreativos Jimar, S.L arrendó la vivienda a la demandada. En efecto, la sentencia impugnada entra en el fondo de la cuestión y considera que la demandada no es una mera precarista porque justifica la ocupación de la vivienda en virtud de un título válido de arrendamiento. En parecidos términos la SAP Madrid (Sec. 18ª) 4 julio 2018 (JUR 2018, 227862) que establece que "ha de entenderse que el procedimiento adecuado para las cuestiones derivadas de la situación de precario lo es el juicio verbal en la forma dicha por el precepto citado y en él habrá de ventilarse toda la problemática afectante a la existencia, validez y eficacia del título que el demandado pudiere invocar para justificar su posesión del inmueble".

27 García Aburuza, M. P.: "Contribución de la ex cónyuge a los gastos de construcción de vivienda en terreno de su ex suegro: la sentencia del tribunal supremo de 17 de noviembre de 2020", *Revista Aranzadi Doctrinal,* núm. 3/2021. Disponible en: https://insignis.aranzadidigital.es/ (Consultado el 3-04-2021), mantiene su condición de juicio plenario basándose en la STS 11 de junio 2012 (RJ 2012, 8848) que dice que:" [...]tras la reforma, operada por la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil el juicio de desahucio por precario ha dejado de tener un carácter sumario con restricción de medios de ataque y defensa que impedía analizar todas las cuestiones que pudieran plantearse desde el momento en que la complejidad del asunto quedaba constatada, relegando la discusión al ámbito del juicio plenario que hubiera lugar. Evidentemente la modificación producida en la nueva ley adjetiva en este aspecto, de acuerdo con los arts. 447 en relación con el art. 250, provoca una nueva perspectiva de la denominada comúnmente cuestión compleja, en cuanto que en el campo de este procedimiento podrán analizarse las distintas relaciones jurídicas que quieran alegarse como justificación de la posesión que se ostenta, aunque eso sí limitadas al ámbito posesorio de cuya recuperación se trata [...]". En la STS 21 diciembre 2020 (RJ 2020,5037) se dice que "en este procedimiento podrán enjuiciarse las relaciones jurídicas que puedan alegarse como justificación de la posesión cuya recuperación se pretenda y la existencia de una situación posesoria que revista las características propias del precario, sin las limitaciones propias de un procedimiento sumario en cuanto a los medios de ataque y defensa (no se limitan los medios de prueba, a diferencia de los desahucios por impago de rentas), al tratarse de un procedimiento que, si bien limitado a ese objeto, tiene carácter plenario".

28 Bonet Navarro, J: "II especialidades en función de una particular relación entre título y poseedor" *en Los juicios por desahucio,* cit.

29 Perarnau Moya, J.: "Desalojo de 'okupas'", cit., p. 65.

se producen los efectos de cosa juzgada tal como se prevé en el art. 447 LEC[30]. Una tercera ventaja respecto a los antiguos interdictos, y el nuevo procedimiento de tutela sumaria de las viviendas ocupadas, es que no está sometido al plazo de caducidad de un año que el art. 439.1 LEC en relación con lo dispuesto en el art. 250.1.4 LEC y 460.4 CC prevé para el ejercicio de la acción desde la consumación del despojo o perturbación de la posesión[31]. En consecuencia, en aquellos casos de ocupaciones ilegítimas en las que el propietario o el legítimo poseedor no hayan reaccionado dentro del año siempre les quedará la posibilidad de utilizar la vía del desahucio por precario. Una cuarta ventaja, se encuentra en que el desahucio por precario puede ser utilizado tanto cuando existe consentimiento en la utilización del inmueble por el propietario (progenitor que cede gratuitamente un piso a su hijo) como cuando la ocupación ha sido inconsentida ("okupación")[32]. En el caso de las acciones para la tutela sumaria de la posesión (los antiguos interdictos) así como la nueva acción de tutela sumaria de la ley 5/2018 sólo pueden utilizarse contra las ocupaciones sin consentimiento o sin tolerancia. Finalmente, este procedimiento puede ser utilizado con toda clase de inmuebles y están legitimados activamente para su interposición toda clase de personas, físicas y jurídicas[33]. A diferencia de lo que sucede con "interdicto exprés" que solo puede ser utilizado para recuperar la posesión de viviendas y únicamente por personas físicas y un número tasado de personas jurídicas.

30 En el apartado 2 del art. 447 LEC se establece que "No producirán efectos de cosa juzgada las sentencias que pongan fin a los juicios verbales sobre tutela sumaria de la posesión" y en apartado 3 del mismo precepto se establece que "Carecerán también de efectos de cosa juzgada las sentencias que se dicten en los juicios verbales en que se pretenda la efectividad de derechos reales inscritos frente a quienes se opongan a ellos o perturben su ejercicio, sin disponer de título inscrito".

31 En las SSAP Barcelona (Sec.13ª) 29 mayo 2020 (Tol 8000107), 29 mayo 2020 (Tol 8000221), 28 mayo 2020 (Tol 7983252) y 28 mayo 2020 (Tol 7984615), todas recayentes sobre desahucios por precario los "okupas" intentaron alegar la prescripción de la acción por haber transcurrido más de un año desde que se inició la ocupación. En todas las sentencias se ha establecido que "El tiempo de duración de la posesión no es un dato relevante en el marco de un juicio de desahucio por precario, que no está sometido al indicado requisito temporal". En la SAP Barcelona (Sec.4ª) 30 noviembre 2020 (JUR 2021,9436) el demandado alega la inadecuación de procedimiento por estimar que debería de haberse utilizado la acción de tutela sumaria. El tribunal es tajante al establecer que a pesar de la reforma de la ley 5/2018 que es "inasumible que los colectivos objeto de la reforma, a partir de ahora, sólo puedan acudir a la vía del artículo 250.1.4º, párrafo segundo, de la LEC" en consecuencia admite que el propietario de viviendas pueda utilizar cuando lo estime conveniente el desahucio por precario, puesto que lo contrario, es decir " entender que, a partir de ahora, sólo van poder utilizar este procedimiento sumario privilegiado les perjudicaría en caso de que, por ejemplo, caducara la acción conforme al artículo 439.1 de la LEC, lo cual no sería coherente con el propósito del legislador de que los perjudicados por la ocupación ilegal de su vivienda encuentren una respuesta ágil por parte de los tribunales de justicia".

32 En las situaciones de precario el propietario no está sometido a ningún plazo de prescripción o caducidad para poner fin a aquella situación. En estos casos la finalización del precario depende de la voluntad del dueño para poner fin a su tolerancia. En este sentido la SAP Madrid (Sec.9ª) 10 septiembre 2020 (JUR 2021,778) que a su vez cita a la SAP Madrid, (Sec.19ª) 25 octubre 2017 (JUR 2017,299766).

33 En el supuesto contemplado por la SAP Madrid (Sec. 25ª) 18 noviembre 2020 (JUR 2021,29542) se trata de la ocupación de una parcela de terreno que se encuentra dentro de unas instalaciones ferroviarias. Se estima el desahucio por precario puesto que no se admite como título valido para enervar la acción la prescripción adquisitiva de los terrenos. No es factible la usucapión sobre bienes de dominio público por así establecerse en el art. 6 de la Ley 33/2003, del patrimonio de las administraciones públicas.

La única objeción que nos merece el desahucio por precario se refiera a su duración que puede llegar hasta los tres años desde la fecha de presentación de la demanda[34]. De ahí que cuando sea posible, por concurrir sus requisitos, será preferible recurrir al nuevo "desalojo exprés", puesto que permite recuperar la posesión con muchísima mayor celeridad. No constituye demasiado inconveniente el que se trate de un procedimiento sin efectos de cosa juzgada porque el "okupa" cuando se opone a la demanda por lo general lo hace con la única intención de demorar al máximo el desalojo, de modo que una vez ha sido lanzado difícilmente iniciará un procedimiento plenario.

3. Los requisitos para el ejercicio de la acción de desahucio por precario.

Las especialidades procesales previstas para el desahucio por precario son escasas[35]: se tiene que sustanciar por los trámites del juicio verbal (art. 250.1.2.º LEC); en los casos de finca urbana, la reducción del plazo para dictar sentencia a la mitad, es decir cinco días (art. 477.1 LEC) y, por último, las previsiones del art. 440.4 LEC, relativas a los desahucios en los que haya vista, que está condicionada a la eventualidad de formulación de oposición. Este juicio también está afectado por la especialidad de suspensión del juicio de desahucio prevista en el art. 441.5 LEC hasta que los servicios sociales adopten medidas oportunas en los plazos previstos para los supuestos de vulnerabilidad y que será estudiada más adelante.

El éxito de la acción de desahucio por precario exige el cumplimento de unos pocos requisitos por parte del actor: éste ha de acreditar su condición de propietario[36], usufructuario o que está en posesión de cualquier otro título, como sería incluso el de arrendatario, que le permita poseer la finca[37]. En el

34 En las SSAP Barcelona (Sec.13ª) 29 mayo 2020 (Tol 8000107), 29 mayo 2020 (Tol 8000221), 28 mayo 2020 (Tol 7983252) y 28 mayo 2020 (Tol 7984615), todas recayentes sobre desahucios por precario las sentencias se han dictado en un plazo que oscila entre los dos y los tres años desde la fecha de la presentación de la demanda.

35 Bonet Navarro, J.: "II especialidades en función de una particular relación entre título y poseedor" *en Los juicios por desahucio,* cit.

36 En ocasiones la demandada impugna el título de propiedad del actor cuando este aporta una "nota simple" en vez de acompañar a la demanda un "certificado" emitido por un Registrador de la Propiedad. En la SAP Madrid (Sec. 21ª) 12 marzo 2020 (JUR 2020,214702) se estima que la nota simple aun cuando no da fe del contenido de los asientos del Registro de la Propiedad, lo que si ocurre con las certificaciones, no deja de ser una manifestación que realiza el Registrador de la Propiedad del contenido de los asientos registrales, como se indica en los arts. 222 LH y 332 RH, teniendo dichas notas simples, eso sí, un valor meramente informativo, sin que den fe del contenido de los asientos, como sucede con las certificaciones". No obstante, en esta sentencia se admite que a partir de aquellas notas "ha quedado acreditado que quien en el Registro de la Propiedad aparece como titular de dicha finca no es sino la entidad actora en la litis".

37 En ocasiones la demandada impugna el título de propiedad del actor cuando este aporta una "nota simple" en vez de acompañar a la demanda un "certificado" emitido por un Registrador de la Propiedad. En la SAP Madrid (Sec. 21ª) 12 marzo 2020 (JUR 2020,214702) se estima que la nota simple aun cuando no da fe del contenido de los asientos del Registro de la Propiedad, lo que si ocurre con las certificaciones, no deja de ser una manifestación que realiza el Registrador de la Propiedad del contenido de los asientos registrales, como se indica en los arts. 222 LH y 332 RH, teniendo dichas notas simples, eso sí, un valor meramente informativo, sin que den fe del contenido de los asientos, como sucede con las certificaciones". No obstante, en esta sentencia se admite que a partir de aquellas notas "ha quedado acreditado que quien en el Registro de la Propiedad aparece como titular de dicha finca no es sino la entidad actora en la litis".

momento de presentar la demanda tiene que tener la condición de poseedor mediato habida cuenta que quien se encuentra ocupando la finca tiene la posesión inmediata o material[38]. Asimismo, se ha de probar la existencia y la identificación del inmueble ocupado que -como ya hemos dicho- no tiene porqué tratarse de una vivienda[39]. Finalmente, ha de quedar probada la insuficiencia o carencia de título del demandado[40]. En cuanto a la identificación del demandado, igual que sucede en el resto de los procedimientos de tutela sumaria del art. 250.1 LEC se viene produciendo la dificultad de identificar a los ocupantes del inmueble. Estos por sistema se niegan a ser identificados y notificados a los efectos de dilatar al máximo el desalojo. De ahí que en la jurisprudencia ha venido admitiéndose la posibilidad de demandar -en todos los procedimientos del art. 250.1 LEC- con carácter genérico a los desconocidos ocupantes del inmueble. Esta cuestión ha sido resuelta de forma parcial y limitada tras la reforma de la LEC operada por la Ley 5/2018, se ha superado el antiguo problema de determinar la legitimación pasiva de los ocupantes habiéndolos de identificar, permitiéndose que, ante la dificultad de averiguar por el actor quienes sean los ocupantes de su inmueble, pueda el actor dirigir la demanda contra los "ignorados ocupantes" del mismo[41]. En las sentencias que admiten esta posibilidad se basan en los art. 399.1 y 437 LEC no se exige expresamente la mención del nombre y apellidos de los demandados, sino que se limitan a exigir al actor que consigne en la demanda los datos y circunstancias de identificación del demandado. Como dice el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 28 de febrero 2019[42], ha de tenerse en cuenta que en los supuestos de ocupación ilegal de viviendas lo más frecuente es que la identidad de los ocupantes sea desconocida para el titular legítimo del derecho a la posesión de la vivienda, no pudiendo imponerse al propietario o titular legítimo del derecho a poseer la vivienda, de la que ha sido desposeído por un acto violento o clandestino, la carga desproporcionada de llevar a cabo una labor investigadora para identificar a los ocupantes ilegales. Además, no puede olvidarse que, aunque su identidad personal no sea conocida, sí lo es su paradero pues pueden hallarse

38 Bonet Navarro, J.: "II especialidades en función de una particular relación entre título y poseedor" *en Los juicios por desahucio,* cit.

39 Perarnau Moya, J.: "Desalojo de 'okupas'", cit., p. 65.

40 En la STS 21 diciembre 2020 (RJ 2020,5037) se establecen los requisitos para que prospere la acción ejercitada en el juicio de desahucio por precario: "(i) el título que ostenta el demandante, (ii) la identificación del bien poseído en precario y (iii) la insuficiencia o carencia de título del demandado". Respecto de "la prueba de la existencia de un título habilitante que ampare la posesión o el pago de renta o merced corresponden a los demandados al tratarse de hechos positivos frente a la pretensión de desahucio articulada en la demanda".

41 Perarnau Moya, J.: "Desalojo de 'okupas'", cit., p. 66.

42 En la STC 32/2019 (Sala Pleno) 28 de febrero 2019 (RTC 2019,32) el Tribunal Constitucional desestima el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea en el Congreso de los Diputados contra la Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación con la ocupación ilegal de viviendas, por vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), en relación con los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE), así como los derechos a la defensa y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

en la vivienda ocupada[43]. En todo caso entendemos que la reforma de la LEC debería de haberse extendido a todos los procedimientos recuperatorios de la posesión que pueden utilizarse para la recuperación de los inmuebles ocupados ilegalmente. En adelante la posibilidad de demandar a los desconocidos ocupante dependerá del criterio de cada Audiencia Provincial.

4. Las causas de oposición al desahucio por precario.

La parte demandada podrá oponerse a la demanda presentando algún título o demostrando la existencia de algún derecho que le permita poder seguir ocupando la finca cuya posesión pretende recuperar la parte actora[44]. La carga de probar la legítima posesión del inmueble en un desahucio por precario le corresponde al ocupante demandado por tratarse de un hecho obstativo a la pretensión de la actora[45]. De no probarse la legítima posesión se estimará procedente la demanda de desahucio, se ordenará el desahucio del "okupa" y se establecerá un plazo para que deje el inmueble libre, vacuo y expedito junto con el apercebimiento de lanzamiento si no lo verifica.

El título por excelencia para enervar la acción de desahucio por precario lo constituye la existencia de un contrato de arrendamiento. En el caso de presentarse un contrato escrito la desestimación de la demanda estaría prácticamente garantizada. No es normal que existiendo un contrato formalizado que el actor se lanzara a un procedimiento que a todas luces tiene perdido de antemano. De modo que los pleitos por esta materia tienen lugar cuando no existe título alguno ya que estamos ante ocupaciones ilegales. En los "manuales de ocupación" que circulan por internet se establecen las estrategias dilatorias que han de realizar los okupas, entre ellas se encuentra la de simular la existencia de una relación arrendaticia[46]. Pero para poder demostrar la existencia de un arrendamiento es necesario que se pague una contraprestación por la posesión del inmueble, de ahí que en algunos

43 Perarnau Moya, J.: "Desalojo de 'okupas'", cit., p. 66.

44 En la SAP Madrid (Sec. 19ª) 25 noviembre 2020 (JUR 2021,27119) se estima suficiente para enervar la acción de desahucio por precario la presentación de un contrato de arrendamiento suscrito con un tercero que no era ajeno a la parte actora. El arrendador era la persona con la que la actora formaliza un contrato de compraventa, aun a pesar de que posteriormente ese contrato es resuelto. Se estima que "el juez a quo, acertadamente dio validez al contrato de arrendamiento que faculta a la demandada para ocupar legalmente la vivienda, tratándose Mercedes de un tercero de buena fe, ajeno a las relaciones entre la actora y Recreativos Jimar, S.L, que simplemente ha firmado un contrato de arrendamiento y que está abonando la renta mensual del mismo, sin que le sea exigible al arrendatario comprobar la titularidad registral de la vivienda para firmar el contrato de arrendamiento, sino que basta con que el que se presenta como arrendador se comporte como dueño, entregando las llaves a la arrendataria tras la firma del contrato".

45 Así se establece en la SAP Barcelona (Sec.4ª) 30 noviembre 2020 (JUR 2021,9436) que además señala que "la mera acción de desahucio por precario muestra el deseo de la actora de poner fin a dicha ocupación carente de título". En parecidos términos se establece en la SAP Barcelona (Sec. 13ª) 19 febrero 2021 (JUR 2021,99731).

46 Entre otros "manuales de ocupación" está el de la Oficina per l'Okupació de Karcelona. Disponible en: https://resiste.squat.net/wp-content/uploads/resiste/2020/01/Manual-de-Okupaci%C3%B3n-Vol.1-Despegando.pdf (consultado el 28-04-2021)

casos los ocupantes llegan a realizar obras en los inmuebles ocupados e incluso pagan algunos gastos de la comunidad de propietarios de la propiedad horizontal. Sin embargo, el abono de estos gastos aun a pesar de que en ocasiones podrían considerarse asimilados a la renta no constituyen título suficiente para poder enervar la acción de desahucio por precario[47]. La jurisprudencia es abundante al respecto de estos gastos que se pretenden utilizar para demostrar la existencia de un título suficiente para enervar la acción de precario. En la mayoría de estos pronunciamientos no se admite que las cantidades pagadas tengan la condición de renta[48]. El abono de la supuesta renta, en todo caso, ha de ser demostrado por el demandado como sucede con todos los hechos impeditivos de la demanda (art. 217.3 LEC), de modo que no es válida la simple referencia a la existencia de ese alquiler. No obstante, al actor le corresponde la prueba de la existencia de la situación de precario (art. 217.2 LEC)[49].

En la mayoría de los procedimientos de desahucio por precario que tienen lugar con las ocupaciones ilegales de inmuebles los demandados carecen de título alguno que oponer. En consecuencia, se utilizan toda una serie otras estrategias de oposición a la demanda que vienen a constituir cláusulas de estilo con la única finalidad de dilatar el proceso el máximo tiempo posible hasta el tiempo de casi seguro lanzamiento. Muchas de estas estrategias se pueden encontrar en los conocidos "manuales de okupación" que pueden encontrarse en internet[50]. Estos

47 Bonet Navarro, J.: "II especialidades en función de una particular relación entre título y poseedor" *en Los juicios por desahucio,* cit., señala la existencia

48 La STS 6 abril 1962 (RJA 1942, 1962) ya dejo sentado que "el hecho del pago de la renta, que excluye la condición de precarista, no está constituido por el abono del importe de cualquier cantidad de dinero, a cualquier persona, si tales pagos no se hacen a título de merced por el arrendamiento constituido o presunto a nombre del que paga, y si no son aceptados en tal concepto por su acreedor". La SAP Barcelona (Secc. 13ª) 23 septiembre 2019 (JUR 2019,283251) es concluyente al respecto al establecer que "debe tenerse presente que el pago de suministros y gastos de la vivienda ocupada (incluidos impuestos, contribuciones y gastos de Comunidad, inversiones o mejoras) no constituyen contraprestación por la ocupación - es en beneficio del mismo usuario o se trata de gastos que pesan sobre el ocupante en su propia utilidad - no correspondiendo a una contraprestación en nombre propio y acordada como tal por el uso (SSTS. 6.4.1962, 30.11.1964, 21.11.1967, 30.10.1986, 22.10.1987)". Se ha considerado que no implica título, las obras de mejora en las SAP Murcia (Sec. 4.ª), 29 marzo 2012 (JUR 2012, 154422); SAP Alicante (Sec. 5.ª) 21 febrero 2008 (JUR 2008, 144953). Tampoco constituyen título el abono de gastos, ni el pago de impuestos, ni los gastos de comunidad para las SAP Barcelona (Sec. 4) 10 noviembre 2020 (JUR 2021,3338), SAP Madrid (Sec. 21ª) 12 marzo 2020 (JUR 2020,214702). SAP Madrid (Sec. 13.ª) 21 diciembre 2006 (JUR 2007,245690) SAP Barcelona (Sec. 13.ª) 19 julio de 2006 (JUR 2007,107917). Asimismo, no constituye renta el pago de los suministros, como los de la luz, gas, calefacción o teléfono, para las SSAAPP de SAP Barcelona (Sec. 4ª) 10 noviembre 2020 (JUR 2021,3338); ; SAP Madrid (Sec. 21ª) 12 marzo 2020 (JUR 2020,214702); Alicante (Sec. 5.ª) 11 julio 2007 (JUR 2007, 317933); Madrid (Sec. 21.ª, 11 de abril de 2007 (JUR 2007, 212623). Finalmente, tampoco constituye título la ejecución de obras en el inmueble sin consentimiento de la propiedad, tal como se establece en la SAP Santa Cruz de Tenerife (Sec. 1.ª) 31 mayo 2006 (JUR 2006, 206163).

49 Bonet Navarro, J: "II especialidades en función de una particular relación entre título y poseedor" *en Los juicios por desahucio,* cit.; advierte que en aquellos casos de ocupación prolongada en el tiempo el actor puede encontrarse con dificultades para demostrar la condición de precarista del ocupa, por la presunción de onerosidad de las prestaciones. De modo que existe un principio general obstativo al precario y favorable a la onerosidad en la concesión del disfrute.

50 Este es el caso, entre otros de "Despegando. Manual de Okupación", elaborado por la Ofician per l'Okupació de Karcelona (https://resiste.squat.net/wp-content/uploads/resiste/2020/01/Manual-de-Okupaci%C3%B3n-Vol.1-Despegando.pdf).

ardides procesales suelen utilizarse en todos los procedimientos de tutela de la posesión.

Así sucede con la excepción de "inadecuación de procedimiento", para ello se alega que los ilegales ocupantes un inmueble no se encuentran en situación de precario puesto que a ellos el propietario no les ha cedido la posesión del inmueble (se utilizan toda clase de subterfugios como que un tercero les alquiló verbalmente el inmueble o que este se encontraba con la puerta abierta y estaba abandonado)[51]. Esta línea de defensa se basa en la denominada concepción estricta del precario que parte de una interpretación literal de la expresión "cedido en precario" del art. 250.1.4ª LEC[52]. Para suerte de los propietarios, en muy pocas sentencias se admite esta tesis de restrictiva de la situación de precario, sin embargo, los abogados especializados en la defensa de okupas, insisten en esta estrategia. Para los defensores de esta tesis sólo podrá existir una situación de

51 Esta es la clásica justificación de todo escrito de contestación a la demanda que luego no se prueba en el proceso. En la SAP Barcelona (Sec.4ª) 30 noviembre 2020 (JUR 2021,9436) el apelante manifiesta que "que ocupa la vivienda por tolerancia del ocupante previo, siendo al tiempo de contestar a la demanda legítimo poseedor, por haber adquirido la posesión por transcurso de más de un año y sin acto alguno de fuerza o violencia". En la SAP Barcelona (Sec. 13ª) 19 febrero 2021 (JUR 2021,99731) se establece que en todo caso corresponde a la parte demandada "la prueba del hecho positivo, a su cargo, de la existencia del pretendido derecho arrendaticio, de conformidad con la norma general de distribución de la carga de la prueba del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no puede estimarse que lo haya probado la parte demandada, por no haber propuesto ninguna prueba relevante, en la primera o en la segunda instancia". En la SAP Tarragona (Sec. 3ª) 19 noviembre 2020 (JUR 2021,9507) la demandada alega que "no se forzó cerradura alguna y que la puerta estaba abierta".

52 En la SAP Madrid (Sec. 21ª) 5 febrero 2013 (JUR 2013,92182) se desestima la demanda de desahucio por precario que la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid s.a., interpone contra unos ocupas. Para ello se basa en la tesis del concepto restringido del precario que nuevamente se defiende en la SAP Madrid (Sec. 21ª) 12 marzo 2020 (JUR 2020,214702) si bien no se aplica en ese caso. En la primera de las sentencias se parte de que en la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, junto al concepto estricto o restringido de precario del art. 1.750 CC, coexistía un concepto amplio que nos proporcionaba la ley procesal, dentro de la regulación del juicio de desahucio, en el art. 1.565.3 que establecía que "procederá el desahucio contra cualquier persona que disfrute o tenga en precario la finca, sea rústica o urbana, sin pagar merced". Se precisa que se trata de un "Concepto amplio de precario […] en el que tenían cobijo, además de la situación propia y genuina de la cesión en precario del concepto estricto y restringido, otras situaciones distintas, como son las de posesión tolerada y las de posesión sin título, bien por carecer completamente de título para poseer o bien porque el título hubiera perdido su eficacia con posterioridad. En definitiva, el concepto amplio de precario se extendía a toda persona que poseyere una finca sin derecho para ello y sin pagar renta o merced". Continúa diciendo la sentencia que la entrada en vigor de la vigente LEC deroga el antiguo art. 1.565.3 Lec/1881 y deja vacía de contenido la doctrina jurisprudencial basada en el mismo. En el nuevo art. 250.1.2 LEC se establece que "Se decidirán en juicio verbal las demandas que pretendan la recuperación de la plena posesión de una finca rústica o urbana, cedida en precario, por el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer dicha finca". La dicción legal en la nueva y en la vieja ley procesal es distinta, pues mientras, en la nueva, sólo se permite la recuperación de la posesión, por este cauce procedimental, respecto de "fincas cedidas en precario", de tal manera que, en la nueva ley rituaria, desaparece el concepto amplio de precario (posesión concedida, tolerada y sin título por ausencia originaria o sobrevenida) acogiéndose el concepto estricto o restringido del art. 1.750 del Código Civil (posesión concedida). En consecuencia, "el dueño de una finca no cedida en precario, dispone de un cauce procesal para recuperar su plena posesión en las situaciones de posesión tolerada o sin título por ausencia originaria o sobrevenida, pero, ese cauce procesal, no es el previsto en el número 2º del apartado 1 del artículo 250 de la vigente LEC". Este criterio restringido se ha seguido por las sentencias de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 20 de septiembre de 2002, 750/2002 de 5 de diciembre de 2002 (Sección 3 ª), 23 de julio de 2004 y 1 de febrero de 2006 ; de la Audiencia Provincial de Almería de 3 de septiembre de 2003 ; de la Audiencia Provincial de Asturias de 7 de junio de 2004 y 11 de abril de 2005 (Sección 6ª); de la Audiencia Provincial de Huesca de 10 de enero de 2005 (Sección 1ª); de la Audiencia Provincial de Badajoz de 18 de febrero de 2004 (Sección 2 ª); y, dentro de esta Audiencia Provincial de Madrid, las sentencias de la Sección 12ª de 22 de noviembre de 2005 y 4 de abril de 2007 y de la Sección 20ª de 22 de noviembre de 2006 y de 23 de mayo de 2007.

precario cuando el propietario ha "cedido" la posesión del inmueble al ocupante, es decir, si ha existido una relación jurídica previa entre las partes -como sería el caso del comodato sin plazo- o incluso una situación de mera tolerancia por parte del dueño[53]. Así pues, como en las "okupaciones" no existe situación de precario, en consecuencia, no puede utilizarse el procedimiento del desahucio por precario en estos casos. De modo que en las ocupaciones inconsentidas de inmuebles el propietario solo puede intentar la recuperación de la posesión acudiendo a otros procedimientos civiles como los de tutela sumaria de la posesión de los arts. 250.1.4º LEC (interdicto) y el de protección de los derechos reales inscritos *ex* art. 41 LH y 250.1.7º LEC o incluso al procedimiento declarativo ordinario (acción reivindicatoria ex art. 348 CC). De prosperar la excepción de inadecuación de procedimiento los "okupas" habrán ganado otros dos o tres años de ocupación que serán los que tardará el actor al verse obligado a empezar ex novo otro proceso judicial. Asimismo, pueden entorpecer muchísimo la vía recuperatoria en aquellos casos en los que el propietario haya superado el plazo de un año de pérdida de la posesión dentro del que es posible el ejercicio de la vía interdictal.

La concepción estricta del precario, como ya hemos dicho, ha encontrado escaso apoyo en la doctrina de las audiencias provinciales. Por el contrario, la mayoría de pronunciamientos de las audiencias se decantan por la concepción amplia del precario, que es la que defiende el Tribunal Supremo, y reconocen que el procedimiento del desahucio por precario sí que puede utilizarse en las ocupaciones ilegales de inmuebles. En la concepción amplia de esta figura también se incluyan aquellos casos en los que un tercero está ocupando un bien cuyo uso no le ha sido cedido por el propietario, sino que la ocupación ha tenido lugar sin su autorización e incluso sin su conocimiento[54]. Son numerosas las sentencias de las Audiencias Provinciales en las que se admite la acción de desahucio por

53 La SAP Barcelona (Sec. 13ª) 14 diciembre 2020 (JUR 2021,5343) estima que: "La doctrina rechaza ese concepto estricto diciendo que no ha de modificarse la conceptualización ya existente por vía jurisprudencial del precario, ni ha de otorgarse a la expresión "cedida en precario" mayor extensión que la de ser una simple utilización del lenguaje sin mayores pretensiones que las de indicar que el procedimiento va dirigido a sustanciar las pretensiones de desahucio por precario […], y es lo cierto que no parece que la voluntad del legislador fuera encaminada a marcar diferencias entre las diversas génesis de la situación de precario". Esa misma Sección 13ª ya se había manifestado en ese sentido anteriormente: (en este sentido, se pronuncian las sentencias de la Sec. 4ª de fechas 13 de febrero de 2.009, 8 de marzo de 2013, 21 de junio de 2013, 23 de julio de 2013, entre otras y de esta Sec. 13ª de 13 de julio de 2004, 8.3.2013 o 4 de julio de 2013). En las SSAP Barcelona (Sec.13ª19 febrero 2021 (JUR 2021,99731) y 11 diciembre 2020 (JUR 2021,5373) se establece que el precario viene configurando en el Derecho moderno el precario como una mera situación posesoria, calificada por sus efectos y no por la causa de los mismos, que por lo tanto bien puede tener su origen: (1) en un contrato, por el que se confiere la tenencia de la cosa, que es el supuesto de posesión concedida al que se refiere el artículo 1750 del Código Civil, (2), bien puede tener un origen no contractual, que es el caso del precario en los supuestos de posesión tolerada y (3) posesión sin título".

54 En la doctrina se apoya prácticamente sin fisuras la concepción amplia del precario que permite la aplicación del desahucio por precario a las ocupaciones ilegales de inmuebles. Así, Bastante Granell, V.: "Ocupación ilegal", cit.; Bonet Navarro, J.: "II especialidades en función de una particular relación entre título y poseedor" *en Los juicios por desahucio,* cit.; Ibarra Sánchez, J.L.: "La reforma procesal" critica la manifestación del legislador en el preámbulo de la Ley 5/2018; Perarnau Moya, J.: "Desalojo de 'okupas'", cit., p. 66.

precario en los casos de "okupación"[55]. Por el contrario, en la doctrina del TS se ha pasado de puntillas sobre esta cuestión y, aun admitiendo la existencia de precario cuando no existe título, sin embargo, no existen pronunciamientos expresos sobre la utilización (o no) del desahucio por precario en las ocupaciones ilegales de viviendas[56].

Otra estrategia que ha sido utilizada por los okupas para retrasar al máximo el momento del desahucio ha sido alegar la concurrencia de exclusión social. No obstante, la doctrina predominante en las Audiencias Provinciales es que, concurriendo los requisitos para su éxito, la acción de desahucio debe prosperar, sin perjuicio de que se adopten las medidas correspondientes por los servicios sociales, para que los ocupantes tengan una vivienda o solución habitacional, para evitar las consecuencias del lanzamiento que se pueda producir. De modo que se da por cumplido el mandato de los arts. 150,4 y 441,5 LEC, en los que se exige que se notifique a los servicios sociales en aquellos casos en los procesos de desahucios, cuando el juzgado, tras la confirmación por los servicios sociales de que el hogar afectado se encuentra en situación de vulneración social y/o económica, suspende el proceso durante un mes si el demandante es una persona física o tres meses si el demandante es persona jurídica. Una vez adoptadas las medidas o transcurrido el plazo de suspensión se continuará el proceso por sus trámites[57].

En los procedimientos civiles para la recuperación de la posesión de inmuebles ocupados en Cataluña se ha utilizado la estrategia de oponerse a la demanda, no sólo alegando la situación de riesgo de exclusión social o residencial en la que se encuentran los "okupas". Asimismo, también se ha solicitado que se aplique

55 Así la SAP Barcelona (Sec. 13ª) 14 diciembre 2020 (JUR 2021,5343); SAP Madrid (Sec.9ª) 10 septiembre 2020 (JUR 2021,778) se estima suficiente para la procedencia del desahucio por precario que una vivienda esté ocupada "sin título alguno y sin pagar ningún tipo de contraprestación, esto es, en situación de precario".

56 En la STS 17 noviembre 2020 (RJ 2020,4288) al decir que "Cuando la posesión es simplemente tolerada por la condescendencia o el beneplácito del propietario, de modo que el disfrute o simple tenencia de la cosa lo es sin título y sin pagar merced, por voluntad de su poseedor, hay precario, y la oposición del propietario pone fin a la tolerancia y obliga al que posee a devolver la cosa a su dueño (SS 28 febrero 2017 (RJ 2017, 605), 28 mayo 2015 (RJ 2015, 2270), y 26 diciembre 2006 (RJ 2006, 180), entre otras).

57 En la SAP Madrid (Sec. 9ª) 10 septiembre 2020 (JUR 2021,778) se establece que "la propia ley de enjuiciamiento civil en los artículos 150, 440, y 441,5, establece medidas a través de las cuales se pretende garantizar una vivienda a favor de los demandados sobre los que se acuerde el lanzamiento, al señalar este último precepto que "En los casos del número 1º del artículo 250.1, se informará al demandando de la posibilidad de que acuda a los servicios sociales, y en su caso, de la posibilidad de autorizar la cesión de sus datos a estos, a efectos de que puedan apreciar la posible situación de vulnerabilidad. A los mismos efectos, se comunicará, de oficio por el Juzgado, la existencia del procedimiento a los servicios sociales. En caso de que los servicios sociales confirmasen que el hogar afectado se encuentra en situación de vulnerabilidad social y/o económica, se notificará al órgano judicial inmediatamente. Recibida dicha comunicación, el Letrado de la Administración de Justicia suspenderá el proceso hasta que se adopten las medidas que los servicios sociales estimen oportunas, durante un plazo máximo de suspensión de un mes a contar desde la recepción de la comunicación de los servicios sociales al órgano judicial, o de tres meses si el demandante es una persona jurídica. Una vez adoptadas las medidas o transcurrido el plazo se alzará la suspensión y continuará el procedimiento por sus trámites. En estos supuestos, la cédula de emplazamiento al demandado habrá de contener datos de identificación de los servicios sociales a los que puede acudir el ciudadano".

analógicamente la obligación de realojamiento previsto para personas o familias en riesgo de exclusión social residencial que puedan perder la vivienda habitual y que no tengan posibilidad de acceder al uso legítimo de otra vivienda prevista para los procedimientos judiciales de ejecución hipotecaria o de desahucio en el 16.3 de la Ley 4/2016 [Cataluña], de 23 de diciembre, *de medidas de protección del derecho a la vivienda de las personas en riesgo de exclusión residencial* (o normas equivalentes). Esta medida requiere que el actor se trate de grandes tenedores titulares de viviendas inscritas en el Registro de viviendas vacías. En las audiencias catalanas se ha respondido a esta estrategia que no cabe la aplicación analógica por no concurrir identidad de razón entre la "okupación" y los supuestos contemplados en la Ley 4/2016[58].

Otra estrategia utilizada en los juicios de desahucio por precario con okupas ha sido la de solicitar la constitución forzosa para el demandante de un alquiler social. Nuevamente hay referencias a leyes catalanas en las que se exige, en determinados supuestos, en los que se combina la situación de exclusión social residencial y la de que el demandante sea una entidad financiera o un gran tenedor de viviendas, se pueda imponer un alquiler social. Este es el caso de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética[59]. En la jurisprudencia se ha determinado que no es procedente que en un juicio verbal de desahucio por precario pueda exigirse por vía de reconvención la constitución de un alquiler social[60].

58 Así se pronuncian las SAP Barcelona (Sec.13ª) de 19 febrero 2021 (JUR 2021,99731) y 11 diciembre 2020 (JUR 2021,5373). En otras sentencias podemos comprobar como la parte demandada alega por sistema que "la actora no le había ofrecido concertar un alquiler social, y que el art.47 CE y el art.26 EC establecen el derecho de toda persona a una vivienda digna y adecuada, siendo obligación de los poderes públicos promover las medidas pertinentes para hacer efectivo ese derecho". Así la SAP Barcelona (Sec.4ª) 30 noviembre 2020 (JUR 2021,9436) y SAP Madrid (Sec.10ª) 29 enero 2020 (AC 2020,531) entre muchas otras.

59 En los Acuerdos de unificación de criterios, de 21 de febrero de 2020, de los Presidentes de las Secciones Civiles de la Audiencia Provincial de Barcelona, adoptados al amparo de lo previsto en los artículos 264 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y 57.1 c) del Reglamento 1/2000, de los Órganos de Gobierno de Tribunales, se adoptó, por unanimidad, el acuerdo de que el ofrecimiento de un alquiler social del artículo 5, apartados 2 y 3, y la disposición adicional primera de la Ley 24/2015, de 29 de julio, en la redacción dada por el Decreto-ley 17/2019, de 23 de diciembre, no puede ser considerado un requisito de procedibilidad o de admisibilidad de la demanda judicial de ejecución hipotecaria o de desahucio por impago de alquiler, extinción del plazo, o precario, con la consecuencia jurídica de que su incumplimiento determine la inadmisión de la demanda. La SAP Tarragona (Sec. 3ª) 19 noviembre 2020 (JUR 2021,9507) estima que "La situación de vulnerabilidad o riesgo de exclusión residencial de la demandada y su familia pudiera tener trascendencia en fase procesal de ejecución, pero no tiene trascendencia impugnatoria de la acción deducida […]. La ley 24/2015 (Cataluña) y la modificación introducida por el Decreto-ley 17/2019, de 23 de diciembre, de medidas urgentes para mejorar el acceso a la vivienda, no establece que se trate de un requisito procedimental que pueda comportar la suspensión del procedimiento o la inadmisión a trámite de la demanda. Sin perjuicio de las consecuencias administrativas de esta falta de oferta de alquiler social, su ausencia no impediría la admisión a trámite de la demanda y la sustanciación del proceso, conforme a las normas aplicables, que son las de la LEC".

60 Así se manifiesta la SAP Barcelona (Sec.13ª) 11 diciembre 2020 (JUR 2021,5373) al decir que "en los juicios verbales únicamente es admisible la reconvención cuando no determine la improcedencia del juicio verbal, siendo así que, de acuerdo con el artículo 249.1.6º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, deben decidirse en juicio ordinario las demandas que versen sobre cualesquiera asuntos relativos a arrendamientos urbanos o rústicos de bienes inmuebles, salvo que se trate de reclamaciones de rentas o cantidades debidas por el arrendatario o del desahucio por falta de pago o por extinción del plazo de la relación arrendaticia […] por el principio de congruencia del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la sentencia, en primera

La anterior cuestión va unida a la existencia de vulneración al derecho fundamental a la vivienda digna. En este caso ha sido el propio Tribunal constitucional el que ha establecido que el art. 47 de la Constitución Española no reconoce un derecho fundamental a la vivienda, sino que "enuncia un mandato o directriz constitucional que ha de informar la actuación de todos los poderes públicos (art. 53.3 CE) en el ejercicio de sus respectivas competencias"[61]. De acuerdo con esta doctrina en las Audiencias Provinciales se ha establecido que "no es el Poder Judicial, sino las Administraciones Públicas, el Estado, las Comunidades Autónomas, o los Ayuntamientos, los que deben adoptar políticas sociales destinadas a promover el acceso de los ciudadanos a la vivienda, en el marco del mandato o principio rector del art. 47 CE y de otros preceptos constitucionales"[62]. A pesar de ello este derecho a la vivienda digna ha venido siendo utilizado en todas las modalidades de procedimientos de tutela de la posesión como "norma de defensa" tanto en las contestaciones a la demanda, como por vía de excepción[63]. En sentencias recaídas en procedimientos de desahucio por precario se ha manifestado que la ocupación ilegal el derecho constitucional a disfrutar de una vivienda no supone título para acceder a la posesión de un inmueble[64].

---

instancia, o en apelación, no puede hacer pronunciamiento sobre la procedencia o no de la constitución del alquiler social, sin perjuicio de lo que pueda acordarse en ejecución frente a situaciones de especial vulnerabilidad social que puedan producirse como consecuencia del desalojo"..

61 Así se ha manifestado la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional nº 32/2019, de 28 de febrero, dictada en el Recurso de Inconstitucionalidad nº 4703/2018, al declarar que el art. 47 CE no reconoce un derecho fundamental, sino que enuncia "un mandato o directriz constitucional que ha de informar la actuación de todos los poderes públicos (art. 53.3 CE) en el ejercicio de sus respectivas competencias" (STC 152/1988, de 20 de julio, FJ 2; y en el mismo sentido, SSTC 59/1995, de 17 de marzo, FJ 3, y 36/2012, de 15 de marzo, FJ 4). Los poderes públicos vienen así obligados a promover las condiciones necesarias y a establecer las normas pertinentes para hacer efectivo el derecho de los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, en particular regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación, conforme determina el art. 47 CE.

62 SAP Barcelona (Sec.13ª) 11 diciembre 2020 (JUR 2021,5373)

63 Herranz Castillo, R.: "Desobediencia", cit., propone la utilización de esta "norma de defensa" más allá de las desocupaciones, en aquellos procesos en que el demandado podría verse privado de su vivienda habitual. Este sería el caso de los desahucios, tanto por impago en los arrendamientos urbanos, o en los procedimientos de ejecución hipotecaria, así como en la privación del derecho al uso de la vivienda por parte del propietario a causa de su conducta perturbadora de la convivencia.

64 Dice la SAP Palencia (Secc. 1.ª) 28 mayo 2020 (JUR 2020,219118) que "ocupación ilegal, es la ocupación no consentida ni tolerada que no supone título para acceder a la posesión de un inmueble, ni encuentra amparo alguno en el derecho constitucional a disfrutar de una vivienda, por ello, sí cabe formular una demanda que pretenda la tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o un derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute y su recuperación se articula a través del juicio verbal del art 250.1.2.º, 4.º y 7.º de la LEC. 'Se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas siguientes: 2.º Las que pretendan la recuperación de la plena posesión de una finca rústica o urbana, cedida en precario, por el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer dicha finca', siendo el cauce procesal el 'desahucio por precario' aunque en ocasiones no exista tal precario puesto que, como en el caso actual, no hay ni un uso tolerado por el propietario o titular del legítimo derecho de poseer, ni ningún tipo de relación previa con el ocupante". En parecidos términos las SSAP Barcelona (Sec. 13ª) 19 febrero 2021 (JUR 2021,99731) y 11 diciembre 2020 (JUR 2021,5373) para las que "La situación socioeconómica opuesta por la parte demandada, no constituye título de ocupación que pueda ser opuesto en el juicio declarativo en ejercicio de la acción de desahucio por precario". Asimismo, la SAP Madrid (Sec.10ª) 29 enero 2020 (AC 2020,531) para la que "el derecho a la vivienda del art. 47 de la Constitución (RCL 1978, 2836), y la protección de la familia del art. 39 de la misma, no obstan al examen del objeto litigioso que ajeno a dichos preceptos legales".

III. LA ACCIÓN DE TUTELA SUMARIA DE LA POSESIÓN.

1. El concepto de acciones para la tutela sumaria de la posesión.

Las acciones para la tutela sumaria de la posesión son el segundo mecanismo recuperatorio de la posesión que contempla el art. 250.1 ahora dentro del numeral 4º. Estas acciones se corresponden con los antiguos interdictos de retener o recuperar la posesión y como aquellos tienen como finalidad la defensa de la posesión protegiendo a quien haya sido despojado de ella o haya sido perturbada su disfrute[65]. Esta acción, como todas aquellas que protegen la posesión, tiene su fundamento en el art. 446 CC[66]. Las acciones de tutela sumaria cuentan con el subtipo al que hemos denominado "interdicto exprés" con la que comparten muchas de sus características. La Ley 5/2018 en su controvertido preámbulo se refiere a la "tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o un derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute" para acto seguido desautorizar la efectividad de este mecanismo para combatir la ocupación ilegal. De manera harto sorprendente se limita a decir que lo es "sin una adecuación del procedimiento al fenómeno de la ocupación ilegal en sus distintas variantes actuales, el cauce se muestra ineficaz". Esta observación nos parece un tanto gratuita: por un lado, porque va en contra de consolidadas líneas jurisprudenciales que admiten los antiguos interdictos de recobrar la posesión como una de las vías adecuadas para ir contra los ocupantes de inmuebles y por otro, porque no se especifican los motivos por los cuales el citado procedimiento carece de adecuación. Además, en todo caso en el texto de la ley se tendría que haber dado una solución para que ese procedimiento hubiera resultado adecuado. En consecuencia, vamos a analizar la pertinencia (o no) del procedimiento de tutela sumaria de la posesión ex art. 250.1.4 LEC para combatir el fenómeno de la ocupación ilegal de inmuebles.

El interdicto de recobrar la posesión, término que nos gusta más que el de acciones de tutela posesoria, es un procedimiento sumario que protege de manera rápida y provisional, la posesión como simple hecho, con independencia del derecho en el que se sustente dicha posesión, hasta el punto de que no importa si detrás de esa apariencia existe o no un derecho real que justifique el hecho posesorio. En todo caso, las cuestiones relativas a las declaraciones de derechos o cuestiones complejas se han de sustanciar en un juicio declarativo plenario[67]. Las acciones posesorias se limitan proteger la apariencia jurídica de

65 Perarnau Moya, J.: "Desalojo de 'okupas'", cit., p. 67

66 Para la SAP Barcelona (Sec.14ª) 12 diciembre 2017 (JUR 2018,25406) el art. 446 CC "establece el necesario respeto del derecho a poseer, de manera que cualquier perturbación en esa posesión activa el derecho a amparar la restitución posesoria, tal como establecía a fecha de litispendencia el art. 250.1.4 LEC al que se acogió el apelado".

67 La SAP Ourense 26 marzo 2019 (JUR 2019, 138503) establece que por su naturaleza sumaria y "siendo el ámbito propio y específico de tales acciones tan estrecho, no cabe abordar cuestiones relativas a la

la posesión frente a los actos de perturbación o despojo, en esencia se trata de restaurar la situación primitiva modificada unilateralmente o arbitrariamente por el demandado[68]. El interdicto tiene por función mantener la paz social, manteniendo la situación anterior incluso contra quien pueda oponer un derecho contrario[69].

propiedad o las derivadas de la colisión de los títulos esgrimidos por los litigantes y la sentencia que se dicte en esta clase de juicio no produce excepción de cosa juzgada (art. 447 LEC), dejando siempre a salvo el derecho de las partes a acudir a un juicio declarativo posterior a los efectos de discutir sobre la propiedad o la posesión definitiva del derecho o bien objeto de los mismos, cuestión ajena a la sumariedad de este tipo de procedimientos". La SAP Islas Baleares (Sec. 3ª) 17 enero 2019 (JUR 2019,106372) estima que por su carácter sumario en los interdictos "no pueden debatirse en los mismos, declaraciones de derecho o situaciones de ámbito complejo, que se reservan para los declarativos ordinarios, centrándose estos juicios interdictales fundamentalmente en el reconocimiento del hecho de la posesión del demandante y en el despojo del oponente, por lo que aparece como básico el justificar el hecho de la posesión, el cual si bien debe ser admitido con carácter amplísimo, dado lo dispuesto en el art. 464 del Código Civil, ello no ha de llevar a proteger situaciones en que sea dudosa la posesión o permitida sin título alguno, y en todo caso, según determinan los artículos 444 y 1942 del Código Civil, que no se base en actos tolerados, clandestinos y sin conocimiento del poseedor o realizados con violencia". En la SAP Barcelona (Sec.14ª) 12 diciembre 2017 (JUR 2018,25406) se establece que por la "naturaleza sumaria de este procedimiento, no es idóneo para discutir el derecho material ni para declarar derechos, cuestiones reservadas para el juicio declarativo correspondiente, siguiendo la línea de las SSTS de 1 de marzo de 2012, 25 de noviembre de 2008.

68 Son numerosas las sentencias en las que se establece que la posesión que se defiende en el interdicto de recobrar es la posesión como "mero hecho". Entre muchas otras la SAP Barcelona (Sec. 19ª) 19 noviembre 2020 (Jur 2020, 353427) estima que la "acción de tutela sumaria de la posesión, procedimiento que trata de evitar la alteración, por vía de hecho, de la posesión ajena. Dicha cualidad delimita la posesión protegida como mero hecho, excluyendo toda controversia sobre el dominio o cualquier otro derecho, posibilitando la protección de una situación fáctica ostensible y aparente, al margen de toda consideración sobre el título jurídico que pudiera ampararla; de esta manera la tutela corresponderá a la justificación de una alteración del estado de hecho posesorio sin contar con la voluntad del poseedor". Para las SSAP Valencia (Sec. 11ª) 3 junio 2019 (JUR 2019,269278) y 4 octubre 2017 (JUR 2018, 24570) "a través de los interdictos posesorios se trata de proteger el hecho de la posesión frente a los actos de perturbación o despojo, con independencia del derecho en que se sustente esa posesión si la hubiere, o de la posesión definitiva, por lo que para la estimación de la demanda es irrelevante la circunstancia de que el disfrute posesorio lo tenga el actor interdictante sobre la base de un título o por otra situación, aún la puramente fáctica, siempre y cuando cuente a su favor con las notas de estabilidad y de ser pública y pacífica, puesto que el definitivo derecho a poseer no es materia propia del juicio posesorio". Para la SAP Ourense 26 marzo 2019 (JUR 2019, 138503) es un procedimiento sumario destinado a proteger la posesión como hecho o el hecho mismo de la posesión, cualquiera que fuera su origen o naturaleza, contra las perturbaciones o el despojo consumado, con daño del poseedor. Se trata, pues, de tutelar una apariencia jurídica y de intentar restaurar la situación primitiva, modificada arbitraria o unilateralmente por el demandado, que no acudió a la vía establecida por el Derecho. Para la SAP Barcelona (Sec.14ª) 12 diciembre 2017 (JUR 2018,25406) el interdicto es "un procedimiento en el que no se ventila el derecho o derecho preferente a poseer, sino el hecho de la posesión del demandante y los hechos del demandado que perturban aquella situación posesoria que ha de ser de hecho y actual". La SAP Barcelona (Secc.11ª) 8 noviembre 2001 (JUR 2002, 81559) recaída sobre un interdicto del art. 1651 y ss. LEC/1881 ya establece que: "El interdicto de recobrar la posesión es un procedimiento especial y sumario de ámbito restringido, que con el fin de evitar la violencia, las vías de hecho y el tomarse la justicia por su mano, proporciona la tutela judicial de amparo inmediato a cualquier poseedor de una cosa, contra un acto de despojo realizado por tercero sin título que le autorice para ello. Es un procedimiento en el que no se ventila el derecho o derecho preferente a poseer, sino el hecho de la posesión del demandante y los hechos del demandado que perturban aquella situación posesoria que ha de ser de hecho y actúa".

69 La STS 30 septiembre 2005 (RJ 2005,8899), afirma que "la protección interdictal responde a la necesidad de mantener el statu quo y, al fin, la paz social ante actos de propia autoridad, impidiendo que una situación existente, de hecho o aparente, sea atacada ni siquiera por quien puede oponer un derecho contrario; y que, en consecuencia, el objeto del interdicto no es otro que la posesión (*ius possessionis*), como poder de hecho, con independencia de que el poseedor tenga derecho o no a seguir siéndolo *(ius possidendi*). Razón por la que el debate en él queda limitado a determinar si el actor posee, si el demandado ha ejecutado actos de despojo o perturbación de dicha posesión y si la acción se ejercitó oportunamente, con exclusión de toda discusión sobre el derecho a poseer, su existencia y titularidad".

2. Requisitos para el ejercicio de las acciones para la tutela sumaria de la posesión

La jurisprudencia ha venido exigiendo la concurrencia de toda una serie de requisitos para que prospere con éxito la acción para la recuperación o para evitar la perturbación de la posesión[70]:

1. Que el actor pruebe haber estado en la posesión de hecho de una cosa o de un derecho, real o personal de la cosa de la que dice haber sido perturbado o despojado, es decir que hay tenido un contacto físico con el bien. Que esa posesión haya sido adquirida regularmente, esto es, sin fuerza, violencia o clandestinidad.

2. Que se identifique el inmueble que ha sido objeto del despojo o perturbación.

3. Que el demandado haya realizado un acto de desposesión que haya privado, en todo o en parte, del señorío de hecho en que el actor se halla sobre la cosa, o bien haya efectuado un acto que perturbe o inquiete la pacífica posesión de aquél.

4. Que no haya transcurrido más de un año entre el acto de despojo y el ejercicio de la acción de tutela sumaria de la posesión (arts. 1.968.1 CC y 439.1 LEC), puesto que en ese caso se entiende perdida la posesión del actor. La doctrina y la jurisprudencia coinciden en señalar que este plazo anual para interponer la acción es de caducidad y no de prescripción[71]. Este plazo está conectado con el art. 460.4 CC donde se establece que el poseedor puede perder su posesión por "la posesión de otro, aun contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiese durado más de un año". No obstante, si no se ha reaccionado contra la ocupación ilegal dentro del año todavía queda abierta la posibilidad de recuperar la posesión, sin concurren las circunstancias, mediante el ejercicio del

70 En las SAAP Barcelona (Secc. 19) 19 noviembre 2020 (Jur 2020, 353427) y 3 junio 2019 (JUR 2019,178776) se establece que siendo preciso para que prospere la acción encaminada a recobrar la posesión de la concurran los tres requisitos siguientes: 1) La existencia de la posesión o la tenencia de la cosa o derecho en el promotor del interdicto, la legitimación, siendo suficiente a estos efectos para activarla la mera detentación. 2) La certeza y realidad de los actos perturbadores o de despojo efectuado por la persona o personas contra las que se dirige la demanda. 3) Que tales actos hayan sido realizados con menos de un año de antelación a la fecha de ésta. También se exigen los mismos requisitos, entre muchas otras, en las SAP Barcelona (Secc. 17) 10 junio 2020 (Jur 2020, 236512) e SAP Islas Baleares (Secc. 4) 19 junio 2020 (Jur 2020, 251270).

71 La SAP Barcelona (Secc. 17) 10 junio 2020 (Jur 2020, 236512) estima que "no se admitirán las demandas que pretendan retener o recobrar la posesión si se interponen transcurrido el plazo de un año a contar desde el acto de la perturbación o el despojo, y el art. 447.2 LEC, cuando establece que no producirán efecto de cosa juzgada las sentencias que pongan fin a los juicios verbales sobre tutela sumaria de la posesión". La SAP Islas Baleares (Secc. 4) 19 junio 2020 (Jur 2020, 251270) fija en un año el ejercicio de la acción interdictal que "establece el artículo 439.1 LEC y que se viene considerando como de caducidad, de manera que transcurrido el mismo sin que el derecho subjetivo a recabar la protección posesoria se ejercite, éste deja de existir". En las SSAP Valencia (Sec. 11ª) 3 junio 2019 (JUR 2019,269278) y 4 octubre 2017 (JUR 2018, 24570) se exige que "la demanda de protección posesoria o de interdicto de recobrar se interponga dentro del año siguiente al acto de despojo o de perturbación, de forma que de no hacerse así la demanda será inadmitida o rechazada conforme a lo establecido en el art. 439.1 de la L.E.C, fiel trasunto procesal de lo que sustantivamente dispone el art 460.4 del C.C., plazo anual este que presupuesto para el éxito de la acción posesoria, ha de tenerse como de caducidad, y por tanto apreciable de oficio y no susceptible de interrupción".

desahucio por precario o de la acción de tutela de los derechos reales inscritos *ex* art. 41 LH.

5. En algunas sentencias se ha venido exigiendo un quinto requisito: la concurrencia del denominado *animus spoliandi*, es decir la conciencia del demandado de estar actuando en contra de la posesión de otro, es decir la intención dolosa de despojar al actor de la posesión del terreno objeto de despojo o perturbación, o lo que es lo mismo, la conciencia que el despojante o perturbador tiene de que el acto que comete es fruto de un obrar arbitrario o indebido, sin título adecuado que lo autorice. Este ánimo, de ordinario, se presupone por ir embebido en la propia conducta desposesoria[72].

3. Ventajas y desventajas de las acciones interdictales

El juicio verbal sobre tutela de la posesión es un procedimiento sumario y por lo tanto no produce efectos de cosa juzgada tal como se establece en el art. 447.2 LEC[73]. En consecuencia, se tendrán que resolver en un posterior juicio declarativo las cuestiones relativas a quien tiene un mejor derecho sobre la posesión de la cosa o incluso sobre la propiedad de la misma. No obstante, en los procedimientos contra ocupantes ilegales no suele ser habitual que estos acudan al posterior juicio declarativo plenario[74]. Puesto que una vez que han sido desalojados carecen de interés en proseguir ningún tipo de pleito.

La acción sumaria de tutela de la posesión tiene por objeto evitar la realización arbitraria del propio derecho y tiene su fundamento en el art. 441 CC. En cuanto a la legitimación pasiva las acciones interdictales, ya que persiguen la conservación o recuperación de la posesión, pueden interponerse contra todos aquellos que hayan perturbado o desposeído a otro de la posesión que con el ejercicio de la acción se quiere reponer.

La aplicación de las acciones interdictales para los supuestos de ocupación ilegal presenta algunos inconvenientes. La necesidad de que el actor tenga que acreditar haber sido el poseedor real, físico y tangible del inmueble, antes de la desposesión; también está el hecho de que la sentencia que se dicta no produzca efectos de cosa juzgada ni puede entrar a conocer sobre el derecho a poseer, han hecho que este procedimiento haya quedado actualmente relegado respecto al

72 En estos términos ha sido configurado el "animus spoliandi" en las SAAP Valencia (Sec. 11ª) 3 junio 2019 (JUR 2019,269278) y 4 octubre 2017 (JUR 2018, 24570). La SAP Murcia (Sec. 1ª) 7 marzo 2016 (JUR 2016, 77145), estima que "siendo la finalidad de este procedimiento el proteger el ejercicio activo de los actos posesorios acreditados y evitar las vías de hecho, considerando que el "animus spoliandi" se desprende del propio acto de colocar la puerta para cerrar el acceso al camino".

73 En el art. 447.2 LEC se establece que "no producirán efectos de cosa juzgada las sentencias que pongan fin a los juicios verbales sobre tutela sumaria de la posesión".

74 Ibarra Sánchez, J. L.: "La reforma procesal", cit., estima que casi nunca ocurre que los ilegítimos ocupantes inicien el juicio declarativo para reproducir el objeto del proceso con mayor amplitud.

desahucio por precario para la recuperación de los inmuebles ocupados[75]. Hay que tener en cuenta que en ocasiones el propietario que ha sufrido la ocupación de su casa no ha llegado a poseerla materialmente, como sucede cuando alguien compra o hereda una casa que había estado largo tiempo desocupada[76]. Otro inconveniente proviene del hecho de la brevedad del plazo de caducidad de los interdictos limitado a un año desde el acto de la perturbación o del despojo (art. 439.1 LEC)[77]. De ahí que una táctica utilizada en las contestaciones a las demandas en los juicios de desahucio por precario o en los que se ejercitan las acciones para la defensa de los derechos reales inscritos sea la de alegar la inadecuación de procedimiento, para así reconducir el procedimiento a uno de tutela sumaria de la posesión para poder alegar la caducidad de la acción.

En cuanto a la legitimación activa para su ejercicio corresponde no sólo el poseedor a título de dueño sino también al simple ocupante o al mero detentador, como así se desprende del_art. 446 CC que establece que "todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión, y si fuere inquietado en ella, deberá ser amparado o restituido en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimiento establecen". En cuanto a la legitimación pasiva, la jurisprudencia, de modo similar a como hemos comentado en el desahucio por precario, ha venido admitiendo la posibilidad de demandar a los desconocidos ocupantes del inmueble ocupado.

IV. EL DESALOJO EXPRÉS PARA LA RECUPERACIÓN DE VIVIENDAS OCUPADAS.

1. La necesidad de un procedimiento recuperatorio rápido.

La Ley 5/2018, también conocida con el nombre de "ley anti-okupas" se publica como una solución ante la inoperancia de los procedimientos civiles para la pronta recuperación de las viviendas ocupadas ilegalmente[78]. En todos esos mecanismos civiles se demora excesivamente la recuperación del inmueble con la consiguiente frustración de las expectativas de los propietarios[79]. Con los tradicionales procedimientos civiles y sus sistemas de recursos pueden tardarse

75 Perarnau Moya, J.: "Desalojo de 'okupas'", cit., p. 67.

76 Rodríguez Mesa, A.: "Necesidad de la reforma", cit., entiende que el requisito del "despojo de la posesión" que se exige en el art. 250.1.4 LEC no concurre en aquellos que no han tenido tiempo material a poseer antes del despojo, como sucede en el caso de que en el inmueble hubiera habido otros okupas con carácter previo a los actuales o en los supuestos de herencias yacentes.

77 Rodríguez Mesa, A.: "Necesidad de la reforma", cit.

78 Nos gusta más laa expresión desalojo exprés no induce a confusión. Este término ha sido en la doctrina por: Bastante Granell, V.: "Ocupación ilegal", cit.,

79 Ya se ha aplicado el nuevo procedimiento de tutela sumaria entre otras muchas resoluciones, en la SAP Barcelona (Sec. 19) 19 noviembre 2020 (Jur 2020, 353427), SAP Barcelona (Sec.17ª) 16 junio 2020 (JUR 2020, 231959), SAP Barcelona (Secc. 17) 10 junio 2020 (Jur 2020, 236512), JPI Badajoz (núm. 7) 20 marzo 2020 (Jur 2020, 168700), JPI Palma de Mallorca (núm. 21) 10 marzo 2020 (Jur 2020, 141382), JPI León (núm. 9) 4 diciembre 2019 (Jur 2020, 162902) y JPI León (núm. 9) 17 abril 2019 (Jur 2020, 162423).

meses e incluso años hasta conseguir la recuperación de las viviendas ocupadas[80]. En el Preámbulo de la Ley 5/2018 se explica que mediante esta reforma legislativa "se adecúa y actualiza el tradicional interdicto de recobrar la posesión" con el fin de lograr la pronta recuperación de la posesión de una vivienda de la que el demandante ha sido ilegalmente despojado (con violencia sobre la cosa misma o de manera clandestina)[81]. De ahí que propongamos la expresión de "interdicto exprés" para diferenciar esta nueva figura de los tradicionales interdictos que, como ya hemos mencionado, no han sido suprimidos con la nueva ley sino que coexisten con el nuevo procedimiento[82]. Al nuevo procedimiento también se le ha denominado "desalojo exprés" o incluso como "desahucio exprés", expresión que no nos gusta por inducir a confusión con los desahucios por falta de pago del arrendamiento [83]. Asimismo, se ha utilizado la denominación de "procedimiento de desalojo exprés para la recuperación de viviendas ocupadas"[84].

Desde un punto de vista sistemático hubiera sido más conveniente que este nuevo procedimiento hubiera sido incorporado en un nuevo numeral dentro del art. 250.1. LEC; de para evitar la impresión de que este nuevo cauce por suponer una modificación de las acciones de tutela sumaria de la posesión (los antiguos interdictos posesorios) haya supuesto la desaparición de los antiguos interdictos. No obstante, al comentar las acciones de tutela sumaria ya hemos avanzado que estas acciones no se han visto afectadas por la Ley 5/2018 y, en consecuencia, pueden continuar utilizándose en aquellos procedimientos contra okupas por las

80 Perarnau Moya, J.: "Desalojo de 'okupas'", cit., p. 62, destaca como una causa de la excesiva tardanza en la recuperación de la posesión el hecho de que en estos pleitos difícilmente se permite la ejecución provisional en primera instancia por estar afectado el derecho a la vivienda de los ocupantes, de modo que para efectuar el lanzamiento de estos hay que esperar hasta que sea firme la sentencia de desahucio dictada en segunda instancia.

81 Hinojosa Segovia, R.: "La defensa de los derechos de los titulares legítimos frente a las ocupaciones ilegales", *Notario del siglo XXV,* núm. 80, julio-agosto 2018. Disponible en: https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-80/opinion/opinion/8787-la-defensa-de-los-derechos-de-los-titulares-legitimos-frente-a-las-ocupaciones-ilegales. (Consultado: 14-04-2021), estima que la reforma operada por la Ley 5/2018, se centra en medidas de carácter procesal civil referentes al tradicional interdicto de recobrar la posesión que ha sido adecuado y actualizado. Ibarra Sánchez, J.L.: "La reforma procesal", cit., estima que se trata de una remodelación sustancial del juicio verbal sumario de tutela sumaria de la protección ex art. 250.1.4ª, el antiguo interdicto de recobrar la posesión.

82 Rodríguez Achútegui, E.: "Una visión judicial del "interdicto de recobrar la posesión" de la Ley 5/2018 frente a la ocupación ilegal de vivienda*", Revista Aranzadi Doctrinal,* núm. 10/2018. Disponible en: https://insignis.aranzadidigital.es/ (Consultado el 3-04-2021), estima que la reforma operada por la Ley 4/2018 mantiene la regulación primitiva para la tutela sumaria de la posesión. En consecuencia, los antiguos interdictos podrán utilizarse en todos aquellos casos de ocupación inconsentida locales de negocio, edificios sin terminar, trasteros, plazas de garaje.

83 La expresión desahucio exprés pueden inducir a equívocos puesto que ya ha sido utilizada por la doctrina para referirse a las reformas introducidas por LAU con Ley 19/2009, de 23 de noviembre, Medidas de fomento y agilización procesal del alquiler y de la eficiencia energética de los edificios. Por todos vid. De Páramo Argüelles, M.: "Arrendamientos urbanos de vivienda: evolución legislativa y jurisprudencial en relación a la protección del arrendador: su aplicación práctica", *Revista de Derecho vLex*, núm. 77, febrero 2010. Disponible en: https://app.vlex.com/#vid/arrendamientos-urbanos-vivienda-arrendador-77920178. (Consultado el 6-04-2021). Establece esta autora que: "el llamado desahucio exprés, supone la modificación de la LAU y de la LEC para impulsar, además, el desarrollo del mercado de alquiler., y de la Ley de Propiedad Horizontal, para facilitar acciones que mejoren la eficiencia energética de los edificios".

84 Bonet Navarro, J.: "III especialidades en función de la inexistencia de relación entre determinados titulares y el poseedor: desahucio de vivienda okupada*" en Los juicios por desahucio,* cit.

personas jurídicas que carecen de legitimación activa para utilizar el "interdicto exprés" o cuando la "okupación" recaiga sobre inmuebles que no tengan la condición de viviendas[85]. De ahí que en alguna sentencia se haya dicho que con la Ley 5/2018 se ha creado un "subproceso o nuevo procedimiento privilegiado" de modo que como hemos dicho por una cuestión de claridad expositiva debería de haberse regulado este cauce procesal en un numeral separado[86].

La Ley 5/2018 también ha provocado la modificación de otros preceptos de la LEC (arts. 150, 437, 441 y 444) que afectan al procedimiento de la tutela sumaria interdictal[87]. Mediante la reforma de estos preceptos se ha creado un procedimiento rápido que ha acortado muchísimo los plazos para obtener la restitución de las viviendas ocupadas. Este proceso especial se ha convertido en una eficaz alternativa, en el ámbito procesal civil, a la tutela penal prevista en el art. 245.2 CP para las ocupaciones pacíficas de inmuebles, si bien restringido a viviendas y solo disponible para un número acotado de personas.

Una cuestión que ha preocupado a la doctrina, como ya hemos comentado, ha sido que el Preámbulo de la ley 5/2018 se hayan efectuado críticas a los otros procedimientos civiles previstos en el art. 250.1 LEC para recuperar la posesión. Puesto que se produce la impresión que se está impidiendo la utilización de otros mecanismos de tutela de la posesión o que incluso quienes estén legitimados para utilizar el "interdicto exprés" están obligados a utilizar esta vía y no puedan elegir otra[88]. Como iremos analizando en este trabajo, los propietarios de viviendas continúan teniendo absoluta libertad para elegir entre la vía penal como la civil para la protección de la posesión. Asimismo, los propietarios continúan gozando de absoluta libertad para elegir el procedimiento civil que tengan por conveniente para la recuperación de la posesión perdida.

2. Restricciones de uso del nuevo procedimiento.

La utilización del nuevo procedimiento de tutela posesoria, como ya hemos avanzado, está sometido a toda una serie restricciones de las que carecen, no sólo los interdictos sino el resto de procedimientos de tutela posesoria regulados en el art. 250.1 LEC. La primera limitación del nuevo cauce legal tiene carácter objetivo.

85 Bastante Granell, V.: "Ocupación ilegal", cit., también habla de un procedimiento *ex novo*. De modo que cabe inferir que se mantienen inalterables las acciones de tutela sumaria de la posesión.

86 SAP Barcelona (Sec.4ª) 30 noviembre 2020 (JUR 2021,9436)

87 La Ley 5/2018 también ha añadido un nuevo apartado 4 al art. 150; modifica el numeral 4º del apartado 1 del art. 250 LEC; adiciona un nuevo apartado 3 bis al art. 437; añade un nuevo apartado 1 bis al art. 441 y, finalmente, incluye un nuevo apartado 1 bis al art. 444.

88 En las SSAP Barcelona (Sec.4ª) 30 noviembre 2020 (JUR 2021,9436) y 9 junio 2020 (JUR 2020\208409) se estima que las manifestaciones de su Preámbulo puedan generar confusión por las críticas que se efectúan a las acciones civiles que se reconocen en los numerales 21, 41 y 7º del art. 250.1 LEC. Entre otras cuestiones, en ambas resoluciones se establece que la parte demandante puede elegir si lo estima conveniente el desahucio por precario en vez del procedimiento ley 5/2018.

Puesto que la protección procesal reforzada introducida por la Ley 5/2018 no puede utilizarse para la recuperación de cualquier inmueble, sino únicamente a las viviendas. Si bien no es necesario que estas tengan la condición de morada del propietario o poseedor legítimo de las mismas[89]. De modo que no se puede aplicar este procedimiento rápido para la recuperación de la posesión otros inmuebles ocupados como edificios, naves o locales aunque sean propiedad de personas físicas o entidades sin ánimo de lucro o entidades públicas. Entendemos que debería de haberse ampliado el ámbito objetivo de la reforma a todos aquellos inmuebles susceptibles de un uso social como centros médicos o asistenciales, bibliotecas, ludotecas, locales de reuniones de asociaciones de vecinos. En la doctrina se estima que no puede aplicarse este cauce especial en aquellos casos en los que se adquiera por cualquier negocio jurídico una vivienda que ya estaba ocupada, puesto que el nuevo adquirente no tenía la condición de poseedor en el momento del despojo[90]. Sin embargo, entendemos que si el transmisor de la vivienda tenía la condición de legitimado activo para interponer el "interdicto exprés" y el nuevo adquirente también tiene esa misma condición (piénsese en quien hereda una vivienda de su padre que ha sido ocupada ilegalmente) sí que se produciría transmisión de la acción por sucesión universal o singular según los casos.

La segunda limitación se refiere a los elementos personales. Únicamente están legitimados activamente para la utilización de este procedimiento para la inmediata recuperación de una vivienda o parte de ella, "siempre que se hayan visto privados de ella sin su consentimiento, las personas físicas que sean propietaria o poseedoras legítima por otro título, las entidades sin ánimo de lucro con derecho a poseerla y las entidades públicas propietarias o poseedoras legítimas de vivienda social" (art. 250.1.4 LEC)[91]. Se producen situaciones en las que hay que determinar si la sociedad poseedora de vivienda social es pública o privada, puesto que en este último caso no estará legitimada activamente[92]. No obstante, las entidades públicas pueden ser poseedoras sin tener la condición de propietarias, al igual que sucede con las personas físicas; si bien hay que recalcar que la condición de vivienda social del inmueble, de modo que el resto de viviendas de las entidades

89 Perarnau Moya, J.: "Desalojo de 'okupas'", cit., p. 63; Rodríguez Achútegui, E.: "Una visión judicial", cit.

90 Rodríguez Achútegui, E.: "Una visión judicial", cit.

91 En la AAP Álava (Secc. 1) 29 septiembre 2020 (Jur 2021, 65686) no se admite la legitimación para utilizar el nuevo procedimiento de tutela sumaria para la recuperación de viviendas ocupadas ilegalmente a la empresa Alokabide SA porque es una "compañía mercantil", inscrita en el Registro Mercantil de Álava, y representada por un administrador solidario. Como dice la Juez de instancia, una mercantil, sea cual sea la procedencia de su capital, no puede ser asimilada a una entidad pública a los efectos de utilizar en su beneficio un procedimiento como éste".

92 Rodríguez Achútegui, E.: "Una visión judicial", estima que no podrá utilizar el nuevo cauce procesal la SAREB (Sociedad de gestión de activos procedentes de la reestructuración bancaria), puesto que "pese a tener mayoritaria participación estatal es privada, pero sí el FROB (Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria), que es pública, y al tiempo, puede ser propietaria o poseedora de vivienda social. En la misma situación se encontrarán otras sociedades públicas de ámbito estatal, autonómico o local, con semejante patrimonio".

públicas que carezcan de esta condición no podrían acogerse a los beneficios del nuevo procedimiento[93]. Para algún sector doctrinal, no se termina de entender que no se permita la utilización del "desalojo exprés" a los colectivos que más sufren la "okupación" como los bancos, inmobiliarias, fondos de inversión y las sociedades patrimoniales[94]. Especialmente cuando esas ocupaciones son llevadas a cabo por auténticas mafias o profesionales de la "okupación". Por lo que se considera que se trata de una restricción de la tutela judicial inexplicables y no se entiende porqué todas esas entidades han de ser de peor derecho que los particulares o las entidades sin ánimo de lucro y las entidades públicas[95]. Incluso ha llegado a señalarse que esta restricción de los legitimados activos puede provocar un efecto llamada de los ocupas sobre las viviendas pertenecientes a los colectivos discriminados[96]. De ahí que en la doctrina se ha denominado privilegiado a este procedimiento porque su utilización queda limitada a una serie de personas físicas y jurídicas[97]. Los legitimados pasivamente en el desalojo exprés son los "okupas" que son todas aquellas personas que carecen de título suficiente para seguir ocupando la vivienda.

La tercera limitación se refiere a la clase de posesión protegida. Mientras que en el interdicto clásico se protege el mero hecho de la posesión, en el nuevo proceso solo se protege la posesión que tenga su respaldo en un derecho de propiedad o en otro derecho real e incluso personal que lleve aparejada la posesión. Así se deduce del enunciado del art. 250.1.4 LEC que al formular la

93 En la SAP Barcelona (Sec.17ª) 16 junio 2020 (JUR 2020,231959) tenemos un caso de entidad pública que es poseedora de vivienda social aunque no es propietaria: "La legitimación activa de l'Agència de l'habitatge de Catalunya ha quedado plenamente acreditada con los documentos 1 y 2 aportados por la actora. No es preciso ser la propietaria del inmueble, como indica la norma en que se fundamenta la demanda. Y la demandante tiene legitimación activa, ya que es una entidad pública poseedora legítima de la vivienda social, puesto que ha acreditado que tiene un contrato de mandato, de seis años de duración, suscrito con los titulares registrales de la vivienda".

94 Rodríguez Almirón, F. J.: "Estudio jurisprudencial de las cuestiones más controvertidas en relación con el delito de usurpación del art. 245 CP", *Cuadernos de Política Criminal,* núm. 132, III, Época II, diciembre 2020, pp. 191-223. Disponible en: https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/estudio-jurisprudencial-cuestiones-controvertidas-857503800 (consultado el 4-04-2020), p. 193, señala que las entidades públicas también están excluidas de la protección de la Ley 5/2018 en el caso de que sufran ocupaciones de inmuebles que no sean "vivienda social".

95 Esta reducción de los legitimados activos de este procedimiento privilegiado ha sido criticada por Perarnau Moya, J.: "Desalojo de 'okupas'", cit., p. 63; Rodríguez Almirón, F. J.: "Estudio jurisprudencial", cit., p.198. Asimismo, Hinojosa Segovia, R.: "La defensa", cit., critica la exclusión de las personas jurídicas por estimar que en adelante "es muy posible que los okupas se centren en viviendas de empresas ya que no gozan de dicha protección jurisdiccional". Bastante Granell, V.: "Ocupación ilegal", cit., estima que si la norma permite proteger a personas físicas que con múltiples viviendas (que no cubren una necesidad habitacional), no se entiende la discriminación a las entidades bancarias, puesto que sus viviendas, podrían ser compradas por personas físicas que las destinaran a su propia vivienda.

96 Torres López, A.: "¿Acabará la Ley 5/2018 de reforma de la LEC con el problema de los Okupas en España? https://blog.sepin.es/2018/06/reforma-lec-ocupacion-viviendas/". Estima como una injustificable discriminación, que en el nuevo procedimiento "las personas jurídicas, por el mero hecho de serlo, carezcan de las ventajas procedimentales que se conceden, como si todas aquellas tuvieran que ser bancos o los mal llamados "fondos buitre", que, en cualquier caso, ni los primeros ni los segundos tienen por qué verse privados de aquellas. Resulta totalmente censurable el efecto llamada que esta situación puede provocar, máxime en movimientos okupas, perfectamente organizados, que no dudan en consultar previamente la titularidad registral de los inmuebles".

97 Rodríguez Almirón, F. J.: "Estudio jurisprudencial", cit., p.193.

legitimación activa exige como requisito que la posesión despojada se base en un derecho. Así sucede cuando se permite la utilización de este procedimiento a "la persona física que sea propietaria o poseedora legítima por otro título, las entidades sin ánimo de lucro con derecho a poseerla y las entidades públicas propietarias o poseedoras legítimas de vivienda social". Asimismo, para enervar la acción de recuperación de la vivienda ejercitada en este procedimiento se exige al demandado que aporte en el plazo de cinco días desde la notificación de la demanda "título que justifique su situación posesoria". Así pues, a diferencia de las otras acciones de tutela sumaria de la posesión ya no se trata de dilucidar cuestiones de hecho (*ius possessionis*) sino que ahora se refiere al legítimo derecho a poseer (*ius possidendi*) y, en consecuencia, hay que determinar quien cuenta con el mejor derecho a poseer la vivienda. De modo que en nuestra opinión se trata de un procedimiento híbrido que se encuentra a mitad camino entre el desahucio por precario y los antiguos interdictos, con los que comparte su condición de procedimiento sumario y sometido al plazo de caducidad de un año, por lo que nos reiteramos en que por sus peculiaridades este cauce legal debería de haber sido regulado en un nuevo numeral del art. 250.1 LEC[98].

3. La olvidada comunidad de propietarios de propiedad horizontal.

Las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal han sido los grandes olvidados por la reforma operada por la Ley 5/2018. Si bien es cierto que estas comunidades no sufren directamente la privación de viviendas que tengan la condición de elemento común, aunque podría darse el caso con las viviendas que se han quedado vacías de los antiguos porteros, sin embargo, sufren de manera directa los perjuicios de tener vecinos ocupas[99]. Los legales ocupantes de un edificio en régimen de propiedad horizontal pueden sufrir apropiaciones del fluido eléctrico o incluso de agua, daños por mal uso de los elementos comunes como los ascensores, ruidos, suciedad y sobre todo la no contribución a los gastos comunes por parte de los ocupas. En ocasiones, como sucede con los denominados "narcopisos" se produce un deterioro absoluto de la convivencia por el continuo trasiego de gente por los accesos al edificio. En nuestra opinión, la ley tendría que haber aprovechado la ocasión y dotar a las comunidades de propietarios de un mecanismo para instar al desalojo de los ocupas cuando estos causen daños y perjuicios que afecten a la convivencia. Para ello se debería de haber modificado

98 Bonet Navarro, J.: "III especialidades en función de la inexistencia de relación entre determinados titulares y el poseedor: desahucio de vivienda okupada" *en Los juicios por desahucio,* cit., estima que procede el plazo de un año puesto que el art. 391.1 LEC es categórico al señalar ese plazo para las demandas que pretendan retener o recobrar la posesión.

99 Este olvido de las comunidades de propietarios ha sido puesto en evidencia por la doctrina: Bastante Granell, V.: "Ocupación ilegal", cit., Bonet Navarro, J.: "III especialidades en función de la inexistencia de relación entre determinados titulares y el poseedor: desahucio de vivienda okupada" *en Los juicios por desahucio,* cit. Asimismo por Fuentes-Lojo Rius, A.: "¿Tiene legitimación activa la comunidad de propietarios para interponer el nuevo interdicto de recobro de la posesión en caso de ocupación ilícita de la antigua vivienda portería?", *Actualidad civil*, núm. 2, 2019.

la acción de cesación contemplada por el art. 7 LPH que permite al presidente de la comunidad solicitar al juzgado que ordene a los ocupantes, que ya han sido reiteradamente requeridos al respecto, el cese de las "actividades prohibidas en los estatutos, que resulten dañosas para la fina o que contravengan disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas" e incluso "la privación en el uso de la vivienda o local por tiempo no superior a tres años". La vía del art. 7 LPH tendría que modificarse y permitir directamente la privación del uso de la vivienda o local cuando se careciese de título que justificase la ocupación. De este modo no habría que esperar a la producción de los daños que en muchas ocasiones van a producirse con toda seguridad. Entendemos que la vía más adecuada hubiera sido la inclusión de un nuevo ordinal en el art. 250.1 LEC, en el que debería de incluirse un "incidente de privación inmediata de la posesión" que podría aplicarse asimismo en todos los otros casos previstos en el art. 7 LH. En la "Proposición de Ley de garantías para la seguridad y convivencia ciudadanas frente a la ocupación ilegal de viviendas" (122/000066) del grupo parlamentario de Ciudadanos se hizo esta propuesta[100].

4. Requisitos para de la demanda y para el ejercicio de la acción.

El procedimiento a seguir, por tratarse de una acción posesoria de recobrar la posesión será el procedimiento verbal, si bien con las ya comentadas especialidades que han sido introducidas por la Ley 5/2018 para lograr su propósito de inmediatez en la devolución de la posesión[101]. La demanda tendrá que cumplir con toda una serie de requisitos[102]: 1) Deberá solicitarse la inmediata entrega de la posesión de

100 El nuevo art. 7 LH de la proposición sufría diversas modificaciones, de las que destacamos las de su apartado 2: "Al propietario y al ocupante del piso o local no les está permitido desarrollar en él o en el resto del inmueble actividades prohibidas en los estatutos, que resulten dañosas para la finca, que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas o, en particular, que resulten de la ocupación ilegal del piso o local cuando afecten a la seguridad y a la convivencia con el resto de los propietarios o inquilinos. Asimismo, en el apartado 5 se establecía que: "5. La demanda habrá de dirigirse contra el propietario y, en su caso, contra el ocupante de la vivienda o local. En caso de que se fundare en la ocupación ilegal de la vivienda o local, la demanda podrá asimismo dirigirse genéricamente contra los desconocidos ocupantes de la misma, sin perjuicio de la notificación a quien se encontrare en el inmueble al tiempo de llevarla a cabo". Asimismo, entre otras modificaciones se introduce un nuevo numeral 2° bis al art. 250.1 LEC que permite decidir en juicio verbal las demandas que "pretendan el lanzamiento o desalojo y la inmediata recuperación de la plena posesión de una vivienda o parte de ella, por parte de su dueño o usufructuario, por haber sido desposeído de ella sin su consentimiento".

101 En las SSAP Barcelona (Sec.4ª) 30 noviembre 2020 (JUR 2021,9436) y 9 junio 2020 (JUR 2020,208409) hay referencias a la Ley 5/2018, aunque no la aplican por tratarse de supuestos en los que el propietario de los inmuebles es persona jurídica. En ambas sentencias se estima que el nuevo mecanismo rápido para la recuperación de las viviendas ocupadas se trata de un nuevo procedimiento de tutela sumaria de la posesión. Se señala que para ello se reforma el interdicto de recobrar la posesión ex art. 250.1.4° adicionando un nuevo procedimiento desarrollado por los arts. 437, 441 y 444 LEC. Destacan que como novedad se introduce la posibilidad de un "incidente" muy rápido para conseguir la efectiva recuperación de la posesión sin esperar a la toma de posesión en lo que pudiera parecer una suerte de proceso cautelar y monitorio por presentar características de ambos, pues parece destinado, no a asegurar el resultado del procedimiento principal sino a adelantarlo, colocando al ocupante en una posición en la que, o bien acredita en un breve plazo -cinco días- el título en virtud del cual ocupa la vivienda o bien es desalojado. Concluyen que la ley 5/218 introduce toda una serie de especialidades al existen juico para la tutela sumaria del art. 250.1.4° establece un subproceso, con unos trámites más ágiles y breves.

102 Perarnau Moya, J.: "Desalojo de 'okupas'", cit., p. 63.

la vivienda; 2) Se necesario que se aporte el título en que el demandante funde su derecho a poseer (art. 437.3 bis LEC)[103]; y 3) Será necesaria la intervención de abogado y procurador.

Los requisitos para que prospere la acción del "desalojo exprés" contiene algunas diferencias respecto de las que exigidas para el éxito de las acciones de tutela sumaria de la protección:

1) Que la persona demandante, además de estar incluida en el grupo de las descritas en el art. 250.1.4 II LEC sea propietaria o poseedora legítima por otro título[104]. A diferencia de los clásicos interdictos en este nuevo procedimiento ya no se protege la mera posesión de hecho (*ius possessionis*), siendo requisito indispensable que la posesión del actor esté fundada en un derecho de propiedad o en un derecho real o personal que lleve aparejado la posesión (*ius possidendi*)[105]. De modo que ahora ya no se protege la posesión de hecho sino la de derecho[106].

El actor solo puede ser quien ha sufrido directamente el despojo de su posesión legítima sobre la vivienda, no pude ejercer esta acción el poseedor mediato como el propietario arrendador cuando se ha ocupado la vivienda que tiene alquilada a un tercero[107]. 2). Que el objeto de la pretensión sea una vivienda, si bien como hemos señalado no se exige que tenga la condición de morada. 3). Que el demandante haya sido privado de la posesión sin consentimiento (se haya visto despojado de la posesión contra su voluntad). Para el caso de que existiera previamente un consentimiento o bien un uso tolerado no podría acudirse a este proceso, sino que en este caso estaríamos ante un proceso de desahucio por precario - art. 250.1.2º LEC . 4). Que la demanda se presente antes de haber

103 Rodríguez Achútegui, E.: "Una visión judicial", cit., dice que: "El título que estas personas físicas pueden esgrimir es la propiedad o cualquier otra forma legítima de posesión. En consecuencia, están amparados arrendatarios, precaristas, usufructuarios, titulares de derecho de superficie, y cualquier otro título jurídico que facilite la tenencia o posesión de la vivienda". Bonet Navarro, J: "III especialidades en función de la inexistencia de relación entre determinados titulares y el poseedor: desahucio de vivienda okupada" *en Los juicios por desahucio,* cit., admite que la persona que ha sufrido la ocupación pueda incluso aportar un título de precarista.

104 Rodríguez Achútegui, E.: "Una visión judicial", cit., estima que el título exigido por el art. 437.3 bis LEC, podrá ser cualquiera escritura pública o documento privado que acredite propiedad o posesión. Las especialidades subjetivas de este nuevo cauce procesal posibilitan la admisión de "convenios entre bancos, instituciones públicas y las entidades sin ánimo de lucro a las que se cede parque inmobiliario con la finalidad de que pueda facilitarse vivienda que atienda personas especialmente vulnerables".

105 En parecidos términos la SJPI de Santa Coloma de Gramenet (Provincia de Barcelona) 2 octubre 2020 (JUR 2020,354070).

106 Bonet Navarro, J.: "III especialidades en función de la inexistencia de relación entre determinados titulares y el poseedor: desahucio de vivienda okupada" *en Los juicios por desahucio,* cit., estima que la parte demandante ha de ser propietaria o poseedora real legítima puesto que no se protege la posesión de hecho, sino siendo requisito indispensable ser titular de un derecho a poseer, *ius possidendi.*

107 Ibarra Sánchez, J. L.: "La reforma procesal", cit., estima que en este caso únicamente el arrendatario desposeído estará legitimado para interponer la acción.

transcurrido el plazo de un año desde los actos de despojo[108]. Se trata de un plazo de caducidad y no de prescripción.

5. Mecanismos para la reducción del tiempo de desalojo.

El éxito de este nuevo procedimiento radica en que se traslada a un incidente, en el inicio del proceso, el momento en el que el Juez tiene que determinar si los okupas tienen título suficiente para continuar ocupando la vivienda (art. 441.1 bis II)[109]. En el caso de no se presente título alguno, o que el presentado sea de peor condición que el que ha acompañado el demandante, el juez decretará la entrega inmediata de la posesión de la vivienda al actor, que no hay que olvidar que es la pretensión principal de la demanda que ahora se anticipa con la nueva regulación. Esta decisión judicial no admite recurso alguno y en consecuencia se produce el inmediato lanzamiento de los ocupantes que se encuentren en ese momento en la vivienda. Una vez producido el desalojo se continuará la tramitación del procedimiento hasta que se dicte sentencia, pero con la ventaja de que el actor ya ha recuperado la posesión de la vivienda[110]. En la doctrina se ha criticado que este incidente, en caso de no justificarse el título de posesión no ponga fin al fondo del asunto.[111] El comentado incidente no tiene carácter obligatorio para el actor, por lo que tendrá que solicitarse a instancia de parte, tal como se deduce de la utilización del condicional en la redacción del art. 441.1 bis II[112]. No obstante, en la doctrina se destaca que la aportación de la justificación por el demandado se efectúa sin necesidad de estar personado y sin asistencia letrada, de modo que serán el juez el que decida si las manifestaciones y eventuales documentos constituyen "justificación suficiente"[113].

108 Ibarra Sánchez, J. L.: "La reforma procesal", cit.,

109 Rodríguez Achútegui, E.: "Una visión judicial", cit.; estima que se trata de una petición cautelar que denomina incidental que recoge la "inmediata entrega de la posesión de la vivienda" que es precisamente el objeto de la pretensión principal. Constituye un trámite incidental, en primer lugar, porque sólo puede tener lugar si se solicita por el actor. Además, el plazo de 5 día para aportar el demandado el título es distinto de los 10 previstos en el art. 438.1 LEC para contestar a la demanda. Finalmente, en el art. 441.1 bis II LEC así lo considera al indicar que "contra el auto que decida sobre el incidente no cabrá recurso alguno". Por su contenido se trata de un incidente de naturaleza cautelar, puesto que anticipa una parte del fallo mediante la entrega inmediata de la posesión.

110 Perarnau Moya, J.: "Desalojo de 'okupas'", cit., p. 63.

111 Bonet Navarro, J.: "III especialidades en función de la inexistencia de relación entre determinados titulares y el poseedor: desahucio de vivienda okupada" *en Los juicios por desahucio,* cit., admite la naturaleza de este incidente está desaprovechada, pues no se configura como un procedimiento adelantado, aunque sea sumario, sino como una especie de medida cautelar especial en la que se utilizan algunos aspectos de la técnica monitoria. Por el contrario, hubiera sido deseable que el incidente hubiera sido más expeditivo y hubiera producido la finalización del desahucio en el caso de no justificarse la posesión. Sin embargo, ahora igualmente hay que entrar en el fondo del asunto.

112 Establece el art. 437.3.bis LEC que "Si el demandante hubiera solicitado la inmediata entrega de la posesión de la vivienda, en el decreto de admisión de la demanda se requerirá a sus ocupantes para que aporten, en el plazo de 5 días desde la notificación de aquella, título que justifique su situación posesoria".

113 Rodríguez Achútegui, E.: "Una visión judicial", cit.; señala que la norma no exige que el título para justificar la ocupación tenga que ser necesariamente escrito. Así pues, cabe alegar que hubo autorización del propietario o de un anterior poseedor.

En el caso de aportarse justificación suficiente el procedimiento, tras el pertinente auto en que se desestime la pretensión incidental, continuará su tramitación hasta que se dicte sentencia. Se ha destacado también que durante este trámite incidental el ocupante no puede utilizar la segunda causa de oposición que es la falta o la suficiencia del título del actor. De modo que esta cuestión solo se puede alegar al contestar a la demanda[114]. Este incidente tiene un precedente en el art. 447.3 bis LEC relativo al desahucio por falta de pago aunque en ese caso no se trata de una medida cautelar sino de un señalamiento anticipado de desalojo[115].

La segunda medida importante de la reforma ha sido la incorporación de la práctica judicial de que en los juicios de desahucio la demanda pueda dirigirse, contra los desconocidos o ignorados ocupantes de la vivienda (nuevo art. 437.3.bis LEC)[116], sin perjuicio de que se tenga que efectuar la notificación de la demanda a la persona que se encuentre en el inmueble en el momento de llevarse a cabo la notificación (nuevo art. 441.1.bis LEC)[117]. Como ya hemos venido señalando, la demanda contra ignorados ocupantes ya había venido siendo utilizada por la jurisprudencia en prácticamente la totalidad de los procedimientos de tutela de la posesión del art. 250.1 LEC[118]. Se trata de personas no identificadas pero identificables sin necesidad de acudir a unas improbables diligencias preliminares, o difíciles gestiones de identificación[119]. El funcionario judicial que intervenga en la diligencia de entrega de la demanda al notificar ésta a quien se halle en la vivienda, a los efectos de evitar la indefensión de los demandados, tendrá que explicar que se puede acudir al juzgado para personarse (para lo que será preceptivo abogado y procurador), para contestar a la demanda (con idéntica exigencia), así como la posibilidad de que aporte el "título que justifique su situación posesoria", en el plazo de cinco días si así ha sido solicitado en la demanda tal como dispone el

114 Rodríguez Achútegui, E.: "Una visión judicial", cit.; dice que el título del actor ya fue examinado por el Letrado de la Administración de Justicia al dictar el Decreto de admisión de la demanda.

115 Ibarra Sánchez, J. L.: "La reforma procesal", cit.

116 Establece el art. 437 LEC (Forma de la demanda. Acumulación objetiva y subjetiva de acciones) en su apartado 3 bis que "Cuando se solicitase en la demanda la recuperación de la posesión de una vivienda o parte de ella a la que se refiere el párrafo segundo del numeral 4.° del apartado 1 del artículo 250, aquélla podrá dirigirse genéricamente contra los desconocidos ocupantes de la misma, sin perjuicio de la notificación que de ella se realice a quien en concreto se encontrare en el inmueble al tiempo de llevar a cabo dicha notificación. A la demanda se deberá acompañar el título en que el actor funde su derecho a poseer".

117 Establece el art. 441 LEC (Casos especiales en la tramitación inicial del juicio verbal) en su apartado 1 bis que "Cuando se trate de una demanda de recuperación de la posesión de una vivienda o parte de ella a que se refiere el párrafo segundo del numeral 4.° del apartado 1 del artículo 250, la notificación se hará a quien se encuentre habitando aquélla. Se podrá hacer además a los ignorados ocupantes de la vivienda. A efectos de proceder a la identificación del receptor y demás ocupantes, quien realice el acto de comunicación podrá ir acompañado de los agentes de la autoridad. Si ha sido posible la identificación del receptor o demás ocupantes, se dará traslado a los servicios públicos competentes en materia de política social por si procediera su actuación, siempre que se hubiera otorgado el consentimiento por los interesados […]".

118 Ibarra Sánchez, J.L.: "La reforma procesal", cit., resalta que no basta con dirigir la demanda contra los ignorados ocupantes, sino que además se establece la notificación personal de la cédula de emplazamiento, la demanda y el decreto de admisión que podrá efectuarse a quien se encuentre habitando la vivienda. Matiza este autor, que esto en ocasiones no será fácil.

119 Rodríguez Achútegui, E.: "Una visión judicial", cit.;

párrafo segundo del art. 441.1 bis LEC[120]. Frente a esta medida es previsible que los ilegales ocupantes continúen reaccionando de modo similar a como sucede con los otros procedimientos de tutela de la posesión, es decir negándose a recibir el emplazamiento, de modo que el Juzgado tendrá que realizar en el emplazamiento en la puerta de la finca y por edictos[121].

La tercera medida de este nuevo procedimiento para acelerar el proceso de desalojo se refiere a la reducción de las causas de oposición a la demanda. La oposición de la parte demandada deberá reduce exclusivamente a demostrar la existencia de título suficiente frente al actor para poseer la vivienda, o bien en falta de título por parte del actor[122] la (art. 444.1 bis. LEC). De modo que este procedimiento carecerá de efectividad en aquellos casos en los que el demandado sí que tenga un título que ampare su situación posesoria respecto del inmueble, como puede ser un contrato de arrendamiento, usufructo, comodato, precario, etc[123]. El título es oponible incluso en el caso en que el ocupante hubiese incumplido sus obligaciones contractuales de carácter esencial (impago de crédito hipotecario, impago de renta de alquiler) y que pudieran dar lugar a su desahucio por otras vías[124]. Asimismo, en los casos de consentimiento inicialmente tolerado nos encontraremos ante la figura del precario y en consecuencia habrá que acudir al desahucio por precario del art. 250.1.2º LEC y no podrá usarse la vía del "interdicto exprés"[125].

La cuarta medida se refiere a la reducción del plazo para dictar sentencia. La sentencia estimatoria de la demanda permitirá su ejecución, previa solicitud del demandante, sin necesidad de que transcurra el plazo general de veinte días previsto en el art. 548 LEC. Esta sentencia, como todas aquellas que recaen en procesos de tutela sumaria de la posesión, no produce efectos de cosa juzgada material ex art. 447.2 LEC, en consecuencia queda abierta la posibilidad de acudir a un procedimiento ordinario para dilucidar aquellas cuestiones que no tiene cabida en el procedimiento especial de tutela sumaria de la Ley 5/2018.

120 Rodríguez Achútegui, E.: "Una visión judicial", cit., precisa que para la aportación del título que justifique la situación posesoria de la parte demandada no será necesario comparecer con abogado y procurador puesto que en este acto no se va a comparecer como en juicio ni a actuar como litigante (arts. 23 y 31 LEC)

121 Bonet Navarro, J.: "III especialidades en función de la inexistencia de relación entre determinados titulares y el poseedor: desahucio de vivienda okupada" *en Los juicios por desahucio,* cit., señala que en el caso de negativa del okupa a recibir la notificación le será aplicable el art. 161.2 LEC, es decir que la copia de la resolución o de la cédula queda a su disposición en la oficina judicial produciéndose los efectos de la comunicación en todo caso.

122 Perarnau Moya, J.: "Desalojo de 'okupas'", cit., p. 63.

123 Rodríguez Almirón, F. J.: "Estudio jurisprudencial", cit., p.198, estima que por ese motivo en muchos de los procedimientos civiles para la recuperación de la posesión los "okupas" aleguen la existencia de contratos verbales con la propiedad o incluso presenten contratos ficticios, supuestamente firmados con terceros. Todo ello con la intención de prolongar al máximo la duración del juicio.

124 Así se manifiesta el abogado del Estado en su alegación contra el recurso de inconstitucionalidad de la Ley 5/2018.

125 Rodríguez Achútegui, E.: "Una visión judicial", cit.

6. El llamamiento a los servicios sociales.

Una vez admitida la demanda y se identifica al receptor de la misma y a los, en un principio, ignorados ocupantes, el reformado art. 441.1 bis LEC, exige que se dé traslado a los servicios públicos competentes en materia de política social "por si procediere su actuación siempre que se hubiera otorgado el consentimiento por los interesados". En el caso de la falta de consentimiento de la persona a la que se ha entregado la demanda, que habrá sido identificada, o las demás que ocupen la vivienda y que también lo hayan sido, ya no será preceptiva la comunicación a los servicios sociales la situación[126]. No obstante, el juzgado podría hacer una comunicación de oficio si llegara a apreciar una situación de especial vulnerabilidad, como sería el caso de existir menores[127].

En un nuevo art. 441.5 LEC, de redacción posterior al citado 441.bis LEC, se amplía la información al demando sobre la posibilidad de acudir a los servicios sociales a los efectos de puedan apreciar la posible situación de vulnerabilidad[128]. No obstante, ahora se exige que el Juzgado comunique de oficio la existencia del procedimiento a los servicios sociales. En el caso de que estos servicios confirmen la existencia de vulnerabilidad social y/o económica, se notificará al órgano judicial. El proceso tendrá que declararse en suspenso hasta que se adopten las medidas que los servicios sociales estimen oportunas. La suspensión será como máximo de un mes (o de tres en el caso de que el actor sea persona jurídica) a contar desde la recepción de la comunicación de los servicios sociales. Entendemos que transcurrido el plazo de suspensión el procedimiento se reanudará. Esta necesaria suspensión del procedimiento, desde un punto de vista humanitario, como ya hemos indicado no había sido prevista por la Ley 5/2018.

Finalmente, también han de intervenir los servicios sociales, si tras el "incidente" del art. 444.1.bis no se presenta el "título que justifique su situación posesoria" y el juzgado acuerda la inmediata entrega de la vivienda. El juzgado lo comunica para que éstos intervengan en el plazo de siete días desde que se dicta el auto que lo acuerda, con el objeto de que puedan adoptar las medidas de protección que en su caso procedan[129]. Es preciso, de nuevo, que se hubiera consentido tal intervención salvo que de acuerdo con el art. 441.5 LEC se hubiera comunicado de oficio por el juzgado esta situación a los servicios sociales.

126 Rodríguez Achútegui, E.: "Una visión judicial", cit., estima que esta medida es similar a la prevista en el art. 150.4 LEC para cuando en una resolución se contenga la fijación de fecha para el lanzamiento de quienes ocupan una vivienda.

127 Rodríguez Achútegui, E.: "Una visión judicial", cit.

128 El número 5 del art. 441 introducido por el apartado tres del artículo tercero del RDLey 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler.

129 Rodríguez Achútegui, E.: "Una visión judicial", cit.

7. Críticas al nuevo cauce legal.

No existe duda alguna de que si el titular de la vivienda ocupada es una persona física, una entidad sin ánimo de lucro o una entidad pública propietaria o poseedora de vivienda social, que el procedimiento civil más efectivo para recuperar la posesión de la vivienda ocupada es el del "interdicto exprés" del art. 250.1.4 LEC[130]. Salvo el caso de que se trate de la vivienda habitual o incluso de una segunda vivienda de una persona física, puesto que en estos casos se podrá utilizar la vía penal que permite el desalojo de los ocupantes en el mismo instante en que la policía acuda a la vivienda ocupada. Puesto que nos encontramos antes un allanamiento de morada del art. 202 CP. Entre los inconvenientes del "desalojo exprés" para los que se encuentren legitimados activamente para su utilización está el hecho de que la demanda ha de interponerse antes de que transcurra el año de ocupación previsto en el art. 460.1 CC y 439 LEC[131]. No hay que olvidar que nos encontramos con un procedimiento que comparte alguna de las características del interdicto de recobrar la posesión. Tampoco prosperará esta vía recuperatoria en aquellos casos de precario consentido en los que la ocupación se haya producido con el inicial consentimiento o tolerancia del propietario.

En consecuencia, la táctica de agotar todo el sistema de recursos que permitía a los ocupantes dilatar hasta años el momento de la restitución de la vivienda a su titular ahora se ha vuelto difícil de aplicar[132]. En la práctica mayoría de las sentencias que hemos aportado a este trabajo los "okupas" sólo continúan los procedimientos en tanto que les permite conservar el inmueble ocupado.

V. EL PROCEDIMIENTO DE PROTECCIÓN DE LOS TITULARES CON DERECHOS REALES INSCRITOS.

1. La acción real del art. 41 LH.

El tercer procedimiento verbal para la recuperación de la posesión usurpada por los "okupas" se contempla en el art. 250.1.7 LEC, se trata de la denominada acción de "protección o de tutela sumaria de los derechos reales inscritos". A este mecanismo también se le ha conocido como la "acción real ex art. 41 LH" puesto que en este precepto se encontraba regulado el procedimiento de protección

130 Perarnau Moya, J.: "Desalojo de 'okupas'", cit., p. 64.

131 El art. 439 LEC establece que no se admitirán las demandas que pretendan retener o recobrar la posesión si se interponen transcurrido el plazo de un año a contar desde el acto de la perturbación o el despojo.

132 Rodríguez Achútegui, E.: "Una visión judicial", cit., establece un listado de las maniobras dilatorias que se utilizan con más frecuencia y que han quedado inutilizadas con el incidente de entrega inmediata de la posesión: "Incidencias como la solicitud del reconocimiento a litigar gratuitamente, la solicitud de abogado o procurador de oficio [agotando hasta el máximo el plazo antes del juicio oral, declinatorias, oposiciones sin fundamento con ánimo exclusivamente dilatorio, o suspensiones por no haber podido contactar el letrado designado de oficio con su cliente". A este listado habría que añadir la clásica negativa de los ocupas a recibir el emplazamiento que ha de efectuarse en la puerta de la finca y mediante edictos.

de los derechos reales inscritos hasta la entrada en vigor de la LEC/2000[133]. Con la nueva ley de procedimiento el art. 41 LH se ha convertido en una norma de remisión al art. 250.1.7 LEC -en relación con los arts. 137 y 138 LH- que pretende la efectividad de esos derechos[134]. Se trata de una vía recuperatoria de la posesión que no ha sido utilizada con la misma frecuencia que el desahucio por precario, si bien lo ha sido un cierto éxito[135].

Este procedimiento sólo puede ser utilizado por los titulares de derechos reales que estén inscritos en el Registro de la Propiedad. Por esta vía se demanda la efectividad de esos derechos frente a quienes, sin disponer de título inscrito en el Registro, se opongan o perturben su ejercicio[136]. Este procedimiento tiene carácter sumario de modo similar a como sucede con la acción de tutela sumaria de la posesión[137], en consecuencia, tiene un objeto reducido que en este caso se limita a determinar si quien ha perturbado o se opone al derecho real inscrito dispone o no de título suficiente que legitime o ampare su acción[138]. Asimismo, mediante la acción ex art. 41 LH se pretende el restablecimiento de una situación posesoria a favor del titular registral, en base a la apariencia creada por la inscripción registral[139].

133 El vigente art. 41 LH establece que "Las acciones reales procedentes de los derechos inscritos podrán ejercitarse a través del juicio verbal regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil, contra quienes, sin título inscrito, se opongan a aquellos derechos o perturben su ejercicio. Estas acciones, basadas en la legitimación registral que reconoce el artículo 38, exigirán siempre que por certificación del registrador se acredite la vigencia, sin contradicción alguna, del asiento correspondiente".

134 SAP Córdoba (Secc. 1ª) 3 octubre 2018 (JUR 2019,6162), tras afirmar que el art. 41 LH se ha convertido en un norma de remisión, estima que la "incorporación de este procedimiento a la LEC responde al doble objetivo de unificar en un mismo juicio ordinario la gama de procedimientos sumarios y especiales que se incluyen en el art. 250, y de llevar el procedimiento relativo a la protección de la presunción posesoria derivada de la titularidad registral a la ley procesal común afirmando así el ámbito general del derecho procesal civil".

135 Perarnau Moya, J.: "Desalojo de 'okupas'", cit., p. 66.

136 Perarnau Moya, J.: "Desalojo de 'okupas'", cit., p. 66. Por ese motivo, Rodríguez Mesa, A.: "Necesidad de la reforma", cit.; estima que no puede utilizarse esta vía en el caso de los inmuebles no inmatriculados o pendientes de reanudación del tracto sucesivo.

137 La SAP Málaga (Secc. 5ª) 27 noviembre 2008 (AC 2009,120) estima que: "Se trata de un proceso sumario (la naturaleza sumaria del procedimiento se ve avalada por el hecho de que concurran en él las tres características que definen la sumariedad, toda vez : a) Hay una limitación de los medios de ataque en la medida en que sólo puede ser utilizado por los titulares del derecho real inscrito; b) Hay una limitación de los medios de defensa, y así las causas de oposición están limitadas en el artículo 444.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ; y c) Hay limitación de los efectos de la sentencia, porque ésta no produce lo propios de la cosa juzgada -artículo 447.3 de la LEC), en el que se permite al oponente o contradictor mediante la presentación de la oportuna demanda invocar derechos posesorios a los solos efectos de impedir el proceso de ejecución instado por el titular del derecho real inscrito pero sin que la resolución que en el mismo recaiga produzca efectos de cosa juzgada material".

138 Ramos Pérez, J. J.: "La acción ex art. 41 de la ley hipotecaria". *Noticias. Jurídicas.com, 23-10-2012*. Disponible en https://noticias.juridicas.com/conocimiento/artículos-doctrinales/4802-la-accion-ex-art-41-de-la-ley-hipotecaria-/ (Consultado el 25-03-2020).

139 En la doctrina así se manifiesta Perarnau Moya, J.: "Desalojo de 'okupas'", cit., p. 66. En la jurisprudencia alguna sentencia de modo implícito pone de manifiesto la naturaleza ejecutiva de este procedimiento. Así la SAP Málaga (Secc. 5ª) 27 noviembre 2008 (AC 2009,120) establece que: "El procedimiento para la efectividad de derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad a que se refiere el artículo 250.1.7° de la LEC, en relación con el artículo 41 LH y artículos 137 y 138 de su Reglamento, queda concebido para que el titular que inscribió en el Registro su dominio o derecho real sobre inmueble que implique posesión, uso o servicio, obtenga el mismo resultado que hubiera conseguido ejecutando una sentencia a su favor, en ejercicio de acción reivindicatoria, confesoria u otra real, por la vía ordinaria, debiendo dirigirse su acción

No obstante, no se trata de un procedimiento estrictamente posesorio puesto que la presunción deriva del principio de legitimidad registral también alcanza a la existencia y titularidad del derecho[140]. En el caso de que se sobrepase el objeto de este procedimiento habrá que acudir al procedimiento declarativo[141].

Este proceso es de naturaleza ejecutiva, y no declarativa, puesto que su finalidad es obtener la efectiva posesión del dominio o de un derecho real inscrito en el Registro de la Propiedad[142]. No obstante, una corriente doctrinal intermedia mantiene su naturaleza mixta, en aquellos casos en los que hay oposición por el demandado; en este supuesto se estima que existe una parte ejecutiva que se centra en el derecho inscrito mientras que la parte declarativa se refiere al derecho del opositor o perturbador[143]. En la jurisprudencia también se plantean dudas sobre la naturaleza ejecutiva o declarativa de este procedimiento[144].

Este sistema de protección del titular que tiene inscrito su derecho no es más que una consecuencia del principio de legitimación registral del art. 38 la LH[145]. De esta forma se dota al titular del dominio de una finca que está inscrito en el Registro, con una inscripción vigente y sin contradicción, de un mecanismo de defensa rápido y expeditivo contra aquellos que, sin tener título inscrito, se opongan o perturben el ejercicio de su derecho. Así pues, la legitimación activa en este procedimiento la tiene el titular registral del derecho y la pasiva la detenta

contra quien o quienes obstaculicen la posesión o el ejercicio de dominio inscrito, sin derecho que les permitan realizar los hechos perturbadores".

140 Para la SAP Cáceres (Secc. 1ª) 11 octubre 2002 (AC 2002,1766) hay que tener en cuenta que "no se trata de un proceso estrictamente posesorio por cuanto si bien es propio para la defensa de derechos reales que llevan aparejada oposición, la presunción alcanza no sólo a éste, sino también a la existencia y titularidad del derecho que le comprende no obstante lo cual, por sumariedad y las limitaciones que comporta, tampoco es el cauce apto para la declaración definitiva de derechos, ni para dejar resueltas las cuestiones complejas que pueden plantearse".

141 En este sentido el AAP Barcelona (Secc. 11ª) 18 mayo 2006 (JUR 2006, 260003) establece que: "debe compartirse el razonamiento que considera excedido el cauce de las acciones posesorias basadas en derechos reales inscritos por cuanto se solicita también la declaración de dominio de dicha zona y de accesión de lo edificado en ella, lo que debe ventilarse en juicio ordinario.

142 Perarnau Moya, J.: "Desalojo de 'okupas'", cit., p. 66.

143 Ramos Pérez, J. J.: "La acción ex art. 41", cit.

144 Así la SAP Málaga (Secc. 5ª) 27 noviembre 2008 (AC 2009,120) estima que "La naturaleza jurídica de esta acción es y ha sido muy discutida, ya se considere un procedimiento ejecutivo dirigido a la tutela de los derechos amparados por los asientos registrales, ya un auténtico proceso declarativo, pero, en todo caso y cualquiera que sea el criterio sostenido, lo cierto es que presenta una carácter especial, singular y expeditivo, orientado a la protección de los derechos reales inscritos". En términos muy parecidos se manifiesta la SAP Córdoba (Secc. 1ª) 3 octubre 2018 (JUR 2019,6162).

145 La SAP Córdoba (Secc. 1ª) 3 octubre 2018 (JUR 2019,6162) dice que el procedimiento del art. 250.1.7. LEC consiste en un procedimiento dirigido a la protección posesoria de los titulares de derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad que pretende la efectividad de esos derechos con base al principio de legitimación del art. 38 LH frente a quienes se opongan a ellos o perturben su ejercicio sin disponer de título inscrito que legitime la oposición o perturbación. La SAP Islas Baleares (Secc. 3ª) 3 octubre 2006 (JUR 2007, 251371) estima que protección de este procedimiento "no es sino una consecuencia procesal de la presunción de exactitud derivada del principio de legitimación registral, tanto en el aspecto de presunción de la titularidad del derecho inscrito, como en el de presunción posesoria derivada del asiento registral. El fundamento legal se sitúa en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria que establece que "se presume que los derechos reales inscritos existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo".

quien esté perturbando, haya despojado o impida el disfrute del derecho inscrito a su titular. Dentro de los despojantes contra los que puede dirigirse la acción ex art. 41 LH, también tienen cabida los ocupantes ilegítimos de una vivienda o cualquier otro tipo de inmueble.

2. Requisitos para la demanda y para el ejercicio de la acción real.

En el art. 439.2 LEC se imponen determinados requisitos para la admisibilidad de este procedimiento: 1) que se expresen en la demanda las medidas para asegurar la eficacia de la sentencia que recayera. En el caso de que en la demanda no se soliciten estas medidas cautelares o no se renuncie expresamente a ellas no se admitirá la demanda[146]. 2) la caución que el demandado ha de prestar (conforme al art. 64.2 LEC) en caso de comparecer y contestar a la demanda. 3) en la demanda se ha acompañar certificación literal del Registro de la Propiedad que acredite expresamente la vigencia, sin contradicción alguna, del asiento que legitima al demandante[147]. Asimismo, en el art. 441.3 LEC se establece que el tribunal tan pronto como admita la demanda adoptará las medidas solicitadas para asegurar el cumplimiento de la sentencia. Finalmente, en el art. 444.2 LEC se establece que el demandado solo podrá oponerse a la demanda si presta la caución determinada por el tribunal. Asimismo, se establece de manera tasadas las causas de oposición del demandado[148].

3. Las causas de oposición a la acción real.

En el caso de las ocupaciones ilegales la causa de oposición más utilizada por los "okupas" ha sido la del numeral 2 del art. 444.2 LEC que consiste en: "Poseer el demandado la finca o disfrutar el derecho discutido por contrato u otra cualquier relación jurídica directa con el último titular o con titulares anteriores o

146 Así se ha hecho constar en el AAP Burgos (Secc.2ª) 5 noviembre 2003 (AC 2004,136) "Si a parte actora considera que no es preciso adoptar medidas cautelares, puede hacerse, pero para ello debe expresamente decirse en el escrito de demanda, como sucede para el caso de la caución, donde sí se ha previsto tal eventualidad. Lo que la Sala no ha hecho, […] es permitir ir más allá en un supuesto donde no está expresamente prevista la subsanación, que allí donde sí está prevista expresamente la alternativa a la no solicitud de una medida cautelar concreta. En el caso de autos, la parte actora es claro que no cumplió las exigencias contenidas en el precepto legal, ni tampoco manifestó expresamente en dicho escrito su renuncia a la adopción de las mismas, por cuya razón ha de entenderse que la denegación de admisión a trámite de la demanda es ajustada a derecho".

147 La STS 22 enero 2020 (RJ 2020,70) establece que las acciones ex art. 41 LH "basadas en la legitimación registral que reconoce el artículo 38, exigirán siempre que por certificación del registrador se acredite la vigencia, sin contradicción alguna, del asiento correspondiente".

148 En la SAP Castellón (Sec.3ª), 1 octubre 2004 (JUR 2005,26492) se establece que "se trata de un proceso de naturaleza sumaria, en el que se parte de la presunción de certeza derivada de la certificación del Registro que debe aportarse con la demanda y están limitados los medios de defensa, ya que la oposición del demandado está limitada a las causas previstas en el artículo 444.2 de la LECiv, por lo que no cabe discutir problemas de discordancia del contenido del Registro y la realidad extra registral, como ya expuso acertadamente el Juez "a quo", ni tampoco resolver problemas de linderos, de tal forma que no acreditada la causa de oposición invocada por la demandada, no puede prosperar el recurso que se formula contra la Sentencia estimatoria de la demanda".

en virtud de prescripción, siempre que ésta deba perjudicar al titular inscrito"[149]. Otras causas de oposición que se han utilizado sin éxito ha sido la inadecuación de procedimiento, la nulidad del emplazamiento por dirigir la demanda contra los ignorados ocupantes[150]. Asimismo, se ha utilizado el consabido derecho a la vivienda digna para justificar la ocupación[151].

4. Las ventajas del procedimiento *ex* art. 41 LH.

En el Preámbulo de la Ley 5/2018 también se ha cuestionado la efectividad de las acciones ex art. 41 LH para la recuperación de las viviendas ocupadas ilegalmente; se estima que es un procedimiento que presenta "limitaciones o ineficiencias […] puesto que existen causas tasadas de oposición, no pueden ser ejercitadas por titulares de derechos que no tienen acceso al Registro y se exige al demandado prestar caución para poder oponerse".

Los problemas que se han planteado con este procedimiento son similares al del desahucio por precario. Así pues, frente a la cuestión de si el mismo también puede utilizarse para las perturbaciones físicas, como es el hecho de la perdida de la posesión por la ocupación de un tercero y no solo para las cuestiones jurídicas, la respuesta ha sido mayormente favorable[152]. No obstante, también hay autores que limitan la utilización de este procedimiento a los casos en los que la perturbación del derecho del actor sea de tipo jurídico y no físico; por el contrario, la mayor parte de la doctrina, a la que nos adherimos, estima que este procedimiento

149 Las otras causas de oposición del art. 444.2 LEC son: 1.- Falsedad de la certificación del Registro u omisión en ella de derechos o condiciones inscritas, que desvirtúen la acción ejercitada. 3.- Que la finca o el derecho se encuentren inscritos a favor del demandado y así lo justifique presentando certificación del Registro de la Propiedad acreditativa de la vigencia de la inscripción. 4.- No ser la finca inscrita la que efectivamente posea el demandado.

150 En multitud de sentencias la demanda se ha dirigido contra los ignorados ocupantes en esta clase de procedimientos. Así la SAP Barcelona (Sec.17ª) 8 marzo 2017 (JUR 2017, 741), la SAP Barcelona (Secc. 14ª) 25 septiembre 2019 (JUR 2019,293617), SAP Barcelona (Secc. 16ª) 21 junio 2019 (JUR 2019,210642), SAP Córdoba (Secc. 1ª) 3 octubre 2018 (JUR 2019,6162) y SAP Barcelona (Secc. 19ª) 23 julio 2018 (JUR 2018,218325).

151 En la SAP Barcelona (Secc. 13ª) 11 febrero 2016 (JUR 2016,69763) en un proceso de protección de los derechos reales inscritos se alega por los demandados, que habían ocupado una vivienda social, el derecho a una vivienda digna. El tribunal estima que el "derecho a una vivienda digna" del art. 47 de la Constitución Española no tiene la protección constitucional directa e inmediata del art. 53.2 de la Constitución Española. No se trata de un derecho subjetivo y no ofrece a los ciudadanos la posibilidad de reclamar ante los Tribunales su efectiva satisfacción, sino que precisa (art. 53.3 CE) de desarrollo legislativo. "En definitiva, no ampara derecho alguno a la ocupación de la vivienda por parte de los demandados, ocupación que se ha llevado a cabo sin observar el oportuno procedimiento de adjudicación de las viviendas públicas de protección oficial, y considerarlo de otro modo supondría un trato discriminatorio respecto de aquellos ciudadanos que, en igual situación de necesidad, han respetado el ordenamiento, siguiendo el oportuno trámite de adjudicación. Es decir, respecto a la alegada oportunidad de mantener a la demandada en la posesión, atendida la finalidad social de las viviendas públicas de las que es titular el organismo actor, ha de ponerse como contrapeso que la adjudicación de viviendas en cualquiera de los regímenes posibles por parte del INCASOL ha de llevarse a cabo a través de un procedimiento administrativo reglado, por lo que no es aceptable que por la vía de hecho los demandados puedan acceder a un contrato de arrendamiento al que deberían haber accedido por la vía procedente y tras el procedimiento oportuno, y ello en detrimento de otros ciudadanos que tengan el mismo o mejor derecho que ellos y que se encuentren en la misma situación de precariedad".

152 Perarnau Moya, J.: "Desalojo de 'okupas'", cit., p. 67.

también puede utilizarse proteger al propietario o al titular de cualquier otro derecho real frente los casos de perturbaciones físicas de su derecho inscrito[153]. La mayoría de Audiencias han optado por el concepto amplio de este procedimiento, permitiendo, pues, el uso de este procedimiento para lanzar a los ocupantes sin título del inmueble[154]. En alguna resolución se ha establecido que la protección se recaba "no con base en el mero hecho de la posesión (como ocurre con los interdictos) sin con base en la inscripción en el Registro de la Propiedad[155].

A diferencia de lo establecido por el Preámbulo de la Ley 5/2018 estimamos que este procedimiento es muy adecuando para combatir la ocupación ilegal de viviendas. Son varias las ventajas que hacen recomendable esta vía recuperatoria: en primer lugar, está el hecho de que al demandante le basta con acreditar la titularidad de su derecho de propiedad mediante la certificación literal del Registro de la Propiedad. En segundo lugar, en la demanda se pueden solicitar las medidas oportunas para garantizar la eficacia de su derecho, como el desalojo y posterior lanzamiento del ocupante. También, está la caución fijada por el juez dentro de los límites interesados por el actor que deberá prestar el demandado si éste se quiere oponer a la demanda (art. 439.2 LEC). La finalidad de la caución es la de garantizar la devolución de los frutos percibidos indebidamente y del pago de los daños y perjuicios causados, así como las costas procesales[156]. No obstante, al fijarse la

153 Perarnau Moya, J.: "Desalojo de 'okupas'", cit., p. 67.

154 El procedimiento de protección sumaria de los derechos reales inscritos para recuperar viviendas ocupadas ha sido utilizado en multitud de ocasiones. De manera expresa en la SAP Córdoba (Secc. 1ª) 3 octubre 2018 (JUR 2019,6162) se establece que: " la propiedad de la vivienda vacía "se protege" no sólo desde el punto de vista penal (castigando la ocupación pacífica -no violenta- de viviendas e inmuebles que no constituyen morada -vacías- en el art. 245.2° Código Penal sino también desde el punto de vista civil, en donde, además de los declarativos (reivindicatoria) nos encontramos (1) los procesos "sumarios" de protección del derecho real inscrito (art. 250.1.7 LEC en relación con el 41 LH, (2) procesos interdictales (art. 250.1.4 LEC, en relación con el 446 CC y (3) los del desahucio por precario, con fundamento en el derecho a la posesión real del titular, con las consecuentes facultades de exclusión y de recuperación posesoria, derivados del CC (LEG 1889, 27) y de la LEC (sin que pueda oponerse la posesión clandestina y sin conocimiento del poseedor real que, conforme al art. 444 CC no afectan a la posesión). Se ha utilizado este procedimiento contra las ocupaciones ilegales, entre muchas otras sentencias, en la SAP Barcelona (Secc. 14ª) 25 septiembre 2019 (JUR 2019,293617), SAP Barcelona (Secc. 16ª) 21 junio 2019 (JUR 2019,210642), y la SAP Barcelona (Secc. 13ª) 11 febrero 2016 (JUR 2016,69763) donde se admite esta vía para la recuperación de vivienda social ocupada.

155 La STS 22 enero 2020 (RJ 2020,70) estima que "El titular registral, por el mero hecho de la inscripción, recibe una especial tutela mediante la cual se le dota de una acción por cuyo simple ejercicio será puesto, sin entrar en el análisis de quién sea el titular material, en el estado posesorio correspondiente a lo que declara la inscripción. Se trata de llegar a un resultado fáctico equivalente al que presumiblemente se hubiera logrado con el ejercicio de la acción real ordinaria, pero mediante una acción nueva y especial que se concede al titular registral. Se trata de una acción de carácter vindicatorio y eficacia provisional, de modo que la sentencia que se dicte no produce efectos de cosa juzgada material (artículo 447.3 LEC)". La SAP Islas Baleares (Secc. 3ª) 3 octubre 2006 (JUR 2007, 251371) estima que la protección se recaba "no con base en el mero hecho de la posesión (como ocurre con los interdictos) sin con base en la inscripción en el Registro de la Propiedad".

156 En la JPI Palma de Mallorca (núm. 20) 19 diciembre 2020 (Jur 2020, 142894) se cita la "STC 2002/45, 25 febrero 2002 (RTC 2002,45), en el procedimiento para la efectividad de los derechos reales inscritos, previsto en el antiguo artículo 41 de la Ley Hipotecaria, y regulado en la actualidad en la LEC, la caución se configura legalmente como una garantía que debe prestar el demandado (en cualquiera de las formas actualmente previstas en el artículo 64.2 LEC) para que le sea admitida la oposición a la demanda mediante la formulación de la llamada "demanda de contradicción". Esta caución, que deberá solicitarse por el actor (arts. 137, regla 2ª RH y 439.2.2 LEC), y cuya cuantía, dentro de los límites de la interesada por

cuantía de la caución se han de ponderar las circunstancias concurrentes, tanto las consecuencias económicas que se derivan para el actor como la capacidad económica del demandado para evitar que la exigencia de la caución impidiera ejercitar su derecho de defensa[157]. En alguna sentencia queda constancia de como se ha ponderado el cálculo de la fianza[158]. El no pago de la caución provoca como

el demandante, será fijada por el Juzgado (arts. 137, regla 6ª RH y 440.2 LEC), tiene como finalidad -expresamente declarada por la ley- la de responder de la devolución de los frutos percibidos indebidamente y del pago de los daños y perjuicios causados, así como de las costas procesales (arts. 41.4 LH, 137, regla 2ª RH y 439.2.2 LEC). Por tanto, la caución se diferencia netamente de otras medidas cautelares que puedan solicitarse y acordarse para la efectividad de la Sentencia que se dicte (arts. 137, reglas 2 ª y 3ªRH y 439.2.1 y 2 y 441.3 LEC)".

157 Para la JPI Palma de Mallorca (núm. 20) 19 diciembre 2020 (Jur 2020, 142894) "La regulación legal impone a los órganos judiciales, a la hora de fijar la cuantía de la caución que debe prestar el demandado, una ponderación de las circunstancias del caso que tenga en cuenta el objeto y contenido de la pretensión ejercitada en la demanda, las consecuencias económicas que para el demandante se derivan de la conducta perturbadora del derecho real inscrito que se imputa al demandado (frutos, daños y perjuicios y costas procesales), así como la capacidad económica de éste, pues la exigencia de una caución que hiciera impracticable el ejercicio de su derecho de defensa, impidiéndole contestar a la demanda y oponerse a la pretensión del actor ("demanda de contradicción"), podría constituir una privación del derecho a la tutela judicial efectiva que vulneraría el art. 24.1 CE al impedir el acceso al proceso sumario en el que le ha situado la contraparte". La SAP Barcelona (Secc. 16ª) 21 junio 2019 (JUR 2019,210642) estima que "en el trance de fijar la caución necesaria para formalizar la oposición en procedimientos de la naturaleza del presente, el órgano judicial no solo deberá tener en consideración las circunstancias personales y económicas de quien haya de prestar la caución, que es el único aspecto en el que se incide en el recurso de apelación, sino que también debe ponderar que la repetida caución está destinada a responder de los frutos que el demandado haya percibido indebidamente, de los daños y perjuicios que hubiere irrogado al demandante y de las costas del juicio". En este caso se parte de que "el precio de mercado del alquiler de una vivienda de análogas características y emplazamiento que la que es objeto de autos ronda los 600 euros mensuales. Bajo aquellos parámetros, la fijación de la caución en 3.000 euros -cifra que resarciría a la demandante de las ganancias dejadas de obtener durante aproximadamente cinco meses, cuando ha transcurrido ya más de un año desde que interpuso la demanda- se antoja prudente y proporcionada, en criterio objetivo, en atención a los fines perseguidos, máxime cuando la apelante tampoco se ha ocupado de aportar datos específicos sobre su situación económica". En parecidos términos se exige la ponderación por la SAP Barcelona (Secc. 14ª) 3 marzo 2017 (AC 2017, 614) con la advertencia de que la cuantía de la caución no ha de constituir una privación del derecho a la tutela judicial efectiva que vulneraría el art. 24.1 CE al impedir el acceso al proceso sumario en el que le ha situado la contraparte.

158 Un ejemplo de ponderación lo tenemos en la SJPI Palma de Mallorca (núm. 20) 19 diciembre 2020 (Jur 2020, 142894) al establecer que "En el supuesto de autos, la juzgadora de primera instancia consideró adecuada una caución de 600 euros y no la solicitada por la demandante de 6000 euros, y el tribunal estima adecuado su importe que ni siquiera se impugna en esta instancia, frente a la ocupación sin contraprestación alguna de una vivienda, sopesando las circunstancias concurrentes, la precaria situación de la parte demandada".

consecuencia la inadmisibilidad de la demanda[159]. El pago de esta caución no puede evitarse ni tan siquiera por quienes utilizan el derecho a la justicia gratuita[160].

En la gran mayoría de sentencias que hemos analizado el "okupa" demandado no ha estado dispuesto a pagar la caución y el procedimiento ha continuado en rebeldía. Finalmente, el demandado, en caso de oponerse a la demanda solo podrá utilizar las causas de oposición legalmente tasadas (art. 444.2 LEC) y en el caso de oponer otra causa esta tendrá que sustanciarse en un juicio declarativo[161]. En este procedimiento se hace todavía más difícil la utilización de las consabidas excusas

159 La SAP Córdoba (Secc. 1ª) 3 octubre 2018 (JUR 2019,6162) estima que el incumplimiento de la prestación de caución supone un incumplimiento de un requisito de procedibilidad establecido en los arts. 439.2, 440.2 y 444.2 LEC, de manera que "esa prestación de caución se constituye como un requisito de admisibilidad de la oposición, de tal forma que el tribunal viene obligado a fijarla y el demandado a prestarla". Inadmisión que esta sentencia también extiende al recurso de apelación. La SAP Barcelona (Secc. 14ª) 3 marzo 2017 (AC 2017, 614) dice que "En los casos del número 7.º del apartado 1 del artículo 250, en la citación para la vista se apercibirá al demandado de que, en caso de no comparecer, se dictará sentencia acordando las actuaciones que, para la efectividad del derecho inscrito, hubiere solicitado el actor. También se apercibirá al demandado, en su caso, de que la misma sentencia se dictará si comparece al acto de la vista, pero no presta caución, en la cuantía que, tras oírle, el tribunal determine, dentro de la solicitada por el actor"), en relación con el art. 444.2 LEC ("en los casos del número 7° del apartado 1 del artículo 250, el demandado sólo puede oponerse a la demanda si, en su caso, presta la caución determinada por el tribunal en cualquiera de las formas previstas en el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 64")" y con cita de otras sentencias manifiesta que "también se satisface el derecho a la tutela judicial efectiva cuando se obtiene una resolución que deja imprejuzgada la acción o la pretensión ejercitada en el proceso, si está fundada en la falta de algún requisito o presupuesto procesal legalmente establecido que impida entrar en el fondo del asunto".

160 La SJPI Palma de Mallorca (núm. 20) 19 diciembre 2020 (Jur 2020, 142894) establece que "el goce del derecho a la asistencia jurídica gratuita (que concurre en la recurrente como en la totalidad de los procesos idénticos al de autos) no tiene forzosamente que producir el efecto de exonerar a su titular de la obligación de prestar las fianzas que le sean exigibles en el ámbito del proceso civil. En la STC 202/1987, de 17 de diciembre (RTC 1987, 202), ya se declaró que la fianza exigida por los órganos judiciales a un demandante al que se había reconocido el derecho a la justicia gratuita, como condición previa para acordar la anotación en el Registro de la Propiedad de su demanda civil, no vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva". En la SAP Barcelona (Secc. 13ª) 11 febrero 2016 (JUR 2016,69763) "Dicha caución, que constituye un requisito de procedibilidad para oponerse a la demanda, aún en el supuesto de que los demandados gocen del derecho a justicia gratuita, ha sido declarado procedente por el Tribunal Constitucional, que en sentencia de 25-2-2002 ha precisado que: "en el procedimiento para la efectividad de los derechos reales inscritos, previsto en el art. 41 LH (desarrollado en el art. 137) y regulado en la actualidad en la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts.250.7, 439.2, 440.2, 441.3, 444.2 y 447.3), la caución se configura legalmente como una garantía que debe prestar el demandado (en cualquiera de las formas actualmente previstas en el art. 64.2 LEC) para que le sea admitida la oposición a la demanda mediante la formulación de la llamada "demanda de contradicción". En parecidos términos se ha pronunciado la SAP Barcelona (Secc. 16ª) 21 junio 2019 (JUR 2019,210642).

161 Así queda patente en la SAP Castellón (Sec.3ª), 1 octubre 2004 (JUR 2005,26492) se establece que "se trata de un proceso de naturaleza sumaria, en el que se parte de la presunción de certeza derivada de la certificación del Registro que debe aportarse con la demanda y están limitados los medios de defensa, ya que la oposición del demandado está limitada a las causas previstas en el artículo 444.2 LECiv, por lo que no cabe discutir problemas de discordancia del contenido del Registro y la realidad extra registral, como ya expuso acertadamente el Juez "a quo", ni tampoco resolver problemas de linderos, de tal forma que no acreditada la causa de oposición invocada por la demandada, no puede prosperar el recurso que se formula contra la Sentencia estimatoria de la demanda".

de que se había realizado un contrato de alquiler con un tercero[162]. Incluso se ha intentado alegar la prescripción por transcurso de un año de la acción[163].

No obstante, para algún autor esta circunstancia, entre otras, hace que la vía del art. 250.1.7 LEC no tenga encaje para la recuperación de la vivienda ocupada[164]. En nuestra opinión precisamente en esta reducción de las causas de oposición reside precisamente una de las ventajas de este procedimiento, puesto que con el mismo se conseguirá la devolución del inmueble ocupado. En la doctrina se defiende el empleo de esta vía cuando no sea posible la utilización del "desalojo exprés", lo que además queda avalado por cuanto que se trata del procedimiento más empleado por bancos y entidades inmobiliarias cuando no consiguen el desalojo de los ocupantes por la vía del delito de usurpación inmobiliaria[165]. No obstante, esta vía procesal solo es recomendable cuando no haya problemas de identificación del inmueble que se pretende recuperar, como sucede con las viviendas, locales u otros elementos de un edificio. Pueden surgir problemas cuando se trata de solares especialmente en zonas de las periferias urbanas sometidas a procesos de urbanización, puesto que en estos casos los datos físicos de los inmuebles que consten en el Registro pueden ser insuficientes para permitir su correcta identificación.

162 La SAP Barcelona (Secc. 16ª) 21 junio 2019 (JUR 2019,210642) no admite como causa de oposición que el demandado "accedió a la vivienda litigiosa tras abonar un importe en efectivo a un intermediario inmobiliario que aseguraba actuar en nombre de la sociedad actora y que le proporcionó las llaves del inmueble. No se trata, sin embargo, de una causa de oposición sólida ni verosímil, por lo que no se aprecia razón alguna para reconsiderar la caución impuesta por el órgano de instancia".

163 Así en la SAP Córdoba (Secc. 1ª) 3 octubre 2018 (JUR 2019,6162) se establece que "habiéndose ejercitado una acción de protección de los derechos reales inscritos, no es de aplicación el motivo de oposición invocado, referido a la prescripción de la acción por transcurso del plazo anual, que es el referido a la acción interdictal […] no nos encontramos ante un interdicto de recobrar o retenerla posesión, en el que la acción prescribiría al año, sino ante acciones reales procedentes de los derechos inscritos, que podrán ejercitarse a través del juicio verbal regulado en la LECiv. Contra quienes, sin título inscrito, se opongan a aquellos derechos o perturben su ejercicio...". En parecidos términos la En parecidos términos se había manifestado la SAP Barcelona (Secc. 14ª) 3 marzo 2017 (AC 2017, 614) puesto que "la acción ejercitada en la demanda no es la protección posesoria a que se refiere el artículo 250.1.4ª en relación con el artículo 439.1 LEC prevista para la protección interdictal o posesoria sino la protección de los derechos reales inscritos de los titulares registrales frente a quienes se opongan a ellas o las perturben sin disponer de título que legitime la ocupación o perturbación, al amparo del artículo 250.1.7° y derivada de la protección del artículo 41 LH en relación con el artículo 439.2 LEC, no siendo por ello exigible el no transcurso del plazo del año como presupuesto legal de admisibilidad previsto para los supuestos del artículo 250.1.4ª de la LEC en relación con el artículo 439.1 LEC invocado como eje del recurso de apelación".

164 Rodríguez Mesa, A.: "Necesidad de la reforma", cit., se muestra tajante al respecto y mantiene que ni en la acción de protección al derecho real inscrito frente al perturbador sin derecho alguno del art. 250.1.7 LEC, ni tampoco en la acción posesoria del ordinal 4° del mismo precepto tienen acomodo los supuestos de ocupación ilegal de viviendas. El argumento principal en que se basa su tesis es que se trata de procedimientos sumarios de restringido conocimiento.

165 Ibarra Sánchez, J.L.: "La reforma procesal", cit., además de señalar la preferencia de los bancos por esta vía civil recuperatoria, destaca que no podrá ser utilizada por aquellos propietarios que no tengan inscrito de su derecho de propiedad en el Registro. López Chocarro, I.: "La ocupación ilegal y el juicio verbal para la efectividad de los derechos reales inscritos (artículo 250.1.7.° LEC). La caución como requisito para acceder al recurso de apelación", *Diario La Ley,* N° 9204, 2018, estima que en el caso de los propietarios con título inscrito en el Registro de la Propiedad esta es sin duda alguna el mecanismo a elegir.

Si bien es cierto que este procedimiento, de modo similar a como sucede con los interdictos, no produce efecto de cosa juzgada (art. 447.3 LEC), es muy poco probable que un "okupa" que ya ha sido lanzado de un inmueble inicie un juicio declarativo para la defensa de sus respectivos derechos. Los okupas por lo general una vez que ha sido desahuciados continúen teniendo interés alguno en un proceso declarativo con escasas posibilidades de éxito. Además, al propietario lo que le interesa es la pronta restitución de la posesión del inmueble "okupado" pasando a segundo lugar la cuestión relativa a la demostración del dominio máxime cuando ya tiene a su favor un asiento registral y los beneficios derivados de la fe pública registral. El éxito de este procedimiento se encuentra en que en las bases de datos jurídicas es posible encontrar gran número de sentencias en las que el procedimiento termina en la primera instancia.

VI. REFLEXIONES FINALES.

La reforma realizada por la Ley 5/2018 supone la creación, por fin, de un procedimiento rápido, ágil y efectivo para poder recuperar las viviendas ilegalmente ocupadas. Esta reforma, sin embargo, debería de haber sido más profunda puesto que el legislador se ha dejado fuera del nuevo cauce legal a los mayores perjudicados por las ocupaciones ilegales de viviendas como son los bancos y otros grandes tenedores de vivienda. La marginación de estas entidades no ha tenido en cuenta que las viviendas que estas tienen en propiedad no siempre conforman edificios enteros, sino que pueden ser pisos insertos en edificios compartidos con particulares. La ocupación de las viviendas de los grandes tenedores está afectando al resto de propietarios y legales ocupantes de pisos y locales de los edificios en régimen de propiedad horizontal. Entre estos daños pueden ser directos en los elementos comunes, defraudaciones de electricidad, suciedad, ruidos como de convivencia. La ocupación de edificios enteros de grandes tenedores también causa daños a aquellas personas que no pueden adquirir una vivienda por estar ocupada o que incluso habiéndola ya comprado no pueden acceder a la misma hasta el desalojo de los ocupas. El hecho de que muchos pisos de grandes tenedores estén ocupados impide que los Ayuntamiento o otras entidades de derecho público puedan quedarse con aquellas viviendas para dedicarlas a vivienda social. En consecuencia, en una futura reforma de la ley entendemos que debería de ampliarse la legitimación activa para la utilización del procedimiento de "desalojo exprés" a todos los propietarios de viviendas sin distinción alguna. Asimismo, debería de ampliarse la legitimación activa a las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal por su condición de perjudicados directos de las ocupaciones de viviendas que se encuentren dentro de su comunidad.

El nuevo procedimiento de "desalojo exprés" es un mecanismo híbrido puesto que a pesar de que sus principales características son las del interdicto de recobrar

la posesión, sin embargo, tiene caracteres del desahucio por precario, puesto que la posesión que se protege es la que se ampara en un título y no la posesión de hecho. Por este motivo debería de haberse regulado en un nuevo numeral dentro del art. 250.1 LEC. Asimismo, el hecho de tener caracteres que lo diferencias de las acciones de tutela sumaria de la posesión debería de haberse traducido en un mayor plazo de caducidad que el reducido plazo de un año de previsto para ese tipo de acciones. De modo que nuestra propuesta sería de elevar la caducidad a un plazo de dos años.

Las críticas que el legislador efectúa en el preámbulo de la Ley 5/2018 a todos los procedimientos de tutela de la posesión contemplados en el art. 250.1 LEC deberían de haberse sido acompañadas de algunas medidas. La medida que debería de haberse extendidos a todos los procedimientos de protección de la posesión es la de poder demandar y notifica la demanda a los ignorados ocupantes de cualquier modalidad de inmueble ocupado. No se puede ignorar que esa posibilidad ha sido admitida en multitud de sentencias. De modo que no es comprensible como el legislador en este caso no haya regulado aquello que desde hace tanto tiempo ya es un uso en los tribunales.

BIBLIOGRAFÍA

Bastante Granell, V.: "Ocupación ilegal de viviendas: la necesaria delimitación jurídico-social de los sujetos "ocupa" y "ocupado"", *Revista de Derecho Patrimonial,* núm. 47/2018.

Bonet Navarro, J.: *Los juicios por desahucio,* Aranzadi, 5ª ed., Cizur Menor, 2021.

Cano Moriano, G.: *Estudio sobre la figura del precario*, Edhersa, Madrid, 2006.

Pérez Daudí, V.: "La okupacion de bienes inmuebles y la protección efectiva del poseedor legítimo", *Diario La Ley*, núm. 10716, 2020.

De Páramo Argüelles, M.: "Arrendamientos urbanos de vivienda: evolución legislativa y jurisprudencial en relación a la protección del arrendador: su aplicación práctica", *Revista de Derecho vLex*, núm. 77, febrero 2010.

Fuentes-Lojo Rius, A.: "¿Tiene legitimación activa la comunidad de propietarios para interponer el nuevo interdicto de recobro de la posesión en caso de ocupación ilícita de la antigua vivienda portería?", *Actualidad civil*, núm. 2, 2019.

García Aburuza, M. P.: "Contribución de la ex cónyuge a los gastos de construcción de vivienda en terreno de su ex suegro: la sentencia del tribunal supremo de 17 de noviembre de 2020", *Revista Aranzadi Doctrinal,* núm. 3/2021.

Hinojosa Segovia, R.: "La defensa de los derechos de los titulares legítimos frente a las ocupaciones ilegales", *Notario del siglo XXV,* núm. 80, julio-agosto 2018.

Ibarra Sánchez, J. L.: "La reforma procesal de la Ley 5/2018, de 11 de junio: la nueva tutela sumaria de la posesión de viviendas del artículo 250.1.4º LEC y el desalojo cautelar inmediato de los ocupantes", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10/2018.

López Chocarro, I.: "La ocupación ilegal y el juicio verbal para la efectividad de los derechos reales inscritos (artículo 250.1.7.º LEC). La caución como requisito para acceder al recurso de apelación", *Diario La Ley,* núm. 9204, 2018.

Marín López, J. J.: "Comentario al art. 1750 del CC", *Grandes Tratados. Comentarios al Código Civil,* Editorial Aranzadi.

Perarnau Moya, J.: "Desalojo de 'okupas'", *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios,* núm. 5, Desahucios y arrendamientos, mayo 2019.

RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E.: "Una visión judicial del "interdicto de recobrar la posesión" de la Ley 5/2018 frente a la ocupación ilegal de vivienda", *Revista Aranzadi Doctrinal,* núm. 10/2018.

RODRÍGUEZ MESA, A.: Necesidad de la reforma operada en la Ley de Enjuiciamiento Civil por la Ley 5/2018, de desahucio exprés frente a los "okupas". Disponible en: http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/13081-necesidad-de-la-reforma-operada-en-la-ley-de-enjuiciamiento-civil-por-la-ley-5-2018-de-desahucio-expres-frente-a-los-laquo;okupasraquo;/ (Consultado el 25-03-2020)

RODRÍGUEZ ALMIRÓN, F. J.: "Estudio jurisprudencial de las cuestiones más controvertidas en relación con el delito de usurpación del art. 245 CP", *Cuadernos de Política Criminal,* núm. 132, III, Época II, diciembre 2020.

RAMOS PÉREZ, J. J.: "La acción ex art. 41 de la ley hipotecaria". *Noticias. Jurídicas. com, 23-10-2012.*

TORRES LÓPEZ, A.: "¿Acabará la Ley 5/2018 de reforma de la LEC con el problema de los Okupas en España? Editorial jurídica Sepín, 14 junio 2018.

TEMAS E INTERPRETACIONES DEL DERECHO SUCESORIO ITALIANO

TOPICS AND INTERPRETATIONS OF ITALIAN INHERITANCE LAW

Rev. Boliv. de Derecho Nº 32, julio 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 366-383

Vincenzo
BARBA

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de febrero de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 30 de abril de 2021

RESUMEN: El articulo quiere mostrar que las interpretaciones de las instituciones del derecho de sucesiones que consideran el interés familiar, como expresión del principio de solidaridad (cada vez más en una protección patrimonialista de la legitimidad), siempre prevalente sobre todos los demás intereses, ya no pueden ser compartidas, porque la solidaridad no se distingue del personalismo. Modernizar el derecho de sucesiones no significa tener que abdicar en favor del contrato, sino descubrir el valor de la autonomía privada y el potencial del acto de última voluntad. Es la centralidad de la persona humana y no sólo el principio de solidaridad (más aún si se entiende en un sentido patrimonialista) la clave a través de la cual el derecho de sucesión espera una relectura. Esto requiere el reconocimiento de la centralidad de la autonomía privada y, por lo tanto, la centralidad del acto de última voluntad, como instrumento para la realización de la dignidad de la persona.

PALABRAS CLAVE: Testamento; acto de última voluntad; acto mortis causa; contenido típico y atípico del testamento; legitimarios; legítima derechos fundamentales; dignidad de la persona; principio de solidaridad.

ABSTRACT: *The paper aims to demonstrate that the interpretations of the institutions of the law of succession that want to consider the family interest, as an expression of the principle of solidarity (increasingly in financial protection of heirs), always prevailing over all others cannot be shared more. Modernize the law of succession does not mean abdicating in favor of the contract, but to discover the value of private autonomy and the potential of the act of last will. It is the centrality of the human person and not just the principle of solidarity (even more if it is considered in the economic sense) the key through which the law of succession is waiting to be interpreted. We must recognize the centrality of private autonomy, and, therefore, the centrality of the act of last will, as a tool for the realization of the dignity of the person.*

KEY WORDS: *Will; act of last will; act mortis causa; typical and atypical content of the will; legitimated persons; legitimate; fundamental rights; dignity of the person; principle of solidarity.*

SUMARIO.- I. ACTOS INTER VIVOS Y ACTOS DE ULTIMA VOLUNTAD.- II. LAS SUCESIONES Y EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD.- III. AUTONOMÍA TESTAMENTARIA Y EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD.- IV. AUTONOMÍA Y CONTENIDO DEL TESTAMENTO.

I. ACTOS *INTER VIVOS* Y ACTOS DE ULTIMA VOLUNTAD.

Reflexionar, hoy en día, en torno al derecho de sucesión, requiere no sólo una evaluación del tema en el horizonte ibero-europeo, sino, sobre todo, meditar sobre dos temas centrales: la libertad de disponer por causa de muerte y la protección de los legitimarios o herederos especialmente protegidos. Estos temas, que, en realidad, aunque conservan espacios conceptuales autónomos, a menudo terminan cruzándose entre sí, para representar dos caras de la misma moneda.

No cabe duda de que el discurso sobre la libertad de disposición y la planificación hereditaria no sólo es extraordinariamente fascinante, sino que también conserva una marcada autonomía con respecto a la protección de los legitimarios, al menos en la parte en que exige al jurista de hoy que medite sobre la supuesta declinación del testamento y que reconsidere la teoría del acto de última voluntad.

A este respecto, la obra de Giorgio Giampiccolo[1], aunque ha dejado un legado fundamental, es, sin embargo, recordada más por la definición de un acto a causa de muerte y como estudio del llamado contenido atípico del testamento, que no por su contribución fundamental a la teoría del acto de última voluntad.

La categoría del acto entre vivos, entendida como una clase que comprende todos los actos jurídicos destinados a producir, a partir de su celebración, una relación jurídica, no puede contrastarse útilmente con la del acto por causa de muerte, sino con la categoría del acto de última voluntad.

1 Giampiccolo G.: *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Giuffré, Milano, 1954, p. 37 s.; Giampiccolo G.: *Atto «mortis causa»*, en *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Giuffré, Milano, 1959, p. 232 s.

• Vincenzo Barba
Catedrático de Derecho Civil en la Universidad de Roma "La Sapienza". Decano del Grado en Ciencias Empresariales. Sus intereses científicos se centran en el derecho de sucesiones, en el derecho de familia y en el derecho de obligaciones y contratos. Es autor de seis monografías y más de cien artículos publicados en revistas italianas e internacionales y es responsable de numerosos proyectos de investigación nacionales e internacionales. Su trayectoria presenta un marcado carácter internacional. Miembro pleno de la Academia Internacional de Derecho de Sucesiones; Miembro ordinario de la SISDiC Società Italiana Studiosi del Diritto Civile; Miembro del Instituto de Derecho Iberoamericano. Es director y fundador de la Revista "Diritto delle Successioni e della Famiglia"; miembro del Consejo Científico de muchas Revistas internacionales; director de la colección "Biblioteca de derecho de familia y sucesiones" de la editorial de Ediciones Olejnik. Correo: vincenzo.barba@uniroma1.it.

Por una parte, los actos de última voluntad, es decir, los actos jurídicos unilaterales y unipersonales, que tienen por objeto producir efectos sólo después de la muerte de su autor, sin poder producir ningún efecto antes de ese momento, incluso si son también conocidos o dirigidos a los mismos destinatarios. Actos, por lo tanto, que son fisiológicamente incapaces de generar algún tipo de confianza en el destinatario, aunque tenga conocimiento de ellos. Actos que, en consecuencia, deben interpretarse teniendo en cuenta exclusivamente la determinación de su autor, mientras que la voluntad de todos los demás sigue siendo sustancialmente irrelevante. Actos, por lo tanto, siempre revocables por su autor.

Por otra parte, los actos entre vivos, es decir, esa clase de actos jurídicos identificados debido a su aptitud para producir, desde su celebración, una relación jurídica, aunque se trate de un efecto jurídico prodrómico o, meramente, provisional (como en el caso de un negocio sujeto al *dies mortis*, o a condición de premoriencia). Los actos unilaterales, bilaterales o plurilaterales, que precisamente por su idoneidad inmediata para producir un efecto jurídico, aunque se trate de un efecto llamado preliminar o prodrómico con respecto al principal, si éste se aplaza a un momento futuro (por la imposición de un plazo inicial, o de una condición suspensiva), pasan a ser capaces de generar una confianza jurídicamente relevante en el destinatario del acto y del efecto. Actos, por lo tanto, que non se pueden revocar y vinculan las partes.

Razonando en esta perspectiva, que quiere cotejar la categoría de los actos entre vivos y la de los actos de última voluntad, se deduce que la categoría de los actos *mortis causa* queda libre de la primera y la segunda. Su rasgo característico radica en considerar la muerte de su autor como un acontecimiento capaz de distinguir el acto desde un punto de vista objetivo-funcional. La categoría de actos por causa de muerte reúne actos que son estructural y naturalmente diferentes en cuanto son capaces de llevar a cabo la libertad de disposición por causa de la muerte.

En mi opinión, es a partir de esta intuición fundamental de Giampiccolo que debe moverse el estudio de la libertad de disponer por causa de muerte, asumiendo la conciencia de que el acto de última voluntad, que no puede ni debe agotarse en el testamento, no es sólo la categoría ordenadora de la libertad de disponer por causa de muerte, sino, sobre todo, una categoría capaz de realizar una planificación hereditaria funcional a las necesidades que, con el paso del tiempo, han ido surgiendo en modo cada vez más evidente.

No se trata de una categoría abstracta, o de un concepto que sólo sirve para poner orden, según la antigua y noble tradición dogmática, sino de un instrumento para la realización de los intereses *post mortem* de la persona.

Desde otro punto de vista, está claro que el testamento es un acto de última voluntad, que no agota la categoría.

Para concretar esta reflexión, basta con recordar los numerosos actos de última voluntad, no necesariamente testamentarios, aptos para ordenar los aspectos sucesorios de la persona: la dispensa de la collación, la elección del tutor para el hijo, las disposiciones relativas a la publicación *post mortem* de la propiedad intelectual o al destino de los documentos y la correspondencia del difunto, las disposiciones relativas a los funerales, la inhumación o la cremación, la confesión.

Desde otro punto de vista, es importante recordar la multiplicidad de actos que pueden, indistintamente, realizarse tanto entre vivos como por la última voluntad, con todas las consecuencias, en términos de eficacia e interpretación, que ello conlleva. Así, la constitución de una fundación, el reconocimiento del hijo extramatrimonial, la rehabilitación del indigno, la revocación del testamento, la revocación de la revocación del testamento, la revocación de la prestación del contrato a favor del tercero, la constitución de una renta vitalicia, la constitución de una servidumbre, la designación o revocación del beneficiario del contrato de seguro de vida, la promesa de pago y el reconocimiento de deuda, la constitución de un derecho de usufructo, uso o vivienda, la constitución de un derecho real o de un derecho personal de goce.

Desde mi punto de vista, esto hace necesario establecer el confín entre el testamento y los otros actos de última voluntad diferentes del testamento, es decir, el contenido que debe confiarse inevitablemente al testamento y el que, en cambio, puede confiarse también a los actos de última voluntad distintos del testamento.

No cabe duda de que el confín preciso depende de los ordenamientos jurídicos, ya que se trata de opciones técnicas de reglamentación.

En cualquier caso, no me parece que podamos descartar una línea de tendencia, que tenga en cuenta la noción de testamento y la función que históricamente ese acto ha asumido. No hay duda de que la función principal del testamento está vinculada a la herencia, es decir, a la institución de herederos y a la ordenación de legados. Es decir, lo que históricamente se ha llamado el contenido típico del testamento. En esta perspectiva, incluso retomando la enseñanza de Giorgio Giampiccolo, me parece que al testamento está reservada la disposición de la delación, que constituye el llamado contenido típico, con la consecuencia de que cualquier otro interés *post mortem* de la persona, que no implique una disposición de la delación, puede realizarse mediante un acto de última voluntad distinto del testamento.

Me parece, en definitiva, que hay que invertir el razonamiento: no identificar el contenido que puede confiarse a actos de última voluntad distintos del testamento, casi como si se tratara de una categoría residual, sino, al contrario, identificar el contenido que debe confiarse exclusivamente al testamento[2].

Una vez identificado el contenido típico del testamento en la institución de herederos y en la ordenación de legados, es decir, en la disposición de la delación, cualquier otro interés, que no afecte, inmediata y directamente, a la delación, puede, sin menos, confiarse a un acto de última voluntad que no sea el testamento. El resultado es, pues, una fuerte revitalización de la categoría de los actos de última voluntad y, por consiguiente, una revitalización del derecho sucesorio, ya que todos los intereses no patrimoniales y los intereses patrimoniales que no impliquen, inmediata o directamente, una delación de la herencia, pueden regularse de manera válida y eficaz mediante un acto de última voluntad distinto del testamento, es decir, mediante un acto unilateral y unipersonal que no esté sujeto a las formalidades y a los requisitos prescritos para el testamento. Es, además, una línea de tendencia que recoge las necesidades que surgen hoy en día, ofreciendo una respuesta a todas las herramientas que los principales gestores de redes sociales y servicios digitales han imaginado para la gestión de la cuenta de los usuarios (entre otros, el contacto de legado de Facebook).

Así pues, un texto impreso, firmado por su autor, aunque sería un testamento ológrafo inválido y, por lo tanto, un acto por el cual el particular no podría, válidamente, establecer un heredero o un legatario, sería un acto válido de última voluntad, si contiene prescripciones relativas a la persona que tiene derecho a publicar las obras inéditas del difunto, o al destino de las cartas y documentos familiares, y también si contiene la revocación del contrato a favor del tercero que debe efectuarse después del fallecimiento del titular, o la designación del beneficiario del seguro a favor del tercero.

II. LAS SUCESIONES Y EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD.

La teoría del acto de última voluntad, como instrumento indispensable para la planificación de la sucesión, cuando no nos ocupamos de su función y del tema de su contenido, se cruza inevitablemente con la protección de los legitimarios. Ya que esta última regulación termina por constituir un límite a la libertad de disponer por causa de muerte, volviendo a proponer, aunque con variedad de tonos y matices, la difícil relación entre autonomía y heteronomía.

Una relación dogmáticamente difícil e históricamente condicionada, especialmente en derecho de sucesiones, por la teoría institucional de la familia y

2 Barba V.: *Contenuto del testamento e atti di ultima volontà*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018, pp. 3 ss.

el interés familiar. Con la advertencia de que todo el derecho de sucesiones por causa de muerte se ha leído, a menudo, en función del interés familiar, casi como si esta solución hermenéutica fuera una necesidad ineludible.

Paradójicamente, esta lectura del derecho sucesorio se ve aún reforzada en cierta medida por la lectura de los principios constitucionales, a través de los cuales se sigue sosteniendo la idea de que la protección de los legitimarios se basa en el principio de solidaridad. De hecho, muchos dicen que no se puede hacer una lectura del derecho de sucesiones sin dar prioridad al principio de solidaridad.

Esta lectura, precisamente porque se consideraba insuperable, ha empujado a la doctrina a refugiarse en los negocios jurídicos con efectos *post mortem*, reforzando esa fuerza centrífuga respecto al testamento que, cada vez con mayor convicción, se ha anunciado, y ha indicado la prohibición de los pactos sucesorios como el enemigo contemporáneo de una planificación hereditaria, capaz de captar las necesidades de hoy.

No hay duda de que, a una primera lectura, la protección de los legitimarios puede parecer una regulación a través de la cual se realiza el principio de solidaridad.

Sin embargo, hay que considerar que la solidaridad, como principio fundamental de los ordenamientos jurídicos fundado en el valor de la persona humana y de su dignidad, no puede ser disuelta por el personalismo y que, en todo caso, siempre es necesario equilibrar los principios involucrados según un criterio de razonabilidad.

Se enseña, ya a nivel de manual, que existe una pluralidad de significados de solidaridad: solidaridad para los fines del Estado, o para los de los ciudadanos, espontáneamente, o impuesta con autoridad.

Desde la perspectiva constitucional, la solidaridad expresa la cooperación y la igualdad en la afirmación de los derechos fundamentales de todos.

Por lo tanto, no se trata de una solidaridad restringida dentro de los límites de un grupo, ni disuelta en la subordinación de cada persona al Estado.

La solidaridad constitucional, es decir, no concibe, ni puede concebir, un interés mayor que el del pleno y libre desarrollo de la persona.

La solidaridad está inextricablemente ligada al personalismo; es la persona que es inseparable de la solidaridad y no el último superior al primero. Porque el cuidado del otro es parte del concepto mismo de la persona.

Esto hace necesario considerar que la familia, encuentra protección en nuestro sistema constitucional precisamente como formación social y, por tanto, como lugar, aunque privilegiado, en el que se desarrolla la persona humana.

Las formaciones sociales, sin embargo, siempre deben ser consideradas en una posición de servicio a la persona.

Nunca puede haber supremacía del grupo sobre el individuo.

Desde esta perspectiva, el derecho sucesorio merecería ser releído, porque si, por un lado, la sucesión necesaria protege a la familia, por otro lado, la libertad de disponer, expresión del principio de autonomía, es un instrumento fundamental para la realización de la persona.

La lectura tradicional del derecho de sucesión, como sistema dedicado a la realización exclusiva y necesaria del interés familiar, no parece, por lo tanto, corresponder ni ser coherente con la tabla de valores normativos de los ordenamientos jurídicos contemporáneos.

Se requiere una nueva lectura, teniendo en cuenta la necesidad de conciliar, de equilibrar el interés familiar, protegido por el necesario derecho sucesorio, con la libertad de la persona a la autodeterminación, conseguida por la libertad de disponer y, más precisamente, por el acto de última voluntad.

Además, es importante cambiar radicalmente el concepto de familia. No es importante centrarse solo la familia basada en el matrimonio o en los lazos de sangre, ya que la coordinada fundamental ha de ser la afectividad.

En este sentido la enseñanza del distinguido jurista cubano Leonardo Pérez Gallardo[3] según el cual: «(n)o se trata de proteger a las familias por el solo hecho de existir vínculos sustentados en el ADN; no creo que la sangre por sí sola sea motivo justificativo suficiente de enervar parcialmente la libertad de disponer por causa de muerte. Debe existir un plus, conectado con la dependencia, con la vulnerabilidad, amén del vínculo afectivo-familiar, que envuelve no un concepto tradicional de familia, sino uno capaz de avizorar los nuevos constructos familiares». Y el autor precisa que la afectividad es el centro de la reconstrucción familiar, hasta el punto de que el principio de pluralidad familiar reconocido en el art. 81 de la Constitución cubana impone al legislador infraconstitucional reconocer el afecto como un valor no solo jurídico, sino también constitucional, al ser el denominador común de todos los hechos y actos fundantes de las familias.

3 Pérez Gallardo L.: *Hacia un legitima asistencial: ni Escila ni Caribdis*, en Pérez Gallardo L.: *El derecho de sucesiones que viene*, Ediciones Olejnik, Argentina, 2020, pp. 67 ss.; Pérez Gallardo L.: *Las nuevas construcciones familiares en la sucesión ab intestado, en pos de superar trazos hematológicos*, en Pérez Gallardo L.: *El derecho de sucesiones que viene*, Ediciones Olejnik, Argentina, 2020, pp. 213 ss.

En Italia, también gracias a la posición de una parte de la doctrina, este cambio de perspectiva comienza a registrarse y se hallan signos de apertura, si se considera que la jurisprudencia de legitimidad, con soluciones, que comparto, carece de considerar, con cada vez mayor convicción, la disciplina de la protección de los legitimarios como un principio del llamado orden público internacional.

Esta cuestión ha adquirido, además, gran importancia y tiene significativas repercusiones prácticas, si se tiene en cuenta que en agosto de 2015 entró en vigor el Reglamento 650 de la Unión Europea de 2012, que contiene normas particularmente innovadoras de derecho internacional privado.

La ley que rige la sucesión ya no es la ley nacional del fallecido, sino la ley del Estado en el que el fallecido tenía su residencia habitual en el momento de su muerte. Además, el causante puede elegir, como ley que rige su sucesión, la del Estado del que era nacional en el momento del fallecimiento o en el momento de la elección. Por último, a los efectos de la validez y eficacia del testamento, o de cualesquiera actos sucesorios, se aplica la ley de la residencia habitual de la persona en el momento en que se redactó el documento, a menos que la persona elija la ley de un Estado del que sea nacional.

Por lo tanto, el ámbito de aplicación de una ley extranjera se amplía considerablemente; sin embargo, el art. 35 sigue estableciendo el límite de aplicabilidad de la ley extranjera en caso de contrariedad con el principio de orden público.

Haber excluido que la sucesión necesaria es un principio de orden público internacional es un signo de apertura, lo cual es importante, sin embargo, no suficiente.

Cabe ofrecer una relectura del derecho de sucesión por causa de muerte, que sepa captar las extraordinarias potencialidades del acto de última voluntad y del testamento, emancipándose ambos de la lectura obligada que divide su contenido en típico y atípico; que, sobre todo, deje de considerar el interés familiar como el exclusivo y único horizonte hermenéutico a través del cual deben llevarse a cabo y disolverse los temas y problemas del derecho de sucesiones.

Todo esto, por supuesto, no significa proponer una lectura que abroga la disciplina de protección de los legitimarios, que no puede, con esto solamente, ser eliminada, aunque merecería una importante revisión legislativa, al menos en lo que se refiere a la reducción de las cuotas de reserva, a la obligatoria y a la desheredación del legitimario por violación de los deberes de solidaridad con el causante.

Significa tomar conciencia de que ciertas propuestas interpretativas, destinadas a una lectura que restringe fuertemente la libertad de disponer, merecerían ser revisadas. Porque se basan, además, en una idea de solidaridad, muy alejada de la elegida en nuestro ordenamiento jurídico, es decir, en un concepto de solidaridad puramente patrimonialista, como si ésta sólo pudiera ser, concretamente, realizada y puesta en práctica por la misericordia de las atribuciones patrimoniales a favor de los parientes cercanos.

Desde otro punto de vista, es singular que el principio de solidaridad se utilice para ofrecer interpretaciones muy conservadoras de la disciplina de protección de los legitimarios, mucho más allá del límite que impondría el correcto equilibrio de este principio con el de la libertad de disponer y el de libre determinación, sin embrago no se utilice en sentido contrario, es decir, para evaluar el comportamiento de los legitimarios.

Cuando, por ejemplo, la elección del testador de desheredar un legitimario está motivada precisamente por el comportamiento de éste; es decir, cuando, más allá de las hipótesis de indignidad, el legitimario ha asumido, en vida, un comportamiento contrario al principio de solidaridad y, a menudo, al respeto de la dignidad humana del testador.

Subestimando esta lectura inversa, por así decirlo, del principio de solidaridad, que no pasa del testador al legitimario, sino, al revés, del legitimario al testador, se afirma que la desheredación del legitimario es una disposición testamentaria irremediablemente nula[4]. No comparto esa interpretación y opino que se trata de una disposición testamentaria válida y efectiva que sólo puede ser considerada inoficiosa. Y, sobre todo, una disposición testamentaria que, en ciertos casos concretos, puede, paradójicamente, constituir un verdadero instrumento de aplicación y realización del principio de solidaridad familiar, excluyendo de la sucesión el legitimario que se haya infringido los deberes familiares.

El principio de solidaridad exige, pues, una lectura global del derecho de sucesiones, porque, por una parte, debe encontrar un contra-límites en la libertad de disponer, como expresión del valor de la dignidad humana, y, por otra, no puede ser considerado desde una perspectiva exclusivamente patrimonial y considerado unilateralmente como el deber exclusivo del causante con respecto a su legitimario, y no también como el deber de los legitimarios hacia el causante. Requeriría, es decir, valorar no tanto y no solo la relación de parentesco, por su proximidad, sino más bien la intensidad del vínculo afectivo, el estado de necesidad del pariente cercano y, con respecto al cónyuge, la duración y la gravedad del vínculo.

4 Bianca C. M.: *Diritto civile. 2. La famiglia, le successioni*, Giuffré, 3ª ed., Milano, 2001, p. 654.

Es la centralidad de la persona humana[5] y no el principio de solidaridad lo que constituye la clave a través de la cual el derecho sucesorio espera ser releído; esto requiere el reconocimiento de la centralidad de la autonomía privada y, por lo tanto, la centralidad del acto de última voluntad, como instrumento para la realización de la dignidad de la persona.

La centralidad del acto de última voluntad, el último don de la ley, que no sólo da voz a los sentimientos humanos, sino que constituye "una respuesta terrenal a la aspiración humana a la inmortalidad del alma" [6].

III. AUTONOMÍA TESTAMENTARIA Y EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD.

Repensar, en clave contemporánea, la teoría del acto de última voluntad, entendido como un acto unilateral y unipersonal destinado a producir efectos tras la muerte de su autor y capaz de estructurar todos los intereses *post mortem* de la persona, significa también meditar sobre su relevancia en términos de acto de autonomía privada. Con la advertencia de que decir que es un acto de autonomía privada no sólo sirve para marcar su connotación esencial, sino, también, para captar su fundamentación dentro del ordenamiento jurídico.

La autonomía privada que, sin duda, constituye un arquitrabe fundamental del ordenamiento jurídico, no tiene un fundamento unitario, sino un fundamento en relación con los intereses que el acto está, por así decirlo, llamado a realizar. Tampoco sería legítimo dudar de la diferencia de fundamento entre un negocio patrimonial y uno extramatrimonial, entre un contrato y una convención matrimonial, entre un negocio de intercambio y un negocio liberal, entre un negocio que constituye una asociación y un contrato de trabajo.

Se trata todavía de negocios jurídicos que tienen una base diferente en función de los intereses que realizan.

Ciertamente no es concebible, en lo que respecta a los sistemas jurídicos contemporáneos, que la autonomía privada pueda encontrar su fundamento en una única norma de ley, ya que su fundamentación está en el conjunto de los principios expresados en las Constituciones y en los Tratados y Convenciones internacionales. Es decir, en una evaluación unitaria, global y axiológica, que sepa

5 Perlingieri P.: *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1972, pp. 3 ss.; Perlingieri P.: *Mercato, solidarietà e diritti umani*, en *Rassegna di diritto civile*, 1995, pp. 84 ss., Perlingieri P.: *La persona e i suoi 'diritti'. Problemi del diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2005, p. 3 ss.; Lipari N.: *Diritto e valori sociali. Legalità condivisa e dignità della persona*, Edizioni Studium, Roma, 2004, pp. 3 ss.; Rodotà S.: *Dal soggetto alla persona*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007, pp. 3 ss.

6 Leibnitz von G.W.: *Il nuovo metodo di apprendere e di insegnare la giurisprudenza*, a cura di C.M.L. De Iuliis, Giuffré, Milano, 2012, p. 15 ss.

captar el potencial del acto, en relación con los intereses realizados y su idoneidad para condicionar uno u otro principio fundamental.

Desde otro punto de vista, el principio constitucional de subsidiariedad no puede leerse sólo como un principio de organización y un criterio de reparto de competencias y, por tanto, de poderes, sino como un principio de reconocimiento de la autonomía: legislativa, discrecional, colectiva y privada.

Tampoco tendría sentido, sobre la base de ese principio, distinguir, como proponen muchos, una autonomía privada destinada a la realización de intereses generales, de la autonomía privada destinada a la actuación de intereses individuales. Por una parte, la autonomía contractual, que se expresaría a través del contrato y que, por su naturaleza, estaría autorizada a regular las relaciones entre los particulares. Por otra parte, la facultad de autorregulación, atribuida a los particulares para regular intereses generales con eficacia que se extiende más allá de las partes.

Esta distinción no es totalmente convincente

No solo porque son, sin embargo, negocios jurídicos, sino también porque la distinción es cada vez más opaca, por varias razones. Fuera del criterio cuantitativo, que no puede apreciarse positivamente, es difícil identificar un parámetro discrecional entre los intereses individuales y los generales; porque la realización de los primeros es, en primer lugar, la realización de los segundos; porque no necesariamente el interés de muchos debe prevalecer sobre el interés de uno solo; porque todos los actos de autonomía privada este sujeto a un control de legalidad.

El principio de subsidiariedad, que puede construirse como valor normativo, es el fundamento del principio de la autonomía privada, sin necesidad de distinguir la autonomía privada destinada a lograr intereses individuales de la autonomía privada destinada a lograr intereses generales.

Prueba de ello es precisamente el acto de última voluntad y, en particular, el testamento, si se piensa en todas las disposiciones testamentarias por las que el causante, por medio de atribuciones patrimoniales, se propone alcanzar intereses meta-individuales, aunque sea para fines egoístas e interesados, o para la celebración de sí mismo.

Los legados en favor de los pobres, que tienen una disciplina precisa, los legados en favor de fundaciones u organismos de investigación, o en favor de fundaciones u organismos que persiguen fines sociales o humanitarios, así como las disposiciones testamentarias que constituyen fundaciones con fines de interés

social, de atención a las personas vulnerables. La forma que acompaña a ciertas disposiciones testamentarias, que obliga al heredero o al legatario a realizar actos o actividades en beneficio de personas no especificadas, necesitadas o merecedoras. En general, todos los legados testamentarios, cuya práctica es plena, están orientados a la realización de los llamados objetivos sociales.

Son, siempre, actos de autonomía privada, que, lejos de realizar sólo intereses individuales (siempre que esta distinción sea, realmente, útil o prescindible), aspiran también a realizar intereses de carácter general.

El testamento, acto de autonomía privada por excelencia, se convierte en un instrumento para la realización de intereses socialmente relevantes, que inevitablemente involucra a terceros, tanto en el acto como en la relación.

No basta, pues, para identificar el orden de la disposición testamentaria concreta, considerar únicamente el interés familiar, según una visión unilateral y patrimonialista del principio de solidaridad, entendido unívocamente como la solidaridad del causante hacia los legitimarios. Es necesario considerar el conjunto de normas, es decir, las reglas y principios su complejidad.

Es necesario considerar, en primer lugar, que el testamento realiza el valor fundamental de la persona y la dignidad humana; es necesario considerar que la solidaridad no es una asistencia económica, ni es plausible leerla de manera puramente patrimonial, porque el principio implica la cooperación en la afirmación de los derechos fundamentales; es necesario considerar que el principio de solidaridad también requiere que se evalúe el comportamiento de los legitimarios hacia el causante; es necesario considerar que la disposición testamentaria puede ser votada para realizar intereses meta-individuales.

En resumen, que la disposición testamentaria es un acto de autonomía, que recibe protección constitucional, también en virtud del principio de subsidiariedad.

IV. AUTONOMÍA Y CONTENIDO DEL TESTAMENTO.

Las teorías patrimoniales, que dominaron el entorno cultural en el que se elaboraron los Códigos Civiles de la segunda mitad del siglo XX, no sólo condicionaron fuertemente la noción de testamento, reduciendo su contenido dentro del esquema patrimonial-atributivo, sino que también limitaron la potencialidad del acto de última voluntad, reduciendo esta categoría sólo en el testamento, sin experimentar su extraordinario potencial. Sólo recientemente se ha tomado conciencia de que el testamento es un acto por el cual el causante puede regular todos sus intereses *post mortem* y redescubrir la importancia de los actos de última voluntad distintos del testamento.

Una reciente conquista que ha impuesto una relectura de las normas que definen el testamento a la luz de los principios y valores vigentes, según una interpretación atenta no sólo a la letra de la ley, sino también a los intereses y capaz de ofrecer y proponer, en consonancia con las líneas generales de los actuales ordenamientos jurídicos, una evaluación cualitativa del conflicto de intereses que en ellos se plantea[7].

En este contexto, también está la noción de testamento en derecho italiano, regulada en el art. 587 c.c.

La disposición del art. 587 del Código Civil italiano tenía por objeto resolver dos problemas que se planteaban cuando estaba en vigor el Código Civil de 1865: si un testamento podía contener disposiciones extra patrimoniales; si el testamento era eficaz cuando no contuviera disposiciones patrimoniales. Esta disposición, al ofrecer una clara respuesta afirmativa a las dos cuestiones mencionadas, ha creado, sin embargo, dos nuevos y aún más graves problemas de interpretación: si las disposiciones que no tienen un contenido patrimonial pueden ser contenidas en un testamento sólo en los casos expresamente establecidos por la ley; si las disposiciones que no tienen un contenido patrimonial pueden ser consideradas testamentarias en el sentido propio.

En cuanto al primer problema, a pesar de una lectura inicial restrictiva, y de cierta hostilidad que sigue persistiendo, al final prevaleció la tendencia a formular la hipótesis de que el testamento puede contener disposiciones extra patrimoniales, incluso más allá de los casos establecidos por la ley. Por otra parte, se ha observado que una interpretación restrictiva no sería razonable, sobre todo si se tiene en cuenta que, desde hace algún tiempo, la jurisprudencia ha admitido la posibilidad de que intereses no patrimoniales *post mortem* de la persona puedan regularse mediante el mandato *exequendum post mortem*.

Más problemática fue la segunda cuestión, respecto de la cual, ante la tendencia negativa, las únicas aperturas terminaron por confirmar una solución de signo restrictivo. En esta dirección hay que considerar las propuestas que, con el fin de dividir entre disposiciones patrimoniales y extra patrimoniales, han distinguido entre testamentos en sentido estricto y amplio, entre testamentos en sentido sustantivo y formal, o, de nuevo, entre testamentos en sentido negocial y documental. Confirmando la idea de que el testamento es un acto con una función exclusivamente atributiva de bienes.

7 Esta es la interpretación propuesta por Barba V.: *Contenuto del testamento e atti di ultima volontà*, cit., pp. 25 ss.

Esta interpretación, que sin embargo podría parecer coherente con la intención histórica, justificable sobre la base del tenor literal de la disposición de ley y razonable según los principios y valores vigentes en el sistema preconstitucional, es, hoy en día, no sólo incapaz de captar los intereses contemporáneos de la persona y sus prerrogativas sucesorias, sino, sobre todo, quedándonos en una argumento estrictamente normativo, contraria al sistema constitucional actual y en contraste con los principios y los valores fundamentales.

Ya no es concebible que el fenómeno jurídico de la sucesión pueda resolverse sólo en la sucesión en las relaciones jurídicas patrimoniales, ya que hoy en día se extiende a todos los intereses de la persona.

La teoría patrimonial del testamento y la idea de que hay que distinguir entre disposiciones testamentarias patrimoniales, a las que se aplican tanto las normas sustantivas como las formales, y las disposiciones testamentarias extra patrimoniales, a las que sólo se aplican las normas formales de la voluntad, ha de ser superada.

La distinción ya no tiene razón de ser. No sólo porque no ayuda a identificar la disciplina de la disposición testamentaria, sino, sobre todo, porque es el soporte conceptual de la idea tralatizia, que ya no es coherente con los ordenamientos jurídicos contemporáneos, que el testamento es el único acto de última voluntad por causa de muerte y que tiene una función exclusivamente reguladora de los aspectos patrimoniales-atributivos.

El llamado tipo es sólo un fragmento, roto e incompleto, de disciplina, incapaz de dictar la norma del caso concreto, sino que se ofrece como un fragmento de regulación, que espera ser adaptado al caso y combinado con los demás, según un principio de proporcionalidad y adecuación, que permite identificar la norma del caso concreto, es decir, la norma "justa".

Donde "justa" no pretende evocar concepciones pan naturalistas del derecho, ni evaluaciones consumadas en un plano meramente ético, sino una concepción normativa, en la que la justicia de la norma viene dada por su adecuación y proporcionalidad con respecto al caso concreto, es decir, por un correcto proceso hermenéutico, sistemático y axiológico, capaz de evaluar los intereses concretos y equilibrar, según lo razonable, los principios en concurso.

Superada la idea de que las disposiciones testamentarias no patrimoniales no constituyen un verdadero testamento y caída la idea de que tales disposiciones sólo se permiten en los casos expresamente establecidos por la ley, se considera que la distinción entre el contenido típico y atípico del testamento no tiene razón de ser, ni utilidad.

Las disposiciones testamentarias de contenido típico, las de contenido atípico y los actos de última voluntad encuentran unidad en la necesidad de todas se someten a un control de legalidad destinado a comprobar que el acto de autonomía responde a una función socialmente útil.

Sobre la base de estas premisas, es esencial releer el derecho de sucesiones. Teniendo en cuenta, aunque en el necesario equilibrio de principios y sin descuidar nunca las particularidades del caso concreto, que el reconocimiento de la autonomía privada tiene un papel central y muy importante, porque constituye un valor esencial en los ordenamientos jurídicos de hoy en día.

Lecturas de la autonomía testamentaria, aún hoy frecuentes en la jurisprudencia y la doctrina, que consideran el interés familiar siempre prevaleciente sobre todos los demás intereses, ya no pueden ser compartidas.

En el método, porque la ponderación de los principios debe hacerse siempre con respecto al caso específico, sin posibilidad de permitir, admitir o justificar, al menos en lo que respecta a los principios fundamentales, graduaciones adecuadas o evaluaciones comparativas, independientemente de los intereses concretamente implicados.

En mérito, porque mortifican, injustificadamente, la autonomía testamentaria, sin aprovechar su extraordinario potencial; sobre todo, porque son incapaces de aplicar la legalidad constitucional. Esto impone una operación cultural mucho más difícil y una diferente ponderación de los principios y valores.

Modernizar el derecho de sucesiones no significa tener que abdicar en favor del contrato, sino descubrir, paso a paso, en la interpretación de cada norma del derecho de sucesión, el valor de la autonomía privada y el potencial del acto de última voluntad. Así pues, se puede releer la norma sobre la prohibición de los pactos sucesorios, las normas sobre la capacidad y la indignidad para suceder, el tema de la desheredación del legitimario, los problemas de aceptación y renuncia, las normas sobre los derechos reservados al cónyuge, las normas sobre el contenido del testamento, las normas sobre los elementos accidentales de las disposiciones testamentarias, las normas sobre la restitución, las normas que rigen el contenido de unos legados.

Probablemente el derecho hereditario, más que otras áreas del derecho civil, es el que aún espera los mayores esfuerzos; sin embargo, el que, desde este punto de vista, se presta a ofrecer resultados inesperados hace décadas.

Ciertamente, es la esfera del derecho en la que la ansiedad reformista del legislador es menos efervescente; pero en la que una interpretación axiológica

y aplicativa puede dejar muchas esperanzas de una planificación hereditaria razonable y adecuada.

BIBLIOGRAFÍA

BARBA V.: *Contenuto del testamento e atti di ultima volontà*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018.

BIANCA C.M.: *Diritto civile. 2. La famiglia, le successioni*, Giuffré, 3ª ed., Milano, 2001.

GIAMPICCOLO G.:

- *Atto «mortis causa»*, en *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Giuffré, Milano, 1959.
- *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Giuffré, Milano, 1954.

LEIBNITZ VON G. W.: *Il nuovo metodo di apprendere e di insegnare la giurisprudenza*, a cura di C.M.L. De Iuliis, Giuffré, Milano, 2012.

LIPARI N.: *Diritto e valori sociali. Legalità condivisa e dignità della persona*, Edizioni Studium, Roma, 2004.

PÉREZ GALLARDO L.:

- *Hacia un legitima asistencial: ni Escila ni Caribdis*, en PÉREZ GALLARDO L.: *El derecho de sucesiones que viene*, Ediciones Olejnik, Argentina, 2020.
- *Las nuevas construcciones familiares en la sucesión ab intestado, en pos de superar trazos hematológicos*, en PÉREZ GALLARDO L.: *El derecho de sucesiones que viene*, Ediciones Olejnik, Argentina, 2020.

PERLINGIERI P.:

- *La persona e i suoi 'diritti'. Problemi del diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2005.
- *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1972.
- *Mercato, solidarietà e diritti umani*, en *Rassegna di diritto civile*, 1995.

RODOTÀ S.: *Dal soggetto alla persona*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007.

LA DESHEREDACIÓN DEL MENOR DE EDAD

THE DISINHERITANCE OF THE CHILD UNDER LEGAL AGE

Rev. Boliv. de Derecho Nº 32, julio 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 384-465

Manuel Ángel
GÓMEZ
VALENZUELA

ARTÍCULO RECIBIDO: 30 de marzo de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 30 de abril de 2021

RESUMEN: Este trabajo pretende dar respuesta al eterno interrogante de la desheredación del menor de edad. Para ello, nos aproximaremos al instituto de la desheredación, su fundamento y su evolución jurisprudencial. También trataremos la capacidad y la responsabilidad del menor de edad y del menor emancipado. Posteriormente, concretaremos el estudio de la desheredación del menor al albur de las concretas causas desheredativas, pues cada una de las causas previstas en el art. 853 CC están dotadas de su propia idiosincrasia, siendo harto complicado, sino imposible, tratar el tema de este trabajo al margen de los avatares que se pueden dar según los hechos imputados. Finalmente, y antes de someter el presente estudio a una recapitulación reflexiva, estudiaremos los problemas que plantea la reconciliación entre el ascendiente y el menor de edad desheredado, pues la reconciliación, como medio que permite dejar sin efecto la desheredación, presenta sus vicisitudes propias cuando el legitimario es un menor de edad.

PALABRAS CLAVE: Legítima; desheredación; menor de edad; menor emancipado; alimentos, maltrato de obra; injurias; maltrato psicológico; reconciliación.

ABSTRACT: *This work aims to answer the eternal question of the disinheritance of the child under legal age. To this end, we will approach the institute of disinheritance, its foundation and its jurisprudential evolution. We will also address the capacity and responsibility of the child under legal age and the emancipated minor. Subsequently, we will carry out the study of the disinheritance of the child under legal age, subject to the whim of the specific disinherited causes, since each of the causes provided for in art. 853 Spanish Civil Code are endowed with their own idiosyncrasy, being very complicated, if not impossible, to deal with the subject of this work apart from the vicissitudes that can occur according to the imputed facts. Finally, and before submitting this study to a reflective recapitulation, we will study the problems posed by reconciliation between the ascendant and the disinherited minor, since reconciliation, as a means that allows disinheritance to be rendered ineffective, presents its own vicissitudes when the heir is a child under legal age.*

KEY WORDS: *Legitimate; disinheritance; child under legal age; emancipated minor; food, mistreatment of work; insults; psychological abuse; reconciliation.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. CONCEPTO DE DESHEREDACIÓN.- III. LA DESHEREDACIÓN COMO SANCIÓN FAMILIAR.- IV. TRANSICIÓN HERMENÉUTICA: DE LA TEORÍA LEGISLATIVA PRIMITIVA A LA TEORÍA DE LA VOLUNTAD OBJETIVA DE LA LEY.- 1. El Tribunal Supremo como último bastión del sistema legitimario: Olvido del carácter relativo de la regla odiosa sunt restrigenda.- 2. La STS 3 junio 2014 como punto de inflexión: ¿Interpretación sociológica o teleológica?- V. NOTAS GENERALES DE LA CAPACIDAD Y RESPONSABILIDAD DEL MENOR DE EDAD EN EL DERECHO CIVIL.- 1. El menor de edad como sujeto con cierta capacidad de obrar.- 2. La responsabilidad civil del menor de edad.- A) La responsabilidad objetiva de los padres por los daños ilícitos causados por los menores de edad.- B) A pesar de la responsabilidad cuasiobjetiva de los padres ¿El menor es irresponsable civilmente?- 3. Breve referencia al menor emancipado.- VI. APROXIMACIÓN A LA DESHEREDACIÓN DEL MENOR DE EDAD: LA IMPUTABILIDAD DEL DESHEREDADO.- 1. La imputabilidad del desheredado a debate.- 2. Estado de la cuestión de la desheredación del menor de edad en la doctrina científica.- VII. CAUSAS POTENCIALMENTE DESHEREDATIVAS DEL DESCENDIENTE MENOR DE EDAD.- 1. La negativa a prestar alimentos como una causa residual de desheredación del menor de edad.- A) Análisis del supuesto del descendiente menor de edad que no ayudó al causante enfermo o necesidad.- B) ¿Es posible desheredar a un menor de edad por negarse a contribuir, equitativamente, al levantamiento de las cargas familiares?- C) El supuesto del menor emancipado.- 2. Las injurias graves y el maltrato de obra como manifestaciones de violencia filoparentales.- A) El elemento objetivo del maltrato de obra y las injurias.- B) Problemas que plantea el elemento subjetivo de las injurias y el maltrato de obra en el desheredado menor de edad.- C) Análisis de la relevancia, en el ámbito de la desheredación del menor de edad, de una sentencia penal condenatoria.- 3. El maltrato psicológico como la causa más conflictiva de desheredación del menor de edad.- A) Breve caracterización del maltrato psicológico como causa de desheredación.- B) El testador que no ha sido un progenitor ejemplar.- C) El mobbing familiar: el talón de Aquiles de la desheredación del menor de edad por maltrato psicológico.- VIII. PROBLEMAS QUE PLANTEA UNA EVENTUAL RECONCILIACIÓN ENTRE EL ASCENDIENTE Y EL DESHEREDACIÓN MENOR DE EDAD.- IX. BREVES CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

El presente estudio tiene por objeto analizar la desheredación del legitimario menor de edad. En muchos trabajos que versan sobre la desheredación, ora a escala general, ora atendiendo a algunas de sus causas, el análisis se cimenta sobre los presupuestos objetivos y formales de la desheredación, teniendo un tratamiento residual los elementos subjetivos del pariente desheredado y, más concretamente, la desheredación del menor de edad.

Puede pensarse que los supuestos de desheredación de un descendiente menor de edad son excepcionales, a la vista de que la mayoría de las sentencias

• Manuel Ángel Gómez Valenzuela
Profesor de Derecho Civil de la Universidad de Cádiz. Graduado en Derecho por la UNED con Premio Extraordinario; Máster en Derecho de Familia y Sistemas Hereditarios y Máster en Derecho Penal; Adscrito al Grupo de Investigación Hombre, Libertad, Derecho, Familia y Propiedad de la UCA (SEJ327); Ganador dos veces del Premio José Corrales (2019 y 2020), organizado por la Asociación Española de Abogados de Familia y del accésit del Premio de menores Pilar Bermal organizado por el Ilustre Colegio de Abogados de Córdoba (2019). Correo electrónico: manuelangel.gomez@uca.es.

que han recaído sobre la desheredación versan sobre situaciones fácticas en las que el legitimario ha alcanzado la mayoría de edad, gravitando el debate litigioso en torno a si ha concurrido, objetivamente, la causa *desheredationis*.

No obstante, el modelo familiar, con la proliferación de las crisis familiares en la que uno de los progenitores ostenta sobre el hijo menor de edad un régimen de visitas, han aumentado exponencialmente con las últimas reformas legislativas, provocando esta nueva coyuntura episodios en los que el hijo menor de edad se aleja, progresivamente, del progenitor que no ostenta la custodia. A lo que debe añadirse los casos, cada vez más numerosos, de violencia filoparental, en los que el descendiente menor de edad veja, humilla e incluso maltrata físicamente a algunos de sus ascendientes. Sin duda, el incremento de consumo tóxico, el abandono de las obligaciones académicas o el abuso de las tecnologías con acceso a todo tipo de contenidos violentos son factores que explican, sociológicamente, la inusitada agresividad con la que actúa algunos menores de edad.

Esta nueva coyuntura social supone un acicate para el análisis de las posibles respuestas jurídicas a episodios donde el menor de edad, lejos de comportarse como un hijo o nieto ejemplar, omite, deliberadamente, el deber de respeto que le incumbe con su ascendencia. Y qué duda cabe que una de las posibles respuestas que permite reprender y sancionar a aquellos hijos y nietos ingratos es la desheredación, como medida que posibilita privar de la legítima.

Ante las pocas aportaciones doctrinales sobre el particular, el estudio de la desheredación del menor de edad se torna especialmente complejo, a lo que debe añadirse las heterogéneas causas de desheredación de hijos y descendientes, cada una con su propia idiosincrasia y cánones hermenéuticos. Por ello, el método sobre el cual pivotará este estudio será el inductivo experimental, es decir, a través del análisis de las concretas causas de desheredación de hijos y descendientes se podrá llegar a una conclusión que permita dar respuesta al interrogante que ha motivado la elaboración de este trabajo: ¿Puede ser un menor de edad desheredado?

Para ello, trataremos algunas nociones generales de la desheredación, como su concepto, su fundamento y sus criterios hermeneúticos. Posteriormente, analizaremos el estado de la cuestión sobre la capacidad de obrar del menor, su responsabilidad y, no menos importante, la capacidad y responsabilidad del menor de edad emancipado, a veces tan olvidada. Y, finalmente, volcaremos nuestros esfuerzos en estudiar las concretas causas desheredativas que prevé el art. 853 CC desde la perspectiva del menor de edad, exponiendo, a su vez, la problemática que plantea la reconciliación o el perdón. Tras seguir secuencialmente este guión estaremos en condiciones de dar una respuesta, a modo de conclusión, a la posibilidad de que el menor de edad sea desheredado.

II. CONCEPTO DE DESHEREDACIÓN.

Unos de los fundamentos del fenómeno hereditario español, junto al principio de la libre voluntad del causante, es el sistema legitimario[1], el cual podrá ser exceptuado en algunos supuestos, según señala el art. 813 del Código Civil (CC), que dispone que "el testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley". Una de las excepciones previstas en nuestro ordenamiento jurídico a la intangibilidad de la legítima[2] es la desheredación[3], que consiste, en líneas generales, en privar de la legítima al legitimario según la voluntad del causante recogida en testamento. Sin embargo, el principio del *favor testamenti* en sede de desheredación deberá conjugarse con las las causas establecidas en la Ley para desheredar, lo que denomina algunos autores "causas desheredativas", pues el testador no siempre es libre de privar a los herederos forzosos de la porción de bienes en qué consiste la legítima, a la vista del art. 848 CC, que dispone que "la desheredación sólo podrá tener lugar por algunas de las causas que expresamente señala la ley". Es decir, ha de cohonestarse la autarquía civil del testador con los hechos que determina la Ley como justa causa de desheredación.

En la empresa de dar un concepto de desheredación, podemos ver que el Código Civil de manera acertada no la define, ni tiene porque definirla, pues el legislador no tiene como fin definir las instituciones, sino regularlas. La doctrina y la jurisprudencia, con mayor o menor acierto, han ensayado su propio concepto de desheredación. Autores clásicos, como Sánchez Román, no sin previamente afirmar que el Código Civil da por supuesto el concepto de desheredación al compás del elemento gramatical[4], la definía como "quitar ó privar de la herencia á que se tenía

1 Puede verse en este sentido, entre otros, Lacruz Berdejo, J.L. y Sancho Rebudilla, F.A.: *Derecho de sucesiones, conforme a las leyes de 13 mayo y 7 de julio de 1981*, Bosch, Barcelona, 1981, p. 9; Diez-Picazo, L. y Gullón, A.: *Sistema de Derecho Civil, Volumen IV (Tomo 2), Derecho de sucesiones*, Tecnos, Madrid, 2017, p. 24.

2 Castán Tobeñas, J.: *Derecho Civil, Tomo III, Derecho de familia, Derecho de sucesiones*, Reus, Madrid, 1942, pp. 441 y 442, citaba, junto a la desheredación, las mejoras, no como excepción al inflexible sistema de legítimas, sino como correctivo mediante el cual el testador puede graduar las cuotas de los legitimarios, sin dejar estos de serlo.

3 Así lo expone Lledó Yagüe, F.: *Derecho de Sucesiones*, vol. I, Universidad de Deusto, Bilbao, 1989, p. 320, cuando dice que la desheredación constituye una excepción al sistema de legítimas "porque aquélla va a permitir al testador poder privar de la legítima a los herederos forzosos, cuando éstos incurran en algunas de las causas taxativa y expresamente reglamentadas en la Ley".

4 Sánchez Román, F.: *Estudios de Derecho Civil, VI. 2, Derecho de Sucesión*, Madrid, 1910, p. 1105. Resulta interesante el punto de vista de Vallet de Goytisolo, J.: "Comentarios a los arts. 806 a 857 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, Tomo XI* (dir. M. Albaladejo García), Edersa, Madrid, 1982, p. 518, quien decía que el término desheredar no casa en el Código Civil con su sentido etimológico, a la vista de que, *a priori*, y atendiendo al término, podría inducir a pensar que el mismo solo supone privar de la condición de heredero al legitimario, pero ha de tenerse en cuenta que, por mor del art. 815 CC, la legítima no tiene que ser atribuida forzosamente a título de herencia, ya que puede ser atribuida a través de legado. Teniendo en cuenta este argumento, debemos criticar la terminología del Código Civil en relación a los legitimarios, a los que denomina "herederos forzosos" (art. 806 CC), pues los legitimarios, como apuntó Vallet de Goytisolo, no tienen porque recibir la legítima a título de herencia, a lo que debe añadirse, siguiendo a Puig Brutau, J.: *Fundamento de Derecho Civil, Tomo V, Volumen III, Legítimas-Reservas-Sucesión intestada-Sucesión contractual-Partición de la herencia*, Bosch, Barcelona, 1964, pp. 13-15, que la Ley,

derecho por ministerio de la ley, y, por consiguiente, lo contrario á instituir á los herederos de dicha clase, conforme á la misma"[5]. Años después, Castán Tobeñas proporcionó un sobrio concepto, diciendo que la desheredación es "aquella disposición testamentaria por la que se priva de su legítima a un heredero forzoso, en virtud de una justa causa de las que taxativamente señala la ley"[6]. Esta última definición es tributaria del art. 848 CC, y parte de la idea de que la desheredación, como manifestación del principio *favor testamenti*, ha de articularse a través del testamento y fundamentarse en algunas de las causas establecidas en los arts. 852 a 855 CC. Autores más modernos, como O´Callaghan, conciben la desheredación de manera análoga, al decir que es una "disposición testamentaria por la que el causante priva al legitimario de su carácter de tal y de su porción legitimara en virtud de una de las causas establecidas taxativamente por la Ley"[7]. Más precisa si cabe es la definición de Represa Polo, quién, en su reciente monografía sobre la desheredación, la conceptuó como "la privación de la legítima realizada por el testador siempre y cuando concurran las causas expresadas por la ley y que pueden ser distintas según quién sea la persona del desheredado"[8].

En el seno de la jurisprudencia también podemos encontrar definiciones de la desheredación, pudiéndose citar la STS 23 enero 1959[9], que dispone que la desheredación es "aquella disposición testamentaria por la que se priva a un heredero forzoso de su derecho a la legítima, en virtud de una justa causa

igual que los contratos, debe interpretarse y calificarse según su contenido y efectos, con independencia de la denominación del legislador, lo que implica, respecto a la denominación de herederos forzosos, que estos no son, necesariamente "herederos", pues de ser así "el legitimario siempre sería heredero en virtud de la ley, por encima de toda disposición contraria o de toda omisión por parte del testador". Autores más modernos, como Lasarte Álvarez, C.: *Derecho de sucesiones, Principios de Derecho Civil VII*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2017, p. 164, critica también esta terminología, pero con otro argumento, añadiendo que los herederos forzosos no están, como parece sugerir el Código Civil, desde luego obligados, o forzados a suceder al causante y recibir, inexorablemente, su porción legitimaria, sino que pueden tanto repudiar la herencia (arts. 988 y ss CC), como renunciar al legado (art. 888 CC). Por ende, en este trabajo optaremos por el término legitimario, en vez de heredero forzosos, por económica gramatical y por precisión conceptual.

5 Sánchez Román, F.: *Estudios de Derecho Civil, VI. 2, Derecho de Sucesión*, cit., p. 1105.

6 Castán Tobeñas, J.: *Derecho Civil, Tomo III, Derecho de familia, Derecho de sucesiones*, cit., p. 442. Similar definición ofrecen Diez-Picazo, L. y Gullón, A.: *Sistema de Derecho Civil, Vol. IV, Tomo 2, Derecho de sucesiones*, cit., p. 186, que dicen que la desheredación es "una disposición testamentaria por virtud de la cual se priva a un heredero forzoso o legitimario de su derecho a la legítima en virtud de algunas de las causas prevenidas en la ley". Este concepto dista respecto al que ofrece Castán Tobeñas en el sentido de que suprime el adverbio "taxativamente" en relación a las causas, no obstante, a renglón seguido precisan que la interpretación de las mismas "ha de hacerse con criterio restrictivo".

7 O´Callaghan Muñoz X.: *Compendio de Derecho Civil, Tomo V, Derecho de sucesiones*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, p. 232.

8 Represa Polo, Mª. P.: *La desheredación en el Código Civil*, Reus, Madrid, 2016, p. 22. Ciertamente, las causas de desheredación, atendiendo al Código Civil, son distintas según el legitimario, al contrario que las causas de indignidad que son comunes (art. 756 CC), o la regulación del Derecho foral catalán, que no distingue las causas de desheredación según los legitimarios (art. 451-17 CCCat). Similar definición late en el trabajo de Torres García, T. y Domínguez Luelmo, A.: "La desheredación", en *Estudios y Comentarios Legislativos (Civitas). Tratado de Derecho de Sucesiones* (Tomo II), Aranzadi, junio 2011 (versión digital), p. 1, que manifiestan que "desheredar es la privación de la legítima a quien tiene derecho a ella, cuando incurre en algunas de las causas taxativamente prevista por la ley (art. 848 CC), expresada en el testamento en función de quien sea legitimario".

9 STS 23 enero 1959 (RJ 1959, 125).

determinada por la ley", o la STS 15 junio 1990[10], que la conceptúa como "una declaración de voluntad testamentaria, solemne (artículo 849 CC), en virtud de la cual quien goza de la facultad de testar priva a sus herederos forzosos del derecho a la legítima cuando en ellos concurre cualquiera de las causas legales (artículo 853 CC) de la que sean responsables".

Con las definiciones sacadas a colación, podemos aproximarnos a la idea de que la desheredación permite privar o excepcionar la legítima al legitimario, que solo podrá configurarse como desheredación justa la que se base en las causas establecidas en la Ley y que tiene un carácter solemne, al socaire de que el causante, a diferencia de la indignidad[11], solo la podrá articular a través del testamento. Curiosamente, pese a predicarse el carácter solemne de la desheredación, la forma *ad solemnitatem* no es aplicable a la reconciliación[12], que permite dejar sin efecto la desheredación ya hecha sin necesidad de que la misma conste en documento público o privado, a diferencia de lo que acontece con la rehabilitación del indigno, pues el art. 756 CC contempla, para aquellos casos en los que los hechos que sustentan la indignidad se produjesen después de que el causante otorgara testamento, que la misma se remita en documento público.

A la vista de que las definiciones de desheredación expuestas no prevén la reconciliación, que no dejar de ser una manifestación más del principio *favor testamenti*, en tanto en cuanto la legítima se sigue sometiendo a la voluntad del causante pese a que concurra una causa desheredativa, consideramos extrapolable, *mutatis mutandi*, el concepto de indignidad que ensayó Albaladejo adaptándolo a las particularidades de la desheredación. Así, si el citado autor definía la la indignidad como la "tacha con que la ley marca a las personas que han cometido determinados actos especialmente reprensibles, en virtud de la que su autor queda inhabilitado para suceder al causante que las padeció, a menos que éste lo rehabilite"[13], consideramos que una definición completa de la desheredación podría ser la siguiente: tacha con la que el causante marca, vía testamento, a los legitimarios que han cometido actos especialmente reprensibles, tipificados por la

10 STS 15 junio 1990 (RJ 1990, 4760).

11 En este sentido, puede verse la STS 7 marzo 1980 (RJ 1980, 1558), que dice que una de las diferencias entre la indignidad y la desheredación, es que aquella opera *ope legis*, por ministerio de la Ley, mientras que la desheredación precisa de la voluntad del testador. En este sentido, resulta curioso que, atendiendo a dicho mecanismo, el legislador se remita, a los efectos de tipificar las causas desheredativas, a algunos apartados del art. 756 CC, que regula las causas de indignidad. Esta técnica legislativa fue criticada en su día por Albaladejo García, M.: *Curso de Derecho Civil, V, Derecho de sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1982, pp. 389 y 390, quién, pese a parafrasear el refrán "lo que abunda no daña", dijo que "el hacer causas de desheredación a las que son de indignidad para suceder, es inútil, ya que para que el indigno no pueda suceder no hay que desheredarlo, puesto que no puede suceder precisamente porque es indigno de *suceder*".

12 La STS 22 octubre de 1972, citada por Lasarte Álvarez, C.: *Derecho de sucesiones, Principios de Derecho Civil VII*, cit., p. 212, aprecia una reconciliación que se limitó a una entrevista entre padre e hijo que concluyó con un abrazo entre ambos.

13 Albaladejo García, M.: *Curso de Derecho Civil, V, Derecho de sucesiones*, cit., p. 82

Ley, en virtud de la cual su autor queda privado de recibir su legítima, a menos que medie la reconciliación entre el causante y el legitimario[14] o el perdón de aquel[15].

III. LA DESHEREDACIÓN COMO SANCIÓN FAMILIAR.

A pesar de que el Código Civil no suele concebir las instituciones como una sanción, la generalidad de la doctrina ha concebido la desheredación como tal[16] y, más concretamente, como una sanción voluntaria, en tanto en cuanto emana de la voluntad del causante, que es libre de desheredar a través del testamento. A la vista de las perniciosas consecuencias que ha traído consigo el tratamiento artificioso[17] de la desheredación como una sanción, como a continuación veremos, quizás lo más oportuno sea concebirla aquí, simple y llanamente, como una norma excepcional, categoría admitida, *ad exemplum*, por el art. 4.2 CC, que prohíbe la aplicación analógica de las leyes penales, excepcionales y la de ámbito temporal. Pero, ante la tesitura de que los efectos sean los mismos, no es ociosos que nos planteemos lo siguiente: ¿Puede configurarse la desheredación, hoy día, como una norma excepcional con los efectos que ello trae consigo? Si tenemos en cuenta que el sistema legitimario, o las reglas de la sucesión forzosa o legitimaria, es un

14 Preferimos utilizar la expresión testador y legitimario, en vez de ofensor y ofendido, porque, debiendo desplegar la reconciliación su eficacia si la hace la figura del testador, a veces puede ocurrir que el ofendido y el testador no sean, directamente, la misma persona, como el caso previsto en el art. 854.3ª CC, que permite a los hijos desheredar a sus padres y ascendientes cuando uno de los progenitores o ascendientes haya atentado contra la vida del otro progenitor. Lo mismo ocurre en Cataluña, donde la letra b) y c) del art. 451-17 CCCat tipifica como causas de desheredación la denegación de alimentos o el maltrato grave no solo respecto a la figura del testador, sino también cuando el agraviado es el "cónyuge o conviviente en pareja estable, o a los ascendientes o descendientes". Por ello, cuando el art. 451-19 CCCat regula la reconciliación y el perdón, no dice que debe producirse entre el ofensor y el ofendido, sino entre el causante y el legitimario.

15 En otro trabajo (Gómez Valenzuela, M. Á.: "El internamiento de padres y ascendientes como causa de desheredación", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 30, 2020, p. 397), expusimos por primera vez la definición referenciada, con la siguiente variación: donde decíamos "porción legitimaria" ahora decimos, sencillamente, "legítima". Aunque el art. 806 CC defina la legítima como una "porción de bienes", ni el legislador, ni menos aún, el testador, están obligados a fijar o señalar determinados bienes que han de ser reservados, como parece sugerir el art. 806 CC, máxime si el causante no ha ordenado las reglas de la partición de la herencia en el testamento. Por ello, y como quiera que la legítima, siguiendo a Lasarte Álvarez, C.: *Derecho de sucesiones, Principios de Derecho Civil VII*, cit., p. 164, se identifica con una parte o una cuota aplicable a los bienes hereditarios, y no necesariamente con una porción de bienes, consideramos que la sustitución del término "porción legitimaria" por el de "legítima" rinde más tributo a la privación que supone la desheredación.

16 Lacruz Berdejo, J.L. y Sancho Rebudilla, F.A.: *Derecho de sucesiones, conforme a las leyes de 13 mayo y 7 de julio de 1981*, cit., p. 9.

17 Decimos artificioso porque ha sido una categoría dada por la doctrina y la jurisprudencia, no por el legislador, el cual, lejos de reformar las normas atinentes al sistema de legítimas y la desheredación, como su reverso, al compás de la evolución que ha experimentado la sociedad (al contrario que los legisladores autonómicos, más vanguardistas con las instituciones del Derecho de sucesiones), ha permanecido, en lo sustancial, anquilosado en la regulación decimonónica, lesionando permanentemente la dignidad del testador y el principio de seguridad jurídica, como veremos en este trabajo.

principio de nuestro Derecho de sucesiones[18], cabría responder afirmativamente[19], en tanto en cuanto toda norma que conlleve la no aplicación de un principio debe concebirse como excepcional[20]. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que la legítima, al menos como está configurada en la actualidad, está cayendo por su propio peso, siendo numerosas las voces que abogan por su por una profunda reforma, que va, desde la disminución de las cuotas legitimarias[21], hasta su conversión en una suerte de "legítima asistencial", que podrán percibir a cargo el caudal hereditario los parientes del causante en línea recta, siempre que se hallen en una situación de necesidad no imputable a estos y no hayan incurrido en una causa de desheredación, no faltando tampoco autores, como O´Callaghan, que proponen su supresión[22].

Desde nuestro punto de vista, y con independencia de concebir o no la desheredación como una norma excepcional, el concepto que rendiría más tributo a su naturaleza jurídica no sería, lacónicamente, el de sanción, sino el de *sanción familiar*, a fin de que en la empresa de aplicar e interpretar sus normas no solo se tenga que en cuenta la *regla odiosa sunt restrigenda*, propia de las normas sancionadoras, sino también los deberes éticos[23] y jurídicos propios del

18 Vid. nota 1. No faltaban autores clásicos, como Costa (cit. por Sánchez Román, F.: *Estudios de Derecho Civil, VI. 2, Derecho de Sucesión,* cit., pp. 732 y 733), que en su día justificaron el sistema de legítimas en la posible actitud disoluta y manirrota del padre de familia, diciendo, expresamente, que la Ley debe fiarse del joven –legitimario- y desconfiar del viejo –causante-: "Se dice que la legítima es una institución de desconfianza; cierto, pero institución de desconfianza al revés (…) la legítima podría tener razón de ser tratándose de un padre que ha sido vicioso, desnaturalizado, pervertido, derrochador, pródigo; pero cuando en la sociedad se ofrece un caso de este género, ¡qué sarcasmo, señores!, la legítima se acuerda de cortar las alas á su libre albedrio en el preciso momento en que en ellas no le queda ya ninguna pluma. ¡Pueden enorgullecerse de tan exquisita previsión los sutiles inventores de las legítimas! (…) la legítima es como el cazador que dispara contra la mata cuando de ella ha saltado la liebre".

19 La STS 30 junio 1975 (RJ 1975, 3408), dijo que la desheredación es excepcional, mientras que el derecho a la legítima es la regla general.

20 O´Callaghan Muñoz X.: *Compendio de Derecho Civil, Tomo I, Parte general,* Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, p. 40.

21 González Porras, J.Mª: "Reflexiones sobre la legítima", en AA.VV.: *Estudios de Derecho de Sucesiones* (coords. por A. Domínguez Luelmo y M.P. García Rubio), La Ley, Madrid, 2014, p. 987, opta por flexibilizar la legítima, pero, en base a la solidaridad familiar y el efecto distributivo de la riqueza y la igualdad entre los hijos, recomienda su mantenimiento.

22 O´Callaghan Muñoz, X.: "A vueltas con la desheredación y a revueltas con la legítima", *Actualidad Civil*, núm. 5, julio 2015, p. 4

23 Cuando mencionamos los deberes éticos del Derecho de familia, el lector no debe llegar a la conclusión que el incumplimiento de los mismos no lleva aparejada ninguna consecuencia jurídica, todo lo contrario. Siguiendo a Lacruz Berdejo, J. L.: *Derecho de Familia. El matrimonio y su economía*, Bosch, Barcelona, 1963, pp. 19 y 20, los deberes éticos parten del planteamiento que los vínculos que origina dicho deberes no son artificiales, sino de origen natural, lo que no empece a que la libertad del individuo, en el contexto de las relaciones familiares, no tenga limitaciones, pues, sin perjuicio de poder agotarse en su cumplimiento, la conducta contraria a dichos deberes pueden estar provistas de una sanción; a lo que añadimos nosotros que, si bien esta sanción puede ser que no esté contemplada en las normas que regula las instituciones familiares, sí pueden estarlo en otros ámbitos, como en la desheredación (O´Callaghan Muñoz, X.: *Compendio de Derecho Civil, Tomo IV, Derecho de familia*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, p. 23, dice, en este sentido, que dado que las normas del Derecho de familia proceden de la ética, no abundan en este ámbito normas jurídicas sancionadoras, lo que no significa, insistimos, que, en base a los incumplimiento familiares, puedan concurrir en otros ámbitos, como en el Derecho de sucesiones). En este sentido, es ilustrativa la SAP Huesca 20 julio 1993 (AC 1993, 1575), que estudió un caso en el que un padre demandó a su hijo, pidiendo, entra otras cosas, que pagara una cantidad en base al art. 155.2° CC, que consagra el deber de los hijos de contribuir equitativamente, según sus posibilidades, al levantamiento

Derecho de familia[24]. Decimos esto partiendo de la idea del negocio jurídico de Derecho de familia, que, según Lacruz Berdejo[25], no es estructuralmente distinto a los restantes, sino que, como todo negocio, crea derechos[26] y deberes. En este escenario, se alza la desheredación como facultad coercitiva del causante[27], el cual puede sancionar, con la privación de la legítima, aquellas conductas caracterizadas por un olvido absoluto de los deberes y obligaciones elementales del negocio jurídico que emana de las relaciones filiales y matrimoniales[28].

Dado que el objeto de este trabajo es la aptitud del menor de edad para ser desheredado, debe puntualizarse aquí los deberes atinentes a las relaciones familiares, pues, al contemplar el art. 807 CC como herederos forzosos a los hijos

---

de las cargas familiares mientras viva con los progenitores. La Audiencia Provincial desestimó el recurso del padre arguyendo, entre otras cosas, lo siguiente, en relación al art. 155 CC (cursiva propia): "Si dicha norma se entiende referida también a los hijos mayores de edad que continúan en situación de convivencia con la familia, nos encontramos en una norma que, como el respeto a los padres, a que se refiere el núm. 1.º, establece unos principios de conducta no susceptibles de exigencia judicial directa, como la que se pretende en autos, sino que, como valoración de esa conducta, sus efectos negativos, en caso de incumplimiento, se derivan por la aplicación de distintos institutos jurídicos en que puede tenerse en cuenta: *desheredaciones*, calificación de los gastos de alimentación como colacionables y la aplicación o inaplicación de las obligaciones alimenticias, etc." *Maiorem abundantiam,* no faltan estudios, como el realizado por De Verda y Beamonte, J. R. y Chaparro Matamoros, P.: "La responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares en España", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4 *ter*, julio 2016, pp. 219-259, que sostienen que ciertos incumplimientos pueden da lugar a una indemnización de daños y perjuicios, como la infidelidad conyugal que, amén de poder configurarse como una causa de desheredación –el art. 855.1ª CC exige que la infidelidad, así como el resto de incumplimientos de los deberes conyugales, sea grave y reiterado-, puede originar, según los citados autores, una suerte de responsabilidad extracontractual (art. 1902 CC), con independencia de que la misma sea reiterada o concurra el dolo, teniendo potencialidad de ser resarcida una infidelidad que, a pesar de no ser reiterada, se presente como grave, siempre que medie culpa o negligencia.

24 Esta tesis permitiría, a la espera de que el legislador se encomiende al deber de reformar la desheredación conforme a los tiempos actuales, abogar, no solo por una teoría de la voluntad objetiva de la ley en sede de interpretación, sino por una jurisprudencia de intereses, debiéndose interpretar la norma según los intereses que se plantean y dándole un sentido adecuado al interés de más relevancia (se yuxtapondría no solo el sistema legitimario, sino también otros conceptos como la dignidad del testador, el *favor testamenti* o los deberes dimanantes del negocio jurídico de Derecho de familia). Como se verá en este trabajo, y antes de la consagración del maltrato psicológico como causa de desheredación, los Tribunales han optado, más que por la teoría de la voluntad del legislador, por la teoría legislativa primitiva, pasando los Jueces y Tribunales a ser unos "gobernados" por la dicción literal de las causas de desheredativas, como si de unos convidados de piedra se tratasen.

25 Lacruz Berdejo, J. L.: *Derecho de Familia. El matrimonio y su economía,* cit., p. 23.

26 Decimos "derechos" en el sentido laxo del término, en tanto en cuanto la noción derecho subjetivo responde a la idea del poder otorgado a una persona para la satisfacción de sus propios intereses. Por ello, quizás en el Derecho de familia sea más oportuno utilizar la expresión "potestades", en el sentido de que el ordenamiento jurídico concede, en base a las relaciones familiares, un poder a una sujeto, no, necesariamente para la satisfacción de sus propios intereses, sino para atender los intereses de otras personas (Lasarte Álvarez, C.: *Parte General y Derecho de la persona. Principios de Derecho Civil I*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010, pp. 106 y 107). Otros autores, como O´Callaghan Muñoz, X.: *Compendio de Derecho Civil, Tomo IV, Derecho de familia,* cit., p. 24*,* comparten el mismo planteamiento, si bien empleando el término "función".

27 O´Callaghan Muñoz, X.: *Compendio de Derecho Civil, Tomo V, Derecho de sucesiones*, cit., p. 232

28 Una de las autoras que más ha enfatizado, en los últimos años, en la relación que existe entre la desheredación y el Derecho de familia, es Romero Coloma, A.Mª: "El maltrato de obra como causa de desheredación de hijos y demás descendientes", *Revista Aranzadi Doctrinal núm. 3/2014, Parte Estudios* (versión digital), p. 1, que decía, respecto a la desheredación, su "su enorme repercusión en el marco del Derecho de Familia, porque de lo que se trata, en definitiva, es de castigar o sancionar conductas en las que los hijos (y demás descendientes) pueden incurrir y que, en el seno familiar, son atentatorias de la dignidad no ya sólo de la persona en cuanto tal, sino en cuanto miembro de la comunidad familiar, considerada tanto en conjunto como individualmente".

y descendientes, los padres y ascendientes y, en todo caso, al viudo o a la viuda, es obvio que quedan extramuros de la legítima los parientes colaterales como los hermanos. *Prima facie*, el legislador muestra coherencia a la hora de reputar como legitimarios a los parientes en línea recta en primer grado, ya que para ambos existen deberes tipificados *ad hoc* en el ordenamiento jurídico, previendo, en consecuencia, que su incumplimiento puede dar lugar a la desheredación[29], pero ¿qué ocurre con las relaciones entre los abuelos y los nietos? El Código Civil, salvo en la obligaciones de alimentos entre parientes, donde podrán ser alimentantes y alimentistas, respectivamente, los ascendientes y descendientes en segundo grado[30], no dice nada. Cuando regula la patria potestad en el art. 154

29 Cfr. arts. 154 y 155 CC en relación a los arts. 853 y 854 CC, respecto a las relaciones filiales, o los arts. 66, 67 y 68 CC en relación al art. 855 CC, en cuanto a los cónyuges. Debe hacerse notar, no obstante, que, a pesar de que el maltrato de obra y las injurias estén tipificadas como causa de desheredación de hijos y descendientes, no sucede lo mismo cuando los legitimarios son los padres. El art. 854 CC prevé, como causas de desheredación, además de la negativa a dar alimentos a los hijos, "haber perdido la patria potestad por las causas expresadas en el artículo 170" o "haber atentado uno de los padres contra la vida del otro, si no hubiese habido entre ellos reconciliación". En este último caso, castiga el atentado contra la vida del otro progenitor, pero no contra el hijo, lo que haría que nos remitiéramos a la causa relativa a la pérdida de la patria potestad prevista en el art. 854.1ª CC. La redacción, sin duda, es desafortunada, pues dice que el progenitor debe haber perdido la patria potestad, la cual, por imperativo del art. 170 CC, requerirá sentencia. Consideramos que, en cualquier caso, la redacción del precepto debería ser otra, como "haber incurrido el progenitor en las causas que dan lugar a la pérdida de la patria potestad" (causas que el art. 170 CC no concreta, diciendo, simple y llanamente, que la sentencia debe fundarse en "el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma"). Puede ser que este olvido del legislador, respecto al maltrato de obra o las injurias proferidas por los padres contra los hijos, se debiese a la antigua redacción del art. 154 CC, que permitía a aquellos "corregir razonable y moderadamente a los hijos". La Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional, mal llamada "Ley del cachete", derogó la facultad de corrección paterna, de modo que los padres, actualmente, y atendiendo a la literalidad del art. 154 CC, además de respetar la integridad física y mental de los hijos, deberán recabar el auxilio de la autoridad en el ejercicio de su función, pero no podrán corregirlos unilateralmente. Dado el estado de la cuestión, lo más sensato, por razones de coherencia del sistema, es que, de *lege ferenda,* se tipifique, además de las injurias, el maltrato y, cómo no, el abandono como causas de desheredación de padres y ascendientes. Podría pensarse que la causa contemplada en el art. 854.1ª puede contemplar los supuestos de maltrato, pero no es así, dado que la redacción del precepto, en relación al art. 170 CC, exigiría, amén el incumplimiento de los deberes filiales, sentencia fundada, sin perjuicio de que no todo maltrato conllevaría, inexorablemente, la sanción de la pérdida de la patria potestad, máxime si deparamos en las penas previstas en el art. 153 Código Penal (CP) para los supuestos en los que un progenitor cause un menoscabo psíquico o lesione a un hijo menor de edad, en cuyo caso no será castigado con la pérdida de la patria potestad, sino con la "inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad", que es distinto (cfr. art. 46 CP que distingue entre la inhabilitación y pérdida de la patria potestad).

30 Vid. arts. 143 y 144 CC. A veces no es necesario que los padres hayan fallecido para que los abuelos sean los alimentantes del nieto, pues sucede en ocasiones que el progenitor no tiene suficientes medios para atender al deber de alimentos inherente a la patria potestad. Ocurrió así en la STS 2 diciembre 1983 (RJ 1983, 6816) y, más recientemente, en la STS 2 marzo 2016 (RJ 2016, 638), donde los abuelos, como en el caso anterior, fueron condenados a satisfacer a la nieta una pensión de alimentos por la insolvencia del padre. Este caso fue interesante porque se discutió sobre si los gastos extraordinarios consistentes en las clases de música y apoyo se integraban en la pensión de alimentos cuando los abuelos eran los obligados, descartando el Alto Tribunal dicha posibilidad, debido al distinto régimen que existe, respecto a los alimentos, cuando estos emanan de la patria potestad o de la obligación de alimentos entre parientes. En otro trabajo, Gómez Valenzuela, M. Á.: "La obligación de alimentos de los abuelos respecto a los nietos", *Revista Familia y Sucesiones ICAV*, núm. 7, junio 2019, p. 10, decíamos lo siguiente respecto a dicha diferenciación: "Conviene recordar que el deber de alimentos no tiene autonomía propia cuando el alimentista es un hijo bajo patria potestad, ya que los alimentos quedan inmersos en las funciones tuitivas, lo que implica, a efectos prácticos, que el concepto de alimentos comprendido en el artículo 154 CC abarca la más amplia extensión que ampara nuestro ordenamiento jurídico y, por tanto, también la educación y la formación integral del menor se incardina en la patria potestad, cubriendo dicho deber no solo la educación básica, sino todo lo necesario para su formación física, intelectual y moral, ya se conceptúe como un gasto ordinario o extraordinario". De lo dicho se colige la diferente extensión y finalidad de los alimentos, pues mientras los reconocidos en el artículo 110 y 154 CC, derivados de la relación paterno filial, tienen como objetivo, amén de procurar las necesidades básicas, el desarrollo de la personalidad del menor, los

CC resulta paladino, atendiendo a una lectura del precepto *ad pedem litterae*, que las facultades y los deberes del binomio que conforma la relación filial atañen a la relación que liga a los progenitores con los hijos. Los únicos preceptos que contemplan la figura de los abuelos respecto a los nietos son los arts. 90, 94, 103, 160 y 161 CC, en el sentido de contemplar un régimen de visitas, salvo el art. 103 CC que regula el supuesto de que los abuelos asuman la tutela. Este régimen de visitas fue incorporado en nuestro ordenamiento jurídico por medio de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, destacando su Exposición de Motivos que el ámbito familiar no se circunscribe a las relaciones paternofiliales, pues los abuelos desempeñan un papel crucial para el menor. Sin embargo, la reforma, que en su día calificamos como una suerte de "brindis al sol"[31], dejo pasar la oportunidad de contemplar, *ex profeso*, el deber de respeto que incumbe a los nietos respecto a los abuelos, pues si aquellos pueden ser legitimarios, por el mal llamado derecho de representación –art. 857 CC-, sería lógico que, como quiera que la legítima se fundamenta en la solidaridad familiar, esta solidaridad no solo deba predicarse respecto a los abuelos, que forzosamente, y en defecto de descendientes de primer grado, le tendrán que dejar una parte de la herencia a los nietos, sino también a estos, que, como mínimo, deberán respetar a sus ascendientes.

Piénsese en un supuesto en el que, fallecido el progenitor, o siendo este desheredado o declarado indigno respecto a la herencia de su ascendiente, y configurándose como legitimario el hijo (nieto del causante), este rehúsa, voluntaria e injustificadamente, relacionarse con su abuelo. Este lo deshereda por el art. 853.2º CC e, incoado el pleito donde se vindica la nulidad de la disposición testamentaria, la defensa del nieto alega que este no tenía ningún deber de respetar al testador, en el sentido de mantener un contacto con el ascendiente, pues el legislador tan solo consagra dicho deber en las relaciones filiales –art. 155.1º CC- y no necesariamente en las relaciones entre el abuelo y el nieto. Evidentemente, el sentido común y el fundamento del sistema legitimario impone la aplicación analógica del art. 155.1º CC. No obstante, y ante el riesgo de que salga al telón en un futuro esta polémica, quizás debería tipificarse de *lege ferenda* este deber, pues si el nieto puede ser legitimario y recibir la legítima del abuelo, limitando la libertad de testar de este ¡Que menos que tenga el deber de respetarlo!

previstos en el artículo 142 C se erige como un medio de protección de las necesidades más básicas y elementales del alimentista, de contenido más limitado respecto al que corresponde los padres".

31 Gómez Valenzuela, M.Á.: "Reorientación del interés del menor en relación al régimen de visitas de los abuelos con los nietos: A propósito de la nueva doctrina jurisprudencial", *Revista Abogados de Familia*, marzo 2020, p. 25.

IV. TRANSICIÓN HERMENÉUTICA: DE LA TEORÍA LEGISLATIVA PRIMITIVA A LA TEORÍA DE LA VOLUNTAD OBJETIVA DE LA LEY.

Viendo el rótulo que preside este apartado, puede parecer una hipérbole la afirmación consistente en que, sede de interpretación de la desheredación, los Juzgados y Tribunales han abrazado la teoría legislativa primitiva, convirtiendo a los intérpretes de las causas desheredativas en una suerte de convidados de piedra. No obstante, analizando las sentencias que se dictaron antes de que el Tribunal Supremo consagrara el maltrato psicológico como causa de desheredación, la afirmación no resulta descabellada, como veremos a continuación.

1. El Tribunal Supremo como último bastión del sistema legitimario: Olvido del carácter relativo de la regla odiosa *sunt restrigenda.*

Ya adelantamos que la jurisprudencia, parapetándose en la naturaleza sancionadora de la desheredación y la regla *odiosa sunt restrigenda*[32], ha gravitado en torno a la protección del sistema legitimario o, en palabras de Lasarte, la "defensa a ultranza del desheredado"[33], al socaire de que, como quiera que la desheredación es una sanción, sus normas no podrán interpretarse extensivamente ni, menos aún, aplicarse de manera analógica.

Este planteamiento lo recoge la STS 11 febrero 1946[34] que, aunque referida a las causas de indignidad, su razonamiento es plenamente extrapolable a las causas de desheredación: "Sin pretensiones de identificar en absoluto las causas de incapacidad con las de indignidad para suceder "ex" testamento o abintestato, hay en ellas un marcado nexo que las preside en cuanto unas y otras tienden a impedir que el heredero entre en la posesión de la herencia, y como es norma general la capacidad y la dignidad e idoneidad "ab initio" para suceder, la excepción a esta norma, que en definitiva se traduce en una sanción o pena civil, se ha de interpretar restrictivamente". Años más tarde, la STS 30 septiembre 1975[35], en un

32 Así lo dijo la STS 6 diciembre 1952 (RJ 1952, 2430), en un pleito donde se discutió si, ante la premoriencia del hijo, cabía el derecho de representación de los nietos respecto al tercio de libre disposición, diciendo la sentencia, no sin antes condenar la expresión utilizada por el legislador del derecho de representación, que "en nuestro derecho constituido no se da acceso al derecho de representación en la porción libre de la que ha dispuesto el testador en favor de un hijo que le ha premuerto y ha dejado descendencia". En la misma senda, Lasarte Álvarez, C.: *Derecho de sucesiones, Principios de Derecho Civil VII*, cit., p. 24, quien estima que llamar "derecho de representación" al fenómeno consistente en que los parientes del heredero le sucedan en todos los derechos que tendría si viviera o hubiera podido heredar representa una "perturbación lingüística en el mundo del Derecho".

33 Lasarte Álvarez, C.: "Abandono asistencial de la tercera edad y desheredación de los descendientes en la España contemporánea", en AA.VV.: *La protección de las personas mayores* (dir. C. Lasarte Álvarez), Tecnos, Madrid, 2007, p. 364.

34 STS 11 febrero 1946 (RJ 121, 1946).

35 STS 30 septiembre 1975 (RJ 1975, 3408). También puede verse la STS 7 marzo 1980, ya citada en este trabajo, que, además de exponer la diferencia entre desheredación e indignidad, dijo que la observancia de los requisitos formales en cuanto a la desheredación deben ser objeto de "interpretación estricta". En este supuesto el Alto Tribunal acertó, toda vez que los herederos vindicaban una causa desheredativa de

pleito donde se discutió el testamento que contenía una desheredación, confirmó la sentencia recurrida porque, además de que la causa desheredativa no fue probada por los herederos, las mismas debían "interpretarse restrictivamente por aplicación del principio general de derechos «odiosa sunt restringenda» y porque de otra forma se podría dar al traste con todo el sistema legitimario establecido en favor de los hijos por los arts. 806, 807, núm. 1 y 808 de la Ley Civil Sustantiva".

La STS 28 junio 1993[36] analizó otro supuesto de desheredación, en el que la hija fue desheredada porque en el proceso de divorcio de los padres confesó que una empleada de su padre era su amante y atendiendo a que la relación afectiva entre la hija y su progenitor fue inexistente, no mostrando aquella ningún interés ni aun cuando su ascendiente transitó en su última enfermedad. Respecto a los primeros hechos en que se basó la desheredación, el Tribunal manifestó, con acierto, que la hija tenía obligación de decir la verdad en el juicio del divorcio y que no se apreció el elemento subjetivo de las injurias, capital para que un legitimario pueda ser desheredado, tal y como veremos en este trabajo; sin embargo, la sentencia, no contenta con exponer que no concurría *animus injuriandi*, insistió en que "ha de imponerse una interpretación restrictiva de la institución, que no sólo proclama el art. 848 del texto legal, sino también la abundante jurisprudencia, orientada en la defensa de sucesión legitimaria; no admitiéndose: ni la analogía, ni la interpretación extintiva, ni siquiera la argumentación de «minoris ad maiorem»". Respecto a la situación de abandono que vivió el padre durante su ancianidad, el Tribunal Supremo también desestimó dichos hechos como una justa causa de desheredación, diciendo que se trataban de hechos que "de ser ciertos, corresponden al campo de la moral, que escapan a la apreciación y a la valoración jurídica, y que en definitiva sólo están sometidos al Tribunal de la conciencia"[37].

La STS 4 noviembre 1997[38], paradigmática por su defectuoso planteamiento, enjuició un supuesto en que unos hijos habían interpuesto una demanda de juicio ordinario para vindicar la nulidad de una cláusula del testamento de su padre en la que los había desheredado, designando heredera del haber hereditario

un causante que murió intestado, siendo imposible, en estos casos, que opere la desheredación (art. 849 CC).

36 STS 28 junio 1993 (RJ 1993, 4792).

37 En el seno de las Audiencias Provinciales la mayoría de las sentencias siguieron los mismos cánones hermenéuticos, como la SAP Granada 23 mayo 1997 (AC 1997, 1212), la SAP Asturias 10 julio 1997 (AC 1997, 1528), o la SAP Jaén 1 diciembre 1995 (AC 1995, 2368), cuyo fundamento de derecho quinto decía lo siguiente: "Las motivaciones personales o las circunstancias por las que el testador vivió en soledad en los últimos años de su vida alojado en una residencia cuyos gastos sufragaba el mismo, no cabe asimilar al concepto de alimentos, ni equiparar la negación de éstos a la falta de cariño, de calor humano, de atenciones al padre o de desconsideración a las necesidades de la edad pues, como señalaba la Sentencia del TS de 28 junio 1993, que parece escrito para el caso de autos, «la falta de relación afectiva y de comunicación entre los hijos y el padre, el abandono sentimental sufrido por éste, la ausencia de interés demostrado por los hijos en relación con los problemas del padre, son circunstancias y hechos, que de ser ciertos o no justificados, corresponde al campo de la moral que escapa de la valoración y la apreciación jurídica y que en definitiva sólo están sometidas al tribunal de conciencia".

38 STS 14 noviembre 1997 (RJ 1997, 7930).

a su hermana, tía carnal de los demandantes. Los hechos que justificaron la desheredación fueron, en palabras del fundamento de derecho cuarto de la citada sentencia, que los hijos no convivieron con su padre cuando este alcanzó la ancianidad, no mantuvieron ningún contacto con él y, por si ello fuera poco, ni siquiera acudieron a su entierro ¡todo un paradigma del cumplimiento de los deberes filiales! No obstante, el Tribunal Supremo desestimó que dichos hechos pudiesen representar una causa justa de desheredación, aduciendo que "la jurisprudencia que interpreta este precepto[39], por su carácter sancionador, es absolutamente restrictiva en la interpretación y no extiende su aplicación a casos no previsto en la ley".

Valga la jurisprudencia expuesta para percatarnos como, más que defender la regla *odiosa sunt restrigenda*, lo que ha venido haciendo el Tribunal Supremo, hasta comienzos del nuevo milenio, es defender fielmente el sistema legitimario[40] según las directrices marcadas por el legislador patrio, desconociendo que los principios rectores de la familia y el propio modelo familiar han evolucionado desde la codificación, debiendo tener su reflejo en un instituto, como la desheredación, cuyas causas están arraigadas al cumplimiento, o mejor dicho, incumplimiento de los deberes familiares. Así, si observamos el común denominador de los supuestos de hecho de las dos últimas sentencias citadas, podemos ver que ambos casos tuvieron como antecedente fáctico una crisis matrimonial y el quebrantamiento de los lazos comunes que ligaba a los hijos con uno de los progenitores, precisamente, el que les desheredaba. Desde nuestra óptica, teniendo como fundamento la legítima la solidaridad familiar[41], constituye un auténtico despropósito que, al

39 Se refería al art. 853 CC.

40 Véase la definición de desheredación ensayada por la SAP Salamanca 19 diciembre 2013 (AC 2013, 2219), para percatarnos cómo en algunas resoluciones late una férrea defensa del sistema legitimario: "acto por el cual el testador, en virtud de una justa causa, priva a un heredero forzoso de su derecho a la legítima, es decir, "arrebatarle" la parte que la ley le reserva en la herencia".

41 Otros autores, como Echevarría de Rada, T.: *La desheredación de hijos y descendientes: interpretación actual de las causas del artículo 853 del Código Civil*, Reus, Madrid, 2018, p. 12, o De Barrón Carrasco, M. C.: "Falta de trato familiar y desheredación de los descendientes", en AA.VV.: *Derecho y Fiscalidad de las Sucesiones Mortis Causa en España: una Perspectiva Multidisciplinar* (coords. J. Ramos Prieto y C. Hornero Méndez), Aranzadi, Pamplona, 2016, p. 96, hablan de "solidaridad intergeneracional", pero, siguiendo Vaquer Aloy, A.: "Acerca del fundamento de la legítima", *InDret,* octubre 2017, p. 18, y "Derecho a la legítima e intereses subyacentes", en AA.VV.: *La libertad de testar y sus límites* (coords. A. Vaquer Aloy, M.P. Sánchez González, E. Bosch Capdevilla), Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2018, p. 79, es menester emplear el término solidaridad familiar, dado que, respecto a las causas de desheredación previstas para los cónyuges, la solidaridad intergeneracional brilla por su ausencia, ya que estos pertenecen a una misma generación. No obstante, el citado autor, pese a dicha matización, sigue empleando el término "solidaridad intergeneracional". De Peralta Ortega, J.C.: "Medidas preventivas y sancionadoras del abandono asistencial de los mayores en el ámbito sucesorio: la desheredación", en AA.VV.: *La protección de las personas mayores* (dir. C. Lasarte Álvarez), cit., p. 388, no se refiere, *ex profeso*, a la solidaridad familiar como fundamento de la legítima, pero así se infiere del siguiente fragmento: "El fundamento de esta institución se funda según la mejor doctrina en el hecho evidente de que la designación de herederos forzosos no parece que pueda imponerse al causante en todo caso y bajo cualquier circunstancia, sino sólo en situaciones de normalidad familiar, pues si la inexistencia de afecto familiar se ha hecho evidente de forma particularmente grave, a través de hechos o actos que garantizan la ruptura de la unidad familiar que constituye el presupuesto del sistema legitimario, resulta natural que la ley haya de llegar a la conclusión que quien, en principio es considerado "heredero forzoso" deje de serlo y sea privado de la cuota legitimaria que, en otro caso, podría haberle correspondido".

amparo del artificioso tratamiento de la desheredación como una sanción civil y la aplicación de la regla *odiosa sunt restrigenda*, se haya dado cobertura, y se siga dando, a auténticas manifestaciones de maltrato, pues el abandono del progenitor, por causa no imputable a este, merece tal calificativo, máxime si tenemos en cuenta las especiales circunstancias en las que se hallaban los causantes de los casos que desembocó en el Tribunal Supremo, en una edad que permite englobarlos en la ancianidad.

Por todo ello, si se quiere seguir caracterizando la desheredación como una sanción, lo más oportuno sea especificar que se trata de una *sanción familiar*, como así hemos propugnado en este trabajo, pues el calificativo familiar, o si se quiere, la solidaridad familiar, no debe predicarse solo respecto al causante, que parece, siguiendo los razonamiento de las citadas sentencias, que es el único sujeto obligado a rendir tributo a dicha solidaridad, sino también respecto a los legitimarios, pues, en caso contrario, existiría el riesgo, como así ha sucedido, de interpretar exclusivamente el instituto de la desheredación desde la perspectiva de estos, cuando debe predicarse, justamente, que las causas desheredativas sean interpretadas al albur del cumplimiento e incumplimiento de los deberes familiares que atañen tanto al testador como a los herederos, so riesgo de caer en una suerte de reduccionismo injustificado y en una solidaridad familiar selectiva.

Ha de insistirse en que la regla *odiosa sunt restrigenda*, en sede de desheredación, adquiere un cariz relativo, pues lo que puede ser "odioso" para el legitimario podrá serlo para el testador que deshereda en el caso de que, ante un clamoroso incumplimiento de los deberes familiares, este vea que la desheredación no podrá ser declarada justa porque los Tribunales optan por una defensa a ultranza del familiar que no le respetó o desatendió en vida. Véase el caso que estudió la STS 4 noviembre 1997, donde estimó las pretensiones de los hijos declarando injusta la desheredación de un padre al que habían abandonado en vida. Si en este caso el Alto Tribunal siguió la regla *odiosa sunt restrigenda* de las causas desheredativas por ser estas perjudiciales a los legitimarios, podemos ver aquí la relatividad de dicha regla si invertimos el enfoque al compás del concepto de solidaridad familiar: Lo que podría ser potencialmente lesivo para los legitimarios lo será también para el testador, que contemplaría como, a pesar de ser acreedor de un daño fruto de una actitud egoísta e insolidaria, aquellos serán premiados con la legítima, desatendiéndose la idea básica del negocio jurídico familiar, fuente tanto de derechos como de deberes recíprocos[42], el principio *favor testamenti* o la dignidad personal. En definitiva, no se puede desvestir a un santo para vestir a otro, pues

42 Aunque en algunas relaciones familiares no exista una total simetría respecto a la relación obligacional que liga a determinados parientes, como sucede con los padres y los hijos cuando estos son menores de edad, donde las obligaciones de aquellos son más importantes que las que asisten a su prole, tanto cuantitativa como cualitativamente, ello no es óbice para descartar que los hijos, aun menores de edad, tengan también deberes respecto a sus progenitores (vid. 155 CC).

lo que *a priori* podría ser desfavorable u "odioso" para los legitimarios, podrá serlo para el testador si no se interpreta la legítima conforme a su fundamento, que no es otro que la solidaridad familiar[43].

Por ello, cuando decíamos al principio de este apartado que los Juzgados y Tribunales han secundado la teoría legislativa primitiva o, en otras palabras, han sido "gobernados de la Ley" en los litigios de desheredación, no entendemos que se trate de una exageración lingüística[44], porque, so pretexto de la regla *odiosa sunt restrigenda* y la defensa férrea del sistema legitimario, se han inhibido en interpretar las causas desheredativas conforme al fundamento de la legítima, cuyo reverso es la desheredación, como si de la otra cara de una misma moneda se tratase, y, en concreto, han razonado al margen de la solidaridad familiar y la respuesta que cabe dar al incumplimiento de los deberes familiares.

2. La STS 3 junio 2014 como punto de inflexión: ¿interpretación sociológica o teleológica?

Como hemos visto, la jurisprudencia ha ido encaminada a defender fielmente el sistema legitimario, afirmando que conductas tales como el abandono o la ausencia de relación afectiva, son hechos que se incardinan en el campo de la moral e intranscendentes en la ordenación de la sucesión del causante y, sobre todo, en el presunto derecho del legitimario a recibir la legítima.

Quizás pudiera pensarse que la STS 26 junio 1995[45] fue el primer atisbo de cambio en materia de desheredación. Dicho caso fue particular, porque estimó justa la desheredación de una madre a un hijo que vio como su nuera la expulsó de su domicilio, pasando la causante los últimos días de su vida ocupando otra vivienda que estaba en ruinas y sin otras atenciones que las que le proporcionaba su sobrina, gravitando la defensa del legitimario en que él, personalmente, no fue quién expulsó a su madre. El Tribunal desestima dicha excepción, diciendo que no era necesario, para apreciar el maltrato de obra (art. 853.2ª CC), que el hijo fuera quien empleara la fuerza física, bastando que, conociendo tal circunstancia, no adopte ninguna medida para repeler el acto. A nuestro modo de ver, pese al acierto de la sentencia, esta no supuso un cambio jurisprudencial en materia de

43 En autores clásicos como Puig Brutau, J.: *Fundamento de Derecho Civil, Tomo V, Volumen III, Legítimas-Reservas-Sucesión intestada-Sucesión contractual-Partición de la herencia*, cit., p. 212, late este idea: "Si la legítima se funda en los deberes de asistencia y afecto del causante hacia el legitimario (*officium pietatis*), la desheredación significa la dispensa que la ley confiere al testador de seguir vinculado por tal deber, ante la concurrencia de una causa grave y legalmente reconocida".

44 Más si valoramos las palabras de Sánchez Román, F.: *Estudios de Derecho Civil, VI. 2, Derecho de Sucesión*, cit., p. 1106, a principios del siglo XIX, que decía, en relación a las causas desheredativas, amén de que son las enumeradas taxativamente en los arts. 853, 854 y 855 CC, lo siguiente: "Sin que sea este punto que pueda remitirse á ningún género de apreciación de los Tribunales ni materia lícita de contienda litigiosa la racionalidad, justicia, analogía ó mayor gravedad de la causa, comparada con las de la ley".

45 STS 26 junio 1995 (RJ 1995, 5117).

desheredación, y ello por dos razones: una, porque dos años después se dictó la STS 4 noviembre 1997, ya citada, en el que el Alto Tribunal siguió diciendo que las causas de desheredación debían ser objeto de interpretación restrictiva, siendo irrelevante el abandono de unos hijos hacia su padre; otra, porque lo único que hico la sentencia fue condenar el maltrato de obra por omisión, al igual que ocurre con la responsabilidad extracontractual[46] o numerosos tipos delictivos, siendo de sobra conocido que un maltrato no solo se puede infringir a otro por acción, sino también por omisión, máxime si el responsable estaba en unas circunstancias donde repeler la agresión o compulsión física.

No obstante, las situaciones de abandono, antes de que el Tribunal Supremo consagrara el maltrato psicológico como causa de desheredación, han sido objeto de un tratamiento asimétrico según quien fuesen los legitimarios, siendo más beligerantes con los cónyuges que con los hijos, con quienes han mostrado una extraordinaria benignidad. Ejemplo de este trato diferencial es la STS 25 septiembre 2009[47], que trató un supuesto de desheredación entre cónyuges por la vía del art. 855.1ª CC –"haber incumplido grave y reiteradamente los deberes conyugales" -. En la *litis*, la demandante abandonó a su marido en Venezuela, a pesar de seguir el vínculo matrimonial, teniendo que afrontar en soledad el testador un cáncer maligno que precisó dos intervenciones quirúrgicas, para, posteriormente, regresar a España donde murió en compañía de sus hijos. Dichos hechos fueron interpretados en sede casacional como un incumplimiento del deber de ayuda y socorro mutuo, cristalizados, respectivamente, en los arts. 67 y 68 CC[48].

Si comparamos esta última sentencia con las SSTS 28 junio 1993 y 4 diciembre 1997 la pregunta es obligada: ¿Hubiese prosperado dicho relato como causa de desheredación de haber sido los hijos, y no el cónyuge, los desheredados? Huelga decir que probablemente no, máxime si la causa de desheredación fuese el maltrato de obra, ya que el Tribunal Supremo, apelando al manido argumento de que las causas de desheredación deben tener un enfoque interpretativo restrictivo, habría aducido que el abandono se trata de unos hechos incardinados en la moral, intrascendente en la sucesión del causante y, sobre todo, en el derecho del heredero forzoso a recibir su legítima, a pesar de que tales conductas, cuando no son imputables al causante, representan un atentado al deber de respeto que debe presidir las relaciones filiales (art. 155.1ª CC).

46 Vid. art. 1902 CC.

47 STS 25 septiembre 2009 (RJ 6442, 2003).

48 Similar exégesis adoptó la SAP Valladolid 22 mayo 2012 (JUR 2012, 230225), declarando la validez de desheredación entre cónyuges ante un caso de abandono; sin embargo, el precepto que invocó el testador fue el art. 855. 3ª CC -la negación por el cónyuge legitimario de alimentos al otro cónyuge-, diciendo la Audiencia Provincial lo siguiente en su fundamento de derecho segundo *in fine*: "No resulta lógico ni comprensible su comportamiento de prolongada y total pasividad, desatención y abandono para con su esposo, (no hizo uso de los servicios sociales, ni colaboró en la localización de los hijos, no acompañó ni visitó a su marido al hospital) en la última época que convivía con él".

Esta doctrina jurisprudencial construida sobre la base de que la desheredación es una sanción, huérfana del calificativo "familiar", y que tiene que ser objeto de una interpretación restrictiva, olvidando que lo perjudicial que justificaba dicha interpretación era y es relativo en el binomio del negocio jurídico familiar, y que la desheredación no solamente se tiene que mirar desde la perspectiva de los derechos de los legitimarios, sino también de sus deberes, experimentó un cambio notable a raíz de la STS 3 julio 2014[49], ratificada por la STS 30 enero 2015[50] y otras posteriores[51].

Es llamativa la exégesis de la STS 3 julio 2014, pues, aun admitiendo que las causas de desheredación son, exclusivamente, las previstas en el artículo 848 CC y que, por ende, las mismas no podrán ser objeto de interpretación extensiva ni de aplicación analógica, ello no es óbice, en palabras del Alto Tribunal, para que "la interpretación o valoración de la concreta causa, previamente admitida por la ley, deba ser expresada con un criterio rígido o sumamente restrictivo"[52]. Sigue diciendo que, respecto a los malos tratos o las injurias, y descartada ya la regla *odiosa sunt restrigenda*, deben ser objeto de "una interpretación flexible conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del en que se producen". Por ello, en palabras de la sentencia, situaciones en las que un hijo abandona a su padre causándole a este una perturbación emocional, deben ser conceptuadas como un maltrato psicológico y una justa causa de desheredación, pues de lo contrario se lesionaría la dignidad de la persona, el *favor testamenti* o la doctrina de la conservación de los actos jurídicos.

Algunos autores han resaltado la interpretación sociológica de la STS 3 julio 2014[53], en el sentido de que, aunque no exista un consenso en torno a la reforma que cabría emprender del sistema legitimario, hay una corriente mayoritaria de autores, entre los que se encuentran Magistrados del Tribunal Supremo, que

49 STS 3 junio 2014 (RJ 2014, 3900).

50 STS 30 enero 2015 (RJ 639, 2015).

51 Sin perjuicio de que son numerosas las sentencias de las Audiencias Provinciales, en sede casacional ha vuelto a ratificar dicha exégesis la STS 13 mayo 2019 (RJ 2019, 2212).

52 A nuestro modo de ver, el argumento empleado por la sentencia respecto a la interpretación según sus resultados supone un autentico laberinto, pues, por un lado, dice que las causas desheredativas no podrán ser objeto de una interpretación extensiva y, por otro, que no ha de imponerse un criterio restrictivo ¿En qué quedamos? Según Ordás Alonso, M.: *La desheredación y sus causas. Derecho civil común y derechos civiles forales y especiales*, Wolters Kluwers, Madrid, 2021, pp. 316 y 317, lo que dice el Tribunal Supremo es que ha de predicarse una interpretación flexible de las causas de desheredación conforme a la realidad social y, a, su vez, una interpretación rígida y restrictiva "a la hora de enjuiciar si los concretos hechos sometidos a su consideración encajan o no en algunas de dichas conductas". En nuestra opción, si se siguiera imponiendo una interpretación "rígida o restrictiva" a la hora de ver si la concreta causa encaja en los hechos probados, como, a juicio de la citada autora debe interpretarse la STS 3 junio 2014, estaríamos como antes de la citada sentencia, pues el maltrato psicológico no encaja en la literalidad del art. 853.2ª CC. Sin duda alguna, esta problemática la ha causado el Tribunal Supremo por una redacción confusa y enrevesada, avisando que la desheredación no es un "café para todos", a fin de evitar que proliferen desheredaciones que queden extramuros del maltrato psicológico.

53 Cabezuelo Arenas, A. L.: "Abandono afectivo de los ascendientes. Luces y sombras de esta nueva causa de desheredación", *Revista Aranzadi Doctrinal núm. 1/2015*, *Parte Estudios* (versión digital), p. 3.

abogan por una reforma que aumente la libertad de testar[54]. Ciertamente, las líneas maestras de la regulación de la legítima y la desheredación obedecen, sustancialmente, a la primigenia redacción decimonónica del Código Civil. Sin embargo, los principios rectores del modelo familiar decimonónico, en los que se sigue asentando la actual regulación de la desheredación, han evolucionado, como muestra la generalización del divorcio, la movilidad del individuo inherente a la globalización, el concepto de libertad personal, la inserción de la mujer en el mundo laboral o los distintos roles desempeñados, motivos todos ellos que demandan reinterpretar las causas desheredativas al son de los tiempos actuales.

Sin embargo, lo que en 2014 era un abandono de los hijos que provocó una perturbación emocional al testador, lo era también en 1993, cuando el Tribunal Supremo dijo que estos hechos obedecían al campo de la moral y al Tribunal de la conciencia. En ambos casos, y a pesar de gravitar las controversias en fechas que distan décadas entre sí, hubo un maltrato psicológico, como ahora lo cataloga la jurisprudencia, por ello, cabe reflexionar en torno a la siguiente cuestión ¿El maltrato psicológico que padeció el causante en 1993 fue distinto respectó al de 2014? Probablemente, no. Lo que si fue distinto es el enfoque que le dio el Tribunal Supremo. A nuestro modo de ver, frente a la interpretación sociológica del art. 853.2ª CC, que no negamos, lo que realmente preponderó, aunque no se manifestara expresamente en la sentencia, fue la interpretación teleológica de la desheredación, relegada enterrada hasta 2014, toda vez que el Alto Tribunal atendió a la reglamentación de la legítima y la desheredación, como su reverso, según su espíritu y finalidad, pues si aquella se asienta en la solidaridad familiar, clama al cielo que cuando quiebra esta solidaridad de mano de los legitimarios, el testador estará exento de rendir tributo a tal noble concepto, no pudiendo desconocerse que la desheredación, como institución mixta, debe rendir tributo a la observancia de los deberes familiares básicos y elementales, y que mejor modo de rendir tributo a la existencia de dichas obligaciones permitiendo desheredar a aquellos familiares ingratos que se escondieron en vida para aparecer al fallecimiento del causante[55].

54 Así lo expone Parra Lucán, Mª. A.: "Las legítimas e la propuesta de Código Civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil", en AA.VV.: *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados* (dirs. F. Capilla Roncero, M. Espejo Lerdo de Tejada, F.J. Aranguren Urriza), Aranzadi, Pamplona, 2019, pp. 194 y 194, donde apunta el consenso existente en la necesidad de reducción de las legítimas con la consiguiente ampliación de la libertad dispositiva del causante; sin embargo, el consenso no es unánime en cuando a la concreta reforma que cabria abordar.

55 Vaquer Aloy, A.: "Derecho a la legítima e intereses subyacentes", cit., p. 81, comparte el mismo criterio, diciendo que "aunque la desheredación pueda concebirse como una sanción –a su vez de interpretación restrictiva-, ello no signifi [que] que la interpretación o valoración de la concreta causa previamente admitida por la ley, deba ser expresada con un criterio rígido o sumamente restrictivo. No hay, pues, obstáculo legal ni hermenéutico a que las causas de desheredación existentes puedan ser aplicadas en clave más teleológica, de modo que respondan, con mayor efectividad, a la solidaridad intergeneracional".

V. NOTAS GENERALES DE LA CAPACIDAD Y RESPONSABILIDAD DEL MENOR DE EDAD EN EL DERECHO CIVIL.

Dado el objeto de este trabajo, y vertidas a un modo preludio unas nociones introductorias e imprescindibles para la comprensión del instituto de la desheredación, es menester que en las sucesivas líneas tratemos, a escala general, la capacidad y responsabilidad civil del menor en el Derecho civil, incluyendo la del menor emancipado, a veces tan olvidado, para luego concretar más el enfoque desde la perspectiva de la desheredación, exponiendo, *grosso modo*, el estado de la cuestión y los aspectos problemáticos.

1. El menor de edad como sujeto con cierta capacidad de obrar.

Sin temor al equivoco, el debate en torno a la capacidad de obrar del menor es uno de los más apasionantes y prolijos que puede haber en el Derecho Privado, trascendiendo incluso al Derecho Público[56] si tenemos en cuenta que, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, se constitucionalizó la mayoría de edad en el art. 12 de la Constitución (CE)[57]. No obstante, y dadas las humildes pretensiones de este trabajo, nos centraremos a continuación en la evolución que ha experimentado la figura del menor en los que respecta a su capacidad de obrar, no pretendiendo abordar un estudio *in extenso*, sino más bien conciso que refleje el estado de la cuestión.

Entendida la capacidad de obrar, siguiendo a De Castro, como la cualidad jurídica de la persona que determina la eficacia jurídica de sus actos[58], se ha dicho que esta capacidad puede estar afectada por la aptitud natural del individuo, citando la doctrina clásica como supuestos de esta falta de aptitud tanto la incapacitación

56 Aunque en la doctrina española ha abundado estudios respecto a la capacidad del menor desde la perspectiva del Derecho Civil, no ha sido tan prolija la producción científica en el ámbito constitucional, a pesar de que el ámbito de la capacidad del menor, como afirmó recientemente Pérez Gallardo, L. B.: "Autonomía progresiva y capacidad para testar de las personas menores de edad", *Revista de Derecho Privado*, núm. 1, enero-febrero 2021, pp. 44 y 47, la capacidad del menor tiene una dimensión constitucional que debe ser interpretada "desde un enfoque de derechos humanos". En este sentido, ha apuntado González Porras, J.M.: "La menor de edad después de la Constitución y de la reforma del Código Civil", en AA.VV.: *Estudio de Derecho civil en Homenaje al Profesor J. Beltrán de Heredia y Castaño*, Salamanca, 1984, p. 254, que la minoría de edad no puede suponer una exclusión automática de los derechos contenidos en la Constitución, pues podría vulnerarse el art. 14 CE que proscribe la discriminación por razón de nacimiento o cualquier otra circunstancia de orden personal o social, a lo que añadimos nosotros que no solo podría configurarse como discriminatoria una actuación o un precepto que excluya la titularidad de los derechos, sino también su ejercicio.

57 Lasarte Álvarez, C.: "La capacidad de obrar: edad y emancipación de menores", en AA.VV.: *La capacidad de obrar del menor: nuevas perspectivas jurídicas* (coords. Mª. P. Pous de la Flor, R.A. Leonsegui Guillot, F. Yañez Vivero), Exlibris, Madrid, 2009, pp. 9 y 10, estimó acertada la inclusión en el art. 11 CE, diciendo que "ubicada, no obstante, la mayoría de edad en los Códigos Civiles, la vocación de generalidad de la misma comienza a perder su significado propio desde el momento en que la aparición de nuevas ramas del Derecho y sus consiguientes textos legislativos optan por señalar barreras cronológicas de capacitación no coincidentes con la mayoría de edad general establecida en el Código Civil".

58 De Castro, F.: *Derecho civil de España*, Tomo II, Madrid, 1952, pp. 49 y 50. Esta cualidad, siguiendo a García Amigo, M.: *Derecho civil de España*, I, *Parte general*, Madrid, 1997, p. 276, se refiere a la aptitud para el ejercicio de los derechos y los deberes, teniendo relevancia en la eficacia jurídica de sus actos.

como la minoría de edad. Según Lasarte, la consideración del menor como un incapaz para la vida civil se debía a la redacción, por aquel entonces, del art. 1263 CC, según el cual "no pueden prestar consentimiento (…) los menores de edad no emancipados"[59].

Sin embargo, De Castro, con su habitual magisterio, criticó duramente dicha dogmática, describiendo el estado de la cuestión sobre la incapacidad del menor en la vida civil y la realidad práctica, pues los menores, decía, cuando tienen cierta autonomía, se desenvolvía y desenvuelven en la vida cotidiana con asiduidad, perfeccionando numerosos actos y negocios jurídicos que, sin capacidad de obrar, no podrían perfeccionar. Más recientemente, puso de manifiesto Jordano Fraga que "en la realidad del tráfico vemos que cierto tipo de transacciones elementales se perfeccionan se realizan por menores de edad (compra de chucherías y material escolar, transporte urbano) y nadie duda de su capacidad para entender su alcance y manifestar una voluntad libre y vinculante. A medida que la edad aumenta hasta aproximarse a los límites de la mayor edad, la gama de contratos realizados por el menor y su complejidad y cuantía económica aumenta"[60]. Por ello, según el citado autor, la capacidad de obrar de los menores debe ser, por definición, de ámbito limitado, variable o flexible, en función del grado de desarrollo intelectivo y personal que socialmente corresponde a cada edad[61]. En definitiva, pese a lo que parecía sugerir el art. 1263 CC, el menor no está privado de la capacidad de obrar. Esta tendencia, de reconocer al menor cierta capacidad de obrar para según en qué ámbito se desenvuelva y de su aptitud concreta, fue calificada en su día por

59 Lasarte Álvarez, C.: *Parte General y Derecho de la persona, Principios de Derecho civil I*, cit., p. 189.

60 El Alto Tribunal también ha reconocido, con menor o mayor acierto, la capacidad de obrar del menor, por ejemplo, en el fundamento de derecho tercero de la STS 10 junio 1991 (RJ 1991, 4434): "Resulta incuestionable que los menores de edad no emancipados vienen realizando en la vida diaria numerosos contratos para acceder a lugares de recreo y esparcimiento o para la adquisición de determinados artículos de consumo, ya directamente en establecimientos abiertos al público, ya a través de maquinas automáticas, e incluso de transporte en los servicios públicos, sin que para ello necesite la presencia inmediata de sus representantes legales, debiendo entenderse que se da una declaración de voluntad tácita de éstos que impide que tales contratos puedan considerarse inexistentes, teniendo en cuenta «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (las normas), atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas» (art. 3.1 del Código Civil), y siendo la finalidad de las normas que sancionan con la inexistencia o anulabilidad de los contratos celebrados por los menores, una finalidad protectora del interés de éstos, es evidente que en esa clase de contratos la misma se hace innecesaria". Aquí el Tribunal Supremo parte de la tesis de que los actos realizados por los menores son ratificados tácitamente por sus progenitores. Debe matizarse, pues no todo acto o contrato que realiza un menor precisa de la ratificación, expresa o táctica, de sus representantes legales, máxime si aquel actual en un ámbito propio a sus condiciones madurez y de conformidad con los usos sociales; es decir, aunque los padres se opongan, no podrán conseguir la invalidez de un contrato celebrado por el menor que se incardina en su esfera de actuación ¿Podrían los padres devolver las chucherías que ha comprado el menor arguyendo que no han ratificado el contrato de compra y venta y por tanto este es inválido? Evidentemente no.

61 Jordano Fraga, F.: "La capacidad general del menor", *Revista de Derecho Privado*, octubre 1984, p. 892. En la doctrina latinoamericana se sigue esta tendencia, pudiendo citarse, entre otros, a Pellegrini, Mª V.: Contactos entre la autonomía progresiva y la capacidad para contratar de personas menores de edad", *Revista de Derecho de familia, Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, núm. 42, abril 2009, p. 85, empleando el concepto de "autonomía progresiva", que se podría definir, siguiendo las aportaciones de Pérez Gallardo, L. B.: "Autonomía progresivas y capacidad para testar de las personas menores de edad", cit., p. 46, como aquel sistema que reconoce a los menores de edad, sujetos de derechos, no solo la titularidad, sino la posibilidad de ejercerlos por sí mismos, conforme a su grado de madurez, su posibilidad de discernimiento y a la vez la concreta naturaleza del acto en que se concreta el derecho.

Díez Picazo y Gullón como peligrosa, por arbitraria e injusta, pues, en contra del principio de seguridad jurídica, deja la apreciación de la capacidad de obrar a un juicio subjetivo[62].

En nuestra opinión, es menester la inseguridad jurídica que entender que el menor es un sujeto privado de capacidad de obrar, pues ello implicaría afirmar, erróneamente, que el menor, amén de no tener capacidad de obrar plena[63], no tiene autonomía para los actos relativos a sus condiciones de madurez, además de que poco se compadecería dicha afirmación con la práctica forense, al socaire de que el menor, en la vida diaria, presta válidamente su voluntad para numerosos actos[64]. Dicho de otra manera, y siguiendo a De Castro, uno de los pioneros en lo que a capacidad de obrar del menor se refiere[65], "la limitación de la capacidad de obrar del menor habrá de estar en cada caso justificada jurídicamente, y en este sentido puede decirse que es excepcional"[66]. Más recientemente, Nieto Alonso

62 Diez-Picazo, L y Gullón, A.: *Sistema de Derecho Civil, Volumen I, Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 252. Citar Derecho Romano.

63 Obsérvese que decimos capacidad de obrar plena y no absoluta porque, como dice O´Callaghan Muñoz, X.: *Compendio de Derecho Civil, Tomo I, Parte general*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, p. 192, la mayoría de edad no implica un poder omnímodo para todos los actos de la vía civil, tal y como subraya el art. 322 CC, que dispone que "el mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código", pudiendo remitirnos, *ad exemplum*, al art. 175.1, que fija la capacidad de adoptar en veinticinco años.

64 La tensión entre la capacidad del menor graduable y el principio de seguridad jurídica no es exclusiva de España, tal y como destaca Pérez Gallardo, L. B.: "Autonomía progresiva y capacidad para testar de las personas menores de edad", cit., p. 46, que dice, acertadamente, que, frente al coste elevado en el orden administrativo y judicial que implicaría seguir la teoría de la autonomía progresiva del menor, es menester asumir el riesgo, ante la posibilidad de que se olvide la individualización de los niños y los adolescentes.

65 Así lo describió Gomá Salcedo, J.E.: *Instituciones de Derecho Civil común y foral*, *Tomo I*, *Parte General y Derecho Reales*, Bosch, Barcelona, 2004, pp. 213, mencionando que, frente a la tesis de la doctrina clásica representada por autores como Clemente de Diego, Sánchez Román, Castán o Espín, quienes afirmaban rotundamente que el menor no tenía capacidad de obrar, se alzó De Castro que "recupera la tesis de que el menor no está privado de la capacidad de obrar, aunque ésta se halla limitada".

66 De Castro, F.: *Derecho civil de España*, Tomo II, cit., pp. 174-176. El citado autor, resume sus argumentos en torno a la capacidad de obrar del menor diciendo lo siguiente: "La condición del menor puede concebirse de dos modos: 1º. Con capacidad de obrar limitada, en virtud de las disposiciones dictadas para su protección; 2º. Afectado de una incapacidad de obrar absoluta, a excepción de los casos expresamente señalados por la ley. Nuestro Derecho, conforme a la dirección de casi todas las legislaciones modernas, adopta la primera concepción. Convencen de ello las siguientes consideraciones: 1ª. Que tal era la doctrina del antiguo Derecho español, y que al no haber indicación alguna de que se quisiera abandonar al redactarse el Código civil hay que presumir que se ha mantenido. 2ª. Ninguna disposición del Código civil permite inferir una incapacidad absoluta del menor. 3ª. La teoría de la incapacidad absoluta resulta falta de lógica, aplicada a nuestro sistema jurídico. ¿Cómo hablar de una incapacidad absoluta y admitir una serie numerosa de casos en que es capaz el menor y respecto de actos de tanta trascendencia como hacer testamentos, adquirir la posesión y celebrar contratos? 4ª. En fin, y ello parece decisivo, la doctrina tradicional permite explicar con sencillez, y con más justos resultados prácticos, los preceptos de nuestras leyes". Merece la pena mencionar, además, la RDGRN 3 marzo 1989 (RJ 1989, 2380), que dice lo siguiente: "En torno a la situación jurídica del menor de edad en nuestro Ordenamiento, debe tenerse en cuenta que no existe una norma que, de modo expreso, declare su incapacidad para actuar válidamente en el orden civil, norma respecto de la cual habrían de considerarse como excepcionales todas las hipótesis en que se autorizase a aquél para obrar por sí; y no cabe derivar esa incapacidad ni del artículo 322 del Código Civil, en el que se establece el límite de edad a partir del cual se es capaz para todos los actos de la vida civil, ni tampoco de la representación legal que corresponde a los padres o tutores respecto de los hijos menores no emancipados. No es la extensión de la representación legal, como instrumento supletorio de la falta de capacidad, la que delimita el ámbito de ésta, sino a la inversa (vid. artículo 162.1.º del Código Civil); y, por otra parte, el artículo 322 del Código Civil debe ser valorado en conexión con la técnica del Código Civil de fijar, con ocasión de la regulación de actuaciones jurídicas concretas, la edad requerida para su válida

ha sostenido, respecto a la capacidad de obrar del menor, que cualquier juicio habrá de realizarse, por una parte, interpretando las normas que repercutan en el menor conforme a la realidad social del tiempo en el que tienen que ser aplicadas, y, por otra, resolver la disyuntiva a tenor de la madurez concreta del menor, sin olvidar como criterio hermenéutico su interés superior[67]. A lo que añadiríamos nosotros, siguiendo a Pérez Gallardo, la propia naturaleza del acto jurídico en que se concreta el ejercicio del derecho[68], pues no es lo mismo comprar un inmueble o un vehículo que comprar golosinas en una barraca.

Al margen de cuestiones doctrinales sobre la capacidad de obrar del menor de edad, una panorámica del Derecho positivo conduce a afirmar, inexorablemente, que este está dotado de capacidad para el ejercicio de los derechos que ostenta. Así, y remitiéndonos al Código Civil, podemos ver que los menores podrán, entre otras cosas, optar a la nacionalidad española asistidos por un representante legal (art. 20 CC) aceptar donaciones (art. 625 CC), tomar posesión de los bienes (art. 443 CC), contraer matrimonio si están emancipados (art. 46.1º CC), consentir su adopción (art. 177.1 CC), ejercitar los derechos de la personalidad (art. 162.1º CC), administrar los bienes, especialmente los que procedan de su trabajo e industria (art. 164. 3º CC), otorgar testamento a partir de los catorce años (art. 663.1º CC), salvo el ológrafo que precisa la mayoría de edad (art. 688 CC), o prestar el consentimiento para perfeccionar aquellos contratos que puedan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes, y los relativos a bienes y servicios

conclusión (vid. artículos 46, 443, 662, 992, 1246 y 1263 del Código Civil, y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, etc.), lo que permite afirmar que si a partir de los dieciocho años se presupone el grado de madurez suficiente para toda actuación civil (con las excepciones legales que se establezcan), por debajo de esta edad habrá de atenderse a la actuación concreta que se pretenda realizar, cubriendo la falta de previsión expresa por cualquiera de los medios integradores del ordenamiento legal (artículos 1, 3 y 4 del Código Civil), y no por el recurso a una regla general de incapacidad que además no se aviene ni con el debido respeto a la personalidad jurídica del menor de edad". Más recientemente se pronunció, en similares términos, la RDGRN 14 mayo 2010 (RJ 2010, 3631), comentada por Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: "La dificultad de los supuestos límite", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 7/2010 (versión digital).

67 Nieto Alonso, A.: "Capacidad del menor de edad en el orden patrimonial civil y alcance de la intervención de sus representantes legales", *Revista de Derecho Civil*, núm. 3, julio-septiembre 2016, p. 5. Dice la autora que, frente a una capacidad de obrar estática, debe predicarse una capacidad de obrar "esencialmente dinámica". Estamos de acuerdo, a pesar de que esta tesis merme, por evidentes razones, el principio de seguridad jurídica, ya que habrá que estar "tiro a tiro" al discernimiento del menor para apreciar si tenía capacidad de obrar.

68 Pérez Gallardo, L. B.: "Autonomía progresiva y capacidad para testar de las personas menores de edad", cit., p. 44. Analizando los trabajos citados de Nieto Alonso y Pérez Gallardo, podemos percatarnos la sincronía que late en la evolución de la capacidad de obrar del menor y las personas con discapacidad. Se dice esto porque aquella autora (Nieto Alonso, A.: "Capacidad del menor de edad en el orden patrimonial civil y alcance de la intervención de sus representantes legales", cit., p. 5) dijo, respecto al menor de edad, que no había que establecer una norma rígida, sino flexible, adaptable a la edad, remitiéndose, *per relationem*, a la capacidad de obrar de las personas con discapacidad, citado, *ex profeso*, el siguiente pasaje del fundamento de derecho tercero de la STS 29 abril 2009 (RJ 2009, 2901): "Ya no se trata de hacer un traje a medida de la persona con discapacidad, sino de hacer los trajes a medida que hagan falta". Compárese dicha palabras con las empleadas por Pérez Gallardo, L. B.: ·Autonomía progresivas y capacidad para testar de las personas menores de edad", cit., p. 44, que dijo, relación a la capacidad del menor, que "se busca un traje a la medida en el que la edad no es el único criterio a tomar en cuenta por el legislador".

de la vida corriente de acuerdo a su edad y los usos sociales (art. 1263.1º CC)[69]. Además de lo dicho, si hay un precepto del que se puede deducir, sin ambages, que el menor está dotado de capacidad de obrar, ese es el art. 2.1 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LOPJM), que dispone que "las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor"[70].

Dejando al margen el Derecho común, tenemos que bucear entre los Derecho forales para percatarnos del tratamiento que se le dispensa al menor, que, como ocurre con la mayoría de las normas autonómicas, rinde más tributo a la realidad de las cosas. Así, en la Sección primera, Capítulo primero, Título primero, Libro primero del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de Código del Derecho Foral de Aragón, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas (CDFA), podemos ver que el legislador aragonés, a pesar de estipular que la mayoría de edad se alcanza cuando la persona ha cumplido dieciocho años o ha contraído matrimonio (art. 4.1 CDFA), reconoce que la representación legal del menor finaliza a los catorce años, complementándose su capacidad con la asistencia (art. 5 CDFA), pudiendo el menor, que tenga suficiente juicio, y antes de los catorce años, ejercer los derechos de la personalidad, otorgar actos y contratos de la vida corriente y lleve a cabo otros actos que pueda realizar sin necesidad de representación o asistencia, debiendo interpretarse las limitaciones a la capacidad de obrar de forma restrictiva (art. 7 CDFA). Una vez que cumpla catorce años, podrá celebrar toda clase de actos y contratos, precisando, en determinados casos, de la asistencia. Como podemos ver, la regulación aragonesa es coherente con la postura doctrinal y jurisprudencial que reconoce al menor capacidad de obrar, tal y como reconoce expresamente la Exposición de Motivos CDFA[71].

69 Como dijimos más arriba, en la antigua redacción del art. 1263 CC se basaron numerosos autores para negar, lapidariamente, la capacidad de obrar al menor de edad. La dicción legal decía, simple y llanamente, que no podían prestar el consentimiento "los menores no emancipados". La redacción sufrió una modificación a raíz de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, volviendo a consagrar la incapacidad general del menor para el acto más expresivo del ejercicio de la autonomía privada, el contrato, pero matizando que el menor podrá contratar según determine la Ley y, en todo caso, en relación "a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales". Según Lasarte Álvarez, C.: *Contratos, Principios de Derecho Civil III*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2019, p. 17, la razón de ser del primer párrafo del art. 1263.1º CC obedece a la protección que dispensa el ordenamiento jurídico a los menores, declarando inválidos (por anulabilidad) los contratos que perfeccionen los menores, salvo la excepción antedicha.

70 Previamente, la Exposición de Motivos LOPJM reconocía que los menores tienen una capacidad progresiva para el ejercicio de los derechos: "Las transformaciones sociales y culturales operadas en nuestra sociedad han provocado un cambio en el status social del niño y como consecuencia de ello se ha dado un nuevo enfoque a la construcción del edificio de los derechos humanos de la infancia. Este enfoque reformula la estructura del derecho a la protección de la infancia vigente en España y en la mayoría de los países desarrollados desde finales del siglo XX, y consiste fundamentalmente en el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una *capacidad progresiva* para ejercerlos".

71 Nos remitimos al apartado 4 de la Exposición de Motivos: La minoría de edad no es una situación de incapacidad, sino un estado de las personas en los primeros años de su vida, cuando su personalidad se está desarrollando y requieren una formación adecuada a este desarrollo. Con la finalidad de favorecer

Lo mismo ocurre con el Derecho catalán, que, a pesar de no ser tan vanguardista en este punto como el aragonés, reconoce, en el art. 211-5 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña (CCCat), relativo a la persona y a la familia, la capacidad de obrar del menor, diciendo que este, según su edad y capacidad natural, podrá realizar los actos relativos a los derechos de la personalidad, salvo determinadas excepciones, los relativos a bienes o servicios propios de su edad según los usos sociales y los demás actos que la ley le permita.

Pueden compararse las normas autonómicas citadas con los arts. 162 CC o 1263 CC, que, tratando al menor como un sujeto imberbe, consagra la representación paterna o la incapacidad contractual como la regla general y el reconocimiento de la capacidad como excepción[72].

2. La responsabilidad civil del menor de edad.

A) La responsabilidad objetiva de los padres por los daños ilícitos causados por los menores de edad.

El art. 1902 CC, pórtico de la responsabilidad extracontractual, dice que "el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar[73] el daño causado". Posteriormente, en el art. 1903 CC, el legislador dice que la obligación extracontractual no concurrirá solo por actos y omisiones propios, sino también "por los de aquellas personas de quienes se debe responder", diciendo a renglón seguido que los padres y los tutores serán responsables de los daños causados por los hijos o menores que se encuentren bajo su guarda o autoridad. El último párrafo del art. 1903 CC, tras tratar de la responsabilidad de los padres, los tutores o los centros de enseñanza, dice que la

este desarrollo y esta formación, los menores están sujetos a la autoridad familiar, la tutela o la curatela, que, como todas las instituciones y normas dirigidas a los menores, están presididas siempre por el criterio del interés del menor (…) la representación por el padre o la madre se extingue en edad temprana, a los catorce años, que fue durante siglos en Aragón el límite de la minoría de edad. De manera general expresa el artículo 5 que al cumplir los catorce años termina la representación legal, de manera que la capacidad de los menores se completa en adelante con la asistencia que en cada caso proceda. Es decir, a partir de los catorce años, el menor aragonés actúa siempre por sí (sin representante), con la asistencia de las personas llamadas a prestarla para la plena validez de sus actos. Esta regla, como en general todas las relativas a la mayoría y minoría de edad, se aplica en todas las ramas del ordenamiento, pues es el Derecho civil el que determina de manera central la capacidad de obrar de las personas y los medios de suplir o completar la falta de capacidad para determinados actos. De ahí también la trascendencia del principio enunciado en el artículo 7, según el cual las limitaciones a la capacidad de obrar del menor se interpretarán de forma restrictiva: *la capacidad es la regla y sus limitaciones, la excepción*".

72 Así también lo considera Nieto Alonso, A.: "Capacidad del menor de edad en el orden patrimonial civil y alcance de la intervención de sus representantes legales", cit., p. 11.

73 Aquí, en el vocablo "reparar", podemos ver que la precisión técnica del art. 1902 CC brilla por su ausencia, al contrario que el art. 110 CP, que diferencia entre el resarcimiento, la reparación y la indemnización de los perjuicios materiales o morales. Es evidente que no todo daño será susceptible de reparación (piénsese en el dolor), sino de indemnización (cfr. arts. 112 y 113 CP), por ello, quizás, de *lege ferenda*, la dicción del art. 1902 CC deba estar redactada del siguiente modo: El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, estará obligado a responder de los daños causados.

misma "cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño".

Pese a lo que pudiese parecer por el art. 1903 CC *in fine*, la responsabilidad de los padres por los daños causados por los hijos menores de edad, lejos de requerir culpa o negligencia de aquellos, se ha configurado como una responsabilidad cuasiobjetiva[74] que parte de una presunción de culpa cuya prueba en contrario viene caracterizada por una extrema severidad o, en palabras de la jurisprudencia, es precisa "una rigurosa prueba de la diligencia empleada"[75], que, convierte la responsabilidad de los padres y tutores, de facto, en una responsabilidad con un marcado matiz objetivo[76]. La doctrina jurisprudencial se puede resumir en que la responsabilidad de los padres por los actos ilícitos realizados por los hijos *in potestate* se justifica por la transgresión del deber de vigilancia que los primeros ostentan, de suerte que el legislador, según la jurisprudencia, establece una presunción de culpa concurrente en quien desempeña la patria potestad y la inserción de un cariz objetivo en dicha responsabilidad, que prácticamente pasa a obedecer a criterios de riesgo en no menor proporción que los subjetivos de culpabilidad, sin que quepa oponer la falta de una verdadera imputabilidad en el autor material del hecho, pues la responsabilidad dimana de culpa propia del padre, madre o tutor por omisión del deber de vigilancia, sin relación con el grado de discernimiento del constituido en potestad[77].

El fundamento que late en esta corriente jurisprudencial es de justicia material, pues ante la tesitura de que la víctima sea quien asuma las consecuencias patrimoniales de la lesión sufrida por un menor, que puede estar en un estado de insolvencia, los padres deberán asumir esta responsabilidad, bajo la ficción[78] de

74 Así lo manifiesta López Peláez, P.: "La responsabilidad civil de los daños causados por menores de edad: criterios de atribución", cit., p. 47, que, en relación al art. 1903 CC, dice que "a pesar del tenor literal del precepto legal, en estos casos se ha pasado de un sistema de responsabilidad civil subjetiva a otro de responsabilidad cuasiobjetiva".

75 SSTS 24 marzo 1953 (RJ 1953, 913), 25 marzo 1954 (RJ 1954, 1001), 3 octubre 1961 (RJ 1961, 3276), 11 marzo 1971 (RJ 1971), 10 mayo 1972 (RJ 1972, 2305), 14 abril 1977(RJ 1977, 1654).

76 SSTS 1 junio 1980 (RJ 1980, 2409), 17 junio 1980 (RJ 1980, 2409), 10 marzo 1983 (RJ 1983, 1469).

77 En palabras de las SSTS 22 enero 1991 (RJ 1991, 304) o 7 enero 1992 (RJ 1992, 149): "El artículo 1903, aunque sigue a un precepto que se basa en la responsabilidad por culpa o negligencia, no menciona tal dato de culpabilidad y por ello se ha sostenido que contempla una responsabilidad por riesgo o cuasi objetiva, justificándose por la transgresión del deber de vigilancia que a los padres incumbe sobre los hijos "in potestate", con presunción de culpa en quien la ostenta y la inserción de ese matiz objetivo en dicha responsabilidad, que pasa a obedecer de criterios de riesgo en no menor proporción de los subjetivos de culpabilidad, sin que sea permitido oponer la falta de imputabilidad en el autor material del hecho (el menor), pues la responsabilidad dimana de culpa propia del guardador por omisión del deber de vigilancia".

78 Decimos ficción porque, como dice López Sánchez, C.: *La responsabilidad civil del menor*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 185, es imposible ejercer una vigilancia constante de estos menores a quienes además debe reconocérseles cierta libertad de actuación, según dice tanto apartado segundo de la Exposición de Motivos como el art. 2.2 LOPJM. El Derecho Civil no está exento de ficciones, como ocurre con la presunción de conmoriencia del art. 33 CC, pues, como manifiesta O´Callaghan Muñoz X.: *Compendio de Derecho Civil, Tomo I, Parte general,* cit., p. 182, "más que una presunción aparece como una ficción, porque la muerte simultánea de varias personas es casi imposible".

que concurre una culpa *in vigilando* o *in educando*[79]. Esta doctrina jurisprudencial, según algunos autores, debe ser replanteada y revisada, pues convierte a los guardadores en una "especie de compañía de seguros" que deben responder siempre atendiendo a criterios objetivos de acaecimiento del daño[80].

B) A pesar de la responsabilidad cuasiobjetiva de los padres ¿el menor es irresponsable civilmente?

Para contestar a este interrogante, es obligado parangonar los arts. 1902 y 1903 CC con el art. 61 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (LORPM), que dice que "cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden". Como quiera que los menores de edad podrán responder penalmente a partir de los catorces años (art. 1.1 LORPM), estos, a su vez, responderán civilmente cuando el hecho delictivo ocasione algún daño que sea preciso repasar, resarcir o indemnizar, responsabilidad que será solidaria con las personas mencionadas en el art. 61 LORPM.

Como se puede ver, no hay ningún precepto del Código Civil que consagre, expresamente, la responsabilidad civil del menor, motivo por el que, suponemos, autoras como López Peláez, han esgrimido que "queda excluida en el ámbito civil la responsabilidad personal del propio menor con relación a los daños que pueda causar, atribuyéndole las consecuencias dañosas de sus actos bien al centro escolar, durante el tiempo en que está bajo su control o vigilancia, bien a sus padres (o tutores), el resto del tiempo"[81].

Aquí, solo podemos criticar este planteamiento de tratar al menor de edad, en el ámbito de la responsabilidad civil, como un sujeto imberbe, pues si, como hemos dicho, este tiene el discernimiento suficiente para actuar en determinados actos de la vida civil, motivo por el cual se le reconoce cierta capacidad de obrar, también podrá responder, en determinados casos, de los daños que ocasione a un tercero. La piedra angular de esta toma de postura reside, siguiendo a Lasarte,

79 Así se colige de la STS 29 diciembre 1962 (RJ 1962, 5141), que dice que, de exonerarse de responsabilidad a los padres por el argumento de que estos estaban trabajando cuando se cometió el hecho ilícito, o estaban ausentes por circunstancias familiares o sociales, se llegaría a la total irresponsabilidad por los hechos realizados por los menores de edad, quebrantándose el criterio de equidad al dejar sin resarcimiento alguno ha quien ha sufrido en su cuerpo y salid importantes daños, que incluso le pueden privar de la capacidad laboral plena.

80 Lasarte Álvarez, C.: *Derecho de obligaciones. Principios de Derecho Civil II*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2011, p. 320.

81 López Peláez, P.: "La responsabilidad civil de los daños causados por menores de edad: criterios de atribución", cit., p. 44.

más que en el concepto de *imputabilidad*, en la idea de *ser imputable*, que equivale a la capacidad de entender y querer o tener conciencia de la propia actuación[82].

Hay que tener en cuenta que, si el sistema de responsabilidad civil extracontractual se asienta en el criterio de culpa o negligencia (art. 1902 CC), y uno de los elementos previos a la culpa o negligencia es la imputabilidad, podemos afirmar que una conducta negligente es aquella en la que el sujeto, que es subjetivamente imputable, infringe la norma que protege el derecho lesionado o, si se quiere, el principio *alterum non laedere*[83]. Para que el menor y, cualquier persona, sea imputable es preciso que concurra el elemento intelectivo y volitivo, o, dicho de otra manera, que tenga capacidad de representarse anticipadamente tanto el acto u omisión dañosa como su resultado y pueda dirigir su voluntad conforme a la propia comprensión de las cosas[84]. Aquí, se podría argüir que, durante el periodo de la infancia, esto es, y aproximadamente, desde el nacimiento hasta los doce años, el menor actúa por reglas egocéntricas e individuales y, por ende, no tendrá la aptitud suficiente para gobernar sus actos y prever sus consecuencias. No obstante, como dice López Sánchez, hay "grandes menores" o menores *mayoritatis proximi*, que presentan el discernimiento suficiente para responder por sus propios actos[85].

En este punto, se podría proponer, como sostienen algunos autores, que la doctrina jurisprudencial, e, incluso, los preceptos legales de la responsabilidad civil de los padres por acciones u omisiones de los menores de edad, debe ser revisada, pues, junto al interés de protección de la víctima, concurre la conquista progresiva de un espacio de libertad y autonomía de los menores que hace que estos escapen del control paterno[86]. Sin embargo, la pregunta que nos debemos hacer es la siguiente ¿La jurisprudencia excluye la responsabilidad civil de todo menor? Aunque son pocas las sentencias que hayan dictado un fallo condenatorio contra un menor de edad, podemos afirmar que, conforme al art. 1902 CC, el menor puede responder civilmente de los daños ilícitos causados, aunque, junto a esta responsabilidad del menor concurra la responsabilidad cuasiobjetiva de los padres para atender a los intereses de la víctima.

82 Respecto a la diferencia entre imputabilidad y ser imputable, puede verse Lasarte Álvarez, C.: *Derecho de obligaciones. Principios de Derecho Civil II*, cit., p. 320

83 O´Callaghan Muñoz X.: *Compendio de Derecho Civil, Tomo II. Derecho de obligaciones,* Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, p. 662.

84 Gómez Calle, E.: *La responsabilidad civil de los padres*, Montecorvo, Madrid, 1992, p. 24.

85 López Sánchez, C.: *La responsabilidad civil del menor*, cit., p. 185

86 López Peláez, P.: "La responsabilidad civil de los daños causados por menores de edad: criterios de atribución", cit., p. 58, va más allá, y parece proponer un cambio legislativo, al decir que debería estudiarse "la introducción en dicho Código de una regla legal que permita a los Tribunales, establecer (…) la responsabilidad del propio menor de edad por los daños que pueda causar, siempre que tenga una mínima capacidad de entender y de querer, y a partir al menos de los 14 años, sin perjuicio o al lado de la responsabilidad de sus padres o guardadores, que seguirán siendo responsables por su falta de cuidado". Resulta curiosa dicha afirmación cuando a fecha de la publicación del citado trabajo (2009), ya habían recaído sentencias, incluso del Tribunal Supremo, condenando a menores de edad.

A título de ejemplo, podemos citar la STS 10 abril 1988[87], que estudió un caso en el que un menor de once años falleció en una piscina municipal, accionando los padres contra el Ayuntamiento de Alborea, como arrendador, el arrendatario de la piscina, el vigilante de la piscina que, a la sazón, tenía diecisiete años de edad, y el padre de este. La citada sentencia absolvió al vigilante menor de edad, pero no por una supuesta inimputabilidad inexistente, sino, sencillamente, porque en dicho supuesto no concurrió ningún género de culpa o negligencia. Es decir, el Alto Tribunal reconoce, implícitamente, que los menores de edad pueden ser condenados por responsabilidad extracontractual[88]. La STS 22 enero 1991[89] fue más directa en lo que a responsabilidad de un menor de edad se refiere, condenando a un menor de quince años y a la madre de este porque aquel, que iba en motocicleta, colisionó con otra al invadir una vía principal, resultando lesionado otro menor de edad. Lo llamativo de dicha sentencia es que confirmó la condena directa del menor y la responsabilidad subsidiaria de la madre dictada por el Tribunal *ad quem*, a pesar de que en primera instancia la condena fue solidaria. Semejante *litis* analizó la STS 12 abril 1994[90], en otro accidente de circulación causado por un menor de quince años que conducía un vehículo a motor sin permiso de circulación, resultando lesionado en el aparato locomotor un tercero. La sentencia confirma la condena del menor, toda vez que era imputable y concurría culpa o negligencia en su conducta, acompañándole en el fallo los padres, que fueron condenados solidariamente[91].

Lo que se quiere poner de relieve con la jurisprudencia expuesta es que, una cosa es que los damnificados por un hecho ilícito causado por un menor de edad demanden automáticamente a los padres, toda vez que el criterio de imputación de la responsabilidad se asienta en un componente cuasiobjetivo, y otra es que el menor sea inimputable civilmente. Es decir, aunque los padres deban responder por los daños que ocasione los menores sujetos a su cargo, ello no será óbice para afirmar la total responsabilidad del menor, pues si se demuestra que este tenía el suficiente discernimiento y, en concreto, la capacidad intelectiva y volitiva

87 STS abril 1988 (RJ 1988, 3116).

88 Así se colige del fundamento de derecho segundo: "Al único que no se le puede inculpar responsabilidad alguna es al vigilante de la piscina (ni por tanto a su padre) pues, pese a carecer de título de socorrista y ser su variada misión la de vigilar a los bañistas, limpiar las piscinas, cuidar de los motores, etc., por un parco sueldo, hizo cuanto pudo por intentar salvar la vida del niño ahogado, al producirse el trágico accidente. La sentencia recurrida tan sólo se limita a examinar como cuestión fundamental si el citado vigilante incurrió en cualquier clase de culpa o negligencia, llegando a la acertada conclusión negativa. Pero respecto de los restantes demandados el Ayuntamiento y el arrendatario ni someramente analiza la responsabilidad de éstos, cuando lo cierto es que está probado en autos que tanto uno como otro incumplieron la obligación que les imponía la repetida Orden Ministerial de 31 de mayo de 1960".

89 STS 22 enero 1991 (RJ 1991, 304).

90 STS 12 abril 1994 (RJ 1994, 2795).

91 También puede verse la SAP Zaragoza 8 abril 1995 (AC 1995, 638), en otro caso en el que un menor de diecisiete años conducía un vehículo del abuelo sin licencia, probando un accidente. El Tribunal condenó al menor, a su abuelo, como propietario del vehículo, a la madre que ostentaba la guarda, y, curiosamente, a su cónyuge, y, finalmente, al Consorcio de Compensación de Seguros.

de su acción u omisión, podrá ser declarado responsable siempre que, por mor del art. 1902 CC, concurra culpa y negligencia. Se insiste, en estos casos, se podrá condenar al menor junto a los padres, de manera, a nuestro juicio, solidaria y no subsidiaria, a fin de amparar los intereses de la víctima.

3. Breve referencia al menor emancipado.

En numerosos foros, cuando se trata la responsabilidad civil del menor u otras cuestiones como la extinción de la obligación de alimentos cuando el hijo es el alimentista, es común establecer la dualidad entre el mayor y el menor de edad, cayendo en el olvido el menor de edad emancipado. Ciertamente, al contrario de los que ocurría otrora, la emancipación es una figura residual y a veces relegada al baúl de los recuerdos por su escasa operatividad. Cuando se promulgó el Código Civil, la mayoría de edad estaba situada en veintitrés años, pudiendo emanciparse quienes habían cumplido los dieciocho. De modo que los menores emancipados podían adelantar la extinción de la patria potestad cinco años. Sin embargo, teniendo en cuenta que, actualmente, los arts. 12 CE y 315 CC fijan la mayoría de edad en dieciocho años y que la emancipación, por algunas de las causas previstas en los arts. 314 y siguientes CC, puede conseguirse a partir de los dieciséis años, es evidente que adelantar dos años la mayoría de edad no supone un acicate para los padres ni para los hijos.

En este epígrafe no vamos a entrar a analizar el régimen jurídico de la emancipación, sin embargo, es preciso dedicar unas breves líneas a la capacidad del emancipado y al régimen de su responsabilidad.

En cuanto a su capacidad, hemos dicho que el menor de edad tiene una capacidad de obrar restringida, al socaire de que este, si presenta el discernimiento suficiente, podrá actuar en numerosos actos y negocios de la vida civil. Lo mismo ocurre con el menor emancipado, si bien en este caso el menor, amén de no estar sujeto a ningún tipo de representación propia de la patria potestad o tutela (arts. 169.2º y 276.4º CC), tendrá limitada la capacidad de obrar para determinados actos jurídicos de especial trascendencia, precisando el complemento de capacidad de sus padres o de un curador nombrado al efecto (art. 286.1º y 2º CC). *Ergo*, y parafraseando el art. 323 CC, el menor emancipado podrá regir su persona y bienes como si fuera mayor de edad, pero para tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantil o industriales u objetos de extraordinario valor, precisará el consentimiento de sus padres y, en su defecto, el de un curador. Salvo que el menor estuviese casado, en cuyo caso el complemento de capacidad, para los mismos actos citados, lo prestará el cónyuge si es mayor de edad (art. 324 CC).

En lo que respecta a su responsabilidad, resultará paladino que cuando un menor de edad ha obtenido la emancipación, este será responsable de sus actos, máxime si tomamos la descripción que aporta LASARTE sobre la emancipación, que dice que "equivale a independizar o independizarse, pese a no haber llegado aún a la mayoría de edad, de la patria potestad o tutela a la que en principio está sujeto el menor de edad"[92]. Por tanto, como el principal efecto de la emancipación es la extinción de la patria potestad o tutela, los padres o tutores no estarán obligados a responder civilmente por el menor de edad emancipado, toda vez que, siguiendo la dicción del art. 1903 CC, este ya no estará bajo ninguna guarda o autoridad, sin que se pueda argüir, en un momento dado, la responsabilidad, ni siquiera supletoria, del curador o de los padres que, para determinados actos, prestan el complemento de capacidad[93].

VI. APROXIMACIÓN A LA DESHEREDACIÓN DEL MENOR DE EDAD: LA IMPUTABILIDAD DEL DESHEREDADO.

Conforme a lo que se ha dicho en este trabajo, el menor que tenga suficiente discernimiento, amén de poseer una capacidad de obrar restringida, podrá ser responsable civilmente. Ahora toca que analicemos si para la desheredación es suficiente que el legitimario protagonice una causa *desheredationis*, sin más, o es preciso que tenga las suficientes facultades para que se le pueda reprochar la causa que se le imputa. Por tanto, en las próximas líneas nos sumergiremos en la imputabilidad del desheredado.

1. La imputabilidad del desheredado a debate.

Si la desheredación se visualiza como una disposición testamentaria por la que el causante priva a los legitimarios de su legítima en virtud de las causas que prevé la Ley, es evidente que será un requisito *sine qua non* para que opere la desheredación que en la herencia concurra un legitimario. El Código Civil no dice nada sobre el legitimario, solamente dispone que se le podrá desheredar si protagoniza algunas de las causas previstas en los arts. 852, 853, 854 y 855 CC. Se podría argüir en sede de desheredación que, dado que el Código Civil no prevé un catálogo de causas de exclusión de la imputabilidad, al contrario de lo que sucede con el art. 20 CP, el análisis de la institución en la ladera fáctica debería hacerse desde un prisma eminentemente objetivo, al margen del discernimiento o la imputabilidad del desheredado. Esta tesis, jalonada al compás de un reduccionismo absoluto, podría llevarnos al absurdo de estimar como justa la desheredación de

92 LASARTE ÁLVAREZ, C.: "La capacidad de obrar: edad y emancipación de menores", cit., p. 11.

93 Precisamente, en muchos procesos donde se ventila la responsabilidad de los padres por hechos propios del menor, aquellos alegan que el hijo estaba emancipado de hecho, a fin de quedar exonerados de responsabilidad, como el supuesto que estudió la STS 22 enero 1991 (RJ 1991, 304).

un recién nacido o un demente por el solo hecho de que concurra la causa de desheredación articulada en el testamento.

Desafortunadamente, este planteamiento lo han acogido, recientemente, algunas sentencias, como la SAP Jaén 5 abril 2017[94]. En este supuesto, un padre desheredó a una hija por el art. 853.2ª CC, ya que esta profirió al padre en vida insultos tales como "inútil", "ojalá te mueras ya y me des la herencia", "eres un cerdo", etc. Además, la hija, estando enfermo el padre, no se interesó por su salud, ni menos aún lo cuidó ni lo visitó cuando estuvo ingresado. La hija, al interponer la demanda, planteó como argumento de descargo a lo vertido en el testamento, entre otros, que su situación psicológica estaba mermada "al estar diagnosticada de trastorno adaptivo con síntomas mixtos de ansiedad-depresión" que motivaron episodios de autolisis. El Tribunal, acogiendo el criterio del Juzgado *a quo*, tachó justa la desheredación, toda vez que, a su juicio, quedaron acreditados los hechos objetivos del art. 853.2ª CC. Sin embargo, las alegaciones en torno a la salud mental de la desheredada las resuelve con el lacónico argumento consistente en que, este hecho, es irrelevante, porque, en primer lugar, "no consta declarada incapacidad" y, lo más sorprendente, que la desheredación no está sujeta a eximentes. Resulta llamativa esta motivación a la vista de que por la misma *ratio* se podría desheredar, *ad exemplum,* a un recién nacido que en vida del testador no lo vio ni cuidó durante su última enfermedad. Con esta crítica no estamos mostrando un desacuerdo con el fallo de la sentencia, toda vez que la desheredada, aún teniendo mermada su salud mental, era posible que tuviese el discernimiento suficiente para comprender el alcance de sus actos -extremo en el que no entra la SAP Jaén 5 abril 2017-, pero, lo que está fuera de duda, es la motivación censurable de que el estado mental de la legitimaria es irrelevante en el ámbito de la desheredación por el simple hecho de que el Código Civil no recoge un catálogo de eximentes o aquella no estaba incapacitada, máxime cuando, respecto a la incapacitación, el hecho de que una persona haya sido incapacitada no debe llevar a pensar, como si de una presunción *iure et de iure* se tratase, que esta tenía facultades para gobernarse a sí misma, más si deparamos en que, a día de hoy, los procesos de incapacitación siguen suponiendo un estigma para la familia del incapacitado[95].

Esta exégesis no casa con otras resoluciones. La STS 9 julio 1974 declaró, *obiter dicta*, que para que sea eficaz y justa la desheredación de un hijo es preciso

94 SAP Jaén 5 abril 2017 (JUR 2017, 169005).

95 Así lo deja entrever Diez-Picazo, L.: *Fundamentos del Derecho civil Patrimonial, Tomo I, Introducción. Teoría del Contrato*, Civitas, Madrid, 1996, p. 146, cuando dice, en relación a los contratos, que si no hay sentencia de incapacitación "el actor tendrá que probar la incidencia de su enfermedad o anomalía en relación con tales factores y en relación también con el tipo contractual debatido". Si aplicamos esta teoría a la desheredación de quien tiene mermada sus facultades mentales y no está incapacitado judicialmente, cabria decir lo mismo, habría que valorar, en el caso concreto, si tenía el suficiente discernimiento, y, a la inversa, si el desheredado está incapacitado judicialmente su imputabilidad a los efectos de la desheredación tendrá que ser objeto de una probanza plena, sin la que la sentencia de incapacitación pueda erigirse en una suerte de "Espada de Damocles" de su defensa.

que la causa de desheredación "sea imputable al desheredado", y, asimismo, la STS 15 junio 1990, al conceptuar la desheredación, resaltó, a nuestro entender, el elemento de la imputabilidad, al definir la desheredación como "una declaración de voluntad testamentaria, solemne (…) en virtud de la cual quien goza de la facultad de testar priva a sus herederos forzosos del derecho a legítima cuando en ellos concurre cualquiera de las causas legales (…) de la que sean responsables". Más expresiva, respecto a la necesaria concurrencia de la imputabilidad del desheredado, es la SAP Santa Cruz de Tenerife 14 diciembre 2015[96], en un supuesto de desheredación por maltrato psicológico de una hija que presentaba una incapacidad mental del 90%. La resolución confirmó la SJPI Santa Cruz de la Palma 28 abril 2015[97] que estimó injusta la desheredación en base a un argumento que suscribimos y que ratificó la Audiencia Provincial, diciendo, en relación a la limitada capacidad mental de la legitimaria, que "difícilmente se le puede imputar a esta hija del testador una conducta dolosa e intencional que sea integrante de algunas de las causas de desheredación, ni de una negativa a de prestar alimentos a su padre, ni de un maltrato de obra, ni de haber proferido en su contra injurias graves, pues resulta civilmente inimputable de esas conducta"[98].

La doctrina registral ha recalcado el carácter imprescindible de la imputabilidad del desheredado, pudiéndose citar las más recientes RDGRN 23 mayo 2012[99], 25 mayo 2017[100] y 6 marzo 2019[101], que dicen, al alimón, que, a pesar de que el Código Civil guarde silencio en cuanto a la capacidad para ser desheredado, y que, *a priori*, basta con que el testador formalice en testamento la desheredación con la causa *desheredationis*, "no cabe duda (…) que se requiere un mínimo de madurez física y mental para que una persona pueda ser civilmente responsable del acto que se le imputa". Mismo criterio mantiene la doctrina científica y, en concreto, Cabezuelo Arenas, a quien seguimos especialmente en este punto, la cual manifiesta que "la desheredación no puede cimentarse tan sólo en la objetiva materialización de unos comportamiento", sino que requiere "que en el desheredado concurran

96 SAP Santa Cruz de Tenerife 14 diciembre 2015 (AC 2016, 383).

97 SJPI Santa Cruz de la Palma 28 abril 2015 (JUR 2017, 41950).

98 Se puede citar, además, la SAP Guadalajara 14 noviembre 1994 (AC 1994, 1994), que dice: "La doctrina ha venido enseñando, en materia de apreciación de materia litigiosa que ésta debe enjuiciarse, con criterio razonable, teniendo en cuenta las circunstancias subjetivas del infractor o infractores, grado de intencionalidad, grado de discernimiento, atenuantes y excusas de la situación concreta, las «objetivas» del hecho y en definitiva si todas ellas configuran una causa «justa e imputable a los legitimarios". Y la SAP Madrid 17 enero 2014 (AC 2014, 118), que da por supuesto el requisito de la imputabilidad: "La desheredación habrá de hacerse constar en testamento, expresando en él la persona a quién se deshereda y causa en que se funde, *debiendo ser lógicamente imputable al desheredado* y habrá de ser grave y acreditar cumplidamente su realidad y certeza en juicio por el heredero o herederos del testador cuando la otra parte la niegue o contradiga" (cursiva propia).

99 RDGRN 23 mayo 2012 (RJ 2012, 7939).

100 RDGRN 25 mayo 2017 (RJ 2017, 2650).

101 RDGRN 6 marzo 2019 (RJ 2019, 1422).

unas ciertas condiciones de madurez que le permitan apreciar la trascendencia de sus actos y responsabilizarse de los mismos"[102].

Por lo tanto, para valorar la justicia de la desheredación, no solo es necesario que concurra objetivamente la causa *desheredationis*, que el testador exprese en testamento su voluntad de desheredar y que consigne, expresamente, la causa, sino que debe ser exigible que el legitimario tenga unas mínimas condiciones intelectivas para que sus actos puedan ser objeto de reproche a los efectos de privarle de la legítima. Dicho de otro modo, el desheredado debe tener la aptitud y madurez suficiente para conocer el alcance de los deberes propios del negocio jurídico familiar y, además, comprender que su conducta, activa u omisiva, tiene potencialidad para atentar contra los postulados más elementales del fundamento del sistema legitimario, que no es otro que la solidaridad familiar.

2. Estado de la cuestión de la desheredación del menor de edad en la doctrina científica.

La doctrina no ha tratado con profundidad la desheredación del menor de edad, quizás por tratarse de supuestos residuales en la práctica forense. Bajo la omnímoda autoridad paterna que inspiró la publicación del Código Civil, los supuestos de violencia filoparentales eran excepcionales. A ello podría haber coadyuvado las facultades que se les atribuía a los padres de enmendar la conducta de sus hijos menores mediante la corrección paterna. Pero derogada esta facultad del art. 154 CC y aumentada la autonomía de los hijos menores de edad, hasta el punto de que se les reconoce capacidad de obrar, los episodios donde aquellos son protagonistas de reiterados incumplimientos de los deberes filiales han crecido exponencialmente.

En esta nueva coyuntura, consideramos que todo trabajo que trate con rigor y profundidad la desheredación debe tratar, inexorablemente, los supuestos en los que los legitimarios, mal llamados herederos forzosos, no hayan alcanzado la mayoría de edad.

No hay un consenso, en el seno de la doctrina, sobre la desheredación del menor de edad. Evidentemente, a esta división ha coadyuvado la ausencia de un precepto legal que fije la edad para ser desheredado. Antes de la publicación del Código Civil, que guarda silencio, la Ley 2 del Título VII de Las Partidas decía lo siguiente: "Otrosi dezimos que todos aquellos que descienden por la liña derecha, pueden ser desheredados de aquel mismo de quien descienden si fizieren por que, e fueren de edad de diez año e medio a lo menos". Como se puede ver, se

102 Cabezuelo Arenas, A. L.: *Maltrato psicológico y abandono afectivo de los ascendientes como causa de desheredación (art. 853.2 CC)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 31.

fijó en diez años y medio la capacidad para ser desheredado. Este precepto era tributario de la edad mínima fijada en el Derecho Romano para actuar con dolo.

Algunos autores, como Vallet de Goytisolo, han sistematizado la división doctrinal en este punto. Así, dice el citado autor, que unos propugnaban que la edad mínima para ser desheredado debía coincidir con la capacidad penal del menor. Otros, alejándose de este criterio, propugnaban que fuera coincidente con la capacidad para actuar con dolo. Y, finalmente, está la corriente que se inclina por dejar el juicio de la imputabilidad al libre arbitrio de los Tribunales, existiendo una variante de esta última tendencia que, sin negar que la desheredación del menor debe estar al albur del arbitrio judicial, el canon hermenéutico debe variar según que la causa de desheredación sea, a su vez, un delito penal o un acto civilmente culposo o doloso[103].

Dado que, desde que el citado autor ofrecería el esquema expuesto de la desheredación del menor de edad, las publicaciones científicas sobre la desheredación no han cesado, será conveniente que ofrezcamos al lector una sistematización actualizada contrastándolo con nuestro punto de vista.

Hay recientes trabajos que afirman, apodícticamente, que el menor de edad no puede ser objeto de una desheredación. Manzano Fernández así lo sostiene cuando, al tratar una eventual desheredación de los nietos, dice que "las causas de desheredación del padre, serán claramente inaplicables a los nietos, quienes incluso pueden ser menores, careciendo de la capacidad legal exigible para ser desheredados"[104]. La autora afirma que los nietos no pueden ser desheredados porque, directamente, estos no son legitimarios, pero, además, arguye que el menor de edad no tiene capacidad para ser objeto de la sanción familiar que implica la desheredación. Parece ser que, siguiendo el mismo planteamiento vertido por la autora, aún cuando el legitimario sea un hijo, si este es menor de edad, la desheredación no podrá tener éxito. En la misma línea puede verse Algaba Ros que, en relación al maltrato de obra y el abandono emocional como causa de desheredación, dice que "un menor de edad no podría nunca ser sujeto de esta causa pues durante su minoría de edad la patria potestad como función-deber a cargo de los progenitores impediría que operase pues únicamente el menor podría sufrir el abandono", añadiendo que "únicamente un mayor de edad con capacidad de discernimiento y de voluntad podría incurrir en esta causa"[105].

103 Vallet de Goytisolo, J.: "El apartamiento y la desheredación", *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 1968, p. 17. Similar sistematización ofrece Roca Sastre Muncunill, L.: *Derecho de sucesiones*, Tomo II, Bosch, Barcelona, 1997, p. 601.

104 Manzano Fernández, Mª M.: "La exclusión del hijo en la herencia del testador (Una visión actualizada de la desheredación en el Código Civil", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 756, p. 1870.

105 Algaba Ros, S.: "Maltrato de obra y abandono emocional como causa de desheredación", *InDret*, Barcelona, abril 2015, p. 19.

Como no podía ser de otro modo, estamos en total oposición con este planteamiento. Hemos visto en paginas anteriores que el menor tiene capacidad de obrar, que, aun restringida, le permitiría actuar en multitud de actos jurídicos. Precisamente, el ordenamiento le reconoce, si se quiere, implícitamente, cierta autonomía, al socaire de que el menor, próximo a la adolescencia, tiene cierto discernimiento que el legislador, absteniéndose de usar la técnica del avestruz, debe reconocer. Por ello, si el menor tiene capacidad para dar su consentimiento en múltiples aspectos de su vida cotidiana, sería absurdo negar que este tenga capacidad para, en determinados supuestos, responder de sus actos. Con esto no queremos suscribir el sugerente argumento consistente en que si el menor puede otorgar testamento a partir de los catorce años también podrá ser desheredado, sino exponer una crítica constructiva a aquellos planteamientos que liberan al menor de toda responsabilidad, pues ni aún invocando las normas tuitivas de protección del menor o, el a veces corrompido principio del interés superior del menor, podría acogerse esta tesis, máxime si ponemos en alza las palabras de Rebolledo Varela que dijo, respecto a esta problemática, que "cuando el hijo ha premuerto y el nieto maltrata de obra o de palabra o abandona a sus abuelos (…) la desheredación se presenta como un instrumento no de protección de dichos menores sino de alcanzar una libertad de testar que permita favorecer a otros parientes no legitimario, o simplemente sancionar en el ámbito privado-patrimonial a quien observa una conducta jurídicamente reprobable"[106]. A *mayor abundantiam*, tampoco podemos acoger el punto de vista de Algaba Ros, consistente en que solo puede ser objeto de un abandono el menor al estar sujeto a la patria potestad. Parece que dicha afirmación se basa en un concepto legalista y excluyente del vocablo "abandono", en el sentido de que el abandono podría dar lugar a que un progenitor sea privado de la patria potestad, a la declaración de desamparo o a la consumación de los ilícitos penales de abandono familiar tipificados en los arts. 226 y 227 CP, de modo que parece, siguiendo el razonamiento de la citada autora, que dado que el ordenamiento jurídico no penaliza el abandono que tiene como sujeto activo al menor en el ámbito familiar o penal debe concluirse que el progenitor, como titular de la patria potestad, no puede ser abandonado por su hijo.

A nuestro modo de ver, sería atentar contra la realidad negar que un progenitor, tenga o no la titularidad de la patria potestad, puede sentirse o ser, efectivamente, abandonado por un hijo. El hecho de que el hijo sea menor no es, en absoluto, óbice alguno para que un progenitor padezca una situación de abandono cuando, por ejemplo, no se cumple el régimen de visitas. En estos supuestos negar que a veces hay una situación de abandono que quizás no sea imputable al progenitor

106 Rebolledo Varela, Á. L.: "Problemas prácticos de la desheredación eficaz de los descendientes por malos tratos, injurias y abandono asistencial de los mayores" en AA.VV.: *La familia en el derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectiva de futuro* (dir. Á.L. Rebolledo Valera), Dykinson, Madrid, 2010, p. 397.

que no ostenta la guarda y custodia sería negar la existencia de muchas situaciones dramáticas que se dan en la ladera fáctica. Por ello, podríamos entender que se sostenga que un menor de edad no puede ser desheredado por maltrato psicológico, pero no que no pueda serlo por el frágil y estéril argumento de que el ascendiente nunca podrá ser abandonado por un menor de edad, más si deparamos en que hay casos en los que un menor, voluntaria e injustificadamente, niega cualquier tipo de relación con uno de los progenitores o, directamente, con ambos[107].

Luego, hay otros autores que identifican la capacidad para poder ser desheredado con los catorce años, pero en base a distinto fundamento. Por ejemplo, dijo Díaz Alabart que si el legislador permitía a un menor de catorce años otorgar testamento, distribuyendo sus bienes *mortis causas* y designando sucesores, porque no decir, según la citada autora, que también tendrá suficiente inteligencia para responder de las ofensas a sus parientes[108]. A su vez, Falcón y Ozcoidi y Ramos Bascuñana hacen coincidir la capacidad para ser desheredado con la capacidad penal, actualmente fijada en catorce años, diciendo que las causas de desheredación de hijos y descendientes son tributarias de la concepción que gravita en que, para incurrir en ellas, es preciso tener el discernimiento propio de la minoría de edad penal, sin que pueda el testador desplegar "una severidad superior al magistrado público"[109].

107 Se puede citar, por ejemplo, el AAP Navarra 13 noviembre 1998 (AC 1998, 2378), que analiza una demanda de ejecución de la madre instando una suspensión del régimen de visitas que tenía el padre, en base a un presunto incumplimiento por este. La resolución desestimó la petición de la madre, pues toda vez que no quedó acreditado el incumplimiento alegado, el auto revela como la ausencia de relación se debía que la hija rehusaba injustificadamente mantener relación con el progenitor paterno: "Ciertamente constituye una dificultad u obstáculo en el normal desarrollo del régimen de visitas, la voluntad renuente de un menor de edad, a acompañar a su progenitor y a tal efecto en el caso de autos se recoge cierta negativa de la menor Alba a acudir con su padre; ahora bien en el caso concreto de autos, es parecer de la Sala, que dicha negativa exteriorizada no puede constituir un obstáculo al normal y deseable desarrollo del derecho de visitas, cuando de un lado los progenitores al firmar el convenio regulador de separación, no obstante la edad de Alba, dos años y medio aproximadamente, salvo las salidas de Pamplona, previeron que la hija pasaría todo el fin de semana (alterno) con su padre, sin limitación alguna, pues bien si con aquella edad no hubo limitación, menos debe haberla cuando la misma va haciéndose mayor; máxime cuando ninguna prueba psicológica patentiza o pone de manifiesto, que aquella negativa está sustentada en alguna circunstancia o causa excepcional , que no puede ser solventada con la colaboración de los progenitores, intentando que dicha negativa (hasta ahora sin causa justificada) desaparezca en aras de la correcta evolución de la menor". Es decir, situaciones objetivas de abandono se pueden producir a instancias del progenitor no custodio, del progenitor custodio o del propio menor.

108 Díaz Alabart, S.: "Comentario al art. 648 CC", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, Tomo VII, Volumen I* (coord. M. García Albaladejo), 1978, Edersa, Madrid, p. 428, dijo, en cuanto a la revocación de las donaciones por ingratitud, lo siguiente: "La edad mínima para ser responsable criminalmente son los dieciséis años, y donatario ingrato es posible serlo antes de edad, puesto que para la ingratitud lo único que se exige es realizar una conducta socialmente censurable de cierta importancia contra su donante, teniendo capacidad para discernir si lo realizado es correcto o no; y esa capacidad de discernimiento es evidente que para el Derecho Civil la persona la alcanza antes de los dieciséis años, puesto que si no, no se comprendería cómo es posible que una persona de catorce años la autorice nuestro Ordenamiento a otorgar testamento (acto éste de no poca trascendencia)". Como se puede ver, la autora hace referencia a la revocación de las donaciones por causa de ingratitud, pero teniendo en cuenta, según Roca-Sastre Muncunill, L.: *Derecho de Sucesiones, Tomo II*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 599, que el fundamento de la revocación es el mismo que el de la desheredación, la citada postura puede ser extrapolable a este trabajo,

109 Falcón y Ozcoidi, M.: *Exposición doctrinal del Derecho Civil español, común y foral, Tomo III*, Barcelona, 1897, p. 664. También puede verse Ramos Bascuñana, R.: *De las sucesiones. Tratado teórico y práctico según el Código*

No podemos suscribir en su plenitud este criterio. Este planteamiento quizás podría ser digno de loa para las injurias y el maltrato de obra, toda vez que estas manifestaciones de violencia filoparental son condenables penalmente aun siendo el legitimario menor de edad, más cuando el Código Penal presupone la capacidad del mayor de catorce años para responder penalmente por estos hechos. Sin embargo, no debemos olvidar las siguientes matizaciones. La negativa injustificada a prestar alimentos o el maltrato psicológico son otras causas de desheredación que dudosamente tendrán relevancia penal cuando el legitimario es menor de edad. Respecto a la negativa a prestar alimentos, el lector podrá pensar que esta causa carece de potencialidad desheredativa cuando el legitimario es menor de edad, pero no siempre tiene porque suceder así, tal y como veremos en este estudio. En segundo lugar, para valorar si el maltrato psicológico es una justa causa de desheredación habrá que indagar en los avatares familiares, someter el litigio donde se discuta la causa desheredativa a un proceso con plena probanza, a fin de indagar en la influencia que pudo ejercer un progenitor, generalmente el custodio, sobre el menor. Los menores pueden ser fácilmente manipulables y es factible que un menor de catorce años rompa amarras a favor del progenitor que ostenta la custodia en detrimento del otro, que puede caer en la desconsideración y en el olvido. Usar aquí el silogismo consistente en que, si el menor puede responder penalmente, e incluso ser internado, también podrá formarse un juicio sobre las complejas relaciones familiares, supondría caer en un peligroso reduccionismo. Por último, respecto a los supuestos de maltrato de obra e injurias no podemos descartar la instrucción paterna que ha recibido el menor de edad, pues si este ha sido educado en un entorno de violencia o los padres, por acción u omisión, han coadyuvado a que el menor se crie con ciertos contenidos violentos, obstaculizando que este aprehenda conceptos como la solidaridad familiar, fundamento del sistema legitimario, difícilmente se le podrá reprochar que, en un caso anecdótico y extremo, el legitimario protagonice un episodio de maltrato o injurias[110].

Finalmente, tenemos a O´Callaghan, que acierta cuando arguye que el error es tratar el problema de la desheredación del menor de forma unitaria, pues las causas de desheredación son diversas[111]. Esta idea late en las últimas posturas doctrinales, las cuales gravita en torno al postulado de que se deberá analizar las circunstancias del caso concreto, pudiendo declarase justa la desheredación

civil, Tomo II, Madrid, 1898, p. 237.

110 Es ilustrativa la descripción que realiza de esta problemática Moreno Martínez, J.A.: "Problemática de la violencia escolar: mecanismos jurídicos de protección", en AA.VV.: *La responsabilidad civil y su problemática actual* (coord. J.A. Moreno Martínez), Dykinson, Madrid, 2007, pp. 755 y 756, que dice que, en ocasiones, los padres estimulan la agresividad de los hijos, tanto por omisión, al no impartir una disciplina suficiente permitiendo incluso la visualización por el menor de programas o videojuegos violentos, como por acción, por un exceso de autoridad que llega incluso a la aflicción física.

111 O´Callaghan Muñoz X.: *Compendio de Derecho Civil, Tomo V, Derecho de sucesiones*, cit., p. 233.

de un menor si este, amén de comprender su conducta, la realizó libremente[112]. Parte de la doctrina adopta una postura ecléctica, acogiendo la idea de dotar a la desheredación del menor de edad de un tratamiento diferenciado según sus causas, diferenciando al compás de la relevancia penal o no de la causa desheredativa. Así, si la desheredación se fundamenta en una causa que, a su vez, constituye un ilícito penal, será suficiente que el legitimario tenga la capacidad penal, fijada en catorce años, mientras que si los hechos constituyen un acto civilmente doloso o culposo, quedará al albur del arbitrio judicial valorar el discernimiento del menor[113].

En nuestra opinión, todas las causas desheredativas que estén relacionadas con un menor de edad deben quedar, en cuanto al juicio de su imputabilidad, al albur del arbitrio judicial[114], dependiendo los cánones hermenéuticos según la causa desheredativa que se le reproche, y con independencia de que alguna de ellas tenga o no connotación penal[115], pues, como veremos en el siguiente apartado, la sentencia condenatoria no es una prueba concluyente de que, en un supuesto, concurra una desheredación justa. En este sentido, propugnamos que se valore, caso por caso o "tiro a tiro", la capacidad de discernimiento del menor respecto a los hechos que se le imputaron en el testamento y, especialmente, si este tenía la suficiente capacidad para motivarse por principios tan loables como la solidaridad familiar. También debemos tener en cuenta que sería un error interpretar la desheredación del menor desde la perspectiva de su protección o del tan manido principio del interés superior del menor, sino más bien al compás del discernimiento y, sobre todo, del fundamento del sistema legitimario, pues en caso contrario, esto es, si se abogara por una defensa a ultranza del legitimario menor de edad enarbolando las normas tuitivas que le protegen, la dignidad y la libertad del testador podrían quedar reducidas a su mínima expresión, con la agravante de los posibles padecimientos que en vida tuvo que soportar por parte de un descendientes menor de edad que, tras la muerte del causante, reclama la legítima a la que no rindió tributo respetando a su ascendiente.

112 Cabezuelo Arenas, A. L.: *Maltrato psicológico y abandono afectivo de los ascendientes como causa de desheredación (art. 853.2 CC)*, cit., p. 34.

113 Puig Peña, F.: *Compendio de Derecho Civil español, Tomo VI*, Aranzadi, Pamplona, 1972, p. 691; Lacruz Berdejo, J.L y AA.VV.: *Elementos de Derecho Civil, Tomo V*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 410.

114 Misma postura mantiene Roca-Sastre Muncunill, L.: *Derecho de Sucesiones, Tomo II*, cit., pp. 601 y 602. El citado autor se apoya en un texto del *Codex* que decía lo siguiente: "Porque nos parece que es bastante cruel considerar ingrato al que no tiene discernimiento".

115 Parece que esta es el criterio mayoritario según Vallet de Goytisolo, J.: "El apartamiento y la desheredación", cit., p. 17: "Y, finalmente, ha predominado el criterio de distinguir según el hecho que sea causa de desheredación constituya delito penal o bien sólo un acto civilmente culposo o doloso, bien sea matizado con un flexible arbitrio judicial".

VII. CAUSAS POTENCIALMENTE DESHEREDATIVAS DEL DESCENDIENTE MENOR DE EDAD.

Habida cuenta de que, en el anterior apartado, propugnamos que la desheredación del menor de edad deberá ser analizada según sus facultades intelectivas y volitivas y, no menos importante, según la causa *desheredationis* que se le impute, creemos que para ofrecer una visión global y profunda del tema que estamos tratando debemos diferenciar las causas desheredativas, pues según los hechos imputados serán aplicables unos cánones hermenéuticos u otros, pues no es lo mismo una negativa a prestar alimentos (art. 853.1ª CC), que un maltrato de obra o un abandono capaz de fundamentar un maltrato psicológico (art. 853.2ª CC).

1. La negativa a prestar alimentos como una causa residual de desheredación del menor de edad.

Los autores que han tratado, someramente, la desheredación del menor de edad, ha circunscrito su análisis a las injurias y al maltrato de obra, y, más recientemente, al maltrato psicológico una vez que fue reconocida por la jurisprudencia como una causa que permitía privar de la legítima a los descendientes. Si deparamos en el art. 853.1ª CC vemos que, además de las citadas causas, se podrá desheredar a los hijos y descendientes por "haber negado, sin motivo legítimo, los alimentos al padre o descendiente que le deshereda". El legislador, en el ámbito de la desheredación, no describe que debe entenderse por alimentos, al contrario de lo que ocurre con el art. 756.7º CC, que prevé como causa de indignidad no prestar "las atenciones debidas", diciendo a renglón seguido que se entenderá por atenciones debidas "las reguladas en los artículos 142 y 146 del Código Civil".

A fin de valorar si el menor de edad puede ser desheredado por el art. 853.1ª CC, lo mejor será distinguir dos supuestos, el del menor de edad sujeto a la patria potestad y el del menor emancipado.

A) Análisis del supuesto del descendiente menor de edad que no ayudó al causante enfermo o necesitado.

A pesar de la indeterminación del art. 853.1ª CC sobre el concepto de alimentos, la doctrina[116] y la mayoría de los Juzgados y Tribunales opinan que debe circunscribirse a los alimentos comprendidos en el art. 142 CC, esto es, "todo lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica del alimentista". Cuando el hijo es menor de edad, dudosamente podrá erigirse como alimentante, por superlativa que sea la situación de necesidad de los padres, tanto

116 Ordás Alonso, M.: *La desheredación y sus casusas. Derecho civil común y derechos civiles forales y especiales*, cit., p. 266.

es así, que, en procesos donde se ventila una crisis matrimonial, los Tribunales suelen condenar al pago de una pensión de alimentos al progenitor no custodio, aunque este no tenga recursos para abonarla, suspendiéndose dicha obligación en los muy excepcionales casos en el que el que este se encuentra en una situación de absoluta mendicidad. Por lo tanto, tanto la regulación del Código Civil como el sentido común coadyuvan a afirmar que el hijo, mientras esté sujeto a la patria potestad, no podrá tener la carga de alimentar a sus ascendientes, máxime cuando este, generalmente de escasos de recursos, está en un periodo de instrucción y formación para poder llegar algún día a la independencia económica.

Pero es obligado que analicemos aquellos casos en los que el progenitor, con recursos económicos suficientes, padece de una enfermedad o no tiene suficientes condiciones de movilidad y precisa la ayuda material del hijo, que puede ser menor de edad. La doctrina no es unánime en este punto; así, tenemos a Beltrán de Heredia de Onís que sugiere que lo relevante, a los efectos de la prestación de alimentos, es una situación de necesidad económica, quedando extramuros de la obligación de alimentos la asistencia personal y emocional, aun en supuestos de enfermedad[117]; otros entienden que, ante estos escenarios, existe un deber de velar por aquellos padres y ascendientes cuando la vejez o la enfermedad no les permita cuidarse autónomamente, aun teniendo recursos económicos, incardinándose en la obligación de alimentos la asistencia en sentido amplio, sin circunscribirse a la médica[118]. Partiendo de esta última tesis, se podría desheredar por la vía del art. 853.1ª CC a un hijo menor de edad que, pese a no ser alimentante respecto a su ascendencia, por su escasa, o inexistente, capacidad económica, no ayuda a sus ascendientes que precise de ciertas ayudas instrumentales o materiales para su subsistencia. Pero esta conclusión dista de la que será nuestra propuesta, como veremos a continuación.

La exégesis de las Audiencias Provinciales es vacilante cuando han analizado la desheredación del legitimario mayor de edad y el concepto de alimentos. Algunas, se inclinan por interpretar que el deber de alimentos, a los efectos del artículo 853.1ª CC, solo alcanza el aspecto estrictamente económico, a fin de evitar el desamparo[119], como veremos a continuación, a colación de casos en los que se ha

117 Beltrán De Heredia De Onís, P.: *La obligación de alimentos entre parientes*, Universidad de Salamanca, 1958, pp. 30 y 31.

118 Manzano Fernández, Mª. M.: "Preguntas y respuestas sobre el artículo 857 del Código Civil. La legítima del descendiente desheredado", *Actualidad Civil*, núm. 10, octubre 2015, p. 2. La postura de O´Callaghan Muñoz, X.: *Compendio de Derecho Civil, Tomo IV, Derecho de familia,* cit., p. 263, es ambigua, pues si bien dice que la obligación de alimentos entre parientes es de contenido patrimonial, pudiendo consistir su cumplimiento en la entrega de una cantidad de dinero, luego dice que su finalidad es de protección de la vida de una persona y su fundamento es familiar, "lo que permiten considerarla de naturaleza no patrimonial".

119 Ya adelantamos que aquí, cuando hablamos de desamparo, no consideramos extrapolable para las personas de la tercera edad la definición del art. 172.1 CC, que abarca, respecto a los menores de edad, la asistencia moral y material.

discutido, la mayoría de las veces, la desheredación de un hijo o nieto mayor de edad.

La SAP Castellón 21 julio 2009[120] analizó la impugnación de una desheredación de un abuelo a su nieta, tachando el Tribunal la desheredación de injusta, la cual se hizo por la vía del artículo 853.1ª CC, porque, aunque quedó acreditado que la nieta fue reclamada para atender a su abuelo, dicha reclamación fue para ayudarle en los cuidados que precisaba, lo visitara, le tomara la medicación y, en resumidas cuentas, que le hiciera compañía. Para la sentencia, dichos hechos no se pueden incardinar en el artículo 853.1º CC, porque el abuelo subsistía con su pensión, con la que sufragaba los costes de una persona de compañía, la cual estaba pendiente de las atenciones primarias[121]. Similar razonamiento secundó la SAP Ourense 4 abril 2008[122], que declaró nula la desheredación que afectaba a los hijos, ya que quedó acreditado que el testador no tenía ninguna situación de necesidad económica, subsistiendo con una pensión y su parte de los bienes gananciales. A juicio de la Audiencia Provincial, no es lo mismo la asistencia moral y afectiva, que según nuestro prisma podría dar lugar a la desheredación por maltrato psicológico, que la económica, que justificaría la prestación de alimentos, precisando la citada sentencia que "esta última es la que puede dar lugar al nacimiento de la causa de desheredación, más no la primera y en tal sentido no se acredita que el causante fuera merecedor de alimentos ni tampoco que las demandantes estuvieran incursas en la obligación de prestarlos".

La SAP León 13 abril 2005[123] enjuicia otro caso de desheredación al amparo del artículo 853.1ª CC, en un caso en el que testador atribuyó toda su herencia a su cónyuge de segundas nupcias, desheredando a los hijos fruto de su anterior matrimonio. Quedó acreditado que el padre sufrió una hemorragia cerebral, pero, a pesar de ello, quedó recuperado, hasta tal punto de poder usar un vehículo adaptado y realizar viajes y excursiones con total independencia; además, percibía una pensión de gran invalidez, y había adquirido años antes a su fallecimiento un nuevo vehículo y una vivienda con garaje y bodega anexa. A pesar de ello, deshereda a sus hijos por el distanciamiento que había entre

120 SAP Castellón 21 julio 2009 (AC 2009, 1898).

121 El fundamento de derecho segundo dice lo siguiente: "Por muy censurable que pueda parecer este proceder ello no supone que la actora haya negado alimentos a su abuelo, ya que ella no fue requerida para prestarlos por la necesidad existente sino para ayudar en los cuidados que precisaba su abuelo que le obligaban a tener una persona que le acompañase al médico, le atendiera cuando estaba hospitalizado, le controlara las tomas de la medicación, le calentara la comida, y en general le hiciera compañía. Esto fue lo que dijo la persona que fue contratada por sus hijos y que compareció al juicio relatando que había estado haciendo esas tareas. Como indica el recurrente, el artículo 142 del Código Civil establece que se entiende por alimentos todo lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica y en el caso del abuelo de la actora, no se ha constatado la carencia de dichos alimentos, sino la de los cuidados y atenciones propias de un familiar tan cercano, lo que evidentemente y según se concluyó en la instancia excede de lo que es la causa de desheredación y entra en el ámbito del enjuiciamiento moral ajeno a lo que aquí debe decidirse".

122 SAP Ourense 4 abril 2008 (JUR 2008, 206881).

123 SAP León 12 abril 2005 (JUR 2005, 106351)

ellos desde la crisis matrimonial, los cuales no fueron a visitarle durante su última enfermedad. Probablemente, la tesis de la Audiencia Provincial de estimar injusta la desheredación sea acertada, en la medida en que solo se citó como causa el artículo 853.1ª CC, no estando comprendido el afecto y el cariño en el término "alimentos"[124]; sin embargo, es probable que por la vía del maltrato psicológico conforme a la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo dicha desheredación hubiese prosperado: nunca lo sabremos[125].

La postura contraria, favorable a la interpretación extensiva del concepto de alimentos, es secundada por la SAP Madrid 19 septiembre 2013[126], en la que el testador invocó el artículo 853.1ª CC por la situación de abandono y falta de afecto que padeció por parte de los legitimarios; el Tribunal la estima, diciendo que "por alimentos no cabe entender únicamente la ayuda material imprescindible para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica y educación que contempla el artículo 142 del Código Civil, sino también todo lo que es indispensable para ello, como se precisa en el citado artículo y ha sido interpretado por la jurisprudencia como la exigencia de una actitud activa de atenciones, incluyendo las afectivas".

Otras resoluciones optan por una vía intermedia, en el entendido de que, sin llegar a afirmar que la falta de afecto o cariño se encuentra en el concepto de alimentos, tienen en cuenta la ausencia de asistencia y atención personal a los padres enfermos, que no tienen la suficiente dependencia para la realización de las actividades básicas, lo que implicaría un incumplimiento de los deberes asistenciales que quedan comprendidos en el artículo 853.1ª CC. Ejemplo de esta tesis es la SAP Albacete 4 marzo 2016[127] que afirma que "aunque la obligación de alimentos no comprenda dar cariño, compañía o interés personal, sí que abarca en casos de que el necesitado no pueda cubrirlas por sí mismo, el soporte o cobertura de las necesidades materiales (económicas o de dedicación), precisas

124 En similar sentido las SSAP Madrid 6 abril 2005 (JUR 2005,106746) y 15 noviembre 2007 (JUR 2008,84904), y SAP Salamanca 19 diciembre 2013 (AC 2013/2219).

125 Este razonamiento sigue la SAP Albacete 1 febrero 2017 (JUR 2017,67928), en la que enjuició un caso en el que los causantes desheredaron a sus hijas, sin embargo los coherederos interpusieron una demanda para la declaración de indignidad contra las nietas, hijas de la desheredadas, al entender que concurría la causa prevista en el artículo 756.7° CC ("tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas, entendiendo por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 del Código Civil"), ya que no mantuvieron contacto alguno con los abuelos, que eran personas dependientes, desde 2004 como consecuencia de una discusión que había tenido su madre de ellos. La Audiencia desestima la causa de indignidad, pues, señalando, en su fundamento de derecho segundo, que dichos hechos podrían ser una causa de desheredación por maltrato psicológico *ex* artículo 853.2 CC, luego dice que el concepto de alimentos no puede ser objeto de una interpretación extensiva, no incardinándose en el artículo 142 CC conceptos tales como el contacto, el afecto o el cariño (así se infiere del fundamento de derecho tercero). Igual senda sigue la SAP Guipúzcoa 19 diciembre 2016 (AC 2017,274), en la que, a pesar de quedar acreditado que existió un abandono emocional de los hijos hacía el testador que comprendía el maltrato psicológico, el Tribunal acabó por declarar injusta la desheredación, pues el testador había invocado la negativa a la prestación de alimentos como causa de desheredación y no los malos tratos sufridos.

126 SAP Madrid 19 septiembre 2013 (JUR 2014,3342).

127 SAP Albacete 4 marzo 2016 (JUR 2016,75517)

para procurar la movilidad mínima del causante, su aseo, alimento y atención médica; bien se lleve a cabo dicha cobertura personalmente por el propio obligado o descendiente (aún de modo alterno si han de compatibilizarse necesidades propias del alimentista también) o bien por tercero por encargo del obligado o incluso mediante una asignación económica si ello fuera suficiente"[128]. En definitiva, la sentencia interpreta el término "alimentar" como comprensivo de las obligaciones coadyuvantes, mediales o instrumentales para que la persona pueda tener satisfechas sus necesidades[129].

Las citadas sentencias se referían a desheredaciones en los que los legitimarios habían adquirido la mayoría de edad al tiempo de protagonizar los hechos. Respecto a los casos en los que el desheredado era un menor de edad, tenemos, entre las pocas resoluciones que se han dictado, la SAP Ciudad Real 1 diciembre 2016[130]. El Tribunal estudió un litigio en el que la testadora, tras sufrir un ictus, le diagnosticaron cáncer y su hija de diecisiete años, lejos de ayudarla, se inhibió en el deber de respeto filial, recibiendo la madre los cuidados de la abuela materna. Dijo la Audiencia Provincial, en lo que atañe a la negativa a prestar alimentos, que no concurría la causa desheredativa, puesto que "la menor entonces, luego joven, carecía y carece de ingresos propios para negar o no negar alimentos, vestido o asistencia médica", añadiendo que no se puede "equiparar dicha negativa de alimentos, a las necesidades espirituales; es decir atención personal o cariño".

Nuestro planteamiento es que la falta de cariño o de afecto, la desidia o la inhibición del hijo menor de edad en la tarea cuidar o ayudar al progenitor desvalido, más que una negativa a prestar alimentos, representa un maltrato psicológico digno de provocar en el testador una perturbación emocional. Reconducir por la vía del art. 853.1ª CC supuestos como el que desembocó en la SAP Ciudad Real 1

128 Véase también la SAP Badajoz 23 enero 2003 (JUR 2003,128167), que ante un supuesto en el que la causante padeció numerosas enfermedades, estimó justa la desheredación, ante la falta de atención médica de las desheredadas, explicando que los alimentos también comprende la asistencia y cuidados en casos de grave enfermedad.

129 Dicha sentencia acaba admitiendo la causa de desheredación en su fundamento de derecho tercero, diciendo lo siguiente: "En el caso presente, no nos encontramos ante una mera falta de cariño e interés por parte de la demandante, sino ante algo más: la prueba testifical indica cómo la causante, madre de ésta, se encontraba durante los últimos tiempos de su vida en situación de necesidad, si no económica (que también, pues a pesar de su pensión precisaba gastos en medicinas, andadores, taxi para asistencia sanitaria y demás gastos domésticos, incluida una tercera persona durante algunas horas al menos, y vigilancia por sus más allegados para la mínima movilidad, aseo, etc.) sí al menos personal al precisar de terceras personas para éstas actividades materiales de sustento, vestido y alimento, pues no podía por sí sola vestirse, levantarse de la cama ni cambiarse los pañales de los que finalmente precisaba, lo que a pesar de ser conocido por la Sra. Socorro (que en una localidad pequeña y tan próxima familiarmente aunque sin relación directa, conocía aunque fuera a través de terceros entre los que se encontraba alguna tía y prima) no la motivó a colaborar en dicho sustento material y físico, más allá del meramente personal o sentimental, lo que le permite jurídicamente al causante excluir en testamento su condición de heredero o coheredero, por lo que debe estimarse el recurso, al no advertir el Juzgado dichas omisiones, que por ser materiales, físicas y necesarias para el sustento y para materializar los alimentos debidos, suponen una verdadera omisión de alimentos que, como se dijo, van más allá de una mera negación de cariño y asistencia psicológica o sentimental".

130 SAP Ciudad Real 1 diciembre 2016 (JUR 2017, 1529).

diciembre 2016, podría ser loable antes del año 2014, pero una vez que el Tribunal Supremo consagró el maltrato psicológico como una causa de desheredación, *ex* art. 853.2ª CC, estos casos encajarían mejor en dicho precepto[131]. Como dijimos en otro trabajo, mantener la tesis contraria no resistiría la siguiente cuestión: ¿Prosperaría una demanda de juicio verbal, ejercitada conforme al artículo 250.1.8º LEC, en reclamación de alimentos, alegando el presunto alimentista que se encuentra en un geriátrico la falta de cariño o afecto? Dudosamente[132]. Sin embargo, el análisis de la desheredación del menor de edad por el art. 853.1ª CC no desemboca aquí, como veremos en los siguientes apartados.

B) ¿Es posible desheredar a un menor de edad por negarse a contribuir, equitativamente, al levantamiento de las cargas de la familia?

Como dijimos en anteriores apartados, el negocio jurídico de Derecho de familia es fuente de derechos y deberes que tiene como sustrato fáctico las relaciones conyugales y de filiación. En los profanos a veces late la idea de que los hijos, siendo menores de edad, solo son acreedores de derechos que deberán cumplir, inexorablemente, los progenitores; sin embargo, para los hijos menores de edad, el Código Civil también contempla deberes. En este sentido, el art. 155 CC dice, además de que los hijos deben "obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad, y respetarles siempre" (art. 155.1º CC), que deberán "contribuir equitativamente, según sus posibilidades al levantamiento de las cargas de la familia mientras convivan con ella" (art. 155.2º CC).

En muchos casos, los padres no exigen a sus hijos el deber cristalizado en el art. 155.2º CC, ya que el deber paterno de velar por los hijos menores (art. 154.1º CC) llega hasta la abnegación de los propios progenitores que supera el cuadro legal del contenido previsto en el art. 154.1º CC, llegando incluso a la exageración de asistencia y protección dispensada a los hijos, otorgándole, incluso después de cumplir la mayoría de edad, excesivas oportunidades[133]. Pero puede ocurrir que los padres exijan a los hijos que convivan en la vivienda familiar que colaboren o ayuden al sostenimiento de las cargas de la familia.

131 Cabezuelo Arenas, A.L. y Castilla Barea, M.: "La obligación de alimentos como obligación familiar básica", en AA.VV.: *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. I (dirs. M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas), Aranzadi, Pamplona, 2017, p. 200, afirma que la concepción amplia de alimentos se justificaba porque era la única vía que permitía la desheredación ante el distanciamiento y falta de afecto que constituye hoy el maltrato psicológico, aun teniendo los padres recursos económicos

132 Gómez Valenzuela, M. Á.: "El internamiento de padres y ascendientes como causa de desheredación", cit. p. 409.

133 Opina Lasarte Álvarez, C.: *Derecho de familia, Principios de Derecho civil VI*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010, pp. 348 y 349, que los deberes paternos, especialmente el previsto en el art. 154.1º CC, no debe reproducir, necesariamente, el *status* propio de los progenitores, ni tampoco que los hijos solo tengan derecho a los bienes y servicios con que, durante su minoría de edad, contaron sus padres, sino que el deber de asistencia de estos se ponderará según las circunstancias familiares del momento.

Dicho esto, nos debemos plantear la cuestión que jalona este apartado, esto es, si los hijos menores de edad que se nieguen a dicho deber pueden ser objeto de una desheredación articulada por el art. 853.1ª CC. Antes de entrar en el meollo de este interrogante, conviene destacar que, curiosamente, el fundamento del deber de los hijos de contribuir al sostenimiento de las cargas de la familia es el mismo que el de la legítima: la solidaridad familiar[134]. El art. 155.2º CC supedita dicho deber a que los hijos convivan con los padres, pero no dice si el deber se extiende a aquellos casos en los que, extinguida la patria potestad por la mayoría de edad, los hijos siguen conviviendo en la vivienda familiar. A nuestro modo de ver, este deber es exigible a todo hijo que conviva con sus padres, pues sería absurdo e inverosímil que se le exonerara de dicho deber a los hijos que, aún dependiendo de los padres por no haber alcanzado la independencia económica, sean mayores de edad y convivan con los progenitores, mientras que no existiera exoneración posible, leyendo el art. 155.2º CC *ad pedem litterae*, respecto a los hijos menores de edad[135]. En cuanto a que se debe entender por "cargas de la familia", entendemos, de acuerdo con las posturas doctrinales más recientes, que dicho concepto se tiene que hilvanar con los arts. 90, 91, 103.3, 1318, 1319 y y 1438 CC[136]. En esta senda, cuando el art. 1318 CC dice que los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio concreta luego, en el art. 1319 CC e implícitamente, que dichas cargas se tiene que identificar con las necesidades de la familia[137], con la particularidad de que, cuando dicho deber incumba a los hijos sujetos a la patria potestad, ha de exigirse su cumplimiento siempre, y, a los efectos de determinar su cuantía[138], equitativamente, es decir, según sus posibilidades, pues no es lo mismo un recién nacido que un menor de dieciséis años que, incluso, tiene determinados bienes[139]; a lo que debe añadirse, a los efectos de determinar la cuantificación, las necesidades básicas y esenciales de la familia, debiendo quedar excluidos los gastos suntuarios.

134 Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: "Comentario a los arts. 154 a 161 CC y 164 a 168", en AA.VV.: *Comentarios a la reformas de Derecho de Familia, Tomo II*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 1058, y más recientemente, Díez García, H.: "Artículo 155", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil, Tomo II* (R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 1585.

135 Así lo dice, *obiter dicta*, la SAP Huesca 20 julio 1993

136 Gete-Alonso, Mª C. y Solé Resina, J.: *Actualización del derecho de filiación. Repasando la maternidad y la paternidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 229; Linacero de la Fuente, Mª: *Tratado de derecho de familia. Efectos sustantivos. Procedimientos Jurisprudencia. Formularios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 236. Roca y Trías, E.: "Comentario al artículo 90 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentario al Código Civil, Vol. I* (dirs. C. Paz-Ares, L. Díez-Picazo, R. Bercovitz Rodríguez-Cano, P. Salvador Cordech), Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 385, establece una diferenciación de matiz, diciendo que el concepto de cargas del matrimonio presupone el matrimonio y la convivencia, aunque subraya que podrá subsistir cuando hay separación", mientras que las cargas de la familia respecto a los hijos no es una consecuencia del matrimonio, sino de la patria potestad.

137 Díez García, H.: "Artículo 155", cit., p. 1586.

138 Decimos cuantía porque la exigencia de dicho deber es exigible en todo caso, sea cual sea el patrimonio de la familia, tal y como sostiene Díez García, H.: "Artículo 155", cit., p. 1586, que dice que "este deber de contribución no se supedita en mi opinión a la exigencia de que las cargas resulten necesarias".

139 Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: "Comentario a los arts. 154 a 161 CC y 164 a 168", cit., p. 1060.

Podría pensarse que el deber del art. 155.2º CC no es económico, sino que abarca una serie de tareas del hijo menor de edad encaminadas a satisfacer las necesidades domésticas, como ayudar a cocinar, sacar la basura, coadyuvar al ornamento de las dependencias de la vivienda, etc. En nuestra opinión, dicho deber abarca tanto las contribuciones materiales como económicas. Las primeras serán exigibles respecto a los hijos menores que no tenga bienes ni recursos económicos, pues en caso contrario la conclusión sería que este no tendría que cumplir dicho deber, mientras que las segundas, las puramente económicas, se exigirán a los hijos que, por las circunstancias que sean, tengan ingresos o algún bien capaz de generar frutos. Ciertamente, la confusión puede proceder de la actual redacción del art. 9 *ter* LOPJM, cuyo rótulo es "Deberes relativos al ámbito familiar", que dispone que los menores "deben participar y corresponsabilizarse en el cuidado del hogar y en la realización de las tareas domésticas de acuerdo con su edad, con su nivel de autonomía personal y capacidad, y con independencia de su sexo". Como se puede ver, se omite la contribución a las cargas de la familia, no obstante, una lectura del art. 165 CC permite sostener que el deber del art. 155.2º CC tiene también un matiz económico, ya que, teniendo los padres la administración de los bienes del menor, con alguna excepción (art. 164 CC), podrán destinar los mismos "al levantamiento de las cargas familiares", sin que exista aquí la rendición de cuentas.

Entrando de lleno en si el incumplimiento del deber de contribuir al sostenimiento de las cargas de la familia puede constituir una causa de desheredación de los hijos menores de edad, se podría afirmar que el legislador excluyó, deliberadamente, estos casos de la desheredación, pues no tipifica, *ex profeso*, el incumplimiento de los deberes de los hijos como una causa *desheredationis*, al contrario de lo que ocurre con el art. 855.1ª CC, que tipifica como causa de desheredación entre cónyuges el incumplimiento grave y reiterado de los deberes conyugales. Aquí, el legislador pudo pensar que consagrar la negativa a contribuir al sostenimiento de la familia traería más problemas que beneficios, toda vez que la mayoría de los desheredados serían menores de edad, máxime si deparamos en que cuando se publicó el Código Civil la salida de la vivienda familiar se producía a edades tempranas y el precepto, de tener la misma redacción que la causa de desheredación entre cónyuges citada, se aplicaría, más que a hijos mayores de edad que puedan vivir con los padres, a los menores. Pero, valorando que el deber del art. 155.2º CC tiene el mismo fundamento que el sistema legitimario, que no es otro que la solidaridad familiar, creemos que en algunos casos se podría sostener la desheredación del hijo contumaz que presenta una actitud egoísta ante sus padres, inhibiéndose en sus deberes para solo vindicar sus derechos.

Hay que tener en cuenta que, aún siendo el hijo menor de edad y sujeto a la patria potestad, este puede adquirir bienes, tanto a título lucrativo u oneroso,

como procedente de su trabajo e industria. En aquellos casos en que los bienes del menor estén sujetos a la administración paterna no habrá problemas, toda vez que los padres podrán destinar dichos bienes y sus frutos al levantamiento de las cargas de la familia. Sin embargo, como quiera que hay determinados bienes del menor que quedan excluidos de la administración paterna, *ex* art. 164 CC, es posible que, impedidos los padres de destinar los bienes de su hijo al sostenimiento de la familia, aquellos vean como este utiliza los mismos a cualquier fin particular movidos por deseos egoístas y desatendiendo la solidaridad familiar. Evidentemente, es una situación injusta e intolerable que, curiosamente, no exonera a los padres de sus deberes tuitivos, al socaire de que estos se extinguen cuando su descendencia llega a mayoría de edad y alcanzan la independencia.

Son contadas las ocasiones en la que los padres han acudido a los Juzgados y Tribunales demandando al hijo para que este cumpla el deber de sostener, equitativamente, a las cargas familiares. Un caso paradigmático fue el que desembocó en la SAP Huesca 20 julio 1993, ya citada en este trabajo, en el que un padre demandó a su hijo vindicando que este pagara una cantidad en base al deber del demandado de contribuir al levantamiento de las cargas familiares. El Tribunal desestimó la demanda, diciendo lo siguiente, en relación al art. 155.2º CC (cursiva propia):

"Si dicha norma se entiende referida también a los hijos mayores de edad que continúan en situación de convivencia con la familia, nos encontramos en una norma que, como el respeto a los padres, a que se refiere el núm. 1.º, establece unos principios de conducta no susceptibles de exigencia judicial directa, como la que se pretende en autos, sino que, como valoración de esa conducta, sus efectos negativos, en caso de incumplimiento, se derivan por la aplicación de distintos institutos jurídicos en que puede tenerse en cuenta: *desheredaciones*, calificación de los gastos de alimentación como colacionables y la aplicación o inaplicación de las obligaciones alimenticias, etc.".

Sin entrar a escrutar el fallo, ya que excede de los fines de este trabajo, lo importante es su fundamentación jurídica, pues admite que, pese a que exista algunas normas del negocio jurídico de Derecho de familia que no vayan revestidas de una sanción directa[140], ello no es óbice para decir que están provistas de consecuencias, citando el Tribunal, expresamente, la desheredación. El problema reside en la causa en la que se ha de incardinar el incumplimiento del hijo menor de edad de contribuir a las cargas familiares.

140 No ocurre lo mismo con el cónyuge que se niega a sujetar sus benes al levantamiento de las cargas del matrimonio, ya que, por mor del art. 1318 CC, el Juez podría dictar las medidas cautelares oportunas para asegurar su cumplimiento y los anticipos necesario. Quizás, de *lege ferenda*, el legislador debería establecer una disposición análoga para reclamar judicialmente dicho deber cuando incumba a los hijos menores y sus bienes estén excluidos de la administración paterna.

En el anterior apartado, dijimos que el abandono o las faltas de cuidados del hijo deberían subsumirse en el maltrato psicológico, toda vez que estos hechos ligan más con dicha causa de construcción jurisprudencial. La otra causa aplicable sería la negativa a prestar alimentos (art. 853.1ª CC), pero la arquitectura doctrinal y jurisprudencial de la negativa a prestar alimentos como causa de desheredación precisa de unos presupuestos muy concretos que, quizás, no concurran en la negativa del hijo menor de edad de contribuir a las cargas de la familia, a la vista de que siempre se ha dicho que se podrá desheredar a un descendiente por el art. 853.1ª CC cuando el testador esté en una situación de necesidad que provoque el advenimiento de la obligación de alimentos[141], siendo sumamente difícil, sino imposible, que se erija como alimentante de los padres el hijo menor de edad, que aún pudiendo tener cierta opulencia económica y encontrándose los padres en estado de necesidad, si aquel convive con estos y no está emancipado sigue estando sujeto a la patria potestad.

Desde nuestro punto de vista, si el Tribunal Supremo dijo en 2014 que el maltrato psicológico debía "considerarse comprendido en la expresión o dinamismo conceptual que encierra el maltrato de obra", nosotros decimos ahora que la negativa injustificada del hijo menor de edad a contribuir al levantamiento de las cargas de la familia también parte del mismo dinamismo conceptual que subyace en la negativa a prestar alimentos, hasta parten del mismo fundamento[142], pudiendo constituirse como una causa de desheredación, al menos hasta que concluya el letargo del legislador y diga expresamente otra cosa. Para ello sostener esta afirmación partimos que se deben dar las siguientes circunstancias:

En primer lugar, que el menor de edad, sujeto a la patria potestad, tenga el suficiente discernimiento, toda vez que es capital que comprenda o pueda comprender conceptos como la solidaridad familiar. En segundo lugar, se requerirá que el menor, con suficientes bienes, tenga la administración de los mismos, de manera que los padres no puedan destinarlos al sostenimiento de la familia, pues en caso contrario, esto es, si los padres tuviesen la administración, no cabría

141 Ya lo decía Manresa y Navarro, J. Mª: *Comentarios al Código Civil Español, Tomo VI*, 1951, p. 682, cuando, en relación a la negativa a prestar alimentos como causa de desheredación, dijo que "el que sin motivo legítimo consiente que sus padres o ascendientes carezcan de lo necesario para subsistir, no es digno de tomar parte alguna de sus bienes, sean muchos, por imprevisto cambio de fortuna, o pocos, como será lo más frecuente". También puede verse, entre otros, Rebolledo Varela, Á. L.: "Problemas prácticos de la desheredación eficaz de los descendientes por malos tratos, injurias y abandono asistencial de los mayores", cit., p. 399; Represa Polo, Mª. P.: *La desheredación en el Código Civil*, cit., p. 120; Echevarría de Rada, T.: *La desheredación de hijos y descendientes: interpretación actual de las causas del artículo 853 del Código Civil*, cit., p. 33.

142 Compárese las opiniones doctrinales, ya mencionadas, que encuentran el fundamento del deber del art. 155.2° CC en el principio de solidaridad familiar, con el fundamento de la obligación de alimentos que, como no podía ser de otro modo, reside en el mismo principio, pudiendo citarse, entre la marabunta de sentencias que así lo recalcan, la STS 1 marzo 2001 (RJ 2001, 2562): "La obligación de prestar alimentos, se basa en el principio de la solidaridad familiar y que tiene su fundamento constitucional en el artículo 39-1 de la Constitución Española que proclama que los poderes públicos han de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia".

reprochar a los hijos la negativa a contribuir a las cargas familiares, ya que solo hubiese hecho falta que los padres, que tenían la administración, destinaras sus bienes y sus frutos a dicho cometido. Y, en último lugar, y a pesar de que el deber del art. 155.2º CC se pueda exigir siempre, entendemos que para que dicho incumplimiento merezca el reproche de la desheredación los padres, por sus escasos recursos, precisen de la ayuda del hijo siempre que este esté en condiciones de procurarla. Si faltase este último requisito, consideramos suficiente castigo que los padres no le atribuyan al infractor menor de edad el tercio de libre disposición y le priven del tercio de mejora, dejándole, única y exclusivamente, con el tercio de legítima estricta.

C) El supuesto del menor emancipado.

Si hemos dicho que el menor de edad sujeto a la patria potestad puede ser desheredado por negarse a contribuir al levantamiento de las cargas familiares, es evidente que en este apartado la misma conclusión cabe sostener respecto al menor emancipado que convive con los padres, pues aunque el art. 155.2º CC establezca dicho deber para los hijos sujetos a la patria potestad que convivan con los padres, la lógica impone que se extienda el deber de contribuir a las cargas familiares a los hijos emancipados que, por las circunstancias que sean, convivan en la vivienda familiar.

No obstante, en cuanto al menor emancipado no encontramos ningún óbice para que se le pueda desheredar por la negativa a prestar alimentos *stricto sensu*. Como hemos dicho en anteriores apartados de este trabajo, el principal efecto de la emancipación es la extinción de la patria potestad (art. 169.2º CC). Esto tiene como efecto colateral que las relaciones entre los progenitores y los hijos, en cuanto a los alimentos, deje de circunscribirse al régimen de los alimentos inherentes a la patria potestad, de modo que si el menor emancipado precisa alimentos, los tendrá que demandar en base a la obligación de alimentos entre parientes, regulada en el Título VI del Libro I CC. Evidentemente, los alimentos extramuros de la patria potestad que se deben, recíprocamente, los parientes, son los incluidos en el art. 142 CC, esto es, "todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica", la "educación e instrucción", y por último, los gastos de embarazo y parto. De acuerdo con la doctrina, estos alimentos son más limitados que los que abarca la patria potestad, en cuanto a su contenido y, también, respecto a sus presupuestos, ya que el art. 154 CC no somete el deber paterno de alimentar a sus hijos a causas de extinción, ni tampoco a una situación de necesidad del hijo, ni siquiera lo deja al albur de que el progenitor tenga la patria potestad, pues aun habiendo sido privado de

ella subsistirá el deber de alimentar al hijo al basarte el deber de alimentar a su descendencia, más que en la autoridad paterna, en la filiación[143].

Por lo tanto, estando el hijo emancipado, las relaciones alimenticias se incardinarán en el marco legal de la obligación de alimentos entre parientes, lo que en teoría posibilitaría que el hijo y los padres, recíprocamente, puedan erigirse como alimentantes y alimentistas. Parangonando esta afirmación con la ladera fáctica, podrá pensarse que sería inverosímil que un hijo menor de edad, aun estando emancipado, pueda ser alimentante de sus progenitores, toda vez que entre la edad de dieciséis y dieciocho años los menores no suelen tener un suculento patrimonio para atender a las necesidades de otros familiares, a lo que debe añadirse que estos están todavía en edad de formación.

Aunque sean casos excepcionales, no podemos perder de vista que puede haber menores emancipados que tengan cierto patrimonio, ya procedan del trabajo o la industria, o de la adquisición de herencias, legados o donaciones. Piénsese en un menor artista, *youtuber* o futbolista que con dieciséis años firma un importante contrato profesional que le permite acumular grandes sumas de dinero, y que, por exigencias del contrato, tiene que marcharse a vivir a otra ciudad e, incluso, a otro país, dando los padres su consentimiento en pro del futuro del hijo. En estos escenarios, estamos ante una emancipación de hecho (art. 319 CC) y con un menor que, por su labor profesional, ha logrado, holgadamente, su independencia económica. Situémonos ahora en la coyuntura de que, por avatares del destino, el menor procedía de una familia humilde, con una maltrecha economía que, azarosamente, empeoró una vez que el menor logró su independencia.

Si los padres están en una situación de necesidad y el menor emancipado tiene suficientes bienes para cubrir su propia subsistencia y atender a aquellos, no vemos ningún obstáculo para que aquellos puedan reclamarle al menor emancipado, como alimentante, el cumplimiento de la obligación de alimentos, el cual este podrá satisfacer pagando una pensión o trasladando a sus padres a su propio domicilio (art. 149 CC). En este contexto, si el menor, en una manifestación de egoísmo, permite que sus padres vivan en la precariedad, sin atender a sus necesidades más básicas, creemos que es perfectamente viable la desheredación por la negativa injustificada a prestar alimentos, pues de lo contrario estaríamos ante el disparate de ver como un menor emancipado millonario hereda los escasos bienes que tenían sus padres, como una vivienda, cuando aquel permitió que su ascendencia viviera privada de los bienes y servicios más elementales.

143 Diez-Picazo, L. y Gullón, A.: *Sistema de Derecho Civil, Volumen IV, Derecho de familia,* Tecnos, Madrid, 2012, pp. 292 y 293; Peña Bernaldo de Quirós, M.: "Comentarios a los artículos 108 y 141", en AA.VV.: *Comentarios a las reformas del derecho de familia* (coord. M. Amorós Guardiola), Tecnos, Madrid, 1984, p. 628.

2. Las injurias graves y el maltrato de obra como manifestaciones de violencia filoparentales.

Aunque haya dicho el Tribunal Supremo, muy recientemente que la negativa a prestar alimentos, en su modalidad delictiva (art. 227 CP), es una manifestación de violencia, en este caso, económica[144], cuando hablamos de violencia filoparental nos referimos a las actos más exacerbados del hijo hacía el progenitor que, incumpliendo el deber de respeto que le incumbe (art. 155.1º CC), golpea, zarandea o insulta al que le vio nacer.

A pesar de que las injurias y el maltrato de obra son causas desheredativas que presentan su propia idiosincrasia, estimamos oportuno tratar aquí ambas causas conjuntamente.

A) El elemento objetivo del maltrato de obra y las injurias.

Dispuestos a describir ambas causas someramente, podemos decir que el fundamento del maltrato de obra como causa *desheredationis* es, siguiendo a Barceló Doménech, la protección al "respeto que los padres y ascendientes merecen como consecuencia de la relación paterna que les une con los hijos y descendientes"[145]. El problema reside en que, como ya dijimos, el legislador consagra el deber de respeto filial en el art. 155.1º CC, pero no dice nada si incumbe a los nietos respecto a sus abuelos. En nuestra opinión, dicho artículo debe aplicarse analógicamente en la relación abuelo y nieto, pues si este puede recibir su legítima y aquel tiene la obligación de dejársela, que menos que el perceptor rinda tributo a la solidaridad que impone el ordenamiento, en determinados casos, a los ascendientes de segundo grado.

El maltrato de obra, puede ser tanto una conducta activa, como omisiva, abarcando, siguiendo a Sánchez Román, "todas las (…) agresiones de carácter personal o contra la persona del testador, en todos sus grados, incluso el de lesiones, cualquiera que sea su gravedad, lo mismo delitos que faltas"[146]. En cuanto a la omisión, recordemos aquel caso que desembocó en la STS 26 junio 1995, en

144 STS 17 marzo 2021 (JUR 2001, 96808): "Existe prueba bastante y suficiente para entender concurrente el delito de alzamiento de bienes ocultando y dificultando las posibilidades de cobro de deudas, y existe delito de impago de pensión alimenticia que puede configurarse como una especie de violencia *económica,* dado que el incumplimiento de esta obligación deja a los propios hijos en un estado de necesidad en el que, ante su corta edad, y carencia de autosuficiencia, necesitan de ese sustento alimenticio del obligado a prestarlo, primero por una obligación moral y natural que tiene el obligado y si ésta no llega lo tendrá que ser por obligación judicial. Y ello, al punto de que si se produce el incumplimiento del obligado a prestarlos, ello exige al progenitor que los tiene consigo en custodia a llevar a cabo un exceso en su esfuerzo de cuidado y atención hacia los hijos, privándose de atender sus propias necesidades para cubrir las obligaciones que no verifica el obligado a hacerlo".

145 Barceló Doménech, J.: "La desheredación de los hijos y descendientes por maltrato de obra e injurias graves", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, marzo-abril 2014, p. 503.

146 Sánchez Román, F.: *Estudios de Derecho Civil, Vl. 2, Derecho de Sucesión*, cit., pp. 1115 y 1116.

el que el Alto Tribunal estimó justa la desheredación de un hijo que vio impasible como su cónyuge expulsaba a su madre del domicilio, pasando la causante los últimos días de su vida ocupando otra vivienda que estaba en ruinas y sin otras atenciones que las que le proporcionaba su sobrina. El Tribunal dijo en este caso que para apreciar el maltrato de obra no es necesario que el legitimario sea quien empleé la fuerza física, bastando que, conociendo tales hechos, no adopte ninguna medida para repeler el acto. Tampoco se exige, al igual que las injurias, una previa sentencia condenatoria penal para que pueda apreciarse esta causa de desheredación[147], aunque si se ha dictado, la misma podría fundamentar la indignidad, *ex* art. 852 CC.

Respecto a las injurias, el art. 853.2ª exige que sean graves. Según Represa Polo, por injurias debe entenderse descalificar a una persona, insultarla, acusarla de actos deshonrosos, pudiendo justificar una desheredación aquellas expresiones que excedan de lo tolerable y sobrepasen las discusiones propias de la convivencia habitual[148], siendo determinante el nivel social de la familia[149]. A pesar de que el art. 853.2ª CC exige que las injurias sea graves, compartimos el punto de vista de Represa Polo, que defiende que, pese a que las expresiones imputables al legitimario no sean graves, si se prueba su continuidad y reiteración pueden llegar a constituir una justa causa de desheredación[150].

Si nos situamos en las situaciones que se pueden dar en la práctica forense, pueden existir muchas modalidades de injurias, desde los insultos más graves hasta omitir el saludo o determinados gestos. Si un descendiente omite, continuada e injustificadamente, saludar a su ascendiente, consideramos que este acto puede entrar dentro del concepto de injurias, aunque generalmente estos supuestos constituyan, a su vez, un maltrato psicológico. Ha habido cierto debate en torno a las injurias por escrito, ya que el art. 853.2ª CC prevé, expresamente, las injurias graves de palabra. La exclusión de las injurias escritas, según Romero Coloma, no tiene justificación posible, máxime cuando presentan una mayor facilidad probatoria[151]. De acuerdo con la doctrina, hay que abordar una interpretación teleológica del art. 853.2ª CC e incluir las injurias por escrito[152]. Puede haber

147 Sánchez Román, F.: *Estudios de Derecho Civil, VI. 2, Derecho de Sucesión*, cit., p. 1115; Rebolledo Varela, Á. L.: "Problemas prácticos de la desheredación eficaz de los descendientes por malos tratos, injurias y abandono asistencial de los mayores, cit., p. 408. En sentido contrario, y con un criterio técnico deficiente, la SAP Cáceres 15 mayo 2005 (JUR 2002, 188901), que dice: "La Jurisprudencia tiene declarado que solo las condenas dictadas por órgano Jurisdiccional penal hacen prueba de la causa de desheredación".

148 Represa Polo, Mª. P.: *La desheredación en el Código Civil*, cit., pp. 137 y 138.

149 Así lo afirma, con acierto, la SAP Lugo 14 diciembre 2010 (AC 20/2010): "Debería por ello tenerse en cuenta el ambiente y tono general de la familia, la conducta filial en general, y desde luego el signo cultural en el momento en que se produzca la ofensa".

150 Represa Polo, Mª. P.: *La desheredación en el Código Civil*, cit., p. 138.

151 Romero Coloma, A. Mª: *La desheredación*, Bosch, Barcelona, 2005, p. 41.

152 Sáenz de Santa María Vierna, A.: "La desheredación, alivio de legitimarios ingratos", *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 86-87, abril-septiembre, 2013, p. 437.

muchos escenarios, desde un hijo que escribe una columna en un periódico injuriando a un progenitor o, incluso, insultos contenidos en redes sociales como *Twitter, Facebook* u otros medios de comunicación telemáticos como *WhatsApp* o SMS. En estos casos, además del canon hermenéutico teleológico, debe imponerse una interpretación sociológica de la norma y, sobre todo, una reforma del art. 853.2ª CC, que comprenda también las injurias por escrito, lo cual se puede hacer incluyéndolas expresamente u omitiendo la voz "palabra" que actualmente adorna la dicción legal. Lo expuesto no es baladí, ya que son numerosos los menores de edad que, reacios a hablar con sus progenitores directamente, se comunican con estos telemáticamente o mediante redes sociales, viendo los progenitores como reciben mediante mensajes escritos toda clase de insultos y vejaciones. En cuanto a lo que hemos denominados como gestos, ocurre lo mismo, pues puede haber un hijo que negándole el saludo al progenitor lo salude sistemáticamente haciendo una peineta o un corte de manga, le escupa o le dedique, repetidas veces, determinados actos obscenos. Desde nuestro prisma, también dichos hechos pueden constituir una causa de desheredación, suscribiendo el punto de vista de Ragel Sánchez que mencionaba que estos gestos equivalen a un grave insulto, estimando que el vocablo "palabra" empleado por el art. 853.2ª CC equivale a "modo de expresión"[153].

Hasta aquí, hemos descrito los hechos objetivos que puede protagonizar un menor de edad contra su ascendencia, ahora el discurso continuará con un presupuesto de capital importancia para que la desheredación prospere: el elemento subjetivo de la causa *desheredationis*.

B) Problemas que plantea el elemento subjetivo de las injurias y el maltrato de obra en el desheredado menor de edad.

Páginas más arriba hemos dicho que el elemento clave de la desheredación del menor de edad es el discernimiento, que quedará al albur del criterio judicial según la concreta causa desheredativa que se le impute, en orden a que los hechos reprochables a los efectos de la desheredación no responde a la misma arquitectura. No obstante, tanto el maltrato de obra como las injurias graves pueden ser tratados conjuntamente.

Tanto el maltrato de obra como las injurias requiere el elemento internacional representado por actuar con el propósito de hacer daño, lo que conllevar a afirmar, que está excluida la imprudencia[154]. Generalmente, cuando el menor cumple la

153 Ragel Sánchez, L.F.: "Comentario a los arts. 848 a 857", en AA.VV.: Comentarios al Código Civil, Tomo V (dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 6289.

154 Rebolledo Varela, Á. L.: "Problemas prácticos de la desheredación eficaz de los descendientes por malos tratos, injurias y abandono asistencial de los mayores", cit., p. 406; Vallet de Goytisolo, J.: "El apartamiento y la desheredación", cit., p. 42; Sánchez Román, F.: *Estudios de Derecho Civil, VI. 2, Derecho de Sucesión*,

edad para responder penalmente de sus actos, este podrá hacerse responsable de las conductas más graves que socavan el deber de respeto filial. Puede ser que un menor de edad, quizás por la inflexible educación de los progenitores, mantenga con estos una relación distante, pero ello no debe justificar un atentado contra la integridad física o el acervo espiritual hacia unas personas a las que, según el art. 155.1º CC, le debe respeto.

No obstante, entendemos que en la práctica forense se pueden dar situaciones conflictivas y excepcionales, por eso propugnamos que la causa desheredativa se interprete al socaire del tono de la familia, la conducta filial en general, el signo cultural de la ofensa[155] y, sobre todo, la conducta antecedente del progenitor hacia el menor y la instrucción que le dispensó. Estos últimos elementos en absoluto se visualizan como un dato baladí, ya que, si el progenitor aplicó la coerción física o la intimidación contra el menor como modo de corregir sus actos, entendemos que un episodio de violencia protagonizado por el propio menor puede ser que no se configure como reprochable a los efectos de la desheredación, al contemplar este como medios afines al Derecho y a la diligencia de un buen padre de familia se tornan en habitual y ordinario en el ámbito familiar. Por esta razón disentimos de Ordás Alonso cuando afirma que si los menores de catorce años tienen la capacidad necesaria para otorgar testamento y para desheredar, también la tendrán para ser conscientes del daño que con su actuación pueden causar a sus padres y ascendientes y sufrir las consecuencias de sus actos[156].

Efectivamente, el menor de catorce años puede otorgar testamento, porque el art. 663.1º CC presupone que el menor a partir de dicha edad pueda disponer de su patrimonio *mortis causa*, pero ello no debe llevar a sostener, apodícticamente, que el menor, aun teniendo capacidad para actuar con dolo, comprenda que una lesión física o una injuria atente contra la solidaridad familiar si este ha sido cultivado constantemente en un entorno de violencia. En definitiva, es harto complicado reprochar una supuesta insolidaridad familiar o un incumplimiento del deber de respeto si el menor, aun teniendo catorce años, no ha conocido, por una deficiente educación de los padres, tales conceptos.

Fuera de estos casos donde la instrucción paterna ha brillado por su ausencia, creemos que el menor de edad, si tiene suficiente discernimiento, sí puede ser desheredado, prescindiendo aquí de hacer coincidir su capacidad con la edad penal, pues puede haber menores de edad que, aun no teniendo catorce años, sean suficientemente maduros para comprender que atentar contra el progenitor

Madrid, 1910, p. 1105, p. 116, decía, respecto a la imprudencia, que "faltaba ele elemento moral de la intención".

155 Así lo dice la SAP Huesca 26 marzo 2013 (AC 2013, 1420).

156 Ordás Alonso, M.: *La desheredación y sus casusas. Derecho civil común y derechos civiles forales y especiales*, cit., p. 296.

constituye uno de los mayores agravios que se pueda cometer contra su ascendencia, y, al contrario, mayores de catorce años que, por las circunstancias sean, no tienen la capacidad suficiente para saber que ciertas expresiones o actos tienen potencialidad lesiva[157].

C) Análisis de la relevancia, en el ámbito de la desheredación del menor de edad, de una sentencia penal condenatoria.

Puede pensarse que, si un menor de edad es condenado penalmente por atentar o injuriar a unos sus progenitores aquel podrá ser desheredado automáticamente, sin que quepa alzar argumentos de defensa en el proceso civil donde se discuta la desheredación. Sin embargo, no necesariamente es así.

La SAP Córdoba 18 mayo 2016[158] lo admite implícitamente, cuando dice, remitiéndose a otras resoluciones, lo siguiente: "En general podemos admitir que cuando el maltrato ha merecido una condena penal, su autor puede estar incurso en la causa de desheredación, atendida la vinculación de los tribunales civiles con la relación de hechos declarados probados en una sentencia penal". Debe observarse que dice "en general", pues, efectivamente, puede haber casos, excepcionales, en los que una sentencia condenatoria penal no justifique completamente una desheredación por maltrato de obra o injurias, pues junto a la causa desheredativa y la capacidad y discernimiento del legitimario, pueden concurrir otros factores determinantes para valorar si la desheredación es justa, como la conducta antecedente del progenitor, el contexto familiar, si la agresión ha sido grave o leve o si esta se visualiza como un acontecimiento anecdótico, máxime tratándose de la desheredación de un menor de edad.

No pretendemos, en absoluto, exonerar de responsabilidad los supuestos de violencia filoparental, al contrario, creemos que una de las expresiones más sintomáticas del incumplimiento del deber de respeto filial que motivarían una desheredación del menor de edad son las agresiones o injurias hacia el progenitor. Pero ello no es óbice para reconocer que hay casos excepcionales en los que la agresión protagonizada por el menor de edad está rodeada de ciertos elementos que, aún no habiendo sido relevantes en el proceso penal, sí pueden tener relevancia en el pleito donde se ventile la desheredación, pues el canon hermenéutico que

157 Esta opinión viene confirmada, en la práctica forense, por la SAP Salamanca 19 diciembre 2013 (AC 2013, 2219), que aunque trató el supuesto de una legitimaria con discapacidad psíquica, el siguiente razonamiento es extrapolable a los algunos menores de edad: "Una persona discapacitada mentalmente, con una inteligencia límite, con un determinado retraso mental, con muchas dificultades para relacionarse socialmente y en el seno familiar (algo incontestable según los informes psicosociales aportados), claro que pude injuriar y se le puede presumir un ánimo de vituperar u ofender, pero sus expresiones en cuanto a su conciencia y alcance han de venir relativizadas y no pueden alcanzar "per se" el calificativo de expresiones injuriosas graves, desde un punto de vista material, que es lo exige este último precepto para desheredar (causa "poderosa") a una heredera forzosa".

158 SAP Córdoba 18 mayo 2016 (AC 2016, 1121).

debe seguirse en estos procesos debe estar presidido en dilucidar si los hechos imputables al desheredado suponen un atentado hacia la solidaridad familiar y, nos menos importante, si el menor poseía las herramientas para guiarse o motivarse por dicho principio, pues si por razón de su escasa madurez, el contexto o la deficiente instrucción o educación paterna no fue posible, no sería reprochable que el menor actuara al margen de dicho postulado.

Los ejemplos que se pueden dar en la ladera fáctica son innumerables, como el progenitor que maltrata de obra repetidas veces a su hijo menor de edad, provocando que este visualice la violencia como algo normal y cotidiano, hasta aquellos casos en los que el progenitor, por su negligencia, ha coadyuvado, e incluso potenciado, que el menor vea programas, videojuegos o contenidos con un acervo notablemente violento.

Si hay una sentencia que ejemplifica lo expuesto esa es la SAP Asturias 1 febrero 2016[159]. Aunque en este caso se ventiló una demanda de una madre vindicando la extinción de la pensión de alimentos de un hijo de 19 años en base al art. 152.4º CC, consideramos que la su exégesis es extrapolable, *mutatis mutandi*, a aquellos casos en los que el menor de edad interpone una demanda pidiendo el dictado de una sentencia que declare la desheredación injusta. La madre basó su acción en que el hijo fue condenado por injurias en la jurisdicción de menores, en una sentencia dictada en conformidad, diciendo además que concurría el supuesto del art. 853.2ª CC, ora por las injurias, ora por el maltrato psicológico. La sentencia desestima las pretensiones de la madre, valorando que, aunque esta no haya sido la que provocó directamente los hechos que motivaron la sentencia penal, si coadyuvó a crear el grave conflicto familiar, diciendo que este conflicto provocó una "desestabilización en el menor", que, aunque no justificara, si minoraba, en palabras de la sentencia, la gravedad de los hechos protagonizados por el demandado. Añadiendo el Tribunal que, en la actualidad, el hijo, cuando dejo de convivir con su madre, recondujo su conducta retomando sus estudios.

Por lo tanto, si en este caso la madre, aunque no provocara el conflicto familiar, si coadyuvó a que se creara, estimamos, con más razón, que en aquellos casos en los que el progenitor es el causante directo del conflicto o, directamente, ha inculcado al menor ciertos patrones de conductas violentos, pasando la solidaridad familiar ante los ojos del menor a convertirse en un concepto opaco, aquel luego no le podrá reprochar a su hijo, privándole de la legítima, ciertas conductas, pues, sencillamente, el testador recogerá lo que sembró.

159 SAP Asturias 1 febrero 2016 (JUR 2016, 35787).

En cambio, la SAP Madrid 8 octubre 2013[160] desestimó la demanda de un nieto desheredado por la abuela por maltrato de obra e injurias, teniendo aquel, al tiempo de la desheredación, la edad de diecisiete años. El Tribunal manifiesta que quedó acreditado que el nieto mantuvo una actitud de desprecio y humillación respecto a su abuela, llamándole "gorda" y "guarra", suponiendo dichas expresiones, a juicio de la sentencia, un maltrato real y afectivo, a lo que debe añadirse que, ante los intentos de acercamiento de la abuela, esta recibió el "desprecio y rechazo insultante y humillante" del nieto. En lo que respecta al análisis de la capacidad del menor de edad, dice la sentencia que el nieto actuó con libre determinación, sin que el hecho de que el Código Civil guarde silencio sobre la capacidad para ser desheredado deba suponer que este, para que pueda ser privado de la legítima, tenga que haber alcanzado la mayoría de edad.

A nuestro juicio, estamos de acuerdo con dicho razonamiento, y aún más, quedó acreditado que la madre del menor, quien asumía en solitario la custodia, mantenía una mala relación con la abuela; es posible que la madre tuviese cierta influencia en el comportamiento del menor, pero ello no justifica los insultos tan graves que profirió el desheredado a su ascendiente, máxime cuando se encontraba en una edad próxima a la mayoría de edad. Podemos entender que la influencia de uno de los progenitores induzca al menor a no mantener contacto con el pariente que, a la postre, le deshereda, pero no a tomar una actitud activa en la relación que le liga con el testador para infringirle un maltrato físico o verbal injustificado.

3. El maltrato psicológico como la causa más conflictiva la desheredación del menor de edad.

Sin duda alguna, la causa que más se ha alegado para desheredar a un menor de edad es el maltrato psicológico, representado la *causa desheredationis* que más problemas plantea. Por ello, el guión que vertebrará este apartado será el siguiente: En primer lugar, ofreceremos una descripción del maltrato psicológico como causa de desheredación. En segundo lugar, trataremos la importancia de la conducta antecedente del progenitor en el ámbito de esta causa desheredativa y, por último, analizaremos los problemas que plantea la conducta del progenitor custodio, en aquellos casos donde previamente ha habido una crisis familiar, que vilipendia y desplaza al otro progenitor, potenciado que el hijo menor de edad vea al progenitor no custodio como un ser ajeno.

A) Breve caracterización del maltrato psicológico como causa de desheredación.

Más arriba, al hablar de la evolución que ha tenido el instituto de la desheredación en el seno de la jurisprudencia, citamos como paradigma de este cambio la STS 3

160 SAP Madrid 8 octubre 2013 (JUR 2014,4801).

junio 2014. La resultancia fáctica del recurso que desembocó en el Alto Tribunal partía de unos hijos que, durante los últimos siete años de vida del testador, lo abandonaron, a pesar de padecer una enfermedad, quedando al amparo de su hermana, sin que los desheredados se interesaran por él ni tuvieran contacto alguno. No obstante, a pesar de ser bienintencionado el propósito de la sentencia y el posterior fallo emitido, la misma ha sido fruto de abundante literatura, y ello es así ante la dualidad que establece entre "abandono emocional", fruto de la libre ruptura del vínculo afectivo o sentimental, y el "maltrato psicológico", que, en palabras de la STS 30 de enero 2015, se define como una modalidad de maltrato de obra representada por una "acción que determina un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima"[161].

Para el Tribunal Supremo el abandono emocional no es, necesariamente, sinónimo de maltrato psicológico[162]. Para que el abandono sea una causa de desheredación deber ir acompañado de un daño al testador, que le produzca a este un verdadero padecimiento y afectación digno de ser reprochado o, en otras palabras, una perturbación a su estado emocional[163].

No estamos de acuerdo con esta óptica, para nosotros, la falta de relación entre el legitimario y el testador, por causa no imputable a este y prolongada en el tiempo, debe constituir una causa de desheredación[164], como ocurre con el Derecho foral catalán[165], sin necesidad de que dicho distanciamiento deba provocar

161 Más completa es la definición ensayada por la STSJ Cataluña 2 febrero 2017 (RJ 2017, 1596): "El maltrato emocional o psicológico se da en aquellas situaciones en las que una persona vinculada a otra, la hace sufrir con descalificaciones, humillaciones, discriminación, ignorando o menoscabando sus sentimientos siendo ejemplos de este tipo de maltrato, el abandono emocional, la descalificación, la violencia verbal, las amenazas, el control excesivo, el chantaje afectivo o la presión moral, el desprestigio o las descalificaciones ante personal del entorno familiar, laboral, etc. del afectado, las burlas y cualquier tipo de castigo que no sea físico, siempre que estos actos tengan la suficiente intensidad para producir un menoscabo en la salud mental de la persona que los padece".

162 Otras resoluciones de las Audiencias Provinciales han venido a ratificar este planteamiento, como la SAP Córdoba 16 octubre 2017 (JUR 2017, 300272), que, a pesar de estimar como probado la absoluta falta de relación entre la hija y la madre, dice que "el distanciamiento o alejamiento físico o emocional no puede ser considerado como el maltrato psicológico que jurisprudencialmente se ha equiparado al maltrato de obra como causa de desheredación".

163 González Hernández, R.: "La ausencia de relación familiar como causa de desheredación de los descendientes", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 775. p, 26110. Es llamativo, en este punto, lo que dice la SAP Lugo 22 octubre 2015 (JUR 2015, 257457): "Así, si bien la ruptura emocional pasiva no es causa de desheredación, cuando se producen actos u omisiones que junto a tal ruptura provocan un sufrimiento o perturbación en el causante se estaría rebosando la tenue frontera entre la nula o mala relación y el maltrato psicológico suficiente para integrar la dicción legal".

164 Coincidimos con Ragel Sánchez, L.F.: "Comentario a los arts. 848 a 857", cit., p. 6288, cuando dice que el "olvido" no está prevista como causa de desheredación, pero, bajo nuestro punto de vista, ello no supone obstáculo, a espera de una evolución del sistema legitimario por parte del legislador, para que la jurisprudencia de cobijo, independientemente del perjuicio psicológico, al abandono o la nula relación en el artículo 853.2ª CC, aunque sea tarea de los políticos, y no de los jueces, adaptar la norma a los supuestos que trata de regular.

165 Efectivamente, el artículo 417-17 letra c) CCCat tipifica, como causa independiente de desheredación, "la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario".

necesariamente "una perturbación emocional"[166], pues si el sistema legitimario se fundamenta en la solidaridad familiar, resulta llamativo que un hijo que rehúse ver, contactar o, en palabras de Romero Coloma, "pasar de su padre"[167], sin causa suficiente que lo ampare, pueda resultar premiado con dos tercios de la herencia, máxime cuando con dicho olvido vulnera, a nuestro juicio, el deber de respeto filial consagrado en el artículo 155.1º CC. Así lo expresa De Barrón Arniches, que, acertadamente, puntualiza que "no tener relación familiar, obviar u olvidar a los mayores puede ser causa legal para desheredar, no porque suponga un maltrato para el causante, o no solo cuando lo suponga, sino simplemente porque tal olvido atenta contra la propia razón de ser de la legítima, esto es, contra la solidaridad intergeneracional que debe precisarse no solo en sentido descendiente sino también a la inversa, de los hijos hacia sus padres"[168].

B) El testador que no ha sido un progenitor ejemplar.

El modelo familiar desde que se promulgó el Código Civil en el año 1889 ha cambiado profundamente. En el siglo XIX la familia estaba sometida a la autoridad del *paterfamilia*, ocupando la mujer una posición residual, las crisis matrimoniales por separación o divorcio eran excepcionales, sino inexistentes, y los hijos, mientras eran menores de edad, habitaba con ambos progenitores en la vivienda familiar. Sin embargo, a raíz de la Constitución y los profundos cambios habidos en el seno del Derecho de familia, la familia, tal y como ha estado concebida, ha cambiado, por ello, los cánones hermenéuticos sobre los que se asienta el sistema legitimario debe hacer frente a nuevos retos y perspectivas que eran inexistente otrora.

Dada cuenta de la breve descripción que se ha vertido sobre el maltrato psicológico como causa de desheredación de hijos y descendientes, el mismo viene representado por la conducta del hijo que rehúsa ver a su progenitor, relegándolo a un ínfimo plano de sus relaciones sociales para, cuando fallezca, acordarse de este para reclamar su legítima. Si en la desheredación por maltrato psicológico de hijos mayores de edad existen controversias que aumentan, exponencialmente, la inseguridad jurídica, atendiendo a que cada decisión judicial quedará al arbitrio judicial, estos problemas se multiplican cuando los hijos son menores de edad.

El supuesto que se podrían denominar estándar en el siguiente: cónyuges o progenitores que se divorcian o cesan en la convivencia que mantenían y el hijo

166 Así se infiere de lo expresado por Lasarte Álvarez, C.: "Abandono asistencial de la tercera edad y desheredación de los descendientes en la España contemporánea", cit., p. 368, que dice: "Reclámense las reglas interpretativas que se quiera, lo cierto es que el absoluto abandono asistencial del progenitor, como poco, merece el calificativo de maltrato, pues maltratar en castellano sólo conoce una acepción fundamental: "tratar mal a una persona de palabra u obra"

167 Romero Coloma, A.Mª: "El maltrato de obra como causa de desheredación de hijos y demás descendientes", cit., p. 10

168 De Barrón Carrasco, M.C.: "Falta de trato familiar y desheredación de los descendientes", cit., p. 96.

menor queda bajo la custodia de uno de ellos, rehusando ver al otro progenitor que tenía un régimen de visitas. Ya adelantamos que, para que se pueda desheredar a un menor por esta causa se tienen que dar dos requisitos, además de la situación de abandono u olvido: uno, que la contumacia del menor a ver al progenitor, además de prolongada, debe ser injustificada, o, dicho de otra manera, no se le puede reprochar a un menor de edad que no desee ver al progenitor cuando este no ha cumplido con la diligencia de un buen padre de familia los deberes inherentes a la patria potestad. Otro, que la voluntad del menor, exteriorizada en la negativa a tener cualquier contacto con el progenitor, sea libre y ausente de cualquier vicio. Ahora veremos, con más o menos detenimiento, lo expuesto al compás de los supuestos que se dan en la práctica forense.

En relación a la relevancia de la conducta antecedente del testador, en el maltrato de obra hemos descrito algunas situaciones atinentes a la desheredación del menor de edad. Respecto al maltrato psicológico, también el origen del abandono puede ser relevante, pero en este caso presenta unos matices propios. Existen casos dantescos en los que, por ejemplo, el distanciamiento del hijo obedece a conductas del progenitor que incluso van más allá del Derecho civil, como aquellos casos en que el progenitor comete conductas lascivas contra su hijo o protagoniza episodios de violencia doméstica, en la que no es extraño que el hijo, aun siendo menor, rompa amarras con el agresor y apoye al otro progenitor que se encuentra en un estado de más vulnerabilidad. O aquellos casos en los que el progenitor deudor de una pensión de alimentos, se inhibe voluntariamente en el cumplimiento de dicho deber, dejando a su hijo menor en una situación de vulnerabilidad económica; o el progenitor que, tras salir de la vivienda familiar, rehace su vida teniendo nuevos hijos, dejando al hijo menor de edad fruto de la primera relación en un último plano. A nuestro juicio, todos estos hechos son relevantes a la hora de dilucidar si el maltrato psicológico constituye una justa causa de desheredación, tal y como han reconocido los Tribunales, pudiendo citarse, por ejemplo, la SAP Palencia 20 abril 2001[169] que decía que (cursiva propia) "por maltrato de obra deberá considerarse toda aquella acción u omisión tendente a causar un menoscabo físico o psíquico, en este caso, al progenitor y testador, con el consiguiente menoscabo o sufrimiento en el que lo recibe, *sin justificación inmediata en la propia actitud del testador*"[170].

169 SAP Palencia 20 abril 2001 (AC 2001, 932).

170 En el mismo sentido, la STS 27 junio 2018 (RJ 2018, 3100), que, en su fundamento de derecho segundo, dice que "solo una falta de relación continuada e imputable al desheredado podría ser valorada como causante de unos daños psicológicos". También puede verse la SAP Badajoz 11 septiembre 2014 (RJ 2014, 257300), en la que el testador desheredó a sus tres hijas por maltrato psicológico, alegando los demandados que las desheredadas abandonaron y desatendieron al testador tras la crisis matrimonial y, sobre todo, en los últimos años de su vida, a pesar de que padecía una grande enfermedad de tipo cardiológico. Aun estimado el Tribunal como hecho probado que el abandono existió, declaró injusta la desheredación, pues la ruptura de la relación vino motivada por la crisis matrimonial con la madre de las desheredadas, donde el testador no presentó un comportamiento ejemplar; en palabras de la sentencia, no fue "acorde con los valores de respeto y consideración a los hijos", llegando incluso a expulsar a unas de sus hijas de la vivienda por

Creemos, alejándonos de la postura del Tribunal Supremo en las sentencias dictadas a finales de la década del pasado siglo, que es capital analizar y estudiar el contexto en el que el comportamiento del testador y desheredado se incardinan, pues aun perteneciendo, *prima facie*, al campo de la moral, debe tener poderosas consecuencias en la sucesión *mortis causa*, máxime cuando el sistema legitimario tiene como fundamento la solidaridad familiar[171]. En este sentido, aún consagrando el art. 155.1º CC el deber de respeto filial, creemos que si los padres no rinden tributo a sus propios deberes, cabe plantarse si ese deber de respeto de los hijos sigue vigente.

Así, creemos que conductas del testador como incurrir en un grave incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, maltratar a los hijos, abandonarlos, no contribuir a sus alimentos injustificadamente o una desidia y actitud abúlica del ascendiente en ver al menor, podría justificar una negativa del menor de edad a mantener contacto con él.

Este fue el caso que desembocó en la SAP Girona 14 mayo 2015[172] donde una abuela desheredó a unas nietas que, en el momento del otorgamiento del testamento, tenían, respectivamente, diez y siete años. La causa fue la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar. El Tribunal, además de alegar la escasa edad de las nieta, que de por sí podría haber motivado el fallo, por la falta de discernimiento de las menores, adujo que falta de relación era imputable al padre, titular de la patria potestad, que impedía que las hijas se relacionaran con la abuela, y a este, diciendo que "si la abuela hubiera realmente querido tener relación con sus nietas, podía haberlo solicitado del Juez, pues no puede impedirse que los hijos

tener esta una relación extramarital. La SAP Castellón 27 octubre 2004 (RJ 2005, 23114), enjuicia, en resumidas cuentas, otro supuesto en el que un padre longevo se acerca al hijo después de haber renegado de él, ya que, deparando en el fundamento de derecho segundo, vemos que el abandono del hijo, o lo que el testador calificó como maltrato psicológico, estuvo justificado porque nunca existió convivencia entre ellos, inhibiéndose el padre no solo en mantener un mínimo contacto con su hijo, sino también en la alimentación e instrucción de este, hasta que, ya anciano, pretendió un acercamiento con una persona, que, por el modo de guiarse en los deberes filiales, lo visualizaba como un extraño. También es interesante la SAP Soria 6 noviembre 2012 (AC 2013, 410), pues, aunque la sentencia adujera que el maltrato debe ser grave, consideramos que el Tribunal tuvo especialmente en cuenta la conducta precedente de la testadora. Esta se suicidó mediante ahorcamiento, no sin antes desheredar a su hijo por la causa prevista en el artículo 853.2ª CC, estimando la Audiencia, como hecho probado, que el hijo no tenía relación con su madre, que coincidiendo en un paseo le volvió la cara, llegándola a escupir, y diciéndole "yo a usted no la conozco de nada". A priori, podemos decir que dichos hechos se subsumen en el maltrato, como mínimo, psicológico, sin embargo, la sentencia, después de decir que la desheredación debe resolverse "teniendo en cuenta el tono de la familia, la conducta filial en general y el signo de cultura social en el momento en que se produce la ofensa", califica la desheredación como injusta, pues la testadora, la cual tuvo la custodia del hijo desheredado tras su crisis matrimonial, estimó relevante como se condujo en sus deberes como madre, a la vista de que fue condenada por un delito por malos tratos y otro por incumplimiento de los deberes familiares, al no contribuir al sustento de su hijo. Puede verse, en análogo sentido, la SAP Pontevedra 5 febrero 2015 (JUR 2015, 76784) y la SAP Málaga 21 mayo 2010 (JUR 2013, 139240).

171 Barceló Doménech, J.: "La desheredación de los hijos y ascendientes por maltrato de obra o injurias graves de palabra", cit., p. 513, da relevancia a la conducta antecedente de los padres a la hora de analizar el deber de respeto de los hijos, exigiendo "una valoración de las circunstancias del caso, debiendo los Tribunales apartarse de formulaciones vacías de contenido legal y entrar en el examen de los motivos que han desembocado en la situación de falta de comunicación y relación afectiva entre padre e hijo".

172 SAP Girona 14 mayo 2015 (JUR 2015, 166181).

puedan relacionarse con sus abuelos y familiares allegados". Igual exégesis adoptó la SAP Cádiz 31 octubre 2018[173], donde una abuela desheredó a una nieta que no tenía contacto con aquella. Si bien la nieta, cuando se abrió la sucesión, tenía 19 años, la falta de relación se le imputaba desde la minoría de edad. En este caso, la citada Audiencia estimó injusta la desheredación, por dos razones que importan a los efectos de este trabajo: una, que la nieta, en el momento del otorgamiento del testamento, tenía 11 años de edad, no dependiendo de ella iniciar los contactos con su abuela, y, la otra y más importante, la abuela no llevó a cabo ninguna actuación para iniciar o recuperar la relación con su nieta menor de edad tras el fallecimiento de la madre. Por lo tanto, no es reprochable a un menor de edad la falta de relación con un ascendiente si aquel visualiza a este como un completo desconocido, y, precisamente, por la desidia y actitud abúlica del que reprocha y deshereda.

Pero puede salir al telón otro escenario: el menor de edad que se niega a cumplir el régimen de visitas con el progenitor o la guarda y custodia, en caso de ser compartida, porque, simple y llanamente, le responsabiliza de la ruptura o la crisis familiar. Desde nuestra óptica, aunque se hayan dictado resoluciones que justifican el distanciamiento del hijo atendiendo, simplemente, a la crisis matrimonial de sus padres, tomando partido por uno de ellos, generalmente, el que ostenta la custodia[174], ello no justifica la negativa del hijo a ver a un progenitor, pues, como explica Echevarría de Rada, "una cosa es que la familia esté desestructurada como consecuencia de la mala relación entre los progenitores y otra distinta es que se infrinja por los hijos un maltrato psicológico al causante"[175].

No obstante lo dicho, en la desheredación del menor de edad el distanciamiento del hijo hacía uno de los progenitores tiene connotaciones específicas, las cuales veremos a continuación.

C) El mobbing familiar: el talón de Aquiles de la desheredación del menor de edad por maltrato psicológico.

Hay que partir de la regla general de que la escasa sintonía del hijo menor de edad con uno de los progenitores o la mera ruptura entre los progenitores

173 SAP Cádiz 31 octubre 2018 (JUR 2019, 25569).

174 En esta línea tenemos la SAP Palencia 28 de abril 2005 (JUR 2005, 13435) o la SAP Ciudad Real 1 diciembre 2016 (JUR 2017, 1529), que justifican la desheredación a la vista de que el alejamiento de los hijos hacía su padre tiene su origen en la separación de los padres, respaldando los demandantes a la madre.

175 Echevarría de Rada, T.: *La desheredación de hijos y descendientes: interpretación actual de las causas del artículo 853 del Código Civil,* cit., p. 96. En la misma senda, la SAP Barcelona 10 octubre 2019 (JUR 2019, 29624), que dice lo siguiente: En suma, la falta de relación afectiva y comunicación entre el hijo y el padre, el abandono sentimental y asistencia sufrido por este durante su última enfermedad, la ausencia de interés demostrado por el hijo en relación a los problemas del padre, etc., son circunstancias y hechos que son imputables al legitimario, y todo ello causado por la disconformidad respecto a las segundas nupcias que contrajo el testador.

no debe justificar que aquel rehúse, sistemáticamente, ver a su progenitor, pues si lo hace deberá asumir las consecuencias, como la privación de la legítima. Sin embargo, hay supuestos de mobbing familiar en donde uno de los progenitores, generalmente, el custodio, que, amén de torpedear la solidaridad familiar, ejercen una influencia negativa sobre el hijo, logrando que este visualice al otro progenitor como un ser repulsivo. Ya adelantamos que la mera ruptura o crisis matrimonial no debe servir a uno de los progenitores como elemento de distorsión de la relación paternofilial que liga al hijo con el otro progenitor, ni para imputar a este, en presencia del descendiente, responsabilidades morales de la ruptura, pues, sencillamente, los hijos, siendo menores de edad y aún teniendo discernimiento, están en una etapa de formación de su personalidad en el que la volatilidad y la capacidad de ser influenciados es muy elevada, siendo, curiosamente, los menores los verdaderos perjudicados del conflicto de lealtades existente entre los padres[176].

Sin duda alguna, el mobbing familiar, que, dicho sea de paso, constituye una lacra familiar, es relevante en el ámbito de la desheredación del menor de edad por maltrato psicológico. Lo mejor será analizar esta cuestión desde la casuística, a fin de que el paciente lector perciba el estado de la cuestión, puntualizándose que el mobbing familiar puede darse tanto en la relación entre un hijo y un progenitor, como de un nieto y un abuelo, como tuvimos oportunidad de ver con la SAP Girona 14 mayo 2015, donde el padre se negaba a que sus hijas mantuviesen contacto con la abuela, colocando a la menores entre la espada y la pared, teniendo que decidir si obedecer a su padre, titular de la patria potestad, o en ver a su abuela, que prácticamente era una desconocida.

La SAP Oviedo 15 marzo 2017[177] estudió un caso en el que un padre desheredó a una hija por maltrato psicológico, siendo la hija menor en el momento del otorgamiento del testamento. Los hechos relevantes en la causa eran que la menor desde hace muchos años no veía al padre ni al abuelo paterno, teniendo como antecedente la nula relación un proceso de divorcio que desembocó en una sentencia que atribuyó la guarda y custodia a la madre. La Audiencia declaró injusta la desheredación, diciendo que la menor, por influencia de tercera personas, estaba en la convicción de que su padre era quién había optado por perder la comunicación con ella, subrayando, en relación a la hija, que era "lógico pensar que no tratara de reanudar la comunicación, una vez alcanzada la mayoría de edad, albergando un sentimiento de rechazo hacia la figura paterna, sin que, en consecuencia, pueda apreciarse en ella culpabilidad alguna en el distanciamiento respecto del causante y su familia paterna; no constando además que la demandante siendo mayor de edad hubiera tenido acceso a las sentencias y documentación aportada por la

176 Así lo dijo la SAP Burgos 5 diciembre 2018 (JUR 2019, 38065): "En principio, en los casos de ruptura de relaciones paternas filiales de menores, estos no son culpables sino las víctimas".

177 SAP Oviedo 15 marzo 2017 (JUR 2017,105070).

parte demandada", concluyendo que, acreditada la existencia del mobbing familiar, los sentimientos negativos que le fueron inyectados a la hija contra su progenitor "no desaparecen por el solo hecho de llegar a los 18 años"[178].

Si hay una resolución paradigmática, esa es la reciente SAP Valladolid 29 mayo 2020[179], donde un padre desheredó a un menor de edad adolescente por la falta de relación continuada. El padre se separó judicialmente de la madre en el año 1999, cuando el hijo desheredado tenía dos años de edad, divorciándose posteriormente en el año 2006. La sentencia estima la pretensión del hijo, en base a que la falta de relación entre el padre y el hijo no fue a consecuencia de una voluntad unilateral e injustificada de este, sino a "la negativa influencia que para el desarrollo de las comunicaciones con el menor originaba el círculo familiar materno", que propició "una situación fáctica de desatención y desapego afectivo del hijo con su padre".

Resulta harto complicado ensayar una conclusión general sobre los supuestos expuestos, dada cuenta de que cada asunto tiene sus propias vicisitudes. No obstante, entendemos que, si queda acreditado que uno de los ascendientes ejerce una influencia negativa sobre el otro progenitor, ofreciendo una imagen nefasta del que deshereda, es posible dispensar al menor de edad el distanciamiento o la falta de relación continuada, exceptuándose el maltrato de obra o las injurias graves, pues, pese a que haya habido una suerte de mobbing familiar, ello no justificaría conductas exacerbadas del menor que lleguen al insulto o a la agresión. Todo dependerá de la edad del menor, pues no es lo mismo un menor que aún no ha llegado a la pubertad que otro cuya franja de edad se sitúa entre la adolescencia y la mayoría de edad, a tenor de que estos menores, denominados por Cabezuelo Arenas "grandes menores"[180], van adquiriendo, progresivamente, cierto discernimiento que le posibilita diferenciar entre bien y el mal, siendo coherente el sistema si, amén de reconocerle ejercicio de sus derechos, también le responsabiliza de sus actos. A lo que debe añadirse el grado de apego o vinculación del menor hacía el ascendiente que ejerce el mobbing familiar, pues puede ser que, a pesar de quedar acreditada la negativa influencia, el menor no está tan

178 Ha habido otras sentencias con pronunciamientos análogos, como la SAP Segovia 18 octubre 2006 (JUR 2008, 10514): "Cuando el padre testa, el actor tenía 19 años, por lo que la falta de visitas del hijo no son imputables a éste, al menos hasta los últimos dos años, pues con anterioridad era menor de edad y dependía por tanto de quienes ostentaban la guarda y custodia o la patria potestad. Así las cosas la parte demandada tampoco ha acreditado que por parte del testador hubiese existido afán alguno por contactar o estar con su hijo, lo que nos lleva a excluir que esta falta de relación se pueda constituir como muestra de una conducta siquiera moralmente reprobable por parte del hijo. Y en cuanto a que no se preocupase por él, debemos afirmar lo mismo. Diez años antes de testar, el actor tendría nueve años, por lo que al menos hasta los dieciséis quien debió preocuparse por el otro fue el padre con el hijo y no viceversa". También la SAP Valencia 22 mayo 2017 (JUR 2018, 23997), que reproduce el mismo argumento.

179 SAP Valladolid 29 mayo 2020 (JUR 2020,221717).

180 Cabezuelo Arenas, A. L.: "La supresión de las pensiones alimenticias de los hijos por negarse a tratar al progenitor pagador. Relación entre el derecho de comunicación del progenitor no conviviente y la relevación de pago de los alimentos", *Revista Derecho Patrimonial núm. 49/2019* (versión digital), p. 20.

vinculado al progenitor que ejerce el mobbing familiar, usando, posteriormente, en el proceso de desheredación, la excusa de la manipulación como justificación a una conducta insolidaria e irrespetuosa.

Dispuestos a encajar en una categoría dogmática la influencia negativa y efectiva de un progenitor hacia el otro o respecto hacia un ascendiente, Cabezuelo Arenas, remitiéndose a la STSJ Cataluña 8 enero 2018[181], ha empleado el criterio de causalidad adecuada o la concurrencia de culpa, a fin de justificar dogmáticamente la exención de responsabilidad a los descendientes que actuaron mediatizados por el otro progenitor con el que convivían, torpeando este la relación que debería tener el menor con el otro ascendiente. Nosotros nos desligamos de dicha postura, a pesar de ser loable, y creemos que el abandono o distanciamiento del hijo o nieto respecto a su progenitor o abuelo es un acto jurídico, en tanto en cuanto se configura como una acción u omisión que emana de la voluntad y puede traer consecuencias jurídicas. Cuando dicha voluntad se vislumbra mediatizada por la influencia de un tercero, como el otro progenitor, provocando que el menor de edad tenga una visión distorsionada de la realidad, se trata de un supuesto de error o, más bien, de dolo, al socaire de que, parafraseando analógicamente el art. 1269 CC, por medio de palabras o maquinaciones insidiosas de un ascendiente o un tercero es inducido el menor a desplegar una conducta que, quizás, no hubiese desplegado sin ellas.

VIII. PROBLEMAS QUE PLANTEA UNA EVENTUAL RECONCILIACIÓN ENTRE EL ASCENDIENTE Y EL DESHEREDADO MENOR DE EDAD.

La desheredación, aun habiéndose articulado en testamento con los requisitos del art. 849 CC, sigue sometiéndose a la autonomía de la voluntad del causante, el cual puede dejarla sin efecto si media una reconciliación con el legitimario desheredado posterior a la causa desheredativa (art. 856 CC). No obstante, si repasamos la definición de desheredación ensayada en este trabajo, podemos ver que se dijo, *grosso modo*, que la desheredación permitía privar de la legítima a los legitimarios "a menos que medie reconciliación entre el causante y el legitimario o el perdón de aquel". Puede comprobarse la dicción del art. 856 CC para comprobar que el legislador solo contempla la reconciliación como causa extintiva de la desheredación hecha, omitiendo el perdón.

181 STSJ Cataluña 8 enero 2018 (RJ 2017, 2354).

Parte de la doctrina, como Díez-Picazo y Gullón, creen que, siendo la reconciliación una actividad bilateral[182], no es sinónima de perdón[183]; sin embargo, y suscribiendo la tesis de Ragel Sánchez o de Represa Polo, la cual se remite esta última en su obra a Albaladejo, entendemos que, en sede de desheredación, el perdón del testador tiene virtualidad para desplegar los mismos efectos que la reconciliación, aun cuando el art. 856 CC hable exclusivamente de reconciliación[184]. Pero no cualquier perdón es hábil para dejar sin efecto la desheredación, pues como apuntó Vallet de Goytisolo y, más recientemente, Rebolledo Varela, debemos distinguir entre el "perdón jurídicamente eficaz" y el "perdón moral o de conciencia"[185], pudiendo desplegar el primero los mismos efectos que la reconciliación siempre que, en palabras de Vallet de Goytisolo, sea especial y concreto al hecho que produce la desheredación "no bastando cualquiera fórmula general, tan frecuente, del perdón por parte del testador, más o menos próximo a la muerte, de los agravios que de todos haya recibido, para pretender que se comprenda en ellos los que motivaron la desheredación y hacer equivalente este perdón general del medio legal de la reconciliación del que habla el art. 856". Nosotros vamos más allá, pues sin negar virtualidad al perdón del testador en el ámbito de la desheredación, entendemos que no basta la prueba del perdón respecto al hecho que motivó la desheredación, sino que es imprescindible que el perdón no solo sea una exteriorización de ausencia de resentimiento, enojo o animadversión, sino que debe expresarse o demostrarse que el mismo opera en toda su extensión y efectos, como remisión del desheredado, tal y como expresó, con gran magisterio, la STS 4 noviembre 1904. En definitiva, si ha de predicarse el *favor testamenti* a los efectos de poder desheredar, también debe regir el mismo canon hermenéutico para dejarla sin efecto, careciendo de sentido que el perdón, que al fin y al cabo emana de la voluntad y, muchas veces, bonhomía del causante, no pueda tener consecuencias a pesar de no contar, quizás por rencores del pasado, con la aquiescencia del desheredado (la mayoría de las veces, si el legitimario acepta el perdón, este desaparece para ubicarse en el concepto de reconciliación).

182 En otras instituciones, como en el matrimonio, ocurre lo mismo, pues la reconciliación conyugal se contempla como un acto bilateral que precisa el concurso de voluntades de ambos cónyuges (Blandino Garrido, Mª A.: "La reconciliación conyugal: Reflexiones tras la reforma operada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3 *ter*, diciembre 2015, p. 36).

183 Diez-Picazo, L. y Gullón, A.: *Sistema de Derecho Civil, Vol. IV, Tomo 2, Derecho de sucesiones*, cit., p. 189.

184 Ragel Sánchez, L.F.: "El perdón de conductas ofensivas en la donación y en la sucesión *mortis causa*", *Anuario de la Facultad de Derecho.* Universidad de Extremadura, núm. 16, 1998, p. 187. Represa Polo, Mª P.: *La desheredación en el Código Civil*, cit., p. 243, y en la misma línea, O´Callaghan Muñoz X.: *Compendio de Derecho Civil, Tomo V, Derecho de sucesiones*, cit., p. 240.

185 Vallet de Goytisolo, J.: "El apartamiento y la desheredación", *Anuario de Derecho Civil*, cit., pp. 56 y 57; Rebolledo Varela, Á. L.: "Problemas prácticos de la desheredación eficaz de los descendientes por malos tratos, injurias y abandono asistencial de los mayores".

Se expone esta dualidad porque es posible que, siendo el perdón una actividad unilateral, y no precisando, necesariamente, de prueba documental[186], es posible que, al tiempo de la apertura de la sucesión, el menor desheredado alegue que, dado que después de los hechos en que se fundamentaron la desheredación aquel siguió conviviendo con el progenitor que le desheredó, ha habido una suerte de perdón que deja sin efecto la desheredación articulada en testamento. Piénsese en los supuestos en los que un menor es desheredado por maltrato de obra. Se podría decir que el progenitor ofendido no tiene porque mantener en su domicilio a aquel menor porque concurre la causa de extinción de la obligación de alimentos prevista en el art. 152.4º CC ("cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación").

El principal escollo que encuentra este argumento es que el deber de alimentos del menor no emancipado sometido a la patria potestad queda extramuros del régimen legal de la obligación de alimentos entre parientes[187], lo que supondría, en principio, que no puede ser de aplicación supletoria el art. 152 CC[188], que a la sazón contempla varias causas de cese de la obligación de alimentos. A lo que cabría añadirse, respecto a los que sostienen que el art. 152.4º CC es aplicable a los alimentos de los hijos sujetos a la patria potestad, que lo que puede ser justo en el ámbito de la desheredación, se puede vislumbrar excesivo en el ámbito de los alimentos. Es decir, existen más posibilidades de desheredar a un hijo, estimándose la desheredación justa, que privarle de alimentos, aunque la desheredación y la cesación de alimentos se fundamenten en la misma causa, pues, en palabras de la STSJ Cataluña 14 enero 2019[189], "después de todo, la legítima constituye una atribución gratuita, bien diferencia de la finalidad de cobertura de necesidades básicas a las que responden los alimentos derivados de la potestad parental", añadiendo la citada sentencia que "las afirmaciones del legislador en el contexto de la legítima no son miméticamente trasladables a los alimentos en supuestos de la obligación de los padres hacia sus hijos (…)".

186 Ragel Sánchez, L.F.: El perdón de conductas ofensivas en la donación y en la sucesión *mortis causa*", cit., p. 186.

187 Peña Bernaldo de Quirós, M.: "Comentarios a los artículos 108 a 141", cit., p. 628; Diez-Picazo, L. y Gullón, A.: *Sistema de Derecho Civil, Vol. IV, Tomo 2, Derecho de familia*, cit., pp. 292 y 293; Aparicio Carol, I.: *La pensión de alimentos de los hijos en el Derecho español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 58; De Verda y Beamonte, J.R. y Bueno Biot, A: "El régimen de los alimentos de los hijos menores de edad", en AA.VV.: *Las crisis familiares. Tratado práctico interdisciplinar* (dir. J.R. De Verda y Beamonte), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 223 y 224. En el ámbito jurisprudencia puede verse las SSTS 5 octubre 1993 (RJ 1993, 7464), o 2 diciembre 2015 (RJ 2015, 5327).

188 Padial Albás, A.: *La obligación de alimentos entre parientes*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 36.

189 STSJ Cataluña 14 enero 2019 (RJ 2019, 779). Dos años antes la STSJ Cataluña 2 marzo 2017 (RJ 2017, 2354), en un caso donde se planteó la extinción del deber de alimentos por ausencia de relación, dijo que "el derecho a la legítima y el derecho de alimentos tienen una naturaleza distinta y que esta naturaleza influye a la hora de determinar el grado de rigor con que se ha de analizar la conducta de una aparta de un legitimario que niega ningún tipo de relación con su causante y del otro la del alimentista que se opone a relacionarse con el obligado a darle alimentos".

Por lo tanto, nos debemos plantear lo siguiente: ¿Se puede interpretar como un perdón o reconciliación aquellos casos en los que el hijo menor desheredado sigue conviviendo con el progenitor que lo desheredó? Cuestión difícil de resolver. Arroyo Amayuelas y Farnós Amorós dicen, al tratar la falta de relación como causa de desheredación, que "no puede entenderse rota la relación, por muchas desavenencias que existan entre el testador y el legitimario, si estos conviven bajo el mismo techo"[190]. Es cierto que las citadas autoras no se refieren al supuesto específico de la reconciliación o el perdón, pero siguiendo su planteamiento podría entenderse que, si hay convivencia, la desheredación articulada en testamento queda sin efecto. Desde nuestro punto de vista, la simple convivencia, que, tratándose de un hijo menor de edad, puede ser forzada por los motivos expuestos, no conllevar a afirmar que ha existido reconciliación o perdón entre el progenitor ofendido y el desheredado, como tampoco los reencuentros puntuales propios de un evento familiar como una boda o una comunión en el que las partes enfrentadas han acudido en concepto de invitados.

Podemos citar la SAP Barcelona 30 septiembre 2015[191], que analiza un caso en el que el hijo es desheredado por expulsar al padre de la ferretería donde ambos trabajaban, impidiéndole aquel la entrada a este. Cuando el hijo se percató que había sido desheredado, alegó en sede judicial que había habido una reconciliación con el testador, aportando como prueba documental una fotografía de una reunión familiar tomada antes del fallecimiento del padre. El Tribunal, con acierto, desestimó dicho alegato, diciendo, en relación a la fotografía, que la misma nada tiene que ver "con la prueba de una relación familiar continuada entre miembros residentes en lugares próximos y en la que es presumible que a lo largo de los años tuvieran lugar celebraciones varias con recuerdos fotográficos".

La SAP Pontevedra 2 diciembre 2015[192] es más ilustrativa si cabe, pues, amén de hacer una disertación entre la reconciliación y el perdón[193], trata un supuesto

190 Arroyo Amayuelas, E. y Farnós Amorós, E.: "Entre el testador abandonado y el legitimario desheredado ¿A quién prefieren los tribunales", *InDret,* abril 2015, p. 16.

191 SAP Barcelona 30 septiembre 2015 (JUR 2015, 278191).

192 SAP Pontevedra 2 diciembre 2015 (JUR 2016, 9252).

193 Véase el fundamento de derecho primero: "Ciertamente no puede hablarse de reconciliación en su sentido propio, explicito o expreso. A este efecto diversas sentencias de Audiencia Provinciales recogen el criterio doctrinal de exégesis del término reconciliación en relación con la desheredación exponiendo que la misma requiere una relación bilateral y recíproca de hecho, distinguiéndose entre la figura del mero perdón y la de la reconciliación, indicando que el perdón se ha de extender a la desheredación no simplemente a la ofensa recibida, por ello el perdón, para extinguir la desheredación, ha de ser determinado y específico, orientado hacia el acto ofensivo concreto, con intención de rehabilitar al ofensor, no bastando el simple perdón que con carácter general se dirige hacia todos los que en la vida ofendieron al causante. Añadiendo, que si la desheredación hubiere sido ordenada en testamento, sólo podrá concederse el perdón bien realizando un testamento posterior en el que se incluya al desheredado o bien remitiendo expresamente al desheredado a través de documento público. Y con independencia de que no existe prueba cumplida sobre la reconciliación así entendida (ni la causante modificó la cláusula testamentaria, ni consta remisión o quita expresa al desheredado), lo cierto es que el propio recurrente ha excluido tal posibilidad, al limitar su alegación en el recurso, a la concurrencia de una reconciliación tácita".

en el que la madre, conviviendo con su hija, desheredó a esta, ocultándole la desheredación, y, pese a la misma, ambas partes estuvieron conviviendo, llegando incluso la madre a consultar a un Abogado para valorar las posibilidades de expulsar a la hija de la vivienda familiar. Pese a dicha convivencia, la Audiencia adujo que la misma en modo alguno equivalía a una eventual reconciliación.

Finalmente, tenemos que citar la SAP Barcelona 23 enero 2018[194] donde un padre, que había desheredado a su hijo, permitió que este habitara en su casa como gesto de misericordia. En palabras de la sentencia no hubo en este caso una reconciliación, diciendo "ningún perdón consta producido, ni puede inferirse por el hecho de que el padre le consintiera residir en la vivienda, pues el propio causante expresó en el acto de última voluntad que si toleraba su presencia era para que no quedara desamparado en la calle".

En nuestra opinión, si ya, *per se*, plantea dificultades la prueba de la reconciliación o el perdón cuando se deshereda a un legitimario mayor de edad, la dificultad crece exponencialmente cuando se trata de un menor de edad, pues expulsar a este de la vivienda donde cohabita con el testador se antoja difícil, sino imposible, debiendo exigir los Tribunales una prueba concluyente y expresa de que el testador ha deseado rehabilitar al desheredado de los hechos que motivaron la desheredación, sin que la convivencia o la reanudación del trato familiar puede dejar sin efecto la sanción familiar.

IX. BREVES CONCLUSIONES.

Vertidas las consideraciones expuestas en este trabajo, ahora estamos en disposición de dibujar unas conclusiones a modo de recapitulación reflexiva.

Hemos visto que la desheredación, como sanción familiar, debe ser interpretada a la luz del fundamento del sistema legitimario, que no es otro que la solidaridad familiar y, en concreto, atendiendo a los derechos y deberes que emanan del negocio jurídico de Derecho de familia. La aplicación de la regla hermenéutica *odiosa sunt restrigenda* es peligrosa y engañosa en el ámbito de la desheredación, pues la solidaridad familiar es predicable tanto respecto a la figura del testador, que debe respetar la legítima de sus parientes más cercanos, como en cuanto al legitimario, que, para recibir la legítima, debe rendir tributo a la solidaridad familiar cumpliendo, como mínimo, los deberes que le incumbe. Por ello, lo que puede ser odioso o perjudicial para el legitimario lo será también para el testador si ve como su libertad de testar que reducida a su mínima expresión ante un clamoroso incumplimiento de los deberes familiares por parte de los legitimarios.

194 SAP Barcelona 23 enero 2018 (JUR 2018, 38445).

Este planteamiento es predicable cuando hemos tratado la desheredación del menor de edad, si bien en estos casos concurren unos matices propios. El menor de edad, lejos de ser una persona incapaz, está dotado de cierta capacidad de obrar y, consecuentemente, presenta en ocasiones la aptitud para responder de sus actos. En esta nueva singladura, donde hay un ensanchamiento de la capacidad y responsabilidad del menor, constituiría un reduccionismo negarle capacidad para ser desheredado. Entre las posturas doctrinales que existen sobre el particular, abogamos aquellas en donde la desheredación del menor de edad debe quedar al albur del arbitrio judicial, debiendo ser valorada su capacidad según la concreta causa de desheredación que se le impute, al estar cada una de ellas dotada de su propia idiosincrasia. En este contexto, hemos diferenciado, en cuanto a la desheredación del menor de edad, sus distintas causas, describiendo los avatares que presenta cada una de ella.

En cuanto a la negativa injustificada a prestar alimentos, difícilmente se podrá desheredar a un menor de edad por esta causa, toda vez que estando sujeto a la patria potestad, difícilmente podrá configurarse como alimentante en el binomio que le liga con sus padres o ascendientes. No obstante, y dada cuenta que existen menores con recursos propios, como jóvenes futbolistas con contrato de patrocinio, *youtuber,* artistas o, sencillamente, menores sumergidos en el mundo laboral, que habitan con los padres en la vivienda familiar, es posible que estos se nieguen a cumplir el deber de contribuir, equitativamente, al sostenimiento de las cargas familiares. En nuestra opinión, si los hijos tienen recursos suficientes y bienes que, por aplicación del art. 164 CC, queden excluidos de la administración paterna, y los padres precisan, por su precariedad económica, de la ayuda económica del hijo, estos podrán desheredar a su descendencia por inhibirse en el deber cristalizado en el art. 155.2º CC, cuyo fundamento es el mismo que el de la legítima: la solidaridad familiar. Podría decirse que esto supondría una aplicación analógica *in mala partem* del art. 853.1ª CC, pero si tenemos en cuenta que el Tribunal Supremo dijo que el maltrato psicológico estaba comprendido en el mismo dinamismo conceptual que el maltrato de obra, ahora nosotros decimos que, si se dan los requisitos expuestos, la negativa del hijo a contribuir, equitativamente, al sostenimiento de las cargas de la familia también forma parte del mismo dinamismo conceptual de la negativa injustificada a prestar alimentos.

Respecto a las injurias y el maltrato de obra, si el menor de edad tiene suficiente discernimiento, puede afirmarse que la regla general es la posibilidad de desheredar a un menor de edad que ha injuriado o golpeado a su ascendencia, toda vez que estas son de las expresiones más sintomáticas y exacerbadas del incumplimiento del deber de respeto que atañe a los hijos y, por extensión, a los nietos. No obstante, y aun habiendo sido condenado el menor por un delito protagonizado contra su ascendencia, es posible que la desheredación por la vía del art. 853.2º CC

no se contemple como justa. El criterio rector que debe presidir la desheredación del menor de edad es que este no solo tenga facultades intelectivas y volitivas para comprender los hechos en que se base la causa *desheredationis*, sino también que este pueda guiarse en orden al estricto cumplimiento de la solidaridad familiar. Si el menor, por conductas imputables a sus progenitores, tiene una mirada opaca hacia el concepto de solidaridad familiar, porque estos le educaron en un clima de violencia injustificado, sería excesivo sancionar al menor con la privación de la legítima, pues, como hemos dicho, los progenitores recogieron lo que sembraron.

Por último, tenemos el maltrato psicológico, caracterizado por un abandono injustificado y continuado. Sin duda, se trata de la causa de desheredación del menor de edad más conflictiva, que exigirá evaluar factores tales como la edad del menor, su madurez, la conducta del progenitor que denuncia el abandono y, no menos importante, el comportamiento del progenitor que desempeña la custodia y que puede ejercer una suerte de mobbing familiar. Hemos dicho que si el menor de edad, por las obras y milagros del ascendiente con el que está más vinculado, visualiza al pariente que reclama su atención y respeto como un extraño o un ser repulsivo, merced de la influencia negativa que ejerce el otro ascendiente, es posible exonerar al menor de edad del maltrato psicológico. Todo dependerá del grado de vinculación del menor de edad con el progenitor o ascendiente que ejerce la influencia negativa y, sobre todo, de sus condiciones de madurez, pues es posible que, aun acreditado el mobbing familiar, las condiciones de madurez del menor le permita superar dicha influencia, siendo posible que haya menores que, por simple desidia, no deseen ver a un abuelo o un progenitor, escudándose posteriormente en el proceso de desheredación en la alineación del progenitor custodio para justificarse en una conducta que, de ser voluntaria y libre, atenta contra el deber de respeto filial.

Dejando al margen las causas de desheredación, hemos tratado los problemas que se pueden dar en la ladera fáctica en torno a la reconciliación o el perdón, pues es perfectamente posible que un progenitor, que deshereda a su hijo menor, vea con resignación como tiene que tolerar que este siga habitando en la vivienda familiar, toda vez que las causas de extinción de alimentos previstas en el art. 152 CC no son aplicables cuando el hijo está sujeto a la patria potestad. En nuestra opinión, y a pesar de que el perdón, como conducta unilateral, tenga potencialidad para dejar sin efecto la desheredación articulada en testamento, los Tribunales deberán ser recelosos a la hora de exigir una prueba que demuestre, sin ambages, que el testador quiso dejar sin efecto la desheredación, no pudiéndose tratar la mera convivencia como una prueba del perdón o reconciliación.

Finalmente, podría ofrecerse en este trabajo una propuesta de *lege ferenda* en torno a la desheredación del menor de edad, pero, desde nuestro prisma,

ello no solucionaría los problemas expuestos en este trabajo, pues, aunque se tipifique, expresamente, la posibilidad de que el menor de edad sea desheredado, la problemática seguirá quedando al albur del criterio judicial, debiéndose valorar su imputabilidad según el discernimiento, los antecedentes familiares y, no menos importante, los hechos imputados, desaconsejándose la tipificación de una franja de edad, pues puede haber menores con una edad inferior a los catorce años –edad penal- suficientemente maduros para comprender que golpear a un progenitor atenta contra la solidaridad familiar y, a la inversa, menores de dieciséis años que, por la influencia negativa de uno de los progenitores, no lleguen a comprender que el abandono que ejercen sobre el progenitor o ascendiente que tiene un régimen de visitas puede ser una causa de desheredación.

BIBLIOGRAFÍA

Albaladejo García, M.: *Curso de Derecho Civil, V, Derecho de sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1982.

Algaba Ros, S.: "Maltrato de obra y abandono emocional como causa de desheredación", *InDret*, Barcelona, abril 2015.

Aparicio Carol, I.: *La pensión de alimentos de los hijos en el Derecho español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

Arroyo Amayuelas, E. y Farnós Amorós, E.: "Entre el testador abandonado y el legitimario desheredado ¿A quién prefieren los tribunales", *InDret,* abril 2015.

Barceló Doménech, J.: "La desheredación de los hijos y descendientes por maltrato de obra e injurias graves", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, marzo-abril 2014.

Beltrán De Heredia De Onís, P.: *La obligación de alimentos entre parientes*, Universidad de Salamanca, 1958.

Bercovitz Rodríguez-Cano, R.:

- "Comentario a los arts. 154 a 161 CC y 164 a 168", en AA.VV.: *Comentarios a la reformas de Derecho de Familia, Tomo II*, Tecnos, Madrid, 1984.

- "La dificultad de los supuestos límite", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 7/2010 (versión digital).

Blandino Garrido, Mª A.: "La reconciliación conyugal: Reflexiones tras la reforma operada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3 *ter*, diciembre 2015.

Cabezuelo Arenas, A. L.:

- "Abandono afectivo de los ascendientes. Luces y sombras de esta nueva causa de desheredación", *Revista Aranzadi Doctrinal núm. 1/2015*, *Parte Estudios* (versión digital).

- "La supresión de las pensiones alimenticias de los hijos por negarse a tratar al progenitor pagador. Relación entre el derecho de comunicación del progenitor no conviviente y la relevación de pago de los alimentos", *Revista Derecho Patrimonial núm. 49/2019* (versión digital).

- *Maltrato psicológico y abandono afectivo de los ascendientes como causa de desheredación (art. 853.2 CC)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

Cabezuelo Arenas, A. L. y Castilla Barea, M.: "La obligación de alimentos como obligación familiar básica", en AA.VV.: *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. I (dirs. M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas), Aranzadi, Pamplona, 2017.

Castán Tobeñas, J.: *Derecho Civil, Tomo III, Derecho de familia, Derecho de sucesiones*, Reus, Madrid, 1942.

De Barrón Carrasco, M. C.: "Falta de trato familiar y desheredación de los descendientes", en AA.VV.: *Derecho y Fiscalidad de las Sucesiones Mortis Causa en España: una Perspectiva Multidisciplinar* (coords. J. Ramos Prieto y C. Hornero Méndez), Aranzadi, Pamplona, 2016.

De Castro, F.: *Derecho civil de España*, Tomo II, Madrid, 1952.

De Peralta Ortega, J. C.: "Medidas preventivas y sancionadoras del abandono asistencial de los mayores en el ámbito sucesorio: la desheredación", en AA.VV.: *La protección de las personas mayores* (dir. C. Lasarte Álvarez), Tecnos, Madrid, 2007.

De Verda y Beamonte, J. R. y Chaparro Matamoros, P.: "La responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares en España", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4.

De Verda y Beamonte, J. R. y Bueno Biot, Á.: "El régimen de los alimentos de los hijos menores de edad", en AA.VV.: *Las crisis familiares. Tratado práctico interdisciplinar* (dir. J.R. De Verda y Beamonte), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

Díaz Alabart, S.: "Comentario al art. 648 CC", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, Tomo VII, Volumen I* (coord. M. García Albaladejo), 1978, Edersa, Madrid, julio 2016.

Díez García, H.: "Artículo 155", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil, Tomo II* (R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

Díez-Picazo, L. y Gullón, A.:

- *Fundamentos del Derecho civil Patrimonial, Tomo I, Introducción. Teoría del Contrato*, Civitas, Madrid, 1996.

- *Sistema de Derecho Civil, Volumen I, Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, Tecnos, Madrid, 1990.

- *Sistema de Derecho Civil, Volumen IV, Derecho de familia,* Tecnos, Madrid, 2012.

- *Sistema de Derecho Civil, Volumen IV (Tomo 2), Derecho de sucesiones*, Tecnos, Madrid, 2017.

Echevarría de Rada, T.: *La desheredación de hijos y descendientes: interpretación actual de las causas del artículo 853 del Código Civil*, Reus, Madrid, 2018.

Falcón y Ozcoidi, M.: *Exposición doctrinal del Derecho Civil español, común y foral, Tomo III*, Barcelona, 1897.

García Amigo, M.: *Derecho civil de España*, I, *Parte general*, Madrid, 1997.

Gete-Alonso, Mª. C. y Solé Resina, J.: *Actualización del derecho de filiación. Repasando la maternidad y la paternidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

Gomá Salcedo, J. E.: *Instituciones de Derecho Civil común y foral*, *Tomo I*, *Parte General y Derecho Reales*, Bosch, Barcelona, 2004.

Gómez Calle, E.: *La responsabilidad civil de los padres*, Montecorvo, Madrid, 1992.

Gómez Valenzuela, M. Á.:

- "La obligación de alimentos de los abuelos respecto a los nietos", *Revista Familia y Sucesiones ICAV*, núm. 7, junio 2019.

- "Reorientación del interés del menor en relación al régimen de visitas de los abuelos con los nietos: A propósito de la nueva doctrina jurisprudencial", *Revista Abogados de Familia*, marzo 2020.

- "El internamiento de padres y ascendientes como causa de desheredación", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 30, 2020.

González Hernández, R.: "La ausencia de relación familiar como causa de desheredación de los descendientes", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.*

González Porras, J. Mª:

- "La menor de edad después de la Constitución y de la reforma del Código Civil", en AA.VV.: *Estudio de Derecho civil en Homenaje al Profesor J. Beltrán de Heredia y Castaño*, Salamanca, 1984.

- "Reflexiones sobre la legítima", en AA.VV.: *Estudios de Derecho de Sucesiones* (coords. por A. Domínguez Luelmo y M. P. García Rubio), La Ley, Madrid, 2014.

Jordano Fraga, F.: "La capacidad general del menor", *Revista de Derecho Privado*, octubre 1984.

Lacruz Berdejo, J. L. y Sancho Rebullida, F. A.:

- *Derecho de Familia. El matrimonio y su economía*, Bosch, Barcelona, 1963.

- *Derecho de sucesiones, conforme a las leyes de 13 mayo y 7 de julio de 1981*, Bosch, Barcelona, 1981.

- *Elementos de Derecho Civil, Tomo V*, Dykinson, Madrid, 2009.

Lasarte Álvarez, C.:

- *Parte General y Derecho de la persona. Principios de Derecho Civil I*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010.

- *Derecho de familia, Principios de Derecho civil VI*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010.

- *Derecho de obligaciones. Principios de Derecho Civil II*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2011.

- *Contratos, Principios de Derecho Civil III*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2019.

- *Derecho de sucesiones, Principios de Derecho Civil VII*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2017.

- Abandono asistencial de la tercera edad y desheredación de los descendientes en la España contemporánea", en AA.VV.: *La protección de las personas mayores* (dir. C. Lasarte Álvarez), Tecnos, Madrid, 2007.

- "La capacidad de obrar: edad y emancipación de menores", en AA.VV.: *La capacidad de obrar del menor: nuevas perspectivas jurídicas* (coords. Mª. P. Pous de la Flor, R. A. Leonsegui Guillot, F. Yañez Vivero), Exlibris, Madrid, 2009.

Linacero de la Fuente, Mª: *Tratado de derecho de familia. Efectos sustantivos. Procedimientos Jurisprudencia. Formularios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

Lledó Yagüe, F.: *Derecho de Sucesiones*, vol. I, Universidad de Deusto, Bilbao, 1989.

López Peláez, P.: "La responsabilidad civil de los daños causados por menores de edad: criterios de atribución", en AA.VV.: *La capacidad de obrar del menor: nuevas perspectivas jurídicas* (coords. Mª. P. Pous de la Flor, R. A. Leonsegui Guillot, F. Yañez Vivero), Exlibris, Madrid, 2009.

López Sánchez, C.: *La responsabilidad civil del menor*, Dykinson, Madrid, 2003.

Manresa y Navarro, J. Mª: *Comentarios al Código Civil Español, Tomo VI*, 1951.

Manzano Fernández, Mª. M.:

- "Preguntas y respuestas sobre el artículo 857 del Código Civil. La legítima del descendiente desheredado", *Actualidad Civil*, núm. 10, octubre 2015.

- "La exclusión del hijo en la herencia del testador (Una visión actualizada de la desheredación en el Código Civil", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 756.

Moreno Martínez, J. A.: "Problemática de la violencia escolar: mecanismos jurídicos de protección", en AA.VV.: *La responsabilidad civil y su problemática actual* (coord. J.A. Moreno Martínez), Dykinson, Madrid, 2007.

Nieto Alonso, A.: "Capacidad del menor de edad en el orden patrimonial civil y alcance de la intervención de sus representantes legales", *Revista de Derecho Civil*, núm. 3, julio-septiembre 2016.

O´Callaghan Muñoz, X.:

- "A vueltas con la desheredación y a revueltas con la legítima", *Actualidad Civil*, núm. 5, julio 2015.

- *Compendio de Derecho Civil, Tomo I, Parte general,* Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012.

- *Compendio de Derecho Civil, Tomo II. Derecho de obligaciones,* Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012.

- *Compendio de Derecho Civil, Tomo IV, Derecho de familia*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012.

- *Compendio de Derecho Civil, Tomo V, Derecho de sucesiones*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012.

Ordás Alonso, M.: *La desheredación y sus causas. Derecho civil común y derechos civiles forales y especiales*, Wolters Kluwers, Madrid, 2021.

Padial Albás, A.: *La obligación de alimentos entre parientes*, Bosch, Barcelona, 1997.

Parra Lucán, Mª. A.: "Las legítimas e la propuesta de Código Civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil", en AA.VV.: *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados* (dirs. F. Capilla Roncero, M. Espejo Lerdo de Tejada, F.J. Aranguren Urriza), Aranzadi, Pamplona.

Peña Bernaldo de Quirós, M.: "Comentarios a los artículos 108 y 141", en AA.VV.: *Comentarios a las reformas del derecho de familia* (coord. M. Amorós Guardiola), Tecnos, Madrid, 1984.

Pérez Gallardo, L. B.: "Autonomía progresiva y capacidad para testar de las personas menores de edad", *Revista de Derecho Privado*, núm. 1, enero-febrero 2021.

Pellegrini, Mª V.: Contactos entre la autonomía progresiva y la capacidad para contratar de personas menores de edad", *Revista de Derecho de familia, Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, núm. 42, abril 2009.

Puig Brutau, J.: *Fundamento de Derecho Civil, Tomo V, Volumen III, Legítimas-Reservas-Sucesión intestada-Sucesión contractual-Partición de la herencia*, Bosch, Barcelona, 1964.

Puig Peña, F.: *Compendio de Derecho Civil español, Tomo VI*, Aranzadi, Pamplona, 1972.

Ragel Sánchez, L.F.:

- "El perdón de conductas ofensivas en la donación y en la sucesión *mortis causa*", *Anuario de la Facultad de Derecho*. Universidad de Extremadura, núm. 16, 1998.

- "Comentario a los arts. 848 a 857", en AA.VV.: Comentarios al Código Civil, Tomo V (dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

Ramos Bascuñana, R.: *De las sucesiones. Tratado teórico y práctico según el Código civil, Tomo II*, Madrid, 1898.

Roca-Sastre Muncunill, L.: *Derecho de Sucesiones, Tomo II*, Bosch, Barcelona, 1997.

Roca y Trías, E.: "Comentario al artículo 90 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentario al Código Civil, Vol. I* (dirs. C. Paz-Ares, L. Díez-Picazo, R. Bercovitz Rodríguez-Cano, P. Salvador Cordech), Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.

Rebolledo Varela, Á. L.: "Problemas prácticos de la desheredación eficaz de los descendientes por malos tratos, injurias y abandono asistencial de los mayores" en AA.VV.: *La familia en el derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectiva de futuro* (dir. Á.L. Rebolledo Valera), Dykinson, Madrid, 2010.

Represa Polo, Mª. P.: *La desheredación en el Código Civil*, Reus, Madrid, 2016.

Roca Sastre Muncunill, L.: *Derecho de sucesiones*, Tomo II, Bosch, Barcelona, 1997.

Romero Coloma, A. Mª:

- *La desheredación*, Bosch, Barcelona, 2005.
- "El maltrato de obra como causa de desheredación de hijos y demás descendientes", *Revista Aranzadi Doctrinal núm. 3/2014, Parte Estudios* (versión digital).

Sáenz de Santa María Vierna, A.: "La desheredación, alivio de legitimarios ingratos", *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 86-87, abril-septiembre, 2013.

Sánchez Román, F.: *Estudios de Derecho Civil, VI. 2, Derecho de Sucesión*, Madrid, 1910.

Torres García, T. y Domínguez Luelmo, A.: "La desheredación", en *Estudios y Comentarios Legislativos (Civitas). Tratado de Derecho de Sucesiones* (Tomo II), Aranzadi, junio 2011 (versión digital).

Vaquer Aloy, A.:

- "Acerca del fundamento de la legítima", *InDret,* octubre 2017.

- "Derecho a la legítima e intereses subyacentes", en AA.VV.: *La libertad de testar y sus límites* (coords. A. Vaquer Aloy, M.P. Sánchez González, E. Bosch Capdevilla), Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2018.

VALLET DE GOYTISOLO, J.:

- "El apartamiento y la desheredación", *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 1968.

- "Comentarios a los arts. 806 a 857 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XI (dir. M. Albaladejo García), Edersa, Madrid, 1982.

LA OBSOLESCENCIA PROGRAMADA: UN SUPUESTO DE PRÁCTICA COMERCIAL DESLEAL CON CONSUMIDORES

PLANNED OBSOLESCENCE: AN UNFAIR COMMERCIAL PRACTICE WITH CONSUMERS

Rev. Boliv. de Derecho Nº 32, julio 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 466-481

Elisabet
GONZÁLEZ
PONS

ARTÍCULO RECIBIDO: 20 de octubre de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 30 de abril de 2021

RESUMEN: El presente artículo analiza la estrategia comercial desarrollada por la empresa multinacional estadounidense Apple basada en la obsolescencia programada de sus "smartphones" y su posible consideración como práctica comercial desleal con consumidores y usuarios en el sentido de la Directiva 2005/29/CE.

PALABRAS CLAVE: Prácticas desleales; consumidores; obsolescencia programada; omisiones engañosas; prácticas agresivas.

ABSTRACT: *This article analyzes the commercial strategy developed by the American multinational company Apple based on the planned obsolescence of its smartphones and its consideration of unfair commercial practice with consumers within the meaning of Directive 2005/29/EC.*

KEY WORDS: *Unfair practices; consumers; planned obsolescence; misleading omissions; aggressive practices.*

SUMARIO.- I. PLANTEAMIENTO.- II. PROBLEMÁTICA DE LA VIDA ÚTIL DE UN PRODUCTO.- 1. Principales cuestiones.- 2. La consideración de práctica desleal con consumidores y usuarios.- III. CASO APPLE ITALIA.- 1. La decisión de la Autoridad de Competencia Italiana.- 2. La resolución del Tribunal Administrativo Regional del Lazio.- IV. OTROS EJEMPLOS EN EL DERECHO COMPARADO.- V. REFLEXIONES FINALES.

I. PLANTEAMIENTO.

La obsolescencia programada, es decir, la planificación por el fabricante del momento concreto en el que el producto dejará de serle útil al consumidor o bien se deteriorará suficientemente para sugerirle la sustitución por otro, es una práctica frecuentemente extendida en el mercado. Sus consecuencias pueden ser analizadas desde múltiples puntos de vista, siendo el jurídico, económico, medioambiental, social, industrial o filosófico los más comentados. En este artículo planteamos su análisis desde el Derecho de la competencia desleal y la tutela del consumidor, en concreto, desde su posible calificación como práctica desleal con consumidores y usuarios, en el sentido que definió la Directiva 2005/29/CE de prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores.

Con este objeto se analizarán los recientes pronunciamientos en Italia, protagonizados por la sentencia del "Tribunale Amministrativo Regionale" (en adelante, TAR) Lazio nº 5736 de 1 de junio de 2020 que confirma la sanción "antitrust" impuesta por la Autoridad Italiana de Competencia al gigante norteamericano Apple por prácticas comerciales que, mediante el uso de técnicas agresivas y omisiones engañosas, habrían condicionado significativamente la libertad económica del consumidor en sus decisiones comerciales. Aunque es loable la pronta intervención de la citada Autoridad para reprimir las nefastas consecuencias que la conducta habría desplegado sobre el bienestar de los consumidores, también en este artículo destacaremos las actuaciones desarrolladas en Reino Unido, Francia y desde las instituciones europeas para perseguir las prácticas de obsolescencia programada del profesional.

• Elisabet González Pons
Prof. Ayudante Doctora del Dpto. de Derecho Mercantil de la Universitat de València. Correo electrónico: elisabet.gonzalez@uv.es.

II. PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LA PLANIFICACIÓN DE LA VIDA ÚTIL DE UN PRODUCTO.

1. Principales cuestiones.

La práctica comúnmente conocida como obsolescencia programada o planificación de la vida útil de un producto no es una estrategia comercial nueva. Sus orígenes se remontan a 1924 cuando Osram, Philips y General Electric firmaron en Ginebra el conocido como "Cartel Phoebus", con el fin de controlar la producción y venta de bombillas[1].

La obsolescencia programada es una estrategia empresarial que, mediante la planificación por parte del fabricante de la vida útil del producto pretende impulsar el consumo, puesto que con esta estrategia el fabricante se asegura que el consumidor acudirá al mercado una y otra vez para satisfacer su demanda, frente a la imposibilidad de seguir utilizando el producto original.

De los diversos sectores de la economía en los que se puede desarrollar esta práctica, por su naturaleza, resulta más fácil de implantar en aquellos que tienen un alto valor tecnológico, como es el sector de las telecomunicaciones, el sector automovilístico o el sector de fabricación de electrodomésticos. Los causantes de la limitación de la utilidad del producto son diversos. En este sentido, se habla[2] de cuatro tipos de obsolescencia: la estética que se produciría cuando la obsolescencia del producto deviene por factores como el desgaste o cambios en los gustos de los consumidores, es decir, la moda; la social, que ocurriría cuando la sociedad deja de utilizar un producto espontáneamente; la tecnológica, que se produciría cuando irrumpe un nuevo producto en el mercado o bien cuando las actualizaciones necesarias para que se continúe utilizando el producto devienen imposibles, y la económica que se produciría cuando la reparación del producto resulta más costosa que la adquisición de uno nuevo.

2. La consideración de práctica desleal con consumidores y usuarios.

El uso de esta estrategia comercial dirigida a reducir la vida útil de un producto puede tener un significativo impacto sobre el bienestar de los consumidores. De hecho, el comportamiento del empresario basado en la planificación de la vida útil del producto sin informarle al consumidor de esta situación puede suponer una merma significativa en su libertad de elección, al constreñirle anticipadamente a reemplazar el producto para poder satisfacer su demanda. Se trataría esta de una

1 *Vid.*, Soto Pineda, J. A.: "Reflexiones acerca de las posibles incompatibilidades de la obsolescencia programada con el sistema de defensa de los consumidores", *Actualidad Civil*, núm. 6, 2015, pp. 40-55.

2 Angulo Garzaro, A.: "La obsolescencia programada y el derecho de la competencia: ¿una conducta anticompetitiva perseguible por la autoridad de competencia?, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 51, 2019.

estrategia de marketing que podría integrar la categoría de prácticas comerciales desleales con consumidores introducida por la Directiva 2005/29/CE. En concreto, las recientes resoluciones italianas sobre esta materia han calificado como práctica desleal la estrategia comercial basada en la obsolescencia programada de los "smartphones" que habría seguido Apple basándose, como se estudiará, en las nociones de prácticas engañosas, omisiones engañosas y prácticas agresivas que introdujo la citada Directiva.

Como es sabido, la Directiva de prácticas comerciales desleales entiende, a los efectos que nos interesan en este análisis, que estamos ante un supuesto de engaño cuando la práctica comercial contenga información falsa y por tal motivo carezca de veracidad o información que, en la forma que sea, incluida su presentación general, induzca o pueda inducir a error al consumidor medio, aun cuando la información sea correcta en cuanto a los hechos, sobre algunos de los elementos que enumera el art. 6 y que en cualquiera de estos dos casos le haga o pueda hacerle tomar una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado.

También reconoce como desleal la práctica basada en la omisión engañosa al consumidor (art. 7), en el sentido de que el profesional omita información sustancial que necesite el consumidor medio, según el contexto, para tomar una decisión sobre una transacción con el debido conocimiento de causa y que, en consecuencia, haga o pueda hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado (apartado primero). Igualmente se considera engañosa por omisión, la información que se ofrezca de manera poco clara, ininteligible, ambigua o en un momento que no sea el adecuado, o no dé a conocer el propósito comercial de la práctica comercial en cuestión en caso de que no resulte evidente por el contexto, siempre que, en cualquiera de estos casos, haga o pueda hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado (apartado segundo).

Por otro lado, el art. 8 considera agresiva toda práctica comercial que, en su contexto fáctico, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias, merme o pueda mermar de forma importante, mediante el acoso, la coacción, incluido el uso de la fuerza, o la influencia indebida, la libertad de elección o conducta del consumidor medio con respecto al producto y, por consiguiente, le haga o pueda hacerle tomar una decisión sobre una transacción que de otra forma no hubiera tomado. Seguidamente el art. 9 enumera una serie de circunstancias que se tendrán en cuenta para determinar si una práctica comercial hace uso del acoso, la coacción o la influencia indebida. Entre estas circunstancias, interesa

resaltar con objeto de este análisis, la persistencia en la que se produce la práctica (letra a).

Además, en particular, de los tres elementos sobre los que se cimienta la noción comunitaria de práctica agresiva, conviene centrarse en la definición que proporciona el art. 2 j) de la Directiva de prácticas comerciales desleales y que se corresponde con: "la utilización de una posición de poder en relación con el consumidor para ejercer presión, incluso sin usar fuerza física ni amenazar con su uso, de una forma que limite de manera significativa la capacidad del consumidor de tomar una decisión con el debido conocimiento de causa" [3]. Esta posición de poder a la que hace referencia el precepto puede derivarse de la asimetría informativa que caracteriza las relaciones de consumo. De esta manera, podría constituir un supuesto de práctica agresiva desleal por esta causa, la práctica desarrollada por el fabricante que, aprovechándose de su natural posición de poder respecto del consumidor, le provoque o pueda provocar con su actuación una merma significativa en su libertad de elección, obligándolo a tomar una decisión comercial, como es la de sustituir un terminal por otro, que no hubiese tomado de otra manera, es decir, si no hubiese sido compelido, por ejemplo, a realizar actualizaciones sistemáticas de su "smartphone".

III. CASO APPLE ITALIA.

1. La decisión de la Autoridad de Competencia Italiana.

La Autoridad de Competencia Italiana, conocida en Italia como la "Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato" (en adelante, AGCM), en el procedimiento nº 27365 (PS11039 - Apple-Aggiornamento Software) de 25 de septiembre de 2018, sancionó a Apple Inc. (constituida bajo las leyes de EEUU, California), Apple Distribution International (constituida bajo las Ley irlandesa), Apple Italia S.r.l. y Apple Retail Italia S.r.l., a las que nos referiremos conjuntamente como "Apple", por las prácticas comerciales desleales desarrolladas en sus modelos iPhone 6/6plus/6s/6splus (en adelante iPhone, dispositivos o smartphones).

La primera conducta que analiza la Autoridad Italiana en la citada resolución trata sobre la práctica desarrollada por Apple basada en una proposición insistente a los usuarios del modelo iPhone 6/6plus/6s/6splus de la instalación del sistema operativo iOS 10 y sus actualizaciones posteriores. En concreto, Apple no habría

3 El legislador comunitario desarrolla un concepto *ex novum* de influencia indebida como práctica agresiva desleal basado en la asentada noción de "*undue influence*" del Derecho inglés. Sobre esta idea, reflexionan: Poelzig, D.: "Private or Public Enforcement of the UCP Directive? Sanctions and Remedies to Prevent Unfair Commercial Practices", en AA.VV.: The European Unfair Commercial Practices Directive. Impact, Enforcement Strategies and National Legal Systems, (coord. por W. Van Boom, A. Garde, y O. Akseli), Ashgate, Surrey, 2014, p. 37. En este sentido también, Di Nella, L.: "Le pratiche commerciali sleali aggressive", en Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/Ce e il diritto italiano, (coord. por G. De Cristofaro), G. Giappicelli, Torino, 2007, pp. 248-250.

informado a los consumidores de los posibles problemas operativos que el nuevo sistema podría haber causado en la configuración de los dispositivos en los que se habría instalado. Estos problemas se referían principalmente a una disminución en el rendimiento de sus dispositivos. Además, con motivo del lanzamiento de una actualización posterior del sistema operativo, Apple no informó a los consumidores de manera clara que, para evitar algunos inconvenientes importantes en los dispositivos, basados en el apagado o reinicio repentino de su iPhone, este lanzamiento incluía un sistema de gestión del rendimiento de los llamados teléfonos inteligentes o más conocidos por su terminología anglosajona como "smartphones", que habría frenado estas actuaciones para evitar un fallo inesperado en los dispositivos.

Según se afirma en la citada resolución, el lanzamiento de actualizaciones de software de Apple sin señalar las posibles consecuencias en términos de reducción de la funcionalidad o rendimiento de los dispositivos se trataba de una conducta que podría haber inducido a engaño al consumidor para hacerle tomar una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiese tomado. De manera que, según el parecer de la Autoridad esta conducta sería constitutiva de una práctica comercial "scorretta", es decir, desleal en términos de la legislación española contra la competencia desleal, por ser contraria a los arts. 21 y 22 del "Codice del Consumo" italiano, que regulan las acciones engañosas y las omisiones engañosas introducidas por la Directiva 2005/29/CE.

Además, la conducta de Apple basada en el envío insistente de mensajes al consumidor con una invitación a actualizar el dispositivo sería, según el parecer de la Autoridad Italiana de Competencia, constitutiva de una violación del art. 24 del Código de Consumo italiano, que se corresponde con la regulación sobre prácticas agresivas introducida por la Directiva 2005/29/CE. La Autoridad fundamenta su decisión en base a argumentos que en particular refieren a un comportamiento de influencia indebida que habría cometido el profesional, en los términos que han quedado anteriormente expuestos. Según su parecer, Apple habría explotado su posición de poder comercial por ser propietaria de una conocida y afamada marca en la que los consumidores depositan su confianza, y la asimetría informativa que caracteriza a las relaciones con los consumidores, para limitar significativamente la capacidad de elección de los consumidores. La insistencia del profesional en la emisión de mensajes con invitaciones a actualizar el dispositivo habría provocado que el consumidor descargase una actualización en el dispositivo que posteriormente se había comprobado que dañaba o reducía la funcionalidad de este.

El segundo caso sobre el que se pronuncia la Autoridad Italiana en la citada resolución es la falta de información de Apple al consumidor sobre la vida útil de

las baterías y su correcta gestión para disminuir su desgaste natural y mantener un rendimiento adecuado de sus dispositivos. La Autoridad considera en la citada resolución que Apple habría incurrido en una práctica basada en la omisión engañosa contraria al art. 22 del "Codice del Consumo".

En sus argumentos defensivos, Apple niega que haya seguido una política comercial basada en la obsolescencia programada de sus dispositivos mediante las prácticas engañosas y agresivas que describe la Autoridad en su resolución. Entre los argumentos que esgrime el profesional, nos interesa destacar los que a continuación se exponen.

En primer lugar, en las versiones posteriores del sistema operativo iOS ofrecería a los propietarios de iPhone la posibilidad de actualizar sus dispositivos de forma gratuita, la sustitución de baterías a un precio reducido y el reembolso a los usuarios que hayan tenido que reemplazar la batería por este motivo, con ello habría saldado una eventual violación del Código de Consumo italiano.

En segundo lugar, Apple afirma que no hay ninguna evidencia directa de una estrategia comercial de obsolescencia programada, al contrario, el plan basado en la sustitución anual de los iPhone de Apple responde a una estrategia de atraer a los clientes con nuevos modelos y no habría ninguna coacción de la voluntad de los consumidores que eligen optar por el intercambio anual de su dispositivo.

En tercer lugar, por cuanto afecta a la consideración de una práctica agresiva en su actuación, Apple sostiene que faltan las condiciones para clasificar la conducta como agresiva en la medida que el recordatorio de actualización no puede considerarse una práctica agresiva en los términos expuestos por la Autoridad.

En cuarto lugar, por lo que respecta al engaño omisivo en el que habría incurrido la compañía al no informar de los riesgos involucrados con la instalación del iOS 10, Apple argumenta que nunca habría existido el peligro de deteriorar el rendimiento de los dispositivos afectados por esta actualización. En cuanto a los riesgos asociados a la funcionalidad del dispositivo, según el parecer del profesional, no habrían sido significativos para dar lugar a una obligación de información según el Código de Consumo italiano. En base a estos argumentos, Apple niega que su conducta, aunque pudiese ser calificada de omisiva, tenga la idoneidad para alterar el comportamiento económico del consumidor. Sustenta esta afirmación sobre la base de que la Autoridad de Competencia no habría realizado ningún análisis de los efectos de la conducta imputada sobre el consumidor medio del iPhone que, según su parecer, es consciente al comprar el producto de que adquiere un dispositivo dinámico y altamente tecnológico.

Por último, en relación con la omisión engañosa que se le imputa al profesional al no advertir a sus clientes sobre la obsolescencia de las baterías de sus dispositivos, Apple se defiende argumentando que desde 2014 publica en su página web información relacionada con la vida útil de las baterías de sus dispositivos y la forma de optimizar su autonomía y el funcionamiento del ciclo de carga. Según Apple da a conocer a sus clientes que la vida útil de la batería y los ciclos de carga varían según el uso y que la duración de la batería disminuye con el paso del tiempo. Además, según los argumentos defensivos de Apple, en febrero de 2017 actualizaron esta información, advirtiendo a los consumidores que la actualización de iOS 10.2.1 mejoraba la administración de energía durante los picos de carga de trabajo para evitar paradas repentinas en los dispositivos.

Los argumentos defensivos de Apple no le sirvieron a la Autoridad Italiana para cambiar su parecer y sancionó al grupo con una sanción administrativa pecuniaria de 5.000.000 euros (cinco millones de euros) por la práctica comercial basada en la solicitud reiterada y no solicitada a los consumidores para instalar actualizaciones en el sistema operativo de su "smartphone", cuyas características y cuyo impacto en el rendimiento de los dispositivos, fue descrita por el profesional de manera omisiva. En este supuesto la Autoridad consideró que el profesional con su conducta habría infringido los arts. 20, 21, 22 y 24 del "Codice del Consumo", que se corresponden respectivamente con la transposición al ordenamiento italiano de la regulación sobre actos de engaño, omisiones engañosas, prácticas comerciales consideradas en cualquier caso engañosas y prácticas agresivas de la Directiva 2005/29/CE.

Con referencia a la conducta desarrollada en el segundo supuesto, la Autoridad impuso una sanción de 5.000.000 euros (cinco millones de euros), al verificar la comisión de una omisión engañosa contraria al art. 22 del Código de Consumo italiano, que se correspondería con la regulación sobre omisiones engañosas del art. 7 de la citada Directiva. Apple habría incurrido en esta práctica desleal por informar de manera insuficiente al consumidor sobre algunas características esenciales de las baterías del iPhone cuya información es necesaria conocer no solo "ex ante" para hacer una elección de compra consciente, sino también "ex post", para que el consumidor pueda determinar cuál puede ser la causa de estos fallos de funcionamiento y decidir qué tipo de intervención llevar a cabo, que básicamente se reduce a reemplazar la batería y que se extienda la vida útil del producto o reemplazar el dispositivo.

2. La resolución del Tribunal Administrativo Regional del Lazio.

La Resolución de la Autoridad de Competencia Italiana de 25 de septiembre de 2018, fue impugnada por Apple ante el TAR Lazio que, como es sabido, ha

confirmado en su reciente sentencia nº 5736 de 1 de junio de 2020, la sanción impuesta por la AGCM.

En el sistema italiano, las decisiones de AGCM se pueden impugnar ante el TAR del Lazio, que es el tribunal administrativo de primera instancia de la región de Lazio, lugar en el que se encuentra la sede de la Autoridad Italiana de Competencia[4]. El TAR Lazio tiene reconocida jurisdicción exclusiva sobre esta materia. Además, se otorga a las partes la posibilidad de recurrir las decisiones del TAR Lazio ante el "Consiglio di Stato" (Consejo de Estado italiano), que actúa como tribunal nacional final en esta materia. En la práctica, han sido muchas las decisiones de la AGCM sobre prácticas comerciales desleales que han sido apeladas ante el TAR Lazio, como sucede en el caso Apple, por ello, se puede afirmar que existe una rica jurisprudencia del TAR Lazio, así como del "Consiglio di Stato" sobre prácticas comerciales desleales[5].

Según la citada sentencia del TAR Lazio, la AGCM habría aplicado correctamente, en el caso Apple, las normas a que se refieren los arts. 21, 22, 24 y 25 del Código del Consumo italiano, es decir, aquellas que regulan las prácticas engañosas, omisiones engañosas y prácticas agresivas en el sentido de la Directiva 2005/29/CE. Sobre este aspecto, el Tribunal se reafirma en las conclusiones a las que llega la Autoridad "antitrust" en el sentido de que Apple habría construido un sistema sofisticado, desde el punto de vista tecnológico y de marketing en el que, a través de prácticas engañosas por omisión de información esencial y de las prácticas agresivas descritas en la resolución de 25 de septiembre de 2018, habría afectado significativamente al consumidor en sus decisiones comerciales mediante tres vías que el TAR Lazio resume de la siguiente manera.

En primer lugar, como una suerte de fidelización forzada del consumidor, derivada del hecho de que todos los dispositivos Apple funcionan con el sistema operativo iOS que es propiedad de Apple y que no permite a estos dispositivos interconectarse con otros dispositivos de otras marcas.

En segundo lugar, se refiere a la propuesta de actualizaciones de software periódicas e insistentes que, una vez descargadas, ralentizan y reducen la

4 Sobre el sistema de recursos en el ordenamiento italiano, puede consultarse el trabajo de la autora González Pons, E.: *Prácticas agresivas y tutela del consumidor,* Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2019, pp. 190-200. En general, sobre el *enforcement* público italiano en la represión de las prácticas comerciales desleales, puede consultarse, Martí Moya, V.: "El piecemeal approach de la tutela pública del consumidor contra las prácticas desleales en España frente al modelo italiano" en AA.VV.: *Estudios in memoriam del profesor Manuel Broseta Pont* (dir. por Olavarría Iglesia, J. y coord. por J. Martí Miravalls), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 214-220.

5 En este sentido, Grauso, M. P.: *La concorrenza sleale. Profili di tutela giurisdizionale e presso le Autority,* Giuffrè, Milano, 2007, pp. 232-243. También, Genovese, A.: "L'enforcement e le tutele", en AA.VV.: I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette, (dir. por A. Genovese), Cedam, Verona, 2008, pp. 210-231.

funcionalidad de los dispositivos, sin que se informe a los usuarios de esta circunstancia.

En tercer lugar, se refiere al comportamiento basado en las dificultades que se encuentran los usuarios de iPhone a la hora de reemplazar algunos de los componentes de sus dispositivos como sucede en el supuesto de la batería que, además del desgaste normal por el uso, sufre una aceleración repentina en su degradación debido a las fuertes actualizaciones impuestas por Apple. Además, el entramado creado por Apple para la sustitución de algunos de los componentes de sus dispositivos provoca que el usuario no pueda llevar a cabo la sustitución de manera independiente mediante una simple operación, como ocurre con los dispositivos de otras marcas, sino que solo se puede llevar a cabo en un centro autorizado de Apple.

IV. OTROS EJEMPLOS EN EL DERECHO COMPARADO.

La relevancia jurídica del pronunciamiento de la AGCM, junto con la confirmación de la sanción por el TAR Lazio, radica en que se ha convertido en uno de los últimos pronunciamientos a nivel europeo sobre prácticas desleales con consumidores que tienen como trasfondo la planificación de la vida útil de los productos. Sin embargo, la sanción impuesta por la AGCM a Apple no es la única que ha recibido el gigante de la tecnología a nivel europeo. A la decisión de la AGCM confirmada por el TAR Lazio, se suman otras resoluciones de autoridades de países de nuestro entorno que también han sancionado a Apple o han llegado a un compromiso de cambio en su política comercial basada en prácticas de obsolescencia programada. En este análisis nos interesaría destacar tres iniciativas que tratan la cuestión desde diferentes puntos de vista.

En primer lugar, nos centraremos en la actuación desarrollada por la "Competition and Markets Authority" (en adelante, CMA) de Reino Unido. En el Derecho inglés, la CMA tiene asignadas funciones en la investigación de concentraciones, la aplicación de las leyes "antitrust", la investigación sectorial de los mercados, los cárteles delictivos con repercusiones penales, el apoyo a otras Autoridades reguladoras y la protección del consumidor[6]. En particular sobre este último ámbito, la CMA está facultada para iniciar procedimientos sancionadores

6 En Reino Unido, el control de las *unfair commercial practices* se ha conferido tradicionalmente a su Autoridad de Competencia –la extinta *Office of Fair Trading* (en adelante, OFT), hoy *Competition and Markets Authority*–. En particular, la OFT, durante sus años de vigencia, habría operado en tres ámbitos diferentes, como son: la protección del consumidor; el sector del crédito minorista y la protección de la competencia. No obstante, desde el 31 de marzo de 2014, los poderes de la OFT se transfirieron a otras autoridades. Sobre el funcionamiento de la antecesora de la CMA y las funciones que ha tenido tradicionalmente asignadas, puede consultarse con mayor detalle, Wish, R., y Bayley, D.: *Competition Law*, Oxford, 2018, pp. 63-66. También, Koutsias, M., y Willett, C.: "UK implementation of the Unfair Commercial Practices Directive" en AA.VV.: The European Unfair Commercial Practices Directive. Impact, Enforcement Strategies and National Legal Systems, (coord. por W. Van Boom, A. Garde y O. Akseli), Ashgate, Surrey, 2014, p. 37. Para una aproximación a la actividad de la CMA en la represión de las prácticas comerciales desleales, también

contra el incumplimiento de las normas que articulan la protección del consumidor, entre las que destaca la "Unfair Trading Regulation de 2008" que transpone en ese país la Directiva 2005/29/CE.

En el ámbito de la protección al consumidor desarrollada por la CMA, se han desarrollado las actuaciones tendentes a reducir el impacto que la práctica basada en la obsolescencia programada de Apple habría generado sobre el bienestar de los consumidores[7]. En sus investigaciones la CMA constató también que Apple no habría advertido a los consumidores de forma clara y suficiente de que el rendimiento de sus "smartphones" podía disminuir después de la actualización del software diseñada para gestionar el funcionamiento de las baterías de los dispositivos. Sin embargo, la autoridad advirtió que, desde el inicio de sus actuaciones, Apple habría modificado su conducta con el objeto de informar directamente al consumidor de las consecuencias que tendría sobre el rendimiento del dispositivo las actualizaciones propuestas. En esta ocasión, la empresa suscribió una serie de compromisos con la CMA que en definitiva se centraban en informar a los usuarios de iPhone que acceden a una actualización de software, si dicha actualización podrá influir en el rendimiento de sus dispositivos. También se comprometía la compañía a proporcionar información de fácil acceso para los usuarios sobre el estado de la batería y los apagones inesperados de sus terminales para que los consumidores pudieran tomar decisiones conscientes a fin de maximizar la vida útil de sus iPhones.

A pesar de las objeciones que podrían acompañar a la terminación convencional del procedimiento iniciado contra Apple en Reino Unido por estas prácticas, al eludir de esta manera la sanción que de otra forma le correspondería abonar a la compañía, la posibilidad de adoptar compromisos en procedimientos de competencia desleal y tutela del consumidor, demuestra ser una herramienta muy valiosa en la represión de las prácticas comerciales desleales con consumidores. Desde el punto de vista del profesional infractor, su interés radica en la posibilidad de evitar la potencial sanción que recaiga después de la completa instrucción del procedimiento. Desde la perspectiva del consumidor, la asunción de compromisos formales por parte del profesional con la CMA le obliga a modificar su comportamiento desleal y en el supuesto de que persista la infracción, habilitaría a la CMA para tomar medidas a través de los tribunales.

En segundo lugar, la "Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes", esto es, la Dirección General de Competencia,

puede consultarse Martí Moya, V.: "El piecemeal approach de la tutela pública del consumidor contra las prácticas desleales en España frente al modelo italiano", cit., p. 221.

7 Puede consultarse la información publicada por la CMA en su sitio web de 22 de mayo de 2019 "Apple pledges clearer information on iPhone performance" disponible en: https://www.gov.uk/government/news/apple-pledges-clearer-information-on-iphone-performance.

Consumo y Supresión del Fraude francesa (DGCCRF), en sus investigaciones también habría demostrado que los propietarios franceses de iPhone no habrían sido informados de que las actualizaciones del sistema operativo iOS (10.2.1 y 11.2) que instalaron en sus terminales podría haber provocado la disminución del funcionamiento de su dispositivo[8]. Estas actualizaciones, confirma la DGCCRF, incluyeron un dispositivo de administración de energía que, bajo ciertas condiciones y especialmente cuando las baterías no eran nuevas, podría ralentizar el funcionamiento de los modelos de iPhone 6 y 7. Según la investigación desarrollada por la DGCCRF los consumidores franceses ante esta circunstancia, al no poder volver a la versión anterior del sistema operativo, se habrían visto obligados a cambiar sus baterías o incluso comprar un nuevo "smartphone". En consecuencia, la DGCCRF transmitió a la Fiscalía de París en 2019 las conclusiones de sus investigaciones que determinaron que esta falta de información a los consumidores constituía una práctica comercial engañosa por omisión. El resultado de esta investigación es que en Francia Apple por estas prácticas se enfrentó a una sanción de 25.000.000 euros (veinticinco millones de euros) y a la publicación, durante un mes, de un comunicado de prensa en su sitio web.

Por último, en la lucha contra la obsolescencia programada y el impacto que pueden tener estas prácticas desleales en el bienestar del consumidor, destaca la reciente iniciativa de la Comisión europea sobre esta materia, que ha presentado un nuevo Plan de Acción para la Economía Circular (marzo 2020). Con este objeto, la Comisión se propone prolongar el ciclo de vida de los dispositivos a través de impulsar sus reparaciones o la sustitución de piezas, así como la actualización de componentes y software. Esta iniciativa anunciada recientemente por la Comisión tiene su origen en el llamado "Nuevo marco para los consumidores" presentado en abril de 2018 en el que la Comisión anunciaba medidas en el ámbito del consumo sostenible. En el llamado "Nuevo marco para los consumidores" se argumentaba que, entre otros aspectos, el paquete de medidas aprobadas para garantizar un elevado nivel de protección a los consumidores, beneficiaría al medio ambiente, ya que una aplicación más estricta y mejores oportunidades de recurso individual de los consumidores frente a las prácticas desleales, que eran las medidas defendidas en el Nuevo Marco, podrían contribuir a disuadir a los profesionales a que realizaran prácticas desleales basadas en la obsolescencia programada.

V. REFLEXIONES FINALES.

La confirmación del TAR Lazio de la sanción impuesta a Apple por la Autoridad de Competencia Italiana por las prácticas desleales que habría desarrollado basadas en omisiones engañosas y prácticas agresivas que se han descrito en el

8 Vid., Le portail de l'Économie, des Finances, de l'Action et des Comptes publics: Transaction avec le groupe APPLE pour pratique commerciale trompeuse, disponible en: https://www.economie.gouv.fr/dgccrf/transaction-avec-le-groupe-apple-pour-pratique-commerciale-trompeuse.

presente trabajo, vendría a constituir un importante precedente en la lucha contra la obsolescencia programada impuesta por los fabricantes de los productos.

Se trata esta de una sentencia histórica en materia de tutela al consumidor y prácticas desleales porque primero la AGCM y posteriormente el TAR Lazio confirmarían en sus respectivas resoluciones que la práctica del profesional basada en la obsolescencia programada de los productos, puede constituir un supuesto de prácticas desleales con los consumidores en el sentido de la Directiva de prácticas comerciales desleales.

En efecto, en el caso Apple Italia, las prácticas imputadas al profesional tienen como denominador común alterar significativamente la "scelta" del consumidor, esto es, su libertad de elección en relación a un bien o servicio, de manera que las omisiones engañosas sobre las características de las actualizaciones de los dispositivos impuestas por el profesional o la práctica agresiva en la que habría incurrido el profesional al someter al consumidor de manera insistente a las citadas actualizaciones, le provocan al consumidor una importante molestia que se traduce en la necesidad de reemplazar su antiguo dispositivo por uno nuevo por la dificultad en la que se encuentra a la hora de superar los inconvenientes que le impone el profesional si opta por la conservación de su antiguo terminal.

La loable celeridad con la que la Autoridad de Competencia Italiana ha sancionado a Apple por prácticas desleales basadas en su estrategia de obsolescencia programada o las decisiones adoptadas en Reino Unido por su Autoridad de Competencia y en Francia por la Dirección General de Competencia, Consumo y Supresión del Fraude que reafirman desde diferentes perspectivas la conducta desleal que habría cometido Apple con su actuación, se trata de pioneras resoluciones que demuestran que esta práctica puede ser perseguida por el Derecho de consumo, contra la competencia desleal, e incluso el Derecho penal, dependiendo de cómo han incorporado los países miembros el régimen comunitario de prácticas comerciales desleales con consumidores de la Directiva 2005/29/CE.

BIBLIOGRAFÍA

Angulo Garzaro, A.: "La obsolescencia programada y el derecho de la competencia: ¿una conducta anticompetitiva perseguible por la autoridad de competencia?, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 51, 2019.

Di Nella, L.: "Le pratiche commerciali sleali aggressive", en Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/Ce e il diritto italiano, (coord. por G. De Cristofaro), G. Giappicelli, Torino, 2007.

Genovese, A.: "L'enforcement e le tutele", en AA.VV.: I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette, (dir. por A. Genovese), Cedam, Verona, 2008.

González Pons, E.: *Prácticas agresivas y tutela del consumidor*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2019.

Grauso, M. P.: *La concorrenza sleale. Profili di tutela giurisdizionale e presso le Autority*, Giuffrè, Milano, 2007.

Koutsias, M., y Willett, C.: "UK implementation of the Unfair Commercial Practices Directive" en AA.VV.: The European Unfair Commercial Practices Directive. Impact, Enforcement Strategies and National Legal Systems, (coord. por W. Van Boom, A. Garde y O. Akseli), Ashgate, Surrey, 2014.

Martí Moya, V.: "El piecemeal approach de la tutela pública del consumidor contra las prácticas desleales en España frente al modelo italiano" en AA.VV.: *Estudios in memoriam del profesor Manuel Broseta Pont* (dir. por Olavarría Iglesia, J. y coord. por Martí Miravalls, J.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

Poelzig, D.: "Private or Public Enforcement of the UCP Directive? Sanctions and Remedies to Prevent Unfair Commercial Practices", en AA.VV.: The European Unfair Commercial Practices Directive. Impact, Enforcement Strategies and National Legal Systems, (coord. por W. Van Boom, A. Garde, y O. Akseli), Ashgate, Surrey, 2014.

Soto Pineda, J. A.: "Reflexiones acerca de las posibles incompatibilidades de la obsolescencia programada con el sistema de defensa de los consumidores", *Actualidad Civil*, núm. 6, 2015.

Wish, R., y Bayley, D.: *Competition Law*, Oxford, 2018.

EL FOMENTO DE LA MEDIACIÓN Y DE OTROS MEDIOS ALTERNATIVOS DE JUSTICIA (TAMBIÉN) EN RELACIÓN CON LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES EN EUROPA

PROMOTING MEDIATION AND OTHER ADR TOOLS (ALSO) IN RELATION TO DISPUTES ON INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION IN EUROPE

Rev. Boliv. de Derecho Nº 32, julio 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 482-525

Carlos
ESPLUGUES
MOTA

ARTÍCULO RECIBIDO: 27 de abril de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 30 de abril de 2021

RESUMEN: El decidido fomento de la mediación y de otros instrumentos MASC en el ámbito del Derecho de familia internacional constituye una constante, en los últimos tiempos, en el panorama comparado internacional. También en relación con aquellas disputas que involucran a menores. La UE no es ajena a este proceso y contribuye decididamente a éste. Aunque persisten dudas sobre la virtualidad real de estos mecanismos en la práctica diaria internacional.

PALABRAS CLAVE: Mediation; MASC; ADR; international legal kidnapping; Hague Conference on Private International Law; Council of Europe; European Union.

ABSTRACT: *Mediation and other MASC tools have been steadily promoted in recent times in the field of international family law all over the world. Also in relation to disputes involving minors. The EU is no strange to this process and its contribution to this end is relevant. However, many doubts remain as regards the use of these mechanisms in the international practice in this area.*

KEY WORDS: *Mediation; MASC; ADR; international legal kidnapping; Hague Conference on Private International Law; Council of Europe; European Union.*

SUMARIO.- I. EL ENTENDIMIENTO AMPLIO, Y PLURAL, DE LA NOCIÓN DE ACCESO A LA JUSTICIA, TAMBIÉN EN EL ÁMBITO DE LA SUSTRACCIÓN DE MENORES.- II. EL FOMENTO DE LA MEDIACIÓN COMO MECANISMO IDÓNEO PARA PREVENIR, RESOLVER Y CANALIZAR LAS SITUACIONES DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.- 1. El Comité de los Derechos del niño.- 2. La Conferencia de La Haya de DIPr.- A) La Guía de Buenas Prácticas en relación con el uso de la mediación en situaciones de sustracción de menores.- B) Los Principios para el establecimiento de estructuras de mediación en el contexto del proceso de Malta.- 3. El Consejo de Europa.- A) La Recomendación nº (98)1 de 21 de enero 1998.- B) La Convención europea sobre el ejercicio de los Derecho del niño de 25 de enero de 1996.- C) La Resolución 1291 (2002), de 26 de junio de 2002.- D) La Recomendación CM/Rec (2015)4 de 11 de febrero 2015.- 4. La situación española.- III. EL ENTRÓPICO FOMENTO DE LA MEDIACIÓN EN LA UE.- 1. EL FOMENTO DE LOS MASC POR LA UE, TAMBIÉN EN EL ÁMBITO DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.- 2. La Directiva 2008/52/CE sobre algunos aspectos de la mediación en materia civil y mercantil.- 3. Los Reglamentos Bruselas II bis y ter y el fomento de los MASC en materia de responsabilidad parental y secuestro internacional de menores.- A) El Reglamento Bruselas II bis.- B) El Reglamento Bruselas II ter.- IV. EL FUTURO QUE (CASI YA) LLEGÓ.

I. EL ENTENDIMIENTO AMPLIO, Y PLURAL, DE LA NOCIÓN DE ACCESO A LA JUSTICIA, TAMBIÉN EN EL ÁMBITO DE LA SUSTRACCIÓN DE MENORES.

En muchos lugares del planeta, la imagen de la justicia aparece crecientemente relacionada con las ideas de crisis y de búsqueda de alternativas. En una sociedad conflictiva y conflictuada como la actual, la justicia estatal se aproxima cada vez más por los ciudadano como incapaz de aportar respuestas adecuadas, previsibles, rápidas y accesibles a sus problemas[1]. Precisamente, la paulatina insatisfacción de la ciudadanía con los tribunales estatales es uno de los datos que favorece el afianzamiento de las posiciones –una tendencia global- en favor del uso de los

1 *Vid*., Esplugues Mota, C.: "El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica: una realidad consolidada no exenta de tensiones", en AA.VV.: *Tratado de arbitraje comercial interno e internacional en Iberoamérica* (coord. por C. Esplugues Mota, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 49-53.

• Carlos Esplugues Mota
Prof. Dr. Dr. h.c. mult Carlos Esplugues Mota, LLM (Harvard), MSc (Edinburgh). Catedrático de Derecho internacional privado en la Universitat de València (España) desde 1997. Hasta septiembre de 2017 fue también presidente de la Asociación española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. Igualmente es representante del Reino de España en la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL/CNUDMI) y ha formado parte de diversas comisiones legislativas en la UE, actuando de forma regular como profesor invitado en numerosas instituciones de Europa, América y Asia. Es uno de los más destacados especialistas españoles en Derecho Internacional Privado y Derecho Comercial Internacional contando con una obra, traducida al español, inglés, japonés y ruso, que es amplísima en número y materias tratadas. Correo electrónico: carlos.esplugues@uv.es.

denominados medios alternativos de resolución de controversias (MASC)[2] en el marco de la búsqueda de un nuevo paradigma de justicia[3]

Unos mecanismos que en, relativamente, escaso tiempo han pasado de presentarse como meras posibilidades teóricas previstas, con más o menos amplitud, y desarrollo, en los diversos ordenamientos jurídicos, a convertirse en opciones reales para los ciudadanos con vistas a solventar sus disputas[4]. Aproximándose como auténticos medios complementarios a la justicia estatal, a los que las personas pueden, y deben, acceder en condiciones de igualdad con ésta[5], como manifestación de la consolidación de una nueva y polimorfa noción de "acceso a la justicia"[6].

La mediación cuenta con un especial protagonismo dentro de este proceso de exploración de vías complementarias a los tribunales de justicia. Convirtiéndose, de hecho, en la "estrella emergente" del firmamento de los MASC[7]. Un protagonismo que se ha visto incrementado en los últimos años, al compás de la crisis del arbitraje comercial internacional[8].

Esta búsqueda de alternativas a una justicia estatal cada vez más lenta, incierta e insatisfactoria en el resultado se hace presente en los más diversos ámbitos y, también, en relación con las controversias que involucran a menores; como lo son las surgidas en el complejo sector de la sustracción internacionales de menores[9]. En este sentido, si bien subsisten -en Europa- algunas posiciones poco partidarias del uso de la mediación en relación con este último ámbito[10]. Llegándose, incluso,

2 Al respecto, y por todos, considérese Barona Vilar, S. y Esplugues Mota, C.: "ADR Mechanisms and Their Incorporation into Global Justice in the Twenty-First Century: Some Concepts and Trends", en AA.VV.: *Global Perspectives on ADR* (ed. por C. Esplugues y S. Barona), intersentia, Cambridge, 2014, pp. 7-16.

3 *Vid*. Barona Vilar, S.: "'Justicia integral' y 'access to justice', crisis y evolución del 'paradigma'", en AA.VV.: *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de justicia* (ed. por S. Barona Vilar), Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, p. 45 y ss.

4 Nótese Barona Vilar, S.: *Mediación civil en asuntos civiles y mercantiles en España. Tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 19-20.

5 Esplugues Mota, C.: *Mediación civil y comercial. Regulación internacional e iberoamericana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 16-22.

6 Al respecto, vid. Esplugues Mota, C.: "Cruzando el espejo arbitral: las propuestas de la CNUDMI en materia de arbitraje acelerado y la búsqueda del 'triángulo mágico'", en AA.VV.: *Psicoanálisis del arbitraje: solución o problema en el actual paradigma de justicia* (ed. por S. Barona Vilar), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 79-81; C. Esplugues Mota, "El arbitraje comercial", cit., pp. 53-57.

7 Barona Vilar, S.: *Nociones y principios de las ADR (Solución extrajurisdiccional de conflictos)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 21-27.

8 Vid. Barona Vilar, S.: "Psicoanálisis del arbitraje en la sociedad virtual y líquida del Siglo XXI. Entre la deconstrucción y la caquexia", en AA.VV.: *Psicoanálisis del arbitraje: solución o problema en el actual paradigma de justicia* (ed. por S. Barona Vilar), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 43 y ss.

9 Nótese, Velarde D'Amil, Y.: "La mediación en los supuestos de sustracción internacional de menores y el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores", *Revista de Derecho UNED*, núm. 17, 2015, pp. 1280-1282.

10 Con diversos grados de oposición. Nótese, así, como algunos autores insisten en el retraso que puede acarrear en los supuestos de sustracción internacional de menores (Beaumont, P., Walker, L. y Holliday, J.: "Parental Responsibility and International Child Abduction in the proposed recast of Brussels IIa Regulation and the effect of Brexit on future child abduction proceedings", *International Family Law Journal*, 2016, Nov.,

a apuntarse, sin más justificación, su carácter "controvertido"[11]. Lo cierto es que se constata un incremento en el uso de la institución, en particular, en todo lo referente a las modalidades de custodia de los hijos, al derecho de visita, la pensión alimenticia del menor o a la sustracción parental de menores[12]. Patentizándose un amplio consenso sobre el hecho de que la mediación "in the cases of international child abduction, represent an efficient way to prevent disputes, which is compatible with and complementary to the applicable legal instruments, while favouring the interest of the child"[13].

La mediación se aproxima, así, como un instrumento "óptimo" para afrontar, también, las controversias que implican a menores, especialmente las referentes a la sustracción internacional de éstos[14], destacándose su potencialidad para crear un clima constructivo para las negociaciones y garantizar un trato justo entre los padres[15]. Y el hecho de que a través de su uso se logren soluciones amistosas con vocación de durabilidad en relación, específicamente, con los menores involucrados en estas disputas; que, además, permiten tomar en todo momento en consideración –y proteger- su interés superior[16].

---

pp. 309-310. Por su parte, otros autores se muestran reacios a aceptar el juego de la mediación en relación con la sustracción internacional de menores y, sin embargo, lo aceptan en materia de responsabilidad parental, siempre con ciertos condicionantes y limitaciones (Gandía Sellens, M.A.: "La responsabilidad parental y la sustracción de menores en la Propuesta de Comisión para modificar el RB II Bis: algunos avances, retrocesos y ausencias", *AEDIPr*, 2017, T. 17, pp. 811-813).

11 Brosch, M. y Mariotinni, C.M.: *EUFAMS II. Facilitating Cross-Border Family Life: Towards a Common European Understanding Report on the International Exchange Seminar 20 december 2019*, Max Planck Institut Luxembourg for Procedural Law / Universität Heidelberg, Luxembourg, p. 15 (disponible en: https://pure.mpg.de/pubman/item/item_3250282_1/component/file_3250283/download.php%3Fart%3Dprojektbericht%26id%3D17, éste y el resto de enlaces señalados en este artículo se entienden visitados por última vez en fecha 27.4.2021).

12 Paul, C. C.: "The Role of Family Mediation in Matters of Parental Responsibility", en AA.VV.: *Recasting the Brussels IIa Regulation Workshop 8 November 2016. Compilation of briefings*, European Parliament, Directorate General for Internal Policies. Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs. Legal Affairs, Brussels, 2016, pp. 21-23.

13 Council of the European Union: *Conclusions of the ministerial seminar organised by the Belgian Presidency concerning international family mediation in cases of international child abduction*, Brussels, 12.11.2010, 16121/10, JUSTCIV 194, p. 5.

14 Orejudo de los Mozos, P.: "Competencia judicial internacional y contenido de los acuerdos de mediación en la sustracción internacional de menores", en AA.VV.: *Tratado de mediación. Mediación en conflictos familiares. Tomo III* (ed. por C. Azcárraga Monzonis y P. Quinzá Redondo), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 183.

15 En tal sentido, vid., por ejemplo, Azcárraga Monzonis, C.: "Sustracción internacional de menores: vías de actuación en el marco jurídico vigente", *Revista boliviana de derecho*, núm. 20, 2015, pp. 209-211. Igualmente, nótese, Heckendorn Urscheler, L., Pretelli, I., Curran, J. et al, *Cross-border parental child abduction in the European Union*, Directorate-General for Internal Policies. Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs. Civil Liberties, Justice and Home Affairs, Brussels, 2015, p. 89; Haftel, B.: *Droit international privé*, Dalloz, Paris, 2ª ed., 2020, p. 482 o Adamo, R., Frosina, A. y Triolo, G.: "Civil Justice in matrimonial matters and the matters of parental responsibility", en AA.VV.: *Mediation in Europe at the cross-road of different legal cultures* (ed. por A. Miranda), Aracne, Roma, 2014, p. 179.

16 Parlamento Europeo: *Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2017, sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (Directiva sobre la mediación) (2016/2066(INI)), P8_TA(2017)0321 - Aplicación de la Directiva sobre la mediación (2018/C 337/01),* DO C 337, de 20.9.2018, Conclusión principal (8). En similar sentido, Orejudo de los Mozos, P.: "Mediación y sustracción internacional de menores", en AA.VV.: *La Protección de los niños en el Derecho Internacional y en las relaciones internacionales. Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño* (dir. por F. Aldecoa Luzárraga y J.J. Forner Delaygua),

Con todo, se insiste, es necesario asumir que existen riesgos y puntos débiles de los que se debe ser consciente; y prevenirlos y superarlos para que, efectivamente, devenga un mecanismo eficaz de resolución de este tipo de controversias[17]. Máxime en unas disputas tan peculiares y delicadas como son las que envuelven a menores[18].

La sustracción internacional de menores constituye un "problema social globalizado"[19], caracterizada por su habitualidad y dramatismo, en el que se hacen presentes, e interactúan, una pluralidad de factores e intereses dotados de autonomía y lógica propia. Situaciones en las que, en primer lugar, y entre otros, existe un menor, sujeto de derechos propios, y diferenciados del resto de los miembros de la familia, y de la familia en sí misma[20] -con independencia de la forma de organización familiar de que se trate[21]-, que por sus propias características personales y jurídicas presenta una situación de especial fragilidad y vulnerabilidad, dependiendo de los adultos para su crecimiento y desarrollo. Un menor al que el posible traslado ilícito, y la consiguiente abrupta separación de su entorno vital que ello implica, puede generar un impacto psicológico enorme[22], por lo que se requiere de un especial aseguramiento de la salvaguarda de sus intereses y expectativas, a través de la articulación de respuestas singulares[23].

Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 369-371, o Caroll, M., Briant, U., Németh, Z. et al: *La médiation dans les cas illicites de l'enlèvement international d'enfants - une solution à l'amiable dans l'intérêt des enfants. Manuel pour les médiateurs et autres experts*, Ministry of Justice Hungary, Bundesamt für Justiz, Minisière de la Justice RF, Országos Bírósági Hivatal, 2014, pp. 91-92 (disponible en: https://www.observatoiredesmediations.org/Documentation/Bibliographie?ID=75). Igualmente, respecto sobre las ventajas ofrecidas por la mediación en este ámbito, Palao Moreno, G.: "Mediación y Derecho internacional privado", en AA.VV.: *El arreglo pacífico de controversias internacionales* (coord. por E. M. Vázquez Gómez, M. Dolores Adam Muñoz y N. Cornago Prieto), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 650-654; Calvo Babío, F.: "La mediación en la sustracción internacional de menores", en AA.VV.: *Métodos alternativos de solución de conflictos desde una perspectiva multidisciplinar* (dir.-ed. por M. Gonzalo Quiroga), Dykinson, Madrid, 2006, pp. 173-175.

17 Al respecto, Soto Rodríguez, M. L.: "La mediación en la sustracción internacional de menores en la Unión Europea", *Revista de Estudios Europeos*, núm. 71, 2018, p. 162.

18 Considérese, Forcada Miranda, F.J.: *Sustracción internacional de menores y mediación familiar*, Sepin, Madrid, 2015, pp. 105-136.

19 Hernández Rodríguez, A.: "Mediación y secuestro internacional de menores: ventajas e inconvenientes", *CdT*, vol. 6, núm. 2, 2014, p. 131. Igualmente, González Marimón, M.: "La libre circulación de resoluciones judiciales en la UE en el caso de la sustracción internacional de menores", *Revista Justicia y Derecho*, vol. 3, núm. 2, 2020, p. 2.

20 Nótese Borrás, A.: "La evolución de la protección del niño en el Derecho internacional privado desde el Convenio de Nueva York de 1989", en AA.VV.: *La Protección de los niños en el Derecho Internacional y en las relaciones internacionales. Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño* (dir. por F. Aldecoa Luzárraga y J.J. Forner Delaygua), Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 12-14.

21 Valdebenito Larenas, C., Rojo Burrows, A. y Campillay Díaz, P.: "Mediación familiar y plan de parentalidad: mecanismos para el ejercicio del cuidado personal y corresponsabilidad en la paternidad y maternidad activa", *Revista de Mediación*, nº 12-2, 2019, p. 2.

22 Nótese, Service Social International: *Resolver los conflictos familiares. Una guía para la mediación familiar internacional*, SSI, Ginebra, 2015, pp. 66-68.

23 González Marimón, M.: *Responsabilidad parental e interés superior del menor en la UE: del Reglamento Bruselas II bis al ter*, Tesis Doctoral (inédita), 2021, p. 14; Jänterä-Jareborg, M.: "The Child in the Intersections between Society, Family, Faith and Culture", en AA.VV.: *The Child's Interests in Conflict. The Intersections between Society, Family, Faith and Culture* (ed. por M. Jänterä-Jareborg), intersentia, Cambridge, 2016, p. 1 y ss.; Hernández Rodríguez, A.: "Mediación y secuestro", cit., pp. 131-132.

En segundo lugar, existen unos derechos de custodia y visita que han sido violados, y que deben de intentar restituirse de forma inmediata[24], máxime atendiendo al impacto que el transcurso del tiempo puede tener en el menor[25]. Estas realidades, además, se hacen presentes, en tercer lugar, en el marco del afianzamiento del principio del interés superior del menor, merecedor de una "consideración primordial", en cuanto "no puede estar al mismo nivel que todas las demás consideraciones"[26]. Y que, como reconoce la Observación General nº 14 (2013) del Comité de los Derechos del niño[27], se conforma como premisa, objetivo y guía interpretativa –"un derecho, un principio y una norma de procedimiento"[28]- de toda la normativa y de todas las situaciones que involucran a éste[29].

Todo ello, a su vez, modulado por otros factores diversos como el creciente impacto en este magma de intereses, de realidades como pueda ser la violencia de género[30]. O por la presencia, como elemento de fondo, de un conjunto de ordenamientos jurídicos y autoridades de distintos países, susceptibles de verse vinculadas con estas situaciones y de las que se exige diligencia y rapidez, amén de una especial sensibilidad. A la vez que se constata la inexistencia de un marco jurídico normativo internacional unificado[31].

En este sentido, si bien el recurso a la institución puede permitir acuerdos entre los progenitores respecto del ejercicio de la responsabilidad parental o sobre el retorno del menor, no es menos cierto que va a venir habitualmente caracterizada por un alto nivel de tensión entre todos los involucrados en ella. Por parte del

24 Vid. Gandía Sellens, M.A.: "La responsabilidad", cit., p. 805.

25 Considérese, González Marimón, M.: "Un paso más en el proceso de armonización del derecho privado europeo: la concreción por el TJUE del concepto de residencia habitual del menor recogido en el Reglamento Bruselas II bis", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 30, 2020, pp. 480-482.

26 Comité de los derechos del niño: *Observación general nº 14 (2013) Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*, CRC/C/GC/14, 29.5.2013, p. 10, nº. 37. Nótese al respecto, Quicios Molina, S.: "Filiación e interés superior del menor", en AA.VV.: *Aproximación interdisciplinar a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia* (dir. por M.C. García Garnica y N. Marchal Escalona), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 44-48, quien gráficamente habla del principio como una "vara de medir", o Fernández Pérez, A.: "El interés superior del menor: derecho fundamental y/o principio rector del Derecho internacional privado", en *Menores extranjeros: problemas actuales y retos jurídicos* (dir. por J. M. Velasco Retamosa), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 34 y ss.

27 Comité de los derechos del niño: *Observación general nº 14,* cit.

28 Comité de los derechos del niño: *Observación general nº 14,* cit., p. 3.

29 Sobre el concepto de "interés superior del menor" vid., por todos, González Marimón, M.: "El principio del interés superior en supuestos de sustracción ilícita internacional: la jurisprudencia del TJUE y TEDH", en AA.VV.: *Aproximación interdisciplinar a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia* (dir. por M.C. García Garnica y N. Marchal Escalona), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, pp. 643 y ss. Igualmente, nótese, Comité de los derechos del niño: *Observación general nº 14,* cit., pp. 9-10.

30 Al respecto, nótese Espinosa Calabuig, R.: "La (olvidada) perspectiva de género en el Derecho internacional privado", *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies Rivista quadrimestrale on line sullo Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*, núm. 3, 2019, p. 44 y ss.

31 Todo lo contrario, el modelo normativo se caracteriza, precisamente, por su enorme complejidad y dispersión. Al respecto, nótese, Garau Sobrino, F.: "Notas sobre la colisión de fuentes de Derecho Internacional Privado español sobre responsabilidad parental y protección del niño", *CdT*, 2011, vol. 3-1, p. 282 y ss.

progenitor perjudicado, que se ve doblemente afectado por la pérdida repentina y por el potencial temor a no ver a su hijo nuevamente. Y, también, por el progenitor sustractor quien, una vez percibe plenamente las consecuencias de su accionar, puede igualmente temer a los eventuales procesos legales, a una restitución forzosa o al posible impacto negativo en los procesos de custodia[32]. Datos a lo que se une, entre otros factores adicionales, la presión de cómo involucrarlos a todos ellos en una mediación de la que se espera, además, un resultado rápido[33].

Una mediación a la que se atribuye una función de prevención del secuestro[34], pero a la que va a recurrirse, habitualmente, una vez se ha producido éste. Y que puede referir tanto a situaciones en las que todavía se encuentra pendiente el procedimiento ante el tribunal para decidir si procede el retorno del menor, como a otras posteriores a dicho procedimiento; incluso encontrarse ya en la fase de ejecución y buscarse con la mediación facilitar ésta[35].

La no siempre fácil conjunción de todos estos factores centrífugos, incide -plena y negativamente- en el objetivo de lograr la pronta restitución del menor desde el lugar en que se encuentra, al país desde el que fue ilícitamente trasladado. Y tiene, como uno de sus efectos indirectos, el favorecimiento del recurso a los MASC con vistas a resolver la situación planteada, intentando asegurar, a su vez, que el menor vea satisfecho en el futuro, su derecho a relacionarse con ambos progenitores; tanto con el titular del derecho de custodia, como con aquel que lo violó a través del logro de una solución duradera[36].

II. EL FOMENTO DE LA MEDIACIÓN COMO MECANISMO IDÓNEO PARA PREVENIR, RESOLVER Y CANALIZAR LAS SITUACIONES DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.

El recurso a la mediación en los supuestos que involucran a menores se ve apoyado ampliamente dentro y fuera de Europa. Se asume que en el ámbito de la familia, primer y principal lugar de socialización del menor, "les conséquences du conflit ont un coût élevé pour les parents et, plus encore, pour les enfants"[37], y ello

32 Al respecto, Service Social International: *Resolver los conflictos*, cit., pp. 68-70.

33 Vid. Hague Conference on Private International Law: *Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Mediación*, Hague Conference on Private International Law, La Haya, 2012, p. 28. También, Orejudo de los Mozos, P.: "Competencia judicial", cit., p. 184.

34 Orejudo de los Mozos, P.: "Competencia judicial", cit., pp. 190-194.

35 Vid. Caamiña Domínguez, C.M.: "La mediación ante el secuestro internacional de menores", *Revista internacional de estudios de Derecho internacional y arbitraje*, núm. 1, 2001, pp. 25-26. Al respecto, igualmente, Hague Conference on Private International Law: *Guía de Buenas Prácticas,* cit., p. 44 y ss.

36 Kruger, T.: "Enhancing Cross-Border Cooperation", en AA.VV.: *Recasting the Brussels IIa Regulation Workshop 8 November 2016. Compilation of briefings*, European Parliament, Directorate General for Internal Policies. Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs. Legal Affairs, Brussels, 2016, pp. 41-42.

37 van Kote, A.: "Les enfants et la médiation familiale", *AJ Famille*, 2009, p. 337.

favorece el fomento, en múltiples foros, de medios que faciliten el consenso en las soluciones frente a la imposición[38].

1. El Comité de los Derechos del niño.

Así se ha producido, por ejemplo, en el marco, del Convenio sobre los derechos del niño[39]. El Comité de los Derechos del niño en su Observación General nº 2 (2002) sobre el papel de las instituciones nacionales independientes de los derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño[40], en relación con el ejercicio de los derechos de los menores, apuesta por "Entablar, cuando proceda, procesos de mediación o conciliación antes de que se recurra a una acción judicial"[41].

Por su parte, la Observación General nº 12 (2009) del Comité[42] apoya el entendimiento del derecho a "ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño" recogido en el art. 12.2 del Convenio, en el doble sentido, de que engloba a "a todos los procedimientos judiciales pertinentes que afecten al niño, sin limitaciones", esto es, también a las cuestiones surgidas como consecuencia del traslado ilícito del menor. Y, de que la referencia a "procedimiento judicial o administrativo" abarca a los distintos "mecanismos alternativos de solución de diferencias, como la mediación o el arbitraje"[43].

Más allá del Comité, la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado (en adelante, DIPr) o el Consejo de Europa no han sido ajenos a esta tendencia. Como tampoco lo han sido la Unión Europea (en adelante, UE) o nuestro país[44].

2. La Conferencia de La Haya de DIPr.

La Conferencia de La Haya de DIPr ha mantenido desde antiguo una posición decididamente favorable al fomento de la mediación, y otros mecanismos alternativos de resolución de controversias en las diversas materias abordadas

38 Barona Vilar, S.: "'Justicia integral'", cit., p. 54.

39 BOE de 31.12.1990.

40 Comité de los derechos del niño: *Observación general nº 2 (2002). El papel de las instituciones nacionales independientes de los derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño*, 32° período de sesiones, 13 a 31.1.2003, CRC/GC/2002/2, 15.11.2002.

41 Comité de los derechos del niño: *Observación general nº 2*, cit., p. 7, q).

42 Comité de los derechos del niño: *Observación general nº 12 (2009). El derecho del niño a ser escuchado*, 51° período de sesiones, Ginebra, 25.5 a 12.6 de 2009, CRC/C/GC/12, 20.7.2009.

43 Comité de los derechos del niño: *Observación general nº 12*, cit., p. 12, nº. 32.

44 La posición mantenida en Iberoamérica ha resultado más tímida. La Convención interamericana sobre restitución internacional de menores, de Montevideo, de 15.7. 1989, de la que España no es parte, se limita a señalar en su art. 10.1, que, "El juez exhortado, la autoridad central u otras autoridades del Estado donde se encuentra el menor, adoptarán, de conformidad con su derecho y cuando sea pertinente, todas las medidas que sean adecuadas para la devolución voluntaria del menor".

por ella[45] y, también, en relación con la sustracción internacional de menores[46]. Así, y respecto de esta última problemática, la Declaración de Washington "on International Family Relocation", de 2010[47], apoyada por la Conferencia, ampara de forma explícita la promoción de estos mecanismos MASC como medios idóneos para el logro, como objetivo principal, de "The voluntary settlement of relocation disputes between parents"[48].

En esta línea, el fomento de la mediación –y de otros mecanismos MASC[49]- como forma de prevenir[50], y/o resolver, este tipo de disputas, ya se encuentra presente en el Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980[51]. Así como, igualmente, en el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños[52].

1) Con referencia al primero, su art. 7 señala que, en el marco de las actuaciones de colaboración que deben realizar las autoridades centrales de los distintos Estados contratantes, con el fin de asegurar la restitución inmediata del menor, y conseguir el resto de objetivos previstos en el Convenio, ya sea directamente o a través de un intermediario, deberán, entre otras, "c) Garantizar la restitución inmediata del menor o facilitar una solución amigable"[53]. Una obligación de

45 Así, por ejemplo, lo hace el art. 6.2.d) del Convenio de 23.11.2007 sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia, DO L 192, de 22.7.2011 que compele a las autoridades centrales a "promover la solución amistosa de diferencias a fin de obtener el pago voluntario de alimentos, recurriendo cuando sea apropiado a la mediación, la conciliación o mecanismos análogos". Al respecto, González Martín, N.: "La mediación en casos de sustracción internacional de menores por uno de los progenitores y los acuerdos voluntarios transfronterizos: el caso mexicano", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2014, año XLVII, nº. 141, p. 870.

46 Al respecto, Soto Rodríguez, M.L.: "La mediación", cit., pp. 159-161.

47 International judicial conference on cross-border family relocation, Washington, D.C., United States of America, 23-25 March 2010, co-organised by The Hague Conference on Private International Law and the International Centre for Missing and Exploited Children with the support of United States Department of State (disponible en: https://www.hcch.net/es/news-archive/details/?varevent=188).

48 Punto 8. Exigiendo tomar en consideración los puntos de vista de los menores "having regard to the child's age and maturity, within the various processes" (disponible en: https://www.icmec.org/press/washington-declaration-on-international-family-relocation/).

49 Vid. Hague Conference on Private International Law: *Guía de Buenas Prácticas,* cit., pp. 97-99.

50 Vid. Hague Conference on Private International Law: *Guía de Buenas Prácticas,* cit., p. 96. En relación con esta idea de prevención, vid. Caamiña Domínguez, C.M.: "La mediación", cit., p. 27; Carrillo Lerman, C.: "Mediación familiar internacional y sustracción de menores", *BARATARIA Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, núm. 19, 2015, p. 187, señalando en la p. 189 distintos supuestos en los que resulta especialmente interesante su exploración.

51 BOE de 24.8.1987. La Guía de Buenas Prácticas elaborada en el marco de la Conferencia de La Haya apuesta por el recurso a la mediación y a otros mecanismos de resolución alternativa de disputas también respecto de aquellas situaciones que quedan fuera del ámbito de aplicación del texto de 1980 (y del de 1996). Vid. Hague Conference on Private International Law: *Guía de Buenas Prácticas,* cit., pp. 99-101).

52 BOE de 2.10.2010.

53 Nótese al respecto, Gómez Bengoechea, B.: *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores: problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 102-108 o Caamiña Domínguez, C.M.: "La mediación", cit., p. 28. Sobre el papel a jugar por las autoridades

procurar una solución amistosa[54], que se vincula al mandato del art. 10 del propio texto convencional de adoptar, o hacer adoptar, todas las medidas "adecuadas encaminadas a conseguir la restitución voluntaria del menor". Y que, si bien ha sido interpretada de muy diversas formas por las autoridades centrales de los distintos Estados parte en el Convenio[55], se ha entendido que, en todo caso, podía permitir la resolución de un número "considerable" de supuestos, sin necesidad de tener que recurrir a los tribunales.

Correlativamente, corresponderá también a la autoridad central "decidir en qué momento han fracasado los intentos llevados a cabo para garantizar la 'restitución voluntaria' del menor, o para facilitar una 'solución amigable'"[56].

2) Junto a ello, el art. 31 del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 atribuye, igualmente, a las autoridades centrales de los Estados contratantes la obligación de adoptar, ya sea de forma directa o con la cooperación de autoridades públicas o de otros organismos, "todas las medidas apropiadas para: … b) facilitar por la mediación, la conciliación o cualquier otro procedimiento análogo, acuerdos amistosos para la protección de la persona o de los bienes del niño, en las situaciones a las que se aplica el Convenio;…"[57].

La referencia a la "solución amigable" presente en el art. 7.c) del Convenio de 1980 evoluciona con el paso del tiempo hacia una mención directa y explícita a la "mediación o cualquier otro procedimiento análogo" que permita alcanzar un acuerdo amistoso, recogido en el art. 31 del texto de 1996. En tal sentido, ya en 2001, en el marco de la Cuarta reunión de la Comisión especial sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980[58] se adoptó, entre sus conclusiones y recomendaciones, una mención genérica al hecho de que las "Autoridades Centrales deberían intentar siempre la restitución voluntaria del

centrales en el proceso de mediación, vid. Hague Conference on Private International Law: *Guía de Buenas Prácticas,* cit., p. 45 y ss.

54 Aunque también, se dice, tiene una importante función preventiva que cumplir. En tal sentido, Hernández Rodríguez, A.: "Mediación y secuestro", cit., p. 141.

55 Al respecto Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado: *Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Primera Parte – Práctica de las autoridades centrales*, Family Law, Bristol, 2003, p. 53. También, Orejudo de los Mozos, P.: "Mediación y sustracción, cit., p. 372, nota 26.

56 Pérez Vera, E.: *Informe explicativo del Convenio HCCH sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*, p. 27 nº. 92 (disponible en: https://assets.hcch.net/docs/43df3dd9-a2d5-406f-8fdc-80bc423cdd79.pdf).

57 Al respecto, González Martín, N.: "La mediación en casos", cit., p. 869. Igualmente, nótese, Hague Conference on Private International Law: *Manual práctico sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños*, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, La Haya, 2014, pp. 160-164.

58 Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado: *Conclusiones y Recomendaciones de la Cuarta Reunión de la Comisión especial sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (22-28 de marzo de 2001) redactadas por la Oficina Permanente* (disponible en: https://www.hcch.net/upload/concl28sc4_s.pdf).

niño tal como lo prevé el artículo 7 c) del Convenio". Apuntando para ello que, en la medida de lo posible, y cuando sea apropiado, procederán a dar instrucciones a los juristas implicados, ya sean el Ministerio fiscal o abogados ejercientes, o dirigirán a las partes a un organismo especializado que proporcione un adecuado servicio "de mediación"[59]. Sin que, en cualquier caso, esta exploración de soluciones amigables pueda suponer "retrasos indebidos en el procedimiento de restitución"[60].

Esta posición favorable al uso, específicamente, de la mediación como vía de resolución de las disputas vinculadas a la sustracción internacional de menores se ve adicionalmente profundizada en las Conclusiones y Recomendaciones de la quinta reunión de la Comisión Especial para la revisión del funcionamiento del Convenio de La Haya de 1980[61], celebrada en el otoño de 2006[62]. Previamente, en abril de ese mismo año, los Estados Miembro de la Conferencia de La Haya habían autorizado a la Oficina Permanente a preparar un estudio de "factibilidad sobre mediación transfronteriza en asuntos de familia", que comprendiese el posible desarrollo de un instrumento en la materia[63], al amparo del cual se elaboró, en 2012, una Guía de Buenas Prácticas[64] en relación con el uso de la mediación en situaciones de sustracción de menores[65].

A) La Guía de Buenas Prácticas en relación con el uso de la mediación en situaciones de sustracción de menores.

La Guía, la quinta elaborada por la Conferencia en relación con el Convenio de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, aun careciendo de carácter vinculante para los Estados parte en el Convenio[66], cuenta con vocación de aplicación, no sólo respecto de aquellos países que son

59 *Ibid*., nº 1.10. En esta tarea se resaltaba el importante papel jugado por los tribunales de justicia.

60 *Ibid*., nº 1.11.

61 Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado: *Conclusiones y recomendaciones de la quinta reunión de la Comisión Especial para revisar el funcionamiento del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y la implementación práctica del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños (30 de octubre-9 de noviembre de 2006) adoptadas por la Comisión Especial* (disponible en: https://assets.hcch.net/upload/concl28sc5_s.pdf).

62 *Ibid*., nº 1.3.1.

63 Vid. Hague Conference on Private International Law: *Proyecto de guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Quinta parte – mediación redactado por la Oficina Permanente (traducción no revisada)*, Doc. Prel. nº 5, mayo de 2011, p. 14 (disponible en: https://www.hcch.net/upload/wop/abduct2011pd05e.pdf).

64 Vid. nota 55 *supra*.

65 En relación con ella nótese, entre otros, González Martín, N.: "La mediación en casos", cit., pp. 876-885; González Martín, N.: "International Parental Child Abduction and Mediation", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2015, vol. XV, p. 363 y ss.; Hague Conference on Private International Law: *Contacto transfronterizo relativo a los niños. Principios generales y Guía de buenas prácticas*, 2010, pp. x y xi, y 6 y ss. (disponible en: https://assets.hcch.net/docs/230b60d3-0418-4cc0-a2f1-fdcb6add9605.pdf) o Forcada Miranda, F.J.: *Sustracción internacional,* cit., pp. 143-145.

66 Hague Conference on Private International Law: *Guía de Buenas Prácticas,* cit., p. 12.

parte del texto de 1980 sino, también, de los que lo son en otros Convenios de la Conferencia que promueven el acuerdo amistoso de disputas[67].

El texto se articula en torno a un concepto amplio de mediación: "la mediación" dice "puede definirse como un proceso voluntario y estructurado mediante el cual un 'mediador' facilita la comunicación entre las partes de un conflicto, permitiendo que ellas se hagan cargo de encontrar una solución para este conflicto"[68]. Plasmándose el eventual resultado exitoso en el denominado "acuerdo de mediación"[69].

La Guía resalta algunos de los principios que caracterizan a la figura. Entre otros: voluntariedad[70], consentimiento informado[71], neutralidad, independencia, imparcialidad y justicia[72], confidencialidad[73] o imprescindible consideración del interés y el bienestar del niño en cuestión[74]. Con la necesaria toma de decisiones fundadas y acceso apropiado a asesoramiento jurídico[75], y la previsión de una posible participación del menor, dependiendo de su edad y grado de madurez, en los procedimientos de restitución de La Haya y en el resto de procedimientos de derecho de familia[76].

A partir de la aceptación de la premisa, no por obvia exenta de ser enfatizada, de que no todos los conflictos de familia son susceptibles de resolverse de manera amigable, exigiéndose, incluso, en algunos casos, la intervención de una autoridad

67 Hague Conference on Private International Law: *Guía de Buenas Prácticas,* cit., p. 12; Chéliz Inglés, M.C.: "Alcance y retos de la mediación en la sustracción internacional de menores: Países no contratantes del Convenio de La Haya de 1980", en AA.VV.: *La aplicación de la mediación en la resolución de los conflictos en el Mediterráneo (iniciativa para la mediación en el Mediterráneo* (dir. por R. Grasa Hernández, A. Blanc Altemir y P. Diago Diago), MAEC/AEPDIRI, Madrid, 2015, pp. 270-273. Un listado de los textos de la Conferencia de La Haya donde se prevé el recurso a la mediación, se encuentra en Hernández Rodríguez, A.: "Mediación y secuestro", cit., p. 138.

68 Hague Conference on Private International Law: *Guía de Buenas Prácticas,* cit., p. 7. La Guía apunta, de forma gráfica, un elenco de posibles supuestos susceptibles de ser sometidos a mediación y las ventajas que se derivan de ello (*Ibid*., p. 21, nº. 30). En contraste con la mediación, la conciliación es entendida como "un mecanismo de solución de controversias en el que un tercero imparcial asume un rol activo y directivo a fin de ayudar a las partes a encontrar una solución amistosa respecto de su controversia. La mediación puede ser proactiva, pero no directiva. A efectos de la mediación, el énfasis debe recaer en el hecho de que el propio mediador no se encuentra en condiciones de tomar una decisión en nombre de las partes, sino que sólo ayuda a las partes a encontrar su propia solución. En cambio, el conciliador puede guiar a las partes hacia una solución concreta" (*Ibid*., p. 8).

69 La Guía de Buenas Prácticas lo califica como el "resultado de la mediación, i.e., el acuerdo amistoso alcanzado por las partes durante el proceso de mediación" (Hague Conference on Private International Law: *Guía de Buenas Prácticas,* cit., p. 10).

70 Hague Conference on Private International Law: *Guía de Buenas Prácticas,* cit., pp. 61-62.

71 Hague Conference on Private International Law: *Guía de Buenas Prácticas,* cit., pp. 62-63.

72 Hague Conference on Private International Law: *Guía de Buenas Prácticas,* cit., p. 63.

73 Hague Conference on Private International Law: *Guía de Buenas Prácticas,* cit., pp. 64-66.

74 Hague Conference on Private International Law: *Guía de Buenas Prácticas,* cit., p. 67.

75 Hague Conference on Private International Law: *Guía de Buenas Prácticas,* cit., pp. 67-68.

76 Hague Conference on Private International Law: *Guía de Buenas Prácticas,* cit., pp. 72-76. En este mismo sentido, Orejudo de los Mozos, P.: "Mediación y sustracción, cit., pp. 379-381.

judicial[77]. O del hecho de que existen supuestos -como los que involucran situaciones de violencia de género o doméstica[78]- cuyo sometimiento a mediación plantea grandes dudas o, directamente, no cabe -recuérdese el tenor del art. 48.1 del Convenio del Consejo de Europea sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011[79], o el art. 87 ter.5 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial[80]-, la Guía apuesta por "realizar todas las gestiones adecuadas para alentar a las partes de una controversia familiar transfronteriza respecto de los niños a lograr una solución amistosa para su controversia"[81].

Y ello, en cuanto se entiende que, especialmente, la mediación presenta ventajas singulares en este ámbito, al facilitar la comunicación entre las partes en un entorno informal, y permitirles que desarrollen su propia estrategia sobre cómo superar el conflicto[82]. Facilitando al menor el ejercicio de su derecho a mantener regularmente "relaciones personales y contactos directos con ambos progenitores"[83]. Y posibilitando, en su caso, y dependiendo de su edad y nivel de madurez, la escucha del menor[84]. Siempre, eso sí, sujeto a la necesaria salvaguarda de su interés superior[85].

Sin embargo, la propia Guía insiste en el hecho de que el recurso a la mediación debe realizarse diseñando las necesarias "salvaguardias y garantías" con el fin de evitar que la posible participación en una mediación pueda resultar desventajosa para cualquiera de las partes involucradas[86]. O les prive de su derecho a acudir a los tribunales estatales, respecto de los que, se reitera, la mediación tiene una naturaleza complementaria, no sustitutiva[87]. Ello implicaría en última instancia,

77 Hague Conference on Private International Law: *Guía de Buenas Prácticas,* cit., pp. 24-25. La Guía apuesta por desarrollar una evaluación previa de la aptitud del caso para ser resuelto a través de la mediación (*Ibid*., p. 51 y ss).

78 Hague Conference on Private International Law: *Guía de Buenas Prácticas,* cit., p. 79 y ss.

79 BOE de 6.6.2014. El precepto señala que: "1. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para prohibir los modos alternativos obligatorios de resolución de conflictos, incluidas la mediación y la conciliación, en lo que respecta a todas las formas de violencia incluidas en el ámbito de aplicación del presente Convenio."

80 BOE de 2.7.1985.

81 Hague Conference on Private International Law: *Guía de Buenas Prácticas,* cit., p. 22.

82 Sobre todas estas ventajas vid. Hague Conference on Private International Law: *Guía de Buenas Prácticas,* cit., p. 23.

83 Art. 9.3. Sobre los posibles planes de parentalidad, vid. Valdebenito Larenas, C., Rojo Burrows, A. y Campillay Díaz, P.: "Mediación familiar", cit., pp. 5-6.

84 Orejudo de los Mozos, P.: "Mediación y sustracción, cit., pp. 377-379.

85 Una exigencia latente en toda actuación que involucre o afecte al menor. Nótese en este sentido, González Marimón, M.: *Responsabilidad parental*, cit., p. 638.

86 Hague Conference on Private International Law: *Guía de Buenas Prácticas,* cit., p. 24 y p. 77 y ss.

87 Hague Conference on Private International Law: *Guía de Buenas Prácticas,* cit., pp. 26-28. Lo que exige un desarrollo en continúa colaboración con las autoridades judiciales y administrativas (*Ibid*., p. 32). Sobre las exigencias mínimas que deben garantizarse para asegurar un adecuado y exitoso recurso a la mediación en este ámbito, vid. Orejudo de los Mozos, P.: "Mediación y sustracción, cit., pp. 374-375.

atendiendo al tenor de la mencionada Observación general nº 12 del Comité de los Derechos del niño, que, en caso de remisión a medios extrajudiciales, incluida la mediación, "el niño debe tener la oportunidad de dar su consentimiento libre y voluntario y de obtener asesoramiento y asistencia jurídicos y de otro orden acerca de lo apropiado y conveniente de la remisión ofrecida"[88].

El recurso a la mediación, además, no debe generar demoras injustificadas en los eventuales procesos pendientes ante los tribunales[89]. Y en ella debe tomarse en consideración, en todo momento, el grado adicional de complejidad –especialmente, pero no sólo, jurídica[90]-, que incorpora un litigio –y, lógicamente, una mediación- transfronterizo en contraste con uno estrictamente interno[91]. Y que, entre otros extremos, afecta a su contenido[92], y a la ejecutoriedad del posible acuerdo allende las fronteras del país en que se ha alcanzado[93].

La Guía ha gozado de una creciente utilización. La Séptima reunión de la Comisión Especial[94], desarrollada en 2017, se congratulará de este hecho, así como del "aumento del recurso a la mediación en los casos de sustracción internacional de niños" -sin aportar cifras al respecto- como vía para la resolución de los conflictos familiares internacionales comprendidos en los ámbitos de aplicación

88 Comité de los derechos del niño: *Observación general nº 12,* cit., p. 17, nº. 59.

89 Hague Conference on Private International Law: *Guía de Buenas Prácticas,* cit., pp. 29-32 y pp. 58-60. En este mismo sentido, Caamiña Domínguez, C.M.: "La mediación", cit., pp. 33-34 u Orejudo de los Mozos, P.: "Mediación y sustracción, cit., pp. 375-377.

90 Aunque también debe tenerse en consideración el posible impacto cultural, las dificultades idiomáticas, de distancia o de extranjería, entre otros extremos, vid. Hague Conference on Private International Law: *Guía de Buenas Prácticas,* cit., p. 33 y ss. y p. 60; Alles, S.: "Recensión a La médiation familiale internationale. La diplomatie du coeoeur dans les enlèvements d'enfants", *Revue des politiques sociales et familiales*, núm. 92, 2008, p. 129 o Caso Señal, M.: "La mediación en los conflictos transfronterizos de sustracción de menores", *Revista de Mediación*, núm. 8-2, 2011, p. 23; European Union Agency for Fundamental Rights (FRA): *Children deprived of parental care found in an EU Member State other than their own. A guide to enhance child protection focusing on victims of trafficking*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2019, p. 57. En relación con los problemas estrictamente jurídicos susceptibles de plantearse, vid. Palao Moreno, G.: "La sustracción internacional de menores en la jurisprudencia española", *Revista de Derecho de Familia*, núm. 16, 2002, pp. 258 y ss.

91 Hague Conference on Private International Law: *Guía de Buenas Prácticas,* cit., p. 28, nº. 51. Al respecto, y por todos, vid. Palao Moreno, G.: "La mediación familiar internacional", en AA.VV.: *Estudios sobre la Ley valenciana de mediación familiar* (ed. por Llopis Giner, J.M.), Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 2003, pp. 63-65 y 67-69.

92 Hague Conference on Private International Law: *Guía de Buenas Prácticas,* cit., p. 85 y pp. 92-95.

93 Hague Conference on Private International Law: *Guía de Buenas Prácticas,* cit., pp. 32-33 y pp. 86-91. E incide en la exigencia de un grado adicional de formación de los mediadores (*Ibid*., p. 38 y ss. y p. 68). En tal sentido, igualmente, Paul, C. C.: "The Role", cit., p. 24 y ss. En relación con este punto, resulta interesante, en cuanto diferencia las estrategias dependiendo de la edad del menor, Briant, U.: "Caractéristiques de la médiation dans les cas de l'enlèvement illicite d'enfants - ce que le médiateur doit savoir et le type de médiation recommandé (solutions en ligne)", en Caroll, M., Briant, U., Németh, Z. et al: *La médiation,* cit. p. 47 y ss. Igualmente, nótese Brosch, M. y Mariotinni, C.M.: *EUFAMS II*, cit., p. 23.

94 Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado: *Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico de los Convenios de La Haya de 1980 y 1996 (10 – 17 de octubre de 2017)*, (disponible en: https://assets.hcch.net/docs/b50c61b7-50a2-495c-b004-36e9000646df.pdf).

del Convenio de La Haya de 1980 y, también del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996[95].

B) Los Principios para el establecimiento de estructuras de mediación en el contexto del proceso de Malta.

Esta especial mención a la mediación como forma de resolver las controversias que afectan a los menores se va a ver profunda, y adicionalmente, reforzada en el marco de las diversas ediciones de la "Malta Judicial Conference on Cross-Frontier Family Law Issues", organizadas por el Gobierno de Malta en colaboración con la Conferencia de La Haya[96].

En la primera de ellas, celebrada en marzo de 2004, ya se apostó en su Declaración final por la necesaria adopción de medidas que favorecieran el recurso a la mediación en este sector temático: "Steps should be taken to facilitate, by means of mediation, conciliation, by the establishment of a commission of good offices, or by similar means, solutions for the protection of the child which are agreed between the parents"[97]. Procediéndose, dos años después, en 2006, en la segunda de estas Conferencias, a dar la bienvenida al incremento en el uso de la mediación y de la conciliación en el ámbito del Derecho de familia internacional[98].

La Declaración aprobada en esta segunda Conferencia tiene la virtud de incorporar algunas claves relevantes en torno a las bases en las que debería asentarse la consolidación del recurso a la mediación, y al resto de instrumentos MASC, como vía para la resolución de las disputas surgidas en este ámbito. Así, tras señalar la necesidad de que cualquier mediación se desarrolle en una forma que tome en consideración las diferencias culturales[99], destaca, en primer lugar, la conveniencia de que en todos los procesos se favorezca los acuerdos entre los progenitores, facilitando el acceso a la mediación y a otros medios de promoción del acuerdo, sin que esto suponga demoras innecesarias. Y asegurando, en todo caso, que "where efforts to achieve agreement fail, effective access to a court should be available"[100]. Junto a ello, en segundo lugar, se resalta la importancia

95 *Ibid*., pp. 1.3.2 y 1.3.3. Que como se recuerda correctamente, carecen de carácter "erga omnes". Vid. al respecto, Caamiña Domínguez, C.M.: "La mediación", cit., p. 29.

96 En relación con este proceso, vid. Teitz, L.E.: "Malta Process and Cross-Cultural Aspects in Family Disputes", en AA.VV.: *The Child's Interests in Conflict. The Intersections between Society, Family, Faith and Culture* (ed. por M. Jänterä-Jareborg), intersentia, Cambridge, 2016, pp. 175-183.

97 *The Malta Judicial Conference on Cross-Frontier Family Law Issues. Hosted by the Government of Malta in Collaboration with The Hague Conference on Private International Law*, Declaration nº 3, p. 2 (disponible en: https://www.euromed-justice.eu/en/system/files/20090122194425_Maltajudicialconference2004.pdf)

98 *Second Malta Judicial Conference on Cross-Frontier Family Law Issues Hosted by the Government of Malta in Collaboration with The Hague Conference on Private International Law*, Declaration nº 3 (disponible en: https://www.hcch.net/upload/maltadecl2_e.pdf).

99 *Ibid*., Declaration nº 3.

100 *Ibid*., Declaration nº 3.

de contar con procedimientos "enabling parental agreements to be judicially approved and made enforceable in the countries concerned" [101].

Estas ideas, fomento de la mediación, evitación de demoras, aseguramiento de la eficacia del acuerdo alcanzado –un factor éste, esencial para la consolidación del instituto como mecanismo de resolución de estas controversias[102]- serán destacadas, de nuevo, tanto en la tercera Conferencia, que tuvo lugar en 2009, en la que se incidirá en las situaciones que involucran a Estados parte y no parte del Convenio de La Haya de 1980[103], como en la cuarta, de 2016, en la que se hará especial mención a los Estados con ordenamientos jurídicos basados o influenciados por la Sharia[104].

Precisamente, en el marco de las Conferencias de Malta se constituirá, en 2009, un Grupo de Trabajo destinado a promover el desarrollo de estructuras de mediación, con objeto de ayudar a la resolución de las disputas familiares transfronterizas en relación con la custodia de, o en contacto con, menores. Incluyéndose dentro de su objeto, a los supuestos de traslado unilateral de menores a Estados no vinculados con los Convenios de La Haya de 1980 y de 1996[105].

El Grupo de Trabajo elaboró en 2011 unos Principios para el establecimiento de estructuras de mediación en el contexto del proceso de Malta[106], aplicables tanto a los supuestos en los que resultan aplicables los textos de La Haya, como a aquellos en que no lo son. Y en los que, por lo tanto, la institución y el resto de instrumentos MASC pueden llegar a constituir los únicos medios de encontrar una solución a la cuestión planteada, y permitir a los menores involucrados mantener contacto continuado con sus progenitores[107]. No olvidemos, en este sentido, que un número importante de países musulmanes no forman parte del entramado convencional de la Conferencia de La Haya en materia de menores,

101 *Ibid*., Declaration nº 3.

102 Chéliz Inglés, M.C.: "Alcance y retos", cit., pp. 268-269.

103 *Third Malta Judicial Conference on Cross-Frontier Family Law Issues Hosted by the Government of Malta in Collaboration with the Hague Conference on Private International Law*, Declaration nº 7 (disponible en: https://assets.hcch.net/upload/maltadecl09_e.pdf).

104 *Fourth Malta Conference ("Malta IV") on Cross-Frontier Child Protection and Family Law Hosted by the Government of Malta in Collaboration with the Hague Conference on Private International Law (HCCH) "The Malta Process"*, Declaration nº 12 (disponible en: https://assets.hcch.net/docs/91ab60a5-1ebe-46ca-91ce-72e6e55c0ae7.pdf).

105 Hague Conference on Private International Law: *Working party on mediation in the context of the Malta process explanatory memorandum on the principles for the establishment of mediation structures in the context of the Malta process drawn up by the Working Party with the assistance of the Permanent Bureau*, p. 2 (disponible en: https://assets.hcch.net/upload/wop/mediationmemo_e.pdf).

106 Hague Conference on Private International Law: *Los "Principios para el establecimiento de estructuras de mediación en el contexto del proceso de Malta" y el memorándum explicativo redactado por la oficina permanente (traducción no revisada)* (disponible en: https://www.hcch.net/upload/wop/abduct2011pd06s.pdf).

107 Hague Conference on Private International Law: Working party on mediation, cit., p. 3; Orejudo de los Mozos, P.: "Mediación y sustracción, cit., p. 373.

lo que atribuye a la figura, y al resto de mecanismos de resolución alternativa de conflictos, un valor adicional de prevención y de resolución de los eventuales problemas planteados[108].

Los Principios tienen como objetivo la concreción de puntos centrales de contacto en los distintos Estados -una idea sobre la que incidirá, igualmente, en 2012, la ya abordada Guía de Buenas Prácticas en relación con el uso de la mediación en situaciones de sustracción de menores[109]- dirigidos a ofrecer información, por ejemplo, sobre los servicios de mediación disponibles, o el acceso a la institución de la mediación, entre otra información relevante, en los diversos países[110].

En este sentido, inciden en distintos aspectos considerados relevantes con vistas a asegurar el éxito de la mediación en este tipo de supuestos. Se hace hincapié así, en el acuerdo alcanzado en el marco de la mediación, respecto del que se destaca que –"debe ser compatible con los sistemas jurídicos pertinentes", en consonancia con los que, previsiblemente, se desarrollará la mediación-, y que "deberían ser lo más concretos posible y tener en cuenta los aspectos prácticos pertinentes"[111]. Recalcándose, a su vez, la necesidad de asegurar su eficacia[112].

3. El Consejo de Europa.

En paralelo a los esfuerzos realizados por la Conferencia de La Haya, en el caso específico de Europa, también el Consejo de Europa ha mantenido una decidida posición en favor del recurso a la mediación en relación con los litigios de familia y, en concreto, con respecto a las controversias relacionadas con la sustracción internacional de menores.

A) La Recomendación nº (98)1 de 21 de enero 1998.

La apuesta del Consejo de Europa en favor del uso de la mediación en el ámbito del Derecho de familia y, también, especialmente, en relación con las situaciones litigiosas que involucren a menores, queda patente desde hace más de dos décadas, con la aprobación de la Recomendación nº (98)1 de 21 de enero 1998 del Comité de Ministros a los Estados miembros en mediación familiar[113], que les recomendaba, más allá del impacto económico que puede tener en el sistema estatal de justicia[114], introducir o promover la mediación familiar o, en su caso,

108 Vid. al respecto, por todos, Chéliz Inglés, M.C.: "Alcance y retos", cit., pp. 263-265.

109 Hague Conference on Private International Law: *Guía de Buenas Prácticas,* cit., pp. 43-44.

110 Hague Conference on Private International Law: *Guía de Buenas Prácticas,* cit., p. 3.

111 Hague Conference on Private International Law: *Los "Principios para*, cit., Annex 1.B.3.

112 Hague Conference on Private International Law: *Los "Principios para*, cit., Annex 1.C.

113 Diponible en: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016804ecb6e

114 Vid. Orejudo de los Mozos, P.: "Mediación y sustracción, cit., p. 368, citando en este sentido la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa núm. R (86) 12, de 16.9.1986, del Consejo de Europa, sobre

reforzar la mediación familiar existente, como un medio particularmente adecuado para resolver los conflictos familiares, especialmente los transfronterizos, "in a consensual manner"[115].

La Recomendación destaca, igualmente, que la "International mediation should be considered as an appropriate process in order to enable parents to organise or reorganise custody and access, or to resolve disputes arising following decisions having been made in relation to those matters."[116] Aunque específicamente desaconseje su uso "in the event of an improper removal or retention of the child… if it would delay the prompt return of the child".

La Recomendación, que se verá culminada con la aprobación, años después, en 2019, de un European Handbook for Mediation Lawmaking[117], explicita una serie de premisas sobre las que debe articularse el uso de la mediación en este complejo ámbito. Incidiendo en la necesidad de que los Estados faciliten la aprobación de los acuerdos de mediación por una autoridad judicial u otra autoridad competente, cuando las partes así lo soliciten. A la vez que articulan mecanismos para la aplicación de dichos acuerdos aprobados, en consonancia con la ley nacional[118].

B) La Convención europea sobre el ejercicio de los Derecho del niño de 25 de enero de 1996.

Este favorecimiento de la mediación se hace patente, igualmente, en el art. 13 de la Convención europea sobre el ejercicio de los Derechos del Niño, adoptada

---

medidas para prevenir y reducir la excesiva carga de trabajo de los tribunales. Igualmente, De Palo, G., Feasley, A. y Orecchini, F.: *Quantifying the cost of not using mediation – a data analysis*, European Parliament. Directorate General for Internal Policies. Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs. Legal Affairs, Brussels, 2011, pp. 4-5.

115 Punto VI Promotion and Access to mediation, letra c). Una valoración de la realidad práctica de estas medidas impulsadas por el Consejo de Europa se encuentra en European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ): *Analysis on Assessment of the Impact of Council of Europe Recommendations Concerning Mediation*, Working group on mediation (CEPEJ-GT-MED)CEPEJ (2007) 12, Strasbourg, 3.5.2007 (disponible en: http://anterior.cumbrejudicial.org/html-cumbres/Referentes_Internacionales_de_Justicia/Ref_Int_por_temas/DOCUMENTOS/MEDIACION/MEDIACION_CEPEJ_2007_12.doc). Nótese, igualmente, European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ): *Guidelines for a better implementation of the existing recommendation concerning family mediation and mediation in civil matters*, Strasbourg, 7.12.2007, CEPEJ(2007)14 (disponible en: http://anterior.cumbrejudicial.org/html-cumbres/Referentes_Internacionales_de_Justicia/Ref_Int_por_temas/DOCUMENTOS/MEDIACION/MEDIACION_CEPEJ_2007_14.doc).

116 Punto VIII. International matters, letra b). En relación con este punto, vid. Palao Moreno, G.: "La mediación familiar", cit., pp. 71-72.

117 Vid., European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ): *European Handbook for Mediation Lawmaking. As adopted at the 32th plenary meeting of the CEPEJ Strasbourg, 13 and 14 June 2019* (disponible en: https://rm.coe.int/cepej-2019-9-en-handbook/1680951928).

118 Ideas sobre las que se incide en la Recommendation Rec (2002)10 of the Committee of Ministers to member States on mediation in civil matters (Adopted by the Committee of Ministers on 18.9.2002 at the 808th meeting of the Ministers' Deputies) en la que se desgranan todo un conjunto de principios sobre los que debe articularse la mediación a desarrollar (disponible en: http://anterior.cumbrejudicial.org/html-cumbres/Referentes_Internacionales_de_Justicia/Ref_Int_por_temas/DOCUMENTOS/MEDIACION/MEDIACION_Rec_2002_10.doc).

en el seno del Consejo de Europa el 25 de enero de 1996[119]. El precepto, rubricado "Mediación y otros sistemas de resolución de controversias", señala con carácter genérico que con "el fin de prevenir o de resolver las controversias y de evitar los procedimientos que afecten a los niños ante una autoridad judicial, las Partes fomentarán la práctica de la mediación o de cualquier otro sistema de resolución de controversias y su utilización para llegar a un acuerdo en los casos oportunos que las Partes determinen".

C) La Resolución 1291 (2002), de 26 de junio de 2002.

Todo este proceso desarrollado en el seno del Consejo de Europea en favor del recurso a la mediación y otros instrumentos MASC para resolver aquellas disputas que involucren a menores se produce en el marco de la apuesta de la institución por una "child-friendly justice"[120], en la que la mediación ha de jugar un papel protagonista. Favoreciéndose su uso, y el de otros mecanismos similares, dentro y fuera del proceso, como un vehículo idóneo para alcanzar un mayor nivel de satisfacción para todos los afectados, incluidos los padres[121]. Y encuentra un paso adicional muy relevante en la aprobación por el Consejo de Europa de su Resolución 1291 (2002), de 26 de junio de 2002, sobre "L'enlèvement international d'un enfant par l'un des parents"[122], que invita a los Estados miembros del Consejo de Europa "à développer la médiation familiale pour prévenir le rapt parental et à aider à la résolution des conflits familiaux"[123], asumiendo su doble función preventiva y de instrumento útil con vistas a resolver la situación creada por el traslado ilícito del menor[124].

Un apoyo a los MASC que aparece especialmente focalizado en la institución de la mediación, y que, en cualquier caso, encuentra como límite infranqueable la obligación de "best serve the child's best interests". Sin que, además, su uso pueda en modo alguno entrañar privar a éste del recurso a los tribunales estatales[125].

---

119 BOE de 21.2.2015.

120 Council of Europe: *Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child-friendly justice (adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 17 November 2010 and explanatory memorandum)*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2011. De acuerdo con ellas, "child-friendly justice" refers to justice systems which guarantee the respect and the effective implementation of all children's rights at the highest attainable level, bearing in mind the principles listed below and giving due consideration to the child's level of maturity and understanding and the circumstances of the case. It is, in particular, justice that is accessible, age appropriate, speedy, diligent, adapted to and focused on the needs and rights of the child, respecting the rights of the child including the rights to due process, to participate in and to understand the proceedings, to respect for private and family life and to integrity and dignity." (*Ibid*., p. 17).

121 Council of Europe: *Guidelines of the Committee*, cit., p. 91, nº. 136.

122 Disponible en: http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-FR.asp?fileid=17022&lang=FR

123 *Ibid*., Punto 5.

124 Orejudo de los Mozos, P.: "Mediación y sustracción, cit., p. 370; Palao Moreno, G.: "La mediación familiar", cit., p. 71.

125 Council of Europe: *Guidelines of the Committee*, cit., pp. 25, nº. 24, y 47, nº. 22.

Lo que implica, entre otros extremos, el deber de informar debidamente al menor de la existencia de una posibilidad real –y plural- de acudir tanto a los tribunales estatales como a mecanismos MASC[126]. Y de que, en todo caso, sea cual sea la opción preferida, ésta no deberá socavar su derecho de acceso a la justicia[127]. No se trata de obligar a nadie a valerse de uno u otro medio, sino de informar sobre su existencia y sus aparentes ventajas, asegurándole similares niveles de protección en ambos planos[128].

D) La Recomendación CM/Rec (2015)4 de 11 de febrero 2015.

Como colofón de esta apuesta en favor del recurso a la mediación en relación con las disputas que involucran a menores y, en concreto, a las relativas al traslado ilícito de éstos desarrollado en el seno del Consejo de Europa, se aprobará en 2015 la Recomendación CM/Rec(2015)4 of the Committee of Ministers to member States on preventing and resolving disputes on child relocation[129], que apoya la puesta en práctica de medidas tendentes a evitar las disputas relativas a la reubicación de menores y sus consecuencias.

Entre estas medidas se incluye el uso de la mediación "to assist parents or other holders of parental responsibilities in reaching an agreement"[130]. Siempre, de nuevo, en condiciones de igualdad en cuanto a la salvaguarda de sus derechos con los tribunales estatales[131]. Y con la excepción, eso sí, de ciertas situaciones como las surgidas en un contexto de violencia de género. Debido a que, como la propia Recomendación afirma, ésta se alinea con el mandato del art. 48.1 del mencionado Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, explicitando que las "Victims of domestic violence and their abusers are unlikely to enter the alternative dispute resolution process on an equal level, since factors such as fear and the psychological consequences of domination, control and abuse will have an impact"[132].

4. La situación española.

España no ha sido ajena a esta tendencia de fomentar el recurso a la mediación y a otros mecanismos de resolución de los conflictos surgidos en el ámbito del

126 Council of Europe: *Guidelines of the Committee*, cit., p. 59, nº. 54.

127 Council of Europe: *Guidelines of the Committee*, cit., p. 70, nº. 81.

128 Council of Europe: *Guidelines of the Committee*, cit., pp. 70 y 71, nnº. 82 y 84.

129 Council Of Europe: *Recommendation CM/Rec(2015)4 of the Committee of Ministers to member States on preventing and resolving disputes on child relocation Adopted by the Committee of Ministers on 11.2.2015 at the 1219th meeting of the Ministers' Deputies.*

130 Council of Europe: *Recommendation CM/Rec(2015)4,* cit., Principio 4.

131 Council of Europe: *Recommendation CM/Rec(2015)4,* cit., pp. 19, nº. 45 y 20, nº. 48.

132 Council of Europe: *Recommendation CM/Rec(2015)4,* cit., p. 23, nº. 64.

Derecho de familia, especialmente, los referentes al traslado ilícito de menores, tanto en su exigua práctica convencional bilateral, como en el plano estrictamente interno.

1) En el primer nivel, el Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores, de 30 de mayo de 1997[133] constituye un ejemplo aislado, en cuyo art. 4.2.c) se prevé que una de las medidas que deben adoptar, o hacer adoptar, las autoridades centrales, bien de forma directa o indirecta, es precisamente la de "Facilitar una solución amistosa, supervisar la entrega voluntaria del menor y el ejercicio del derecho de visita"[134].

2) Por su parte, en el plano estrictamente interno, la Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2015[135] añadió en el Título I del Libro IV de la LEC[136], un Capítulo IV bis rubricado "Medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional" compuesto de tres artículos -778 quáter, quinquies y sexies-[137].

El numeral 12 del art. 778 quinquies recoge la posibilidad de que, en cualquier momento del proceso de restitución, ambas partes soliciten su suspensión de conformidad con el art. 19.4 LEC, con objeto de someter la cuestión a mediación[138]. Esta opción de remitir la disputa a mediación queda también abierta al juez, quien, en todo momento, de oficio o a petición de cualquiera de las partes, podrá proponerla "si, atendiendo a las circunstancias concurrentes, estima posible que lleguen a un acuerdo, sin que ello deba suponer un retraso injustificado del proceso", procediéndose a la suspensión de las actuaciones por un plazo limitado previsto en el propio Capítulo[139].

133 BOE de 24.6.1997.

134 Sobre las funciones de las autoridades centrales, vid. Fiscalía General del Estado: *Circular 6/2015, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, FIS-C-2015-00006, de 17.11.2015, pp. 53-55 (disponible en: https://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=fiscalia&id=FIS-C-2015-00006).

135 BOE de 3.7.2015.

136 BOE de 8.1.2000.

137 Sobre la reforma vid, por todos, Espinosa Calabuig, R.: "Traslado o retención ilícitos de menores tras la reforma de 2015: rapidez, especialización y... algunas ausencias", *REDI*, 2016, vol. 68/2, julio-diciembre, especialmente, p. 354.

138 Al respecto, Soto Rodríguez, M.L.: "La mediación", cit., p. 156; Fiscalía General del Estado: *Circular 6/2015,* cit., p. 82.

139 Llamativamente, el art. 778.7 quáter invita al juez, con la finalidad de facilitar las comunicaciones judiciales directas entre órganos jurisdiccionales de distintos países, si ello fuera posible y éste así lo considerase necesario, a recurrir al auxilio de las Autoridades Centrales implicadas, de las Redes de Cooperación Judicial Internacional existentes, de los miembros de la Red Internacional de Jueces de la Conferencia de La Haya y de los Jueces de enlace. Nótese, Orejudo de los Mozos, P.: "Competencia judicial", cit., p. 198.

El precepto insiste en la necesidad de que la duración de la mediación sea "lo más breve posible", y con el "mínimo número de sesiones". Añadiendo que, en todo caso, se procederá a reanudar el procedimiento judicial "si lo solicita cualquiera de las partes o, en caso de alcanzarse un acuerdo en la mediación, que deberá ser aprobado por el Juez teniendo en cuenta la normativa vigente y el interés superior del niño".

III. EL ENTRÓPICO FOMENTO DE LA MEDIACIÓN EN LA UE.

La UE no ha sido ajena a esta tendencia global en favor del fomento de la mediación como mecanismo idóneo para la resolución de disputas; también de las surgidas en el ámbito familiar y, en concreto, las relativas a la sustracción ilícita de menores. De hecho, y con todos los matices, y demoras, en comparación con lo ocurrido en los países anglosajones[140], se afirma que la UE encuentra hoy en la promoción del instituto de la mediación uno de sus signos distintivos en el ámbito de la integración jurídica[141].

1. El fomento de los MASC por la UE, también en el ámbito de la sustracción internacional de menores.

El art. 81 TFUE atribuye un relevante papel a los MASC en el seno del espacio jurídico europeo. Tal como afirma su numeral 1, la UE desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales "y extrajudiciales". Pudiendo incluir esta cooperación la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros. Lo que se traduce, "en particular" cuando ello resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior, y tal y como precisa el numeral 2 del art. 81, en la adopción de medidas que garanticen, entre otros, "a) el reconocimiento mutuo, entre los Estados miembros, de las resoluciones judiciales y extrajudiciales, así como su ejecución; b) la notificación y el traslado transfronterizos de documentos judiciales y extrajudiciales; …" o "g) el desarrollo de métodos alternativos de resolución de litigios".

Si bien el punto trigésimo de las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere, del 15 y 16 de octubre de 1999, avisaba ya, de forma genérica, de la necesidad, con vistas a lograr un "mejor acceso a la justicia en Europa", de

140 En relación con ello, nótese, Barona Vilar, S.: *Mediación en asuntos civiles*, cit., p. 32 y ss.; Barona Vilar, S.: *Nociones y principios*, cit., p. 17 y ss.

141 Vid. en este sentido Palao Moreno, G.: "La mediación y su codificación en Europa: aspectos de derecho internacional privado)", en AA.VV.: *El Derecho Procesal del Siglo XX a golpe de tango. Juan Montero Aroca. Liber Amicorum, en homenaje y para celebrar su LXX cumpleaños* (coord. por J.L. Gómez Colomer, S. Barona Vilar y P. Calderón Cuadrado), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 1337-1338. Quien resalta el anclaje de esta actitud en el decidido apoyo que el Consejo de Europa prestó en su momento a la mediación (*Ibid*., p. 1342).

que "Los Estados miembros deberían instaurar… procedimientos extrajudiciales alternativos"[142]. La acción de la UE en el ámbito de los MASC se ha focalizado en la mediación, dejando de lado por motivos diversos al arbitraje[143].

En relación con ella, la publicación del Libro Verde sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito civil y mercantil de 2002[144] constituyó la base sobre la que se asentará la posterior promulgación de la Directiva 2008/52/CE, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles[145]. Un texto que articula un conjunto de principios mínimos en relación con ciertos aspectos, no todos, de la mediación transfronteriza en materia civil y mercantil en Europa[146].

Junto a la Directiva, y en el marco de esta política de apoyo al uso de la mediación como forma de resolución de las disputas civiles y comerciales en Europa, se han promulgado por la Unión diversos instrumentos que, si bien no aparecen directamente referidos a la mediación, sí la prevén, amparan y fomentan, a través, habitualmente de una mención global a los MASC[147]. Instrumentos europeos dirigidos, esencialmente, al sector del consumo[148], al de las telecomunicaciones[149],

142 https://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm. Nótese al respecto, Ybarra Bores, A.: "Mediación familiar internacional y Unión Europea: últimos avances", en AA.VV.: *Hacia un Derecho conflictual europeo: realizaciones y perspectivas* (coord. por M. di Filippo, B. Campuzano Díaz, A.Rodríguez Benot et al), Universidad de Sevilla, Sevilla, 2008, pp. 223-225.

143 Nótese, Esplugues Mota, C.: "International Commercial Arbitration in the EU and the PRC: A tale of Two Continents or 28 + 3 Legal Systems", en *Private International Law in Mainland China, Taiwan and Europe* (ed. por J. Basedow y K.B. Pissler), Mohr Siebeck, Tubinga, 2014, pp. 409-413. En relación con la interacción del marco normativo internacional y europeo, considérese, Quinzá Redondo, P.: "El arbitraje comercial internacional y los instrumentos de Bruselas: (re)pensando sobre su compleja relación", en AA.VV.: *Psicoanálisis del arbitraje: solución o problema en el actual paradigma de justicia* (ed. por S. Barona Vilar), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 409-414.

144 COM (2002) 196 final. Vid. Adamo, R., Frosina, A. y Triolo, G.: "Civil Justice", cit., pp. 165-168.

145 DO L 136, de 24.5.2008.

146 Vid., Esplugues Mota, C.: "Civil and Commercial Mediation in the EU After the Transposition of Directive 2008/52/EC", en *Civil and Commercial Mediation in Europe. Cross Border Mediation* (ed. por C. Esplugues), intersentia, Cambridge, 2014, pp. 488-517.

147 Al respecto, vid. Palao Moreno, G.: "La mediación y su codificación", cit., pp. 1344-1345.

148 Nótese la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21.5.2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) nº 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (Directiva sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo), DO L 165, de 18.6.2013. O el Reglamento (UE) nº 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21.5.2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE, DO L 165, de 18.6.2013.

149 Nótese la Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11.12.2018, por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas (versión refundida), DO L 321 de 17.12.2018 (art. 26.2).

al comercio electrónico[150] y las comunicaciones electrónicas[151] o a las marcas europeas[152].

El resultado final de todo ello es un modelo asimétrico en cuanto a las temáticas abordadas y resultados ofrecidos que, además, desde un punto de vista sistemático aparece claramente desarticulado. Un modelo que, llamativamente, encuentra en el Derecho de Familia, un ámbito temático de especial complejidad y dinamismo en el momento actual[153], un sector en el que el uso, principalmente, de la mediación se ve reconocida una especial potencialidad e importancia[154].

2. La Directiva 2008/52/CE sobre algunos aspectos de la mediación en materia civil y mercantil.

La Directiva 2008/52/CE ha tenido la virtud de servir para colocar a la institución en la agenda legislativa europea, y, también, en la de muchos Estados miembros. Favoreciendo, igualmente, la exploración de su uso en una pluralidad de sectores novedosos dentro y fuera del ámbito estricto de la materia civil y mercantil[155]: desde discriminación por razón de género[156], al comercio internacional[157] o la licitación pública[158], entre otros. Sin embargo, lo cierto es que no ha generado una respuesta normativa unitaria en relación con la figura, en el seno de la Unión.

150 Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8.6.2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), DO L 178, de 17.7.2000 (art. 17).

151 Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11.12.2018, por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas (versión refundida), DO L 321, de 17.12.2018 (art. 25).

152 Reglamento (UE) 2017/1001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14.6.2017, sobre la marca europea, DO L 154, de 16.6.2017, arts. 151.4 y 170 (y Considerando 35). Nótese al respecto, https://euipo.europa.eu/ohimportal/es/mediation.

153 Al respecto, y por todos, vid. Espinosa Calabuig, R.: *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 19-37.

154 Vid. Esplugues Mota, C. e Iglesias Buhigues, J. L.: "Mediation and Private International Law: Improving Free Circulation of Mediation Agreements Across the EU", en AA.VV.: *The Implementation of the Mediation Directive 29 November 2015. Compilation of In-depth Analysis*, European Parliament – Directorate-General for Internal Policies), Brussels, 2016, pp. 73 y 80; Comisión Europea: *Informe de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Bruselas, 26.8.2016, COM(2016) 542 final, pp. 2 y 5. Igualmente, Paul, C. C.: "The Role", cit., pp. 18-19. Un análisis global de la situación existente en Europa en esta materia se encuentra en, Infantino, M.: "Family Mediation. A Comparative Survey", en AA.VV.: *Mediation in Europe at the cross-road of different legal cultures* (ed. por A. Miranda), Aracne, Roma, 2014, pp. 189 y ss. En relación con el recurso a la mediación familiar en Europa, nótese, igualmente, Martin Casals, M.: "Divorce Mediation in Europe: An Introductory Outline", *Electronic Journal of Comparative Law*, 2005, vol. 9.2, p. 3 y ss.

155 Nótese, European Commission: *The 2020 EU Justice Scoreboard, Publications Office of the European Union*, Luxembourg, 2020, p. 28.

156 FRA – European Union Agency for Fundamental Rights: *Access to Justice in Europe: An Overview of Challenges and Opportunities*, FRA, Viena, 2010, pp. 45-46.

157 Vid., por ejemplo, el art. 8.20 –"Mediación"- del Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA) entre Canadá, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados miembros, por otra, DO L 11, de 14.1.2017.

158 "Siempre se deberán contemplar las soluciones de mediación" (Comisión Europea: *Contratación pública. Guía práctica sobre cómo evitar los errores más comunes en la contratación pública de proyectos financiados con cargo a los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos*, Oficina de Publicaciones, Luxemburgo, 2015, p. 36).

La transposición de la Directiva sobre mediación, como el mismo Parlamento Europeo ha reconocido[159], ha sido altamente desigual en los distintos Estados miembros de la UE, produciendo respuestas muy variadas en ellos, y favoreciendo la subsistencia de notables diferencias entre sus legislaciones[160].

Los resultados obtenidos tras la transposición son ambivalentes, y si bien se admite que, efectivamente, la Directiva "ha aportado valor añadido a la UE"[161], no parece -sin embargo- que se haya logrado una generalización del recurso a la mediación en el ámbito de los litigios civiles y comerciales, en los que su utilización sigue resultando marcadamente marginal en la Unión; especialmente en relación con las disputas comerciales transfronterizas[162].

Aun siendo "extremadamente importante en lo relativo a la creación y el recurso al procedimiento de mediación en la Unión" se constata, como apunta el Parlamento Europeo en su Resolución de 12 de septiembre de 2017, que la puesta en práctica de la Directiva y "su aplicación ha variado considerablemente en función del Estado miembro, dependiendo en la existencia anterior o no de sistemas nacionales de mediación"[163]. Lo que se traduce, en última instancia, en la persistencia de dificultades en el funcionamiento práctico de los sistemas nacionales de mediación. En muchos casos vinculados al desconocimiento de la institución, y a la ausencia de una "cultura" de mediación en los Estados de la Unión, que se ven acentuados al tratar casos transfronterizos[164]. O, en última instancia, relacionados con la diversidad de culturas jurídicas de los distintos ordenamientos jurídicos nacionales[165].

En definitiva, se confirma lo que gráficamente se ha denominado como la "paradoja" de la actual situación de la mediación en Europa: "as there are great success rates (documented high success rate percentages) coming from disputants who engaged in mediation in specific cases, but these successes are extremely limited in number. The paradox is that while the use of mediation yields highly

159 Parlamento Europeo: *Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2017*cit., Considerando A.

160 Vid. Esplugues Mota, C.: "Civil and Commercial", cit., pp. 519-527. Considérese, igualmente, European Commission: *Study for an Evaluation and Implementation of Directive 2008/52/EC – the 'Mediation Directive' Final Report*, Directorate-General Justice and Consumers, Directorate A – Civil Justice, Unit A1 – Civil Justice Policy, Brussels, 2016, pp. 30-45.

161 Comisión Europea: *Informe de la Comisión,* cit., p. 3.

162 Nótese, Azcárraga Monzonís, C.: "El (limitado) impacto de la directiva sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles y la mediación obligatoria como medida de promoción", AA.VV.: *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de justicia* (coord. por S. Barona Vilar), Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2016, p. 105 y ss.

163 Parlamento Europeo: *Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2017,* cit., p. 3, letra A.

164 Comisión Europea: *Informe de la Comisión,* cit., p. 4.

165 Parlamento Europeo: *Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2017,* cit., Considerando C.

successful results, it (mediation) is rarely used in a systematic way by disputants and lawyers"[166].

Si bien atendiendo el ámbito material de la Directiva -se excluyen aquellos derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación pertinente de acuerdo con su art. 1.2- algunos apoyan que "it does not apply, in principle, to matters of parental responsibility"[167]. Lo cierto es que el significado de disponibilidad varía de país a país en la UE[168], con un impacto directo en la mediación transfronteriza, y que será el propio Consejo de la Unión quien, en 2010, procederá a invitar a los "Member States to consider the particular issue of child abduction during the transposition and /or the implementation of the Directive 2008/52/CE of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of the mediation in civil and commercial matters"[169].

En este sentido, el Parlamento Europeo, que en 1987 creó la figura del Mediador/a para casos de sustracción internacional de menores por sus progenitores[170], renombrada, desde 2018, como Coordinadora del Parlamento Europeo para los Derechos del Niño[171], va a abogar en su ya apuntada Resolución de 12 de septiembre de 2017 por utilizar todas las herramientas disponible para "aumentar la tasa de utilización de la mediación familiar en contextos transfronterizos, en particular en caso de sustracción de menores"[172]. Máxime si se toma en consideración la especial complejidad que estas situaciones presentan en cuanto a su contenido y resolución. A lo que se añade, en muchas ocasiones, la falta de especialización de los operadores jurídicos que conocen de estas cuestiones[173].

En este entorno de cierta decepción con los resultados de la transposición de la Directiva 2008/52/CE, la evaluación del impacto de su puesta en práctica ha mostrado al Derecho de familia como aquel ámbito en el que, en el actual momento de futuro en construcción para la mediación que se vive en la UE, la institución refleja un nivel de conocimiento, potencialidad y presencia más amplio;

166 De Palo, G., Feasley, A. y Orecchini, F.: *Quantifying the cost*, cit., p. 10.

167 de Lima Pinheiro, L.: "Article 55: Cooperation on Cases Specific to Parental Responsibility", en AA.VV.: *Brussels II bis Regulation* (ed. por U. Magnus y P. Mankowski), Sellier, Munich, 2012, p. 418.

168 De hecho, la desacorde transposición en los diversos Estados de la Unión ha conducido a una interpretación diversa de su ámbito material. Vid., al respecto, Esplugues Mota, C.: "Civil and Commercial", cit pp. 739-740.

169 Council of the European Union: *Conclusions of the ministerial,* cit., p. 6.

170 En relación con su funcionamiento vid., Parlamento Europeo: *Mediador del Parlamento Europeo para casos de sustracción internacional de menores. Vademécum*, Parlamento Europeo, Estrasburgo (disponible en: https://www.europarl.europa.eu/pdf/mediator_children/Child_abduction_handbook_es.pdf).

171 https://www.europarl.europa.eu/at-your-service/es/be-heard/coordinator-on-children-rights

172 Parlamento Europeo: *Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2017,* cit., Conclusión principal (8).

173 Al respecto, González Beilfuss, C.: "La mediación en los conflictos familiares internacionales", en AA.VV.: *Materiales jurídicos del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña* (coord. por E. Lauroba Lacasa, I. Barrals Viñals e I. Viola Demestre), Generalitat de Cataluña, Barcelona, 2011, p. 228.

superior, en todo caso, al existente en otros muchos sectores civiles y mercantiles en los distintos países de la Unión[174]. Con una especial potencialidad, en relación con la responsabilidad parental y la sustracción de menores[175]. Los Reglamentos Bruselas II bis y ter son buenos ejemplos de ello.

3. Los Reglamentos Bruselas II bis y ter y el fomento de los MASC en materia de responsabilidad parental y secuestro internacional de menores.

El recurso a la mediación, y a otros mecanismos de resolución alternativa de litigios, como vía de resolución de las controversias surgidas en el ámbito familiar se hace patente, de manera y con grados diversos, en algunos de los Reglamentos existentes en relación con el Derecho de familia[176]. Así, el Reglamento (CE) nº 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos[177] apunta en su art. 51.2 que las autoridades centrales tomarán las medidas que estimen apropiadas en relación con el cobro de alimentos al amparo del art. 56 del mencionado texto reglamentario. Resaltando, entre ellas, la de "d) promover las soluciones amistosas a fin de obtener el pago voluntario de los alimentos, recurriendo cuando sea apropiado a la mediación, la conciliación o mecanismos análogos".

Sin embargo, es en los Reglamentos Bruselas II bis y, ahora, en el Bruselas II ter, donde el legislador europeo ha manifestado con mayor nitidez su apuesta por el fomento de los mecanismos de resolución alternativa de litigios para resolver unas disputas de carácter familiar -las relativas a la responsabilidad parental y a la sustracción de menores- que, por su propia naturaleza, y la especial sensibilidad –y grado diverso de disponibilidad- de los intereses involucrados, resultan particularmente complejas y sensibles.

174 European Commission: *Study for an Evaluation,* cit., pp. 66 y 77; Tymowski, J.: *The Mediation Directive. European Implementation Assessment*, European Parliamentary Research Service, PE 593.789, December 2016, Brussels, pp. 11, 14, 17 ó 23.

175 Tymowski, J.: *The Mediation,* cit., p. 11.

176 Esta referencia se echa a faltar en los Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24.6.2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales, DO L 183, de 8.7.2016, en el Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo, de 24.6.2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas, DO L 183, de 8.7.2016 o, aunque no se trata estrictamente de materia familiar, en el Reglamento (UE) nº 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4.7.2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo, DO L 201, de 27.7.2012.

177 DO L 7, de 10.1.2009.

A) El Reglamento Bruselas II bis.

Así, en línea con lo que prevé el Reglamento en materia de alimentos, también el Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000[178] menciona en su art. 55 que, a petición de una autoridad central de otro Estado miembro, o de un titular de la responsabilidad parental, las autoridades centrales cooperarán en asuntos concretos, con el fin de cumplir los objetivos del texto reglamentario. Y, a tal efecto, adoptarán, ya sea de forma directa o a través de las autoridades públicas u otros organismos, todas las medidas adecuadas, con arreglo a la legislación de dicho Estado miembro en materia de protección de datos personales, con vistas a, entre otros objetivos, "e) facilitar la celebración de acuerdos entre los titulares de la responsabilidad parental a través de la mediación o por otros medios, y facilitar con este fin la cooperación transfronteriza"[179] buscando facilitar el mencionado logro de los objetivos del Reglamento[180].

B) El Reglamento Bruselas II ter.

Por su parte, el Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores[181] con aplicación a partir del 1 de agosto de 2022 – entre otros avances[182]- se hace eco de la invitación formulada por el Consejo a la Comisión, ya en 2010, en el sentido de tomar en consideración el papel positivo que la mediación puede jugar a la hora de resolver "the issues related to parental authority, rights of custody, rights of access and international child abductions"[183]. Y da un paso adicional en el fomento de la mediación, y de cualquier otro mecanismo MASC, como vía de resolución de las controversias surgidas en materia de

178 DO L 338, de 23.12.2003.

179 Vid. Hernández Rodríguez, A.: "Mediación y secuestro", cit., p. 137.

180 Župan, M.: "Chapter 10 Cooperation of Central Authorities", en AA.VV.: *Jurisdiction in matrimonial matters, parental responsibility and abduction proceedings. A Handbook on the Application of Brussels IIa Regulation in National Courts* (ed. por C. Honorati), Giappichelli y Peter Lang, Torino / Frankfurt, 2017, p. 268-271; Lazić, V. y Schrama, W.: "Chapter 10: Cooperation between Central Authorities in Matters of Parental Responsibility", en AA.VV.: *Regulation Brussels IIbis. Guide for Application* (gen. ed. por V. Lazić), Asser Institut, The Hague, julio 2018, p. 284 y ss.

181 DO L 178, de 2.7.2019.

182 Al respecto, entre otros, Campuzano Díaz, B.: "El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111: análisis de las mejoras en las relaciones con el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 sobre responsabilidad parental", *CdT*, 2020, vol. 2020-1, p. 100 y ss.; Carpaneto, L.: "La ricerca de una (nuova) sintesi tra interesse superiore del minore in astratto e in concreto nella riforma del Regolamento Bruxelles II-bis", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, vol. LIV, núm. 4, 2018, p. 944 y ss.; Baruffi, M.C.: "A child-friendly area of freedom, security and justice: work in progress in international child abduction cases", *Journal of private international law*, vol. 14, núm. 3, 2018, p. 385 y ss.

183 Council of the European Union: *Conclusions of the ministerial,* cit., p. 5.

responsabilidad parental, así como, también, de las afloradas en relación con la sustracción internacional de menores[184].

Así, de forma coincidente con lo previsto en el art. 55.e) del Reglamento Bruselas II bis, el art. 79.g) del nuevo Reglamento Bruselas II ter reproduce la obligación que acompaña a las autoridades centrales requeridas de adoptar, bien directamente, o por conducto de los órganos jurisdiccionales, las autoridades competentes u otros organismos, "todas las medidas adecuadas" para, entre otros extremos, "g) facilitar la celebración de acuerdos entre los titulares de la responsabilidad parental a través de la mediación o por otros medios alternativos de resolución de litigios, y facilitar con este fin la cooperación transfronteriza"[185].

Sin embargo, más allá de reiterar lo previsto en el Reglamento Bruselas II bis, y en línea con la posición mantenida por distintos sectores de la doctrina en apoyo del genérico fomento del recurso a "esquemas" de mediación en este ámbito[186], el texto de Bruselas II ter da un significativo paso adelante en favor de ésta y de otros MASC en este sector[187]. Así, y soslayando la apuesta favorable a una mediación obligatoria en el ámbito de la sustracción internacional de menores, favorecida por algunos en la Unión[188], el art. 25 del Reglamento Bruselas II ter intitulado, específicamente, como "Formas alternativas de resolución de litigios" exige que "Lo antes posible" y "en cualquier fase del procedimiento", el órgano jurisdiccional que conozca de la eventual disputa en materia de responsabilidad parental, o del supuesto de sustracción internacional de menores, "invitará a las partes", bien de forma directa o, si procede, contando con la asistencia de las autoridades centrales "a que consideren si están dispuestas a recurrir a la mediación o a otra vía alternativa de resolución de litigios".

Siempre, se dice, que se trate de una materia susceptible de ser referida a mediación -algo que no es factible, por ejemplo, "en especial en los casos de

184 Al respecto, nótese, Espinosa Calabuig, R. y Carballo Piñeiro, L.: "Child protection in European family law", en AA.VV.: Facilitating Cross-border family life - Towards a common European Understanding (ed. por T. Pfeiffer, Q.C. Lobach y T. Rapp), Heidelberg University Publishing, Heidelberg, 2021, p. 19.

185 Nótese al respecto el Considerando 75 Reglamento Bruselas II ter.

186 Pretelli, I.: "Child Abduction and Return Proceedings", en AA.VV.: *Recasting the Brussels IIa Regulation Workshop 8 November 2016. Compilation of briefings*, European Parliament, Directorate General for Internal Policies. Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs. Legal Affairs, Brussels, 2016, p. 5; Forcada Miranda, F.J.: *Sustracción internacional,* cit, pp. 148-150.

187 Vid. González Beilfuss, C.: "La mediación", cit., pp. 231-232.

188 Al respecto, vid. Heckendorn Urscheler, L., Pretelli, I., Curran, J. et al: *Enlèvements parentaux transfrontaliers dans l'Union européenne. Synthèse*, Parlement européen. Direction générale des politiques internes. Département thématique C: Droits des citoyens et affaires constitutionnelles. Libertés civiles, justice et affaires intérieures, Bruxelles, 2015, p. 9. Igualmente, Pretelli, I.: "Child Abduction", cit., p. 11. Con carácter general, y en relación con esta propuesta, vid. De Palo, G., D'Urso, L., Trevor, M. et al: *'Rebooting' the Mediation Directive: Assessing the Limited Impact of Its Implementation and Proposing Measures to Increase the Number of Mediations in the EU*, European Parliament. Directorate General for Internal Policies. Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs. Legal Affairs, Brussels, 2014, pp. 163-164.

violencia sobre la mujer"[189]- y que el recurso a los MASC no resulte "contrario al interés superior del menor, no sea adecuado en el caso particular o conlleve un retraso indebido del procedimiento"[190]. Precisamente, esta idea del retraso, así como de costes adicionales que, en concreto, el recurso a la mediación puede conllevar en los procedimientos de restitución, es resaltada, desde antiguo, por la doctrina como una de las trabas que inciden sobre su utilización en este sector[191].

El cambio de filosofía y de enfoque es doblemente trascendente al favorecerse el consenso frente a la confrontación[192] y hacerlo, además, de forma amplia, apostando por buscarlo dentro o fuera de una mediación. Lo que en sí mismo constituye una opción relevante dado que, dejando de lado las diferencias que puedan existir en cuanto a la naturaleza y desarrollo en la práctica de los distintos MASC potencialmente utilizados, sólo la mediación cuenta con un soporte normativo europeo.

Con todas sus limitaciones -y previsibles dificultades interpretativas-, el art. 25 del Reglamento Bruselas II ter adquiere, de esta suerte, una especial importancia, tanto por su contenido mismo, como por los cambios que incorpora respecto del texto de 2003, reflejando la clara voluntad del legislador europeo de fomentar el logro de acuerdos en este ámbito. Habrá que esperar, eso sí, a su puesta en práctica en un sector tan complejo como es éste, para valorar el grado de éxito conseguido por el legislador europeo.

189 Considerando 43 del Reglamento Bruselas II bis.

190 En tal sentido, Musseva, B.: "The recast of the Brussels IIa Regulation: the sweet and sour fruits of unanimity", ERA Forum, núm. 21, 2020, pp. 136-137. Lo que apoyaría, por ejemplo, la formación –y concienciación- del mediador en relación con esta cuestión. Al respecto, Espinosa Calabuig, R. y Carballo Piñeiro, L.: "Child protection", cit., p. 21.

191 Al respecto, Borrás Rodríguez, A.: "Bruselas II, Bruselas II bis, Bruselas II ter…", *REEI*, núm. 38, 2019, p. 4, y González Beilfuss, C.: "La sustracción de menores en el nuevo Reglamento 1019/1111", en AA.VV.: *Relaciones transfronterizas, globalización y Derecho. Homenaje al Profesor Doctor José Carlos Fernández Rozas* (ed. por S. Álvarez González, R. Arenas García, P.A. de Miguel Asensio et al, Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2020, p. 396; Brosch, M. y Mariotinni, C.M.: *EUFAMS II,* cit., p. 20. Una mención a los costes que ya será apuntada en 2021 por la Conferencia de La Haya de DIPr en su Guía de Buenas Prácticas (Hague Conference on Private International Law: *Guía de Buenas Prácticas,* cit., p. 53 y ss.). Precisamente con objeto de limitar este impacto en los costes, el Parlamento Europeo, en su Resolución sobre la propuesta de refundición del Reglamento II bis presentada por la Comisión Europea en 2016 afirmaba en su enmienda 15 (por la que se modificaba el Considerando 28 de dicha propuesta), la obligación de proporcionar a las partes una ayuda financiera para recurrir a la mediación, "por lo menos en la medida en que se les haya o se les habría concedido asistencia jurídica" (Parlamento Europeo: *Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 18 de enero de 2018, sobre la propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición),* (COM(2016)0411 — C8-0322/2016 — 2016/0190(CNS)), DO C 458, de 19.12.2018, p. 507). Una propuesta reflejada en el texto modificado del art. 38.1.b) de la Propuesta (*Ibid*., Enmienda 52, p. 521). De hecho, la propia Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado es consciente de ello, como se observa en el hecho de congratularse del logro de una disminución en las demoras en los procedimientos en virtud del Convenio, también, en el plano de la mediación (al respecto, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado: *Comisión Especial,* cit., p. 2, nº. 14).

192 González Beilfuss, C.: "La sustracción", cit., p. 397.

IV. EL FUTURO QUE (CASI YA) LLEGÓ.

La UE coincide con otras instituciones internacionales en el fomento, constante y desde antiguo, de la mediación y de otros instrumentos MASC, como vías para la resolución de las disputas surgidas en el ámbito del Derecho de familia internacional. También de aquellas que involucran a menores, y que por este hecho presentan una complejidad adicional, y requieren de una especial sutileza en su planteamiento y resolución. El soporte normativo existente es amplio y plural, y su uso en la práctica resulta creciente. Perdura, sin embargo, una cierta sensación de que todavía subsisten ciertas barreras y dificultades a la hora de convertir a los medios de resolución alternativa de conflictos, especialmente la mediación, en vías reales de resolución de disputas en materia civil y mercantil, también en relación con aquellas que afectan a menores; mecanismos en los que las partes involucradas piensen de forma directa e inmediata, en condiciones de igualdad con los tribunales estatales. Pero, a la vez, se siento que el futuro está más cerca que nunca.

BIBLIOGRAFÍA

ADAMO, R., FROSINA, A. y TRIOLO, G.: "Civil Justice in matrimonial matters and the matters of parental responsibility", en AA.VV.: *Mediation in Europe at the cross-road of different legal cultures* (ed. por A. MIRANDA), Aracne, Roma, 2014.

ALLES, S.: "Recensión a La médiation familiale internationale. La diplomatie du coeoeur dans les enlèvements d'enfants", *Revue des politiques sociales et familiales*, núm. 92, 2008.

AZCÁRRAGA MONZONÍS, C.:

- "El (limitado) impacto de la directiva sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles y la mediación obligatoria como medida de promoción", AA.VV.: *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de justicia* (coord. por S. BARONA VILAR), Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2016.

- "Sustracción internacional de menores: vías de actuación en el marco jurídico vigente", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 20, 2015.

BARONA VILAR, S.:

- "Justicia integral' y 'access to justice', crisis y evolución del 'paradigma'", en AA.VV.: *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de justicia* (ed. por S. BARONA VILAR), Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016.

- *Mediación civil en asuntos civiles y mercantiles en España. Tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio*, Tirant lo Blanch, Valencia.

- *Nociones y principios de las ADR (Solución extrajurisdiccional de conflictos)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

- "Psicoanálisis del arbitraje en la sociedad virtual y líquida del Siglo XXI. Entre la deconstrucción y la caquexia", en AA.VV.: *Psicoanálisis del arbitraje: solución o problema en el actual paradigma de justicia* (ed. por S. BARONA VILAR), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

BARONA VILAR, S. y ESPLUGUES MOTA, C.: "ADR Mechanisms and Their Incorporation into Global Justice in the Twenty-First Century: Some Concepts and Trends", en AA.VV.: *Global Perspectives on ADR* (ed. por C. ESPLUGUES y S. BARONA), intersentia, Cambridge, 2014.

Baruffi, M. C.: "A child-friendly area of freedom, security and justice: work in progress in international child abduction cases", *Journal of private international law*, vol. 14, núm. 3, 2018.

Beaumont, P., Walker, L. y Holliday, J.: "Parental Responsibility and International Child Abduction in the proposed recast of Brussels IIa Regulation and the effect of Brexit on future child abduction proceedings", *International Family Law Journal*, 2016.

Borrás Rodríguez, A.:

- "Bruselas II, Bruselas II bis, Bruselas II ter…", *REEI*, núm. 38, 2019.

- "La evolución de la protección del niño en el Derecho internacional privado desde el Convenio de Nueva York de 1989", en AA.VV.: *La Protección de los niños en el Derecho Internacional y en las relaciones internacionales. Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño* (dir. por F. Aldecoa Luzárraga y J.J. Forner Delaygua), Marcial Pons, Madrid, 2010.

Briant, U.: "Caractéristiques de la médiation dans les cas de l'enlèvement illicite d'enfants - ce que le médiateur doit savoir et le type de médiation recommandé (solutions en ligne)", en Caroll, M., Briant, U., Németh, Z. et al: *La médiation dans les cas illicites de l'enlèvement international d'enfants - une solution à l'amiable dans l'intérêt des enfants. Manuel pour les médiateurs et autres experts*, Ministry of Justice Hungary, Bundesamt für Justiz, Minisière de la Justice RF, Országos Bírósági Hivatal, 2014.

Brosch, M. y Mariotinni, C.M.: *EUFAMS II. Facilitating Cross-Border Family Life: Towards a Common European Understanding Report on the International Exchange Seminar 20 december 2019*, Max Planck Institut Luxembourg for Procedural Law / Universität Heidelberg, Luxembourg (disponible en: https://pure.mpg.de/pubman/item/item_3250282_1/component/file_3250283/download.php%3Fart%3Dprojektbericht%26id%3D17).

Caamiña Domínguez, C. M.: "La mediación ante el secuestro internacional de menores", *Revista internacional de estudios de Derecho internacional y arbitraje*, núm. 1, 2001.

Calvo Babío, F.: "La mediación en la sustracción internacional de menores", en AA.VV.: *Métodos alternativos de solución de conflictos desde una perspectiva multidisciplinar* (dir.-ed. por M. Gonzalo Quiroga), Dykinson, Madrid, 2006.

Campuzano Díaz, B.: "El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111: análisis de las mejoras en las relaciones con el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 sobre responsabilidad parental", *CdT*, 2020, vol. 2020-1.

Carpaneto, L.: "La ricerca de una (nuova) sintesi tra interesse superiore del minore in astratto e in concreto nella riforma del Regolamento Bruxelles II-bis", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, vol. LIV, núm. 4, 2018.

Carrillo Lerman, C.: "Mediación familiar internacional y sustracción de menores", *BARATARIA Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, núm. 19, 2015.

Caso Señal, M.: "La mediación en los conflictos transfronterizos de sustracción de menores", *Revista de Mediación*, nº 8-2, 2011.

Chéliz Inglés, M. C.: "Alcance y retos de la mediación en la sustracción internacional de menores: Países no contratantes del Convenio de La Haya de 1980", en AA.VV.: *La aplicación de la mediación en la resolución de los conflictos en el Mediterráneo (iniciativa para la mediación en el Mediterráneo* (dir. por R. Grasa Hernández, A. Blanc Altemir y P. Diago Diago), MAEC/AEPDIRI, Madrid, 2015.

Comisión Europea: *Contratación pública. Guía práctica sobre cómo evitar los errores más comunes en la contratación pública de proyectos financiados con cargo a los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos*, Oficina de Publicaciones, Luxemburgo, 2015.

Comisión Europea: *Informe de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Bruselas, 26.8.2016, COM(2016) 542 final.

Comité de los derechos del niño:

- *Observación general nº 2 (2002). El papel de las instituciones nacionales independientes de los derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño*, 32º período de sesiones, 13 a 31.1.2003, CRC/GC/2002/2, 15.11.2002.

- *Observación general nº 12 (2009). El derecho del niño a ser escuchado*, 51º período de sesiones, Ginebra, 25.5 a 12.6 de 2009, CRC/C/GC/12, 20.7.2009.

- *Observación general nº 14 (2013) Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*, CRC/C/GC/14, 29.5.2013.

Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado:

- *Conclusiones y Recomendaciones de la Cuarta Reunión de la Comisión especial sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (22-28 de marzo de 2001) redactadas por la Oficina Permanente* (disponible en: https://www.hcch.net/upload/concl28sc4_s.pdf).

- *Conclusiones y recomendaciones de la quinta reunión de la Comisión Especial para revisar el funcionamiento del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y la implementación práctica del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños (30 de octubre-9 de noviembre de 2006) adoptadas por la Comisión Especial* (disponible en: https://assets.hcch.net/upload/concl28sc5_s.pdf).

- *Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico de los Convenios de La Haya de 1980 y 1996 (10 – 17 de octubre de 2017)*, (disponible en: https://assets.hcch.net/docs/b50c61b7-50a2-495c-b004-36e9000646df.pdf).

- *Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Primera Parte – Práctica de las autoridades centrales*, Family Law, Bristol, 2003

Council of Europe: *Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child-friendly justice (adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 17 November 2010 and explanatory memorandum)*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2011.

Council of the European Union: *Conclusions of the ministerial seminar organised by the Belgian Presidency concerning international family mediation in cases of international child abduction*, Brussels, 12.11.2010, 16121/10, JUSTCIV 194.

de Lima Pinheiro, L.: "Article 55: Cooperation on Cases Specific to Parental Responsibility", en AA.VV.: *Brussels II bis Regulation* (ed. por U. Magnus y P. Mankowski), Sellier, Munich, 2012.

De Palo, G., Feasley, A. y Orecchini, F.: *Quantifying the cost of not using mediation – a data analysis*, European Parliament. Directorate General for Internal Policies. Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs. Legal Affairs, Brussels, 2011.

De Palo, G., D'Urso, L., Trevor, M. et al.: *'Rebooting' the Mediation Directive: Assessing the Limited Impact of Its Implementation and Proposing Measures to Increase the Number of Mediations in the EU*, European Parliament. Directorate General for Internal Policies. Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs. Legal Affairs, Brussels, 2014.

Espinosa Calabuig, R.:

- *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

- "La (olvidada) perspectiva de género en el Derecho internacional privado", *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies Rivista quadrimestrale on line sullo Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*, núm. 3, 2019.

- "Traslado o retención ilícitos de menores tras la reforma de 2015: rapidez, especialización y algunas ausencias", *REDI*, vol. 68/2, julio-diciembre 2016.

Espinosa Calabuig, R. y Carballo Piñeiro, L.: "Child protection in European family law", en AA.VV.: Facilitating Cross-border family life - Towards a common European Understanding (ed. por T. Pfeiffer, Q.C. Lobach y T. Rapp), Heidelberg University Publishing, Heidelberg, 2021.

Esplugues Mota, C.:

- "Civil and Commercial Mediation in the EU After the Transposition of Directive 2008/52/EC", en *Civil and Commercial Mediation in Europe. Cross Border Mediation* (ed. por C. Esplugues), intersentia, Cambridge, 2014.

- "Cruzando el espejo arbitral: las propuestas de la CNUDMI en materia de arbitraje acelerado y la búsqueda del 'triángulo mágico'", en AA.VV.: *Psicoanálisis del arbitraje: solución o problema en el actual paradigma de justicia* (ed. por S. Barona Vilar), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

- "El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica: una realidad consolidada no exenta de tensiones", en AA.VV.: *Tratado de arbitraje comercial interno e internacional en Iberoamérica* (coord. por C. Esplugues Mota, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

- "International Commercial Arbitration in the EU and the PRC: A tale of Two Continents or 28 + 3 Legal Systems", en *Private International Law in Mainland China, Taiwan and Europe* (ed. por J. Basedow y K.B. Pissler), Mohr Siebeck, Tubinga, 2014.

- *Mediación civil y comercial. Regulación internacional e iberoamericana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

Esplugues Mota, C. e Iglesias Buhigues, J. L.: "Mediation and Private International Law: Improving Free Circulation of Mediation Agreements Across the EU", en AA.VV.: *The Implementation of the Mediation Directive 29 November 2015. Compilation of In-depth Analysis*, European Parliament – Directorate-General for Internal Policies), Brussels, 2016.

European Commission:

- *Study for an Evaluation and Implementation of Directive 2008/52/EC- the 'Mediation Directive' Final Report*, Directorate-General Justice and Consumers, Directorate A – Civil Justice, Unit A1 – Civil Justice Policy, Brussels, 2016.

- *The 2020 EU Justice Scoreboard, Publications Office of the European Union*, Luxembourg, 2020

European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ):

- *Analysis on Assessment of the Impact of Council of Europe Recommendations Concerning Mediation*, Working group on mediation (CEPEJ-GT-MED) CEPEJ (2007) 12, Strasbourg, 3.5.2007 (disponible en: http://anterior.cumbrejudicial.org/html-cumbres/Referentes_Internacionales_de_Justicia/Ref_Int_por_temas/DOCUMENTOS/MEDIACION/MEDIACION_CEPEJ_2007_12.doc).

- *European Handbook for Mediation Lawmaking. As adopted at the 32th plenary meeting of the CEPEJ Strasbourg, 13 and 14 June 2019* (disponible en: https://rm.coe.int/cepej-2019-9-en-handbook/1680951928).

- *Guidelines for a better implementation of the existing recommendation concerning family mediation and mediation in civil matters*, Strasbourg, 7.12.2007, CEPEJ(2007)14 (disponible en: http://anterior.cumbrejudicial.org/html-cumbres/Referentes_Internacionales_de_Justicia/Ref_Int_por_temas/DOCUMENTOS/MEDIACION/MEDIACION_CEPEJ_2007_14.doc)

European Union Agency for Fundamental Rights (FRA): *Children deprived of parental care found in an EU Member State other than their own. A guide to enhance child protection focusing on victims of trafficking*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2019.

Fernández Pérez, A.: "El interés superior del menor: derecho fundamental y/o principio rector del Derecho internacional privado", en *Menores extranjeros: problemas actuales y retos jurídicos* (dir. por J.M. Velasco Retamosa), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

Forcada Miranda, F. J.: *Sustracción internacional de menores y mediación familiar*, Sepin, Madrid, 2015.

FRA–European Union Agency for Fundamental Rights: *Access to Justice in Europe: An Overview of Challenges and Opportunities*, FRA, Viena, 2010.

Gandía Sellens, M. A.: "La responsabilidad parental y la sustracción de menores en la Propuesta de Comisión para modificar el RB II Bis: algunos avances, retrocesos y ausencias", *AEDIPr*, 2017.

Garau Sobrino, F.: "Notas sobre la colisión de fuentes de Derecho Internacional Privado español sobre responsabilidad parental y protección del niño", *CdT*, vol. 3-1, 2011.

Gómez Bengoechea, B.: *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores: problemas de aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980*, Dykinson, Madrid, 2002.

González Beilfuss, C.:

- "La mediación en los conflictos familiares internacionales", en AA.VV.: *Materiales jurídicos del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña* (coord. por E. Lauroba Lacasa, I. Barrals Viñals e I. Viola Demestre), Generalitat de Cataluña, Barcelona, 2011.

- "La sustracción de menores en el nuevo Reglamento 1019/1111", en AA.VV.: *Relaciones transfronterizas, globalización y Derecho. Homenaje al Profesor Doctor José Carlos Fernández Rozas* (ed. por S. Álvarez González, R. Arenas García, P.A. de Miguel Asensio et al, Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2020.

González Marimón, M.:

- "El principio del interés superior en supuestos de sustracción ilícita internacional: la jurisprudencia del TJUE y TEDH", en AA.VV.: *Aproximación interdisciplinar a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia* (dir. por M.C. García Garnica y N. Marchal Escalona), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.

- "La libre circulación de resoluciones judiciales en la UE en el caso de la sustracción internacional de menores", *Revista Justicia y Derecho*, vol. 3, núm. 2, 2020.

- *Responsabilidad parental e interés superior del menor en la UE: del Reglamento Bruselas II bis al ter*, Tesis Doctoral (inédita), 2021.

- "Un paso más en el proceso de armonización del derecho privado europeo: la concreción por el TJUE del concepto de residencia habitual del menor recogido en el Reglamento Bruselas II bis", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 30, 2020.

González Martín, N.:

"International Parental Child Abduction and Mediation", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XV, 2015.

"La mediación en casos de sustracción internacional de menores por uno de los progenitores y los acuerdos voluntarios transfronterizos: el caso mexicano", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XLVII, núm. 141, 2014.

Haftel, B.: *Droit international privé*, Dalloz, 2ª ed., Paris, 2020.

Hague Conference on Private International Law:

Contacto transfronterizo relativo a los niños. Principios generales y Guía de buenas prácticas, 2010 (disponible en: https://assets.hcch.net/docs/230b60d3-0418-4cc0-a2f1-fdcb6add9605.pdf).

Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Mediación, Hague Conference on Private International Law, La Haya, 2012.

Los "Principios para el establecimiento de estructuras de mediación en el contexto del proceso de Malta" y el memorándum explicativo redactado por la oficina permanente (traducción no revisada) (disponible en: https://www.hcch.net/upload/wop/abduct2011pd06s.pdf).

Manual práctico sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, La Haya, 2014.

Proyecto de guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Quinta parte – mediación redactado por la Oficina Permanente (traducción no revisada), Doc. Prel. nº 5, mayo de 2011 (disponible en: https://www.hcch.net/upload/wop/abduct2011pd05e.pdf).

Working party on mediation in the context of the Malta process explanatory memorandum on the principles for the establishment of mediation structures in the context of the Malta process drawn up by the Working Party with the assistance of the Permanent Bureau (disponible en: https://assets.hcch.net/upload/wop/mediationmemo_e.pdf).

Heckendorn Urscheler, L., Pretelli, I., Curran, J. et al, *Cross-border parental child abduction in the European Union*, Directorate-General for Internal Policies. Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs. Civil Liberties, Justice and Home Affairs, Brussels, 2015,

Heckendorn Urscheler, L., Pretelli, I., Curran, J. et al: *Enlèvements parentaux transfrontaliers dans l'Union européenne. Synthèse*, Parlement européen. Direction générale des politiques internes. Département thématique C: Droits des citoyens et affaires constitutionnelles. Libertés civiles, justice et affaires intérieures, Bruxelles, 2015.

Hernández Rodríguez, A.: "Mediación y secuestro internacional de menores: ventajas e inconvenientes", *CdT*, vol. 6, núm. 2, 2014.

Infantino, M.: "Family Mediation. A Comparative Survey", en AA.VV.: *Mediation in Europe at the cross-road of different legal cultures* (ed. por A. Miranda), Aracne, Roma, 2014.

Jänterä-Jareborg, M.: "The Child in the Intersections between Society, Family, Faith and Culture", en AA.VV.: *The Child's Interests in Conflict. The Intersections between Society, Family, Faith and Culture* (ed. por M. Jänterä-Jareborg), intersentia, Cambridge, 2016.

Kruger, T.: "Enhancing Cross-Border Cooperation", en AA.VV.: *Recasting the Brussels IIa Regulation Workshop 8 November 2016. Compilation of briefings*,

European Parliament, Directorate General for Internal Policies. Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs. Legal Affairs, Brussels, 2016,

Lazić, V. y Schrama, W.: "Chapter 10: Cooperation between Central Authorities in Matters of Parental Responsibility", en AA.VV.: *Regulation Brussels IIbis. Guide for Application* (gen. ed. por V. Lazić), Asser Institut, The Hague, julio 2018.

Martin Casals, M.: "Divorce Mediation in Europe: An Introductory Outline", *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 9.2, 2005.

Orejudo de los Mozos, P.: "Competencia judicial internacional y contenido de los acuerdos de mediación en la sustracción internacional de menores", en AA.VV.: *Tratado de mediación. Mediación en conflictos familiares. Tomo III* (ed. por C. Azcárraga Monzonis y P. Quinzá Redondo), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

Orejudo de los Mozos, P.: "Mediación y sustracción internacional de menores", en AA.VV.: *La Protección de los niños en el Derecho Internacional y en las relaciones internacionales. Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño* (dir. por F. Aldecoa Luzárraga y J.J. Forner Delaygua), Marcial Pons, Madrid, 2010.

Palao Moreno, G.:

"La mediación familiar internacional", en AA.VV.: *Estudios sobre la Ley valenciana de mediación familiar* (ed. por Llopis Giner, J.M.), Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 2003.

"La mediación y su codificación en Europa: aspectos de derecho internacional privado)", en AA.VV.: *El Derecho Procesal del Siglo XX a golpe de tango. Juan Montero Aroca. Liber Amicorum, en homenaje y para celebrar su LXX cumpleaños* (coord. por J.L. Gómez Colomer, S. Barona Vilar y P. Calderón Cuadrado), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

"La sustracción internacional de menores en la jurisprudencia española", *Revista de Derecho de Familia*, núm. 16, 2002.

"Mediación y Derecho internacional privado", en AA.VV.: *El arreglo pacífico de controversias internacionales* (coord. por E. M. Vázquez Gómez, M. Dolores Adam Muñoz y N. Cornago Prieto), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

Parlamento Europeo: *Mediador del Parlamento Europeo para casos de sustracción internacional de menores. Vademécum*, Parlamento Europeo, Estrasburgo (disponible

en: https://www.europarl.europa.eu/pdf/mediator_children/Child_abduction_handbook_es.pdf).

Paul, C. C.: "The Role of Family Mediation in Matters of Parental Responsibility", en AA.VV.: *Recasting the Brussels IIa Regulation Workshop 8 November 2016. Compilation of briefings*, European Parliament, Directorate General for Internal Policies. Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs. Legal Affairs, Brussels, 2016.

Pérez Vera, E.: *Informe explicativo del Convenio HCCH sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*, núm. 92 (disponible en: https://assets.hcch.net/docs/43df3dd9-a2d5-406f-8fdc-80bc423cdd79.pdf).

Pretelli, I.: "Child Abduction and Return Proceedings", en AA.VV.: *Recasting the Brussels IIa Regulation Workshop 8 November 2016. Compilation of briefings*, European Parliament, Directorate General for Internal Policies. Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs. Legal Affairs, Brussels, 2016.

Quicios Molina, S.: "Filiación e interés superior del menor", en AA.VV.: *Aproximación interdisciplinar a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia* (dir. por M.C. García Garnica y N. Marchal Escalona), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.

Quinzá Redondo, P.: "El arbitraje comercial internacional y los instrumentos de Bruselas: (re)pensando sobre su compleja relación", en en AA.VV.: *Psicoanálisis del arbitraje: solución o problema en el actual paradigma de justicia* (ed. por S. Barona Vilar), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

Service Social International: *Resolver los conflictos familiares. Una guía para la mediación familiar internacional*, SSI, Ginebra, 2015.

Soto Rodríguez, M. L.: "La mediación en la sustracción internacional de menores en la Unión Europea", *Revista de Estudios Europeos*, núm. 71, 2018.

Teitz, L. E.: "Malta Process and Cross-Cultural Aspects in Family Disputes", AA.VV.: *The Child's Interests in Conflict. The Intersections between Society, Family, Faith and Culture* (ed. por M. Jänterä-Jareborg), intersentia, Cambridge, 2016.

Tymowski, J.: *The Mediation Directive. European Implementation Assessment*, European Parliamentary Research Service, PE 593.789, Brussels, December 2016.

Valdebenito Larenas, C., Rojo Burrows, A. y Campillay Díaz, P.: "Mediación familiar y plan de parentalidad: mecanismos para el ejercicio del cuidado personal

y corresponsabilidad en la paternidad y maternidad activa", *Revista de Mediación*, núm. 12-2, 2019.

VAN KOTE, A.: "Les enfants et la médiation familiale", *AJ Famille*, 2009.

VELARDE D'AMIL, Y.: "La mediación en los supuestos de sustracción internacional de menores y el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores", *Revista de Derecho UNED*, núm. 17, 2015.

YBARRA BORES, A.: "Mediación familiar internacional y Unión Europea: últimos avances", en AA.VV.: *Hacia un Derecho conflictual europeo: realizaciones y perspectivas* (coord. por M. DI FILIPPO, B. CAMPUZANO DÍAZ, A.RODRÍGUEZ BENOT et al.), Universidad de Sevilla, Sevilla, 2008.

ŽUPAN, M.: "Chapter 10 Cooperation of Central Authorities", en AA.VV.: *Jurisdiction in matrimonial matters, parental responsibility and abduction proceedings. A Handbook on the Application of Brussels IIa Regulation in National Courts* (ed. por C. HONORATI), Giappichelli y Peter Lang, Torino / Frankfurt, 2017.

EL IMPACTO DEL CAMBIO CLIMÁTICO EN LA MOVILIDAD HUMANA: LAS MIGRACIONES CLIMÁTICAS EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL Y EUROPEO*

THE IMPACT OF CLIMATE CHANGE ON HUMAN MOBILITY: CLIMATE MIGRATIONS WITHIN THE INTERNATIONAL AND EUROPEAN FRAMEWORK

Rev. Boliv. de Derecho Nº 32, julio 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 526-559

Trabajo realizado en el marco del Proyecto I+D+i, código DER2017-85443-P (MINECO/AEI/FEDER, UE).

Karla
ZAMBRANO
GONZÁLEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de febrero de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 30 de abril de 2021

RESUMEN: Durante décadas, el fenómeno migratorio se ha erigido como uno de los ejes de regulación más espinosos de política de la Unión Europea (UE). Hoy, además, la lucha contra el cambio climático en todas las regiones del mundo agrava la situación de los nuevos "refugiados climáticos" o "desplazados medioambientales", cuyo régimen jurídico no tiene amparo en la obsoleta Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951.

PALABRAS CLAVE: Unión Europea; política climática europea; política migratoria europea; Sistema Europeo Común de Asilo (SECA); refugiados climáticos; desplazamientos medioambientales.

ABSTRACT: *For decades, the migration phenomenon has been one of the thorniest regulatory issues in the European Union (EU) policy. In addition, today, the fight against climate change in all regions of the world makes the situation worse for the new "climate refugees" or "environmental displaced people", whose legal status is not yet covered by the ancient 1951 Refugee Convention.*

KEY WORDS: *European Union; european climate policy; european migration policy; Common European Asylum System (CEAS); climate refugees; environmental displacements.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DERECHO DE ASILO: REFERENCIAS A LA TRADICIÓN HEBREA, MUSULMANA, GRECORROMANA Y CRISTIANA.- 1. Conceptualización jurídico-etimológica del derecho de asilo.- 2. La regulación internacional del derecho de asilo: la convención sobre el estatuto de los refugiados de 1951 y el protocolo de Nueva York de 1967.- III. EL INFRANQUEABLE SISTEMA EUROPEO COMÚN DE ASILO (SECA).- 1. El Reglamento (UE) nº 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativo a la creación del sistema "Eurodac" para la comparación de las impresiones dactilares.- 2. El Reglamento (UE) 604/2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados Miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida.- IV. LOS REFUGIADOS Y DESPLAZADOS CLIMÁTICOS: EL GRAN DESAFÍO DE LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEA Y EUROPEA.- 1. El cambio climático: el cataclismo de nuestros días.- 2. El drama de los desplazamientos y migraciones climáticas.- V. CONSIDERACIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN.

El tema objeto del presente estudio se enmarca en un ámbito novedoso y sin precedentes que, sin duda alguna, plantea serios desafíos en la comunidad internacional y será ampliamente discutido por la doctrina en los próximos años. Asimismo, es una cuestión especialmente sensible al respeto de los derechos humanos que tiene una profunda vinculación histórica y sobre la que escasean los pronunciamientos jurisprudenciales actuales, motivo principal de la justificación de esta investigación.

Desde los inicios de las civilizaciones humanas, el derecho de asilo ha tenido una gran trascendencia en las relaciones establecidas entre individuos y Estados. No en vano, de un fragmento de la tragedia "Las suplicantes" de Esquilo[1], se extrae literalmente:

"Han decidido los argivos, y no con titubeos, sino rejuveneciéndome en mi viejo corazón -pues han erizado el éter las manos diestras, alzadas en masa, de quienes han aprobado este alegato-, que nosotros residamos en esta tierra, libres,

1 Se considera a Esquilo como el primer poeta occidental, cuya obra adopta la forma de tragedia. Sin embargo, sus obras han sido determinantes para situar las fechas más cercanas y con mayor aceptación entre los historiadores clásicos, así situarían su nacimiento en torno al 525 a.C.
Para mayores detalles, véase Esquilo: *Persas, Siete contra Tebas: suplicantes, Prometeo encadenado*, (versión editada por Clúa Serena, J. A. & Montañés Gómez, R. J.), Akal, Madrid, 2013, p.147; Santiago Álvarez, R. A.: "Esquilo, 'Las suplicantes': una 'hospitalidad' plasmada en leyes", *Faventia,* Supplementa 2, 2013, pp. 57-58 [última consulta, 20 de noviembre de 2020].

• Karla Zambrano González
Contratada predoctoral en formación del Departamento de Derecho Internacional "Adolfo Miaja de la Muela" de la Universitat de València. Email: karla.zambrano@uv.es.

sin remisión posible, y con inviolabilidad por parte de mortales; y que nadie, ni propio ni extraño, pueda apoderarse de nosotros; y si se hace uso de la fuerza, aquel de estos terratenientes que no nos ayude, que sea proscrito con destierro sancionado por el pueblo"[2].

A pesar de que cada experiencia migratoria es única, el sentimiento de dolor y la consternación ante lo desconocido es común a todos. No obstante, las causas que motivan sus respectivos éxodos no tienen porqué guardar semejanza. Es así, como se establece una distinción entre aquellos migrantes de carácter económico de aquellos que se ven perseguidos o tienen fundados temores a serlo por causas, únicamente, referidas a aspectos personalísimos e inherentes a la condición humana, como lo son la religión, la opinión política, la identidad sexual, la raza, la nacionalidad entre otras. En este caso, hablamos de solicitantes de asilo. Con todo, a esos periplos, en ocasiones, carentes de humanidad, desde hace ya algunos años, se suma un factor todavía más poderoso e imprevisible: el cambio climático.

En todas las regiones del mundo, el cambio climático está alterando gravemente la atmósfera, el entorno, los ecosistemas, la biodiversidad y, en consecuencia, la vida de las personas. Ese es el complejo escenario en el que se imbrican el derecho positivo, el cambio climático y los desplazamientos o migraciones climáticas.

Durante los próximos años, la Humanidad vivirá momentos críticos ante el aluvión de desplazamientos y migraciones que se producirán como consecuencia de las condiciones climáticas adversas y no estamos preparándonos para asumir este gran desafío. De hecho, ya hay países enteros condenados a la desaparición que tienen dificultades para sofocar los conflictos internos de sus poblaciones por recursos tan esenciales como la tierra y el agua; islas que no podrán sobrevivir al aumento del nivel del mar; zonas costeras que yacerán bajo las aguas y, en contraposición, la aridez y la desertificación que se apodera de otras regiones. Ejemplo de todo ello, bien podrían ser los Estados miembros de la Alianza Internacional de Estados Insulares (AOSIS), que agrupa un total de 44 Estados pertenecientes a África, el Caribe y el Océano Pacífico e Índico; bien países como Honduras, que atraviesa una megasequía de más de diez meses, o Somalia donde la sed y el hambre perduran desde hace décadas. Como vemos, el cambio climático es una realidad.

Desde su creación en 1988, el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre Cambio Climático (IPCC), lleva advirtiéndonos desde hace más de 30 años, de las graves consecuencias que acarreará el calentamiento global de no cambiar los insostenibles patrones de consumo y producción actuales, ya que, con toda

2 Esquilo: *Persas, Siete contra,* cit., p. 147.

probabilidad, los seres humanos somos los responsables del cambio climático de los últimos tiempos.

Nuestro ansiado desarrollo económico, cultural y social no ha sido, en absoluto, equilibrado ni respetuoso con el medio ambiente y ello tiene su coste. De esta manera surgió el principio de "responsabilidades comunes pero diferenciadas" recogido, por primera vez, en la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC)[3] y que establece un reparto de las obligaciones asumidas por las partes, distinguiendo entre países desarrollados, menos desarrollados, en vías de desarrollo y aquellos que son especialmente vulnerables a la variabilidad del clima.

Ahora bien, en lo que respecta a la cuestión migratoria, lo primero que deberíamos tener en cuenta es que, a lo largo del tiempo, el Derecho de asilo, apenas ha sido objeto de modificaciones, concibiéndose, en esencia, como una concesión graciable del Estado receptor[4]. No obstante, la Asamblea General (AG) de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), consideró oportuno anexar en su resolución 217 A (III)[5], la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante, DUDH), cuyo art. 14 concibe la figura del asilo como el derecho a buscar refugio que, toda persona tiene en caso de persecución, sin que su solicitud se realice a instancia de quienes hubieran perpetrado "delitos o actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas".

Como bien es sabido, la DUDH carece de un efecto jurídico vinculante para los Estados miembros de la ONU y más aún para aquellos que ni siquiera son miembros. Además, la DUDH no establece un derecho a obtener asilo, sino a buscarlo[6], motivo por el que años más tarde, sería la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (en adelante, Convención de Ginebra de 1951)[7], la encargada de recoger los estándares esenciales de la protección internacional y, en consecuencia, el primer instrumento jurídico adoptado por la comunidad internacional para regular el estatus jurídico de los refugiados. Casi dos décadas más tarde, con la adopción del Protocolo de Nueva York en 1967, se desarrollaron las disposiciones del Convenio de Ginebra, y desde entonces, el silencio jurídico

3 Convención Marco de Naciones Unidas sobre el cambio climático (CMNUCC), hecha en Nueva York el 9 de mayo de 1992, *BOE, núm. 27*, de 1 de febrero de 1994.

4 Bouteillet-Paquet, D.: *L'Europe et le droit d'asile*, L'Harmattan, Paris, 2001, p. 37.

5 Resolución 217 A (III) de la Asamblea General, de 10 de diciembre de 1948, sobre la Declaración Universal de los Derechos Humanos. https://undocs.org/es/A/RES/217(III) [última consulta, 20 de noviembre de 2020].

6 Juste Ruiz, J., Castillo Daudí, M. et Bou Franch, V.: *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Tirant lo Blanch, 3ª. ed., Valencia, 2018, p. 343.

7 Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, *BOE, núm. 252*, de 21 de octubre de 1978.

permanece levemente enmascarado por la labor que realiza el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) en los campos de refugiados.

A nivel europeo, la situación tampoco ha proporcionado grandes variaciones respecto de la visión internacional y lejos de ser esperanzadora, la UE ha establecido un sistema común de asilo (SECA) aplicable a la totalidad de sus Estados miembros que actúa a modo de barrera contra los flujos migratorios. Pese a ello, el derecho a solicitar la protección internacional ha sido reconocido como un derecho fundamental en la UE, de conformidad con lo dispuesto en el art. 18 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE[8] y según los requisitos previstos en la estática Convención de Ginebra de 1951, pero ¿es esto suficiente para valorar las solicitudes de asilo por motivos climáticos? Sin duda alguna, no.

A lo largo de los próximos párrafos, veremos porqué es necesario y urgente modificar el asilo, tanto en las normas de Derecho internacional, como en las europeas. Su adaptación urgente a la situación de emergencia climática es determinante desde la perspectiva del respeto a los derechos humanos y haciendo honor a lo dispuesto en el Tratado de Lisboa[9], según el que la UE se configura como un espacio de libertad, seguridad y justicia.

A pesar de la extensión y complejidad de los instrumentos internacionales imbricados para regular las dos problemáticas globales que propongo: el derecho de asilo, por un lado y el cambio climático por otro, he decidido dividir esta obra en tres partes esenciales. La primera, se centrará en el estudio de la regulación internacional del derecho de asilo, realizando una aproximación a sus antecedentes históricos; la segunda, abordará un análisis del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) con el firme objetivo de centrar las cuestiones procedimentales a nivel europeo y la tercera, tratará específicamente la problemática de los "refugiados climáticos" como un reto de la comunidad internacional y la UE.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DERECHO DE ASILO: REFERENCIAS A LA TRADICIÓN HEBREA, MUSULMANA, GRECORROMANA Y CRISTIANA.

Contrariamente a la concepción universal, el asilo se ha venido concediendo desde las civilizaciones más antiguas hasta la actualidad. Por ello, considero de vital importancia realizar una contextualización histórica de su tratamiento antes de abordar las cuestiones actuales y la perspectiva futura.

8 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *DOUE*, núm. 83, de 30 de marzo de 2010.

9 Véase, art. 3 del Tratado de la Unión Europea en: Bou Franch, V.; Cervera Vallterra, M.: *Normativa y jurisprudencia básica del Derecho de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, 2ª ed., Valencia, 2016, p. 37.

De la tradición hebrea, vemos que en el Génesis figura el primer ejemplo con la historia de Caín, hijo de Adán y Eva, quien preso de la envidia y la ira que sentía hacia su hermano Abel, le dio muerte a éste y fue expulsado de la tierra por Yahvé. Así, Caín huyó hacia la tierra de Nod, al oriente de Edén, para que nadie pudiera matarle y en ella se mantuvo protegido hasta el fin de sus días[10]. De igual forma, con la promesa del nacimiento de Isaac[11] se relata la historia de Abraham, quien había sido bendecido con una larga descendencia por Yahvé. En este capítulo del Génesis, aparecen en la tienda de Abraham, tres peregrinos en busca de hospitalidad y refugio, quienes ven paliadas sus necesidades vitales gracias a los cuidados que les proporcionaron los cónyuges. Como indica Díaz Lafuente (2014A)[12], la tradición hebrea recoge la figura primitiva del asilo desde la concepción del exilio y el destierro configurándose como "un derecho reconocido al condenado para evitar la aplicación de una sanción penal más severa".

Sin embargo, la institucionalización del asilo emerge en la civilización griega[13]. Según se ha adelantado convenientemente, la tragedia de "Las suplicantes" es un claro ejemplo del arraigo de la institución del asilo entre la sociedad helena. La obra de Esquilo pone de relevancia no sólo el derecho -humano- a obtener asilo, sino también el derecho de libertad sexual y el de contraer matrimonio libremente._

De otra parte, la perspectiva romanística del derecho de asilo ha sido objeto de múltiples estudios contemporáneos[14]. En la tradición romana, destacan, por su parte, los pactos de hospicio en los que *la gentilitas* o población ajena a la propia otorga acogida a quien lo requiere. El huésped asume el estatus de "gentil"

10 Véase, Génesis 4, 14:16.

11 Véase, Génesis 18, 1:15.

12 Díaz Lafuente, J.: *Refugio y asilo por motivos de orientación sexual y/o identidad de género en el ordenamiento constitucional español* [Tesis doctoral, Universitat de València, 2014]. https://roderic.uv.es/handle/10550/41098 [última consulta, 20 de noviembre de 2020]. p. 153.

13 *Íbid*, p. 154.

14 Véase, entre otros, Manfredini, D. A.: "Debitori pubblici e privati "in ecclesiam confugientes"da Teodosio a Giustiniano". *Rivista di diritto romano,* núm. 2, 2014, pp. 305-326. https://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/dirittoromano02manfredini.pdf; Gamauf, R.: "Ad Statuam Licet Confugere: Untersuchungen zum Asylrecht im Römischen Prinzipat", *The legal History Review,* núm. *69* (3-4), 2001, pp. 386-388; Ducloux, A.: *Ad ecclesiam confugere. Naissance du droit d'asile dans les églises (IVe – milieu du Ve s.),* De Boccard, 1ª ed., Paris, 1994; también en Ducloux, A.: "L'Eglise, l'asile et l'aide aux condamnés d'après la constitution du 27 juillet 398", *Revue Historique De Droit Français Et étranger,* núm. 69 (2), 1991, pp. 141-176. http://www.jstor.org/stable/43849460; Ducloux, A.: "La violation du droit d'asile par 'dol' en Gaule, au VI siècle". *Antiquité tardive revue internationale d'histoire et d'archéologie,* núm. 1, 1993, pp. 207-219; Hallebeek, J.: "Church asylum in late Antiquity-concession by the Emperor or competence of the Church?". *Secundum Ius. Opstellen aangeboden aan prof. mr. P.L. Nève [Rechtshistorische reeks van het Gerard Noodt Instituut],* núm. 49, 2004, pp. 163-182.; Landau, P.: "Traditionen des Kirchenasyls, en AA.VV.: *Asyl am Heiligen Ort. Sanctuary und Kirchenasyl. Vom Rechtsanspruch zur ethischen Verpflichtung,* 1ª ed., Ostfildern, 1994, pp. 47- 61; Biliarsky, I.: "La responsabilité liée au droit d'asile dans la plus ancienne loi slave", *Méditerranées. Revue du centre d'études internationales sur la Romanité,* núm. 36, 2003,pp.13-32; Biondi, B.: *Il diritto romano cristiano: Orientamento religioso della legislazione. Vol I.* Giuffrè, Milano, 1952, pp. 387-391; Rico Aldave, H.: *El Derecho de Asilo en la Cristiandad. Fuentes históricojurídicas.* Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2005; Bernad Segarra, L.: "La reorganización de la Administración romana en Egipto: algunas cuestiones sobre el Edicto XIII de Justiniano", *Revista General de Derecho Romano,* núm. 31, 2018, pp. 1-39.

contrayendo los mismos derechos y obligaciones que los miembros que le brindan la acogida. A diferencia de éstos, se encuentran los pactos de clientela, en las que se otorga al huésped una acogida a cambio de recibir fidelidad y subordinación bajo juramento[15].

Sin embargo, la concesión del asilo no sólo formó parte de las costumbres o convenciones de la sociedad romana, ya que su instrumentalización se recogió en varias constituciones del Código Teodosiano[16], que además de reconocer el derecho de asilo, "lo extiende a los anejos, casas, jardín, pórticos y plaza, comprendidos en el recinto exterior del templo"[17]. Más tarde, el emperador León, promulgó una constitución dando amplitud a los efectos del asilo. En este sentido, dota de inmunidad a las iglesias e impone sanciones severas como la pena capital a quienes perturbasen la protección conferida en los templos[18].

Durante la época justinianea, el propio Justiniano promulgó algunas constituciones en las que regula varios aspectos relacionados no sólo con el derecho de asilo sino con las exclusiones a gozar de esta protección. Es especialmente importante señalar que la Novela 37 realiza una exclusión en torno a la condición religiosa del solicitante de asilo; mientras que la Novela 17,7 pr., realiza una exclusión atendiendo a la comisión delictiva del solicitante[19].

En el mundo musulmán también se reconoce el derecho de asilo. De hecho, en todas las fuentes del Derecho Islámico, tanto en el Corán[20] como en la *Sunna*, el *Hadith*, el *Iyma'a* y el *Qiyas* que forman la *Shari'a*[21] o Ley musulmana encontramos referencias al asilo. Algunos autores, además, afirman que la comunidad musulmana reconoce el asilo como un Derecho, mucho antes de hacerlo Occidente e incluso, lo establece como una obligación de los Estados[22].

15 Cornejo Cornejo, A. R.: *El Asilo jurídico. Análisis histórico y perspectivas a futuro* [Tesis Doctoral, Universidad de las Américas Puebla, 2005]. http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/ledi/cornejo_c_ar/ [última consulta, 20 de noviembre de 2020].

16 Manfredini, D. A.: "Debitori pubblici e privati", cit.,p. 308.

17 Vivó Undabarrena, E.: "Utrumque Ius: La institución del derecho de asilo", *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 4, 2005, pp. 209- 232. http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:BFD-1993-4-B588CC76/PDF [última consulta, 21 de noviembre de 2020].

18 Bernad Segarra, L.: "La reorganización de la Administración romana en Egipto: algunas cuestiones sobre el Edicto XIII de Justiniano", cit., p. 31.

19 *Íbid,* p. 32.

20 El Corán se organiza en capítulos que reciben el nombre de Sura, y a su vez, cada Sura se divide en versículos llamados Aleya.

21 Riosalido, J.: "El islam en España: historia, pensamiento, religión y derecho: El derecho de asilo en la tradición islámica y sus problemas de aplicación en la realidad contemporánea", en AA.VV., *El islam en España: historia, pensamiento, religión y derecho: actas del Primer Encuentro sobre Minorías Religiosas* (coord.. por Martí, J. M. et Catalá Rubio, S.), Servicio de Publicaciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2001, p. 88.

22 *Íbid,* 89.

En la Sura IV, del Corán, que lleva por título "Las mujeres" se cita textualmente en la aleya centésima que:

"Quien emigre en el camino de Allah encontrará en la tierra muchos lugares donde refugiarse y holgura. Al que habiendo dejado su casa para emigrar por Allah y Su Mensajero, le sorprenda la muerte, tiene la recompensa asegurada por Allah. Allah es siempre perdonador y compasivo"[23].

En este sentido, la aleya se refiere a que quien fuere perseguido por su creencia en el islam, y consecuentemente en *Allah* y/o vaya en su búsqueda, será protegido por su gracia y podrá encontrar refugio, y si encontrase la muerte en su camino, obtendría el perdón de *Allah*. De igual manera, en la Sura IX titulada *At-Tawba* o "La retractación", se puede ver que la sexta aleya recoge que "si alguno de los asociadores busca tu protección, recíbelo hasta que haya escuchado la palabra de Allah y luego hazlo llegar hasta un lugar en el que esté seguro. Eso es porque ellos son gente que no sabe". Por otra parte, es importante destacar que el profeta Mahoma también inició un éxodo y tuvo que refugiarse junto a sus seguidores debido a la naturaleza de sus predicaciones[24].

Como vemos, podría decirse que, indudablemente, el asilo tiene un profundo carácter religioso. En el cristianismo, además, la protección al refugiado tiene una gran importancia. Algunos autores sostienen la postura de que el cristianismo "universaliza" la práctica del asilo[25]. No obstante, es importante tener en cuenta que desde el cristianismo se instó la persecución de los infieles y herejes, por contra de lo que estipulan las Sagradas Escrituras.

Al mismo tiempo, durante los períodos de la Reforma Protestante y la posterior Contrarreforma Católica, se produce uno de los hitos con mayor relevancia y grandes consecuencias en materia de asilo y refugio que, como resultado, proporcionó una cantidad ingente de refugiados en toda Europa dada la persecución religiosa que profesaban cada uno de estos sectores dogmáticos.

La Biblia está inmersa de versículos en los que se contempla el derecho de asilo y la protección a los refugiados que eran perseguidos por creer en Jesucristo, pero es preciso destacar que su propia vida fue también de huida y persecución, desde su nacimiento con la matanza de Herodes a los infantes, hasta su muerte.

23 Véase, *Corán. 4. Sura de las mujeres, (100)*. Texto traducido por Melara Ghani, A. https://noblecoran.com/index.php/coran-traducido/traduccion-de-abdel-ghani-melara/154-4-sura-de-las-mujeres [última consulta, 20 de noviembre de 2020].

24 Díaz Lafuente, J.: *Refugio y asilo…*, cit., p. 156.

25 Gortázar Rotaeche, C. J.: *Derecho de asilo y no rechazo del refugiado*, Dykinson S.L, Madrid, 1997, p. 44.

Como vemos, la historia da cuenta de las múltiples situaciones que han acabado instaurando la concesión del asilo. La recurrencia de crisis humanitarias podría remontarse, incluso, hasta los inicios de la propia humanidad, si bien, durante los últimos años, los conflictos interestatales han generado situaciones de emergencia suscitando una mayor preocupación por parte de la comunidad internacional. De esta manera, a principios del s. XX y, sobre una base *ad hoc*, la comunidad internacional empezó a ofrecer protección a los refugiados procedentes de las guerras balcánicas en 1912, la revolución rusa en 1917 y evidentemente los refugiados españoles que huyeron de la guerra civil española en 1936[26]. Ahora bien, tras los desastres acontecidos durante el Holocausto, se creó el ACNUR, cuyo Estatuto fue de aplicación para el tratamiento de los refugiados[27]. Más tarde, en los términos previstos en la Convención de Ginebra de 1951, pero desde entonces, no ha habido una ulterior regulación y sí se han ampliado las causas por las que las migraciones se ven forzadas, como los refugiados climáticos. Tengamos en cuenta que el Derecho no es estático y ha de adaptarse a la evolución -o involución- de los tiempos.

1. Conceptualización jurídico-etimológica del Derecho de asilo.

La palabra "asilo" es fruto del legado latino asȳlum y, a su vez, ésta lo toma del griego ἄσυλον-ásylon- cuyo principal significado es "sitio inviolable". La Real Academia Española (RAE) atribuye la siguiente definición:

"1. m. Lugar privilegiado de refugio para los perseguidos

2. m. Establecimiento benéfico en que se recogen menesterosos, o se les dispensa alguna asistencia

3. m. Amparo, protección, favor

4. m. asilo político".

Resulta conveniente destacar el matiz que realiza la RAE en torno, por un lado, al asilo político, definiéndolo como aquel que "se concede a un extranjero desterrado o huido de su país por motivos políticos" y, por otro lado, el "derecho de asilo", por cuanto entiende que es el "derecho que permite a los perseguidos políticos a ser acogidos en un país extranjero". En ambos casos, considero que la definición es imprecisa e incompleta. Imprecisa, porque en el caso del asilo político, la RAE habla de "huida" no de "persecución" y habla de "motivos

26 En esta época, la protección de los refugiados y desplazados estaba en manos de Cruz Roja y otros organismos internacionales como la Liga de la Sociedad de Naciones.

27 Resolución 428 (V) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1950, sobre el Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados estableció la problemática de los refugiados sobre la base de conflictos determinados que iban surgiendo y a los que se iba dando cobertura.

políticos" dando lugar a una interpretación *sui generis* del lector, toda vez que dichos motivos parecen ser consecuencia de unos hechos previos y, en el derecho de asilo político no necesariamente debe haber lugar a una comisión fáctica, ya que, como veremos más adelante, puede tratarse de meras "opiniones políticas" disidentes; y, es incompleta por la sencilla razón de que el concepto únicamente hace referencia a aquellos solicitantes de protección internacional por cuestiones u opiniones políticas, sin tener en cuenta la gran diversidad de causas que originan el derecho a gozar del estatuto de refugiado.

Como vemos, la conceptualización jurídica del asilo era -y continúa siendo- absolutamente necesaria. En este sentido, la Convención de Ginebra de 1951 define como refugiado a toda persona que:

"1) Que haya sido considerada como refugiada en virtud de los Arreglos del 12 de mayo de 1926 y del 30 de junio de 1928, (…).

2) Que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él. En los casos de personas que tengan más de una nacionalidad, se entenderá que la expresión "del país de su nacionalidad" se refiere a cualquiera de los países cuya nacionalidad posean; y no se considerará carente de la protección del país de su nacionalidad a la persona que, sin razón válida derivada de un fundado temor, no se haya acogido a la protección de uno de los países cuya nacionalidad posea".

La Convención de Ginebra da traslado de una definición limitada personal, espacial y temporalmente que será desarrollada, más adelante, por su Protocolo. Bien, en primer lugar, constriñe a la designación del refugiado a quien haya tenido previamente esta condición, es decir, no hay una causa de creación, determinando una "declaración oficial" de la designación previa, lo que origina, en mi opinión, una limitación por cuestión de identidad personal. En segundo lugar, el apartado segundo del precepto, el artículo establece un límite temporal cuando se refiere a los refugiados que se originaron como "resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1 de enero de 1951". La ambigüedad, en este caso, es absoluta. Téngase en cuenta que no especifica de qué acontecimientos se trata, ni tampoco en dónde se producen, motivo por el que se deduce que se trata de los refugiados europeos cuyo éxodo se originó tras la Segunda Guerra Mundial. En tercer lugar, paralelamente a las taxativas causas establecidas para solicitar asilo, esto es,

raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, nos encontramos con el primer deber del refugiado: la acreditación de la persecución, que en muchos casos es imposible de documentar. En cuarto lugar, el límite espacial queda determinado en el momento en el que el precepto indica que el refugiado debe encontrarse "fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país".

Adicionalmente, la figura del asilo territorial fue delimitada por la AG en su Declaración 2312 (XXII) poniendo de relevancia que el asilo es un derecho emanado de la soberanía del Estado, en tanto se erige como *summa potestas* de la política migratoria interna y, sobre todo, ente decisor de quién debe y quién no debe recibir su protección. Adicionalmente, la Declaración indica que son los solicitantes del asilo, quienes deberán reunir los requisitos contemplados en el art. 14 de la DUDH, siendo causa de denegación su no cumplimiento, es decir, la concesión o no del asilo no está tan a merced del Estado receptor, siempre que el interesado pueda acreditar las condiciones previstas en la DUDH. Es aquí donde se establece una gran barrera: la carga de la prueba.

Conviene señalar que la Declaración 2312 sobre asilo territorial, es para algunos autores, un paso importante, aunque no decisivo para la codificación internacional de la materia[28], precisamente por la falta de vinculación del texto. Con respecto al asilo diplomático, ésta es concebida como una institución típica derivada de los países latinoamericanos donde ha prosperado gracias a la costumbre internacional y el Derecho Convencional[29]. La diferencia entre ambas modalidades de asilo resulta evidente. En el caso del asilo diplomático, el solicitante en cuestión puede realizar su petición en una sede diplomática cuya base radica en un territorio ajeno.

2. La regulación internacional del Derecho de asilo: la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de Nueva York de 1967.

La Convención se estructura en un preámbulo, siete capítulos y un anexo que se trata de la resolución 2198 (XXI) de la AG, que contiene el respectivo Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados. El primer capítulo establece las disposiciones generales, definiciones, obligaciones y derechos generales; el segundo, la condición jurídica del refugiado; el tercero, regula las actividades lucrativas del refugiado; el cuarto, se refiere a cuestiones relacionadas con su bienestar, la vivienda, educación y asistencia pública; el quinto capítulo regula las medidas administrativas, entre ellas, la libertad de circulación, los documentos de identidad, la situación de irregularidad y profundizaré, esencialmente, en la prohibición de expulsión y

28 Díez de Velasco, M.: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, 18ª ed., Madrid, 2013, p. 607.

29 *Íbid*, p. 613.

devolución (principio de *non refoulement);* el capítulo sexto lo dedica a las medidas transitorias y de ejecución y, el séptimo capítulo, contiene las cláusulas finales.

El preámbulo de la Convención de Ginebra de 1951 realiza, convenientemente la exposición de motivos que han empujado a la comunidad internacional a adoptar el presente texto. En este sentido, hace una mención especial a los acuerdos previos adoptados *ad hoc* para ofrecer una protección a aquellos solicitantes de asilo y considera que la Convención es fruto de dicha revisión, aunando tales criterios.

El capítulo primero inicia con la definición y delimitación de la figura del refugiado y que ha sido parcialmente abordada en los párrafos precedentes. Sin embargo, y sin ánimo de redundar, me interesa volver a recordar tanto su carácter ambiguo como la amplitud de sus interpretaciones y, evidentemente, sus limitaciones espaciales y temporales.

Actualmente atravesamos un punto de inflexión de la movilidad humana y, más que nunca, cabe cuestionarse si se ha planteado la posibilidad de que los nuevos refugiados y solicitantes de asilo, surjan a raíz de una red interconectada de problemas, es decir, no sólo teniendo en cuenta el origen de éxodo empujado como consecuencia de la devastación de un desastre inmediato, sino de aquellos que huyen de los conflictos por recursos como el agua, la tierra, que se traducen en hambre y la muerte inminente. Esta cuestión, aparentemente sencilla, es de gran envergadura. Con toda seguridad, lejos de toda regulación humana, parece bastante improbable establecer un consenso internacional a modo de "cheque en blanco" por la que los Estados asuman obligaciones relativas a los futuros -presentes- refugiados climáticos, de los que se desconoce el número y cuyo origen aún es objeto de especulaciones y teorías negacionistas.

Asimismo, el apartado C del art. 1, determina las causas de cesación del derecho de asilo. Entre ellas, interesa destacar la siguiente:

"5) Si, por haber desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales fue reconocida como refugiada, no puede continuar negándose a acogerse a la protección del país de su nacionalidad (…)".

De considerarse tan siquiera la viabilidad de incluir una categoría de refugiados climáticos jamás cabría la alegación de dicha causa de cesación, salvo que se restaurase nuevamente el territorio originario siendo que algunos casos, como el de los Estados insulares especialmente vulnerables al incremento del nivel del mar, esa probabilidad es demasiado remota.

El apartado D del art. 1, indica que la Convención no será aplicable a quienes reciban protección o "asistencia" de un órgano u organismo de las Naciones Unidas distinta del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. Indiscutiblemente, la movilidad humana y el flujo de migraciones ha desbordado la labor del ACNUR durante los últimos años, motivo por el que otras organizaciones no gubernamentales como Cruz Roja, Médicos Sin Fronteras (MSF), la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR), entre otras, han prestado -y prestan- asistencia de todo tipo a los solicitantes de asilo, tanto en los campos de refugiados como a nivel territorial. Resulta curioso, cuanto menos, limitar más aún la aplicación de la Convención.

El art. 1, apartado F de la Convención contempla, además, impedimentos del reconocimiento del Estatuto de Refugiado a quienes hubieren cometido crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, en contra de la paz u otros en contra de los principios erigidos de las Naciones Unidas. Asimismo, conviene señalar que el apartado b) señala que tampoco obtendrá la condición jurídica de refugiada quien haya "cometido un grave delito común, fuera del país de refugio, antes de ser admitida en él como refugiada".

Sobre este extremo, conviene señalar que en la Declaración del ACNUR sobre el art. 1F de la Convención de Ginebra se expone que:

"El Artículo 1F presenta mayores dificultades interpretativas ya que excluye a personas respecto a las que existen motivos fundados por los cuales creer que han cometido crímenes de guerra, crímenes contra la paz o la humanidad, delitos graves no políticos o actos contrarios a los propósitos y principios de las Naciones Unidas. En otras palabras, la exclusión tiene que ver con personas que han cometido actos tan atroces que, aunque tengan un temor fundado de persecución por los motivos establecidos en la Convención, su conducta personal ha sido tan horrenda que no son dignas de recibir protección internacional bajo la Convención de 1951. Al interpretar estas disposiciones, es preciso recordar que no todos los delincuentes son excluidos bajo los términos del Artículo 1F, sino sólo aquéllos que son culpables de los actos más graves e inaceptables (…) La gravedad no sólo es cuestión del tratamiento que tiene en las leyes nacionales, sino que también debe tomar en cuenta el derecho comparado e internacional"[30].

Como con cualquier excepción a las garantías de los derechos humanos, y debido a las posibles graves consecuencias para el individuo, las cláusulas de exclusión enumeradas en el art. 1F deben ser interpretadas siempre de manera

30 Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). *Interpretación del artículo 1 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados,* 2001, p. 20 https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2004/2553.pdf [última consulta, 27 de noviembre de 2020].

restrictiva, aplicadas con extrema precaución y a la luz del carácter primordialmente humanitario de la Convención de 1951[31].

Realizada la definición y delimitación de la figura del refugiado, resulta llamativo el resto de disposiciones de la Convención, sobre las que voy a realizar un breve comentario. Particularmente, respecto a las "normas de trato", la comunidad internacional ha realizado grandes esfuerzos en distinguir por categorías los flujos migratorios. De esta forma, no guardan la misma identidad quienes son migrantes socioeconómicos, solicitantes de asilo, refugiados o desplazados, como ya se ha apuntado en ocasiones anteriores, las causas definen su estatus jurídico. Sin embargo, esta distinción únicamente es tenida en cuenta para iniciar a instancia de parte, la solicitud que determinará su posterior régimen jurídico, y sólo en lo referente a los requisitos y la documentación a aportar en cada caso, ya que, una vez se ha concedido un permiso para permanecer en el territorio que otorga la protección, todas las personas extranjeras tendrán las mismas condiciones y recibirán el mismo trato, en teoría, un trato nacional basado en la no discriminación (art. 3) y libertad religiosa (art. 4).

De igual forma, debe garantizarse la protección de determinados derechos y en este sentido, la Convención recoge especialmente los artísticos y de propiedad industrial (art. 14), el de asociación (art. 15), el de la tutela judicial efectiva (art. 16); derecho al empleo por cuenta ajena (art. 17) o por cuenta propia (art. 18), así como el ejercicio de profesiones liberales (art. 19). La igualdad de trato en caso de racionamiento (art. 20); de adquisición de vivienda (art. 21); asistencia pública (art. 23); de aplicación de la legislación del trabajo y los seguros sociales (art. 24); de gravámenes fiscales (art. 29). El art. 25, acuerda documentar a aquellos refugiados que carezcan de los documentos o certificados emitidos por sus respectivas autoridades de origen. Particularmente, en España, se otorga un documento denominado "cédula de inscripción" que permite identificar al individuo y concederle los permisos de residencia.

En lo referente a la libertad de circulación (art. 26), es importante mencionar que este derecho se ve limitado en la Unión Europea, al menos durante la fase de instrucción de la solicitud de protección internacional en la que se concede un régimen de protección temporal previo al reconocimiento de la condición de refugiado. Tengamos en cuenta que la institución del asilo es una concesión graciable del Estado y como tal, la admisión a trámite de la solicitud, el estudio o fase de instrucción del expediente y su resolución, dependerá de un trámite administrativo.

31 *Íbid,* 17.

Vistos los derechos concedidos a los refugiados, la obligación más importante de los Estados parte en la Convención, es, a mi juicio, el cumplimiento del principio de *non refoulement* (art. 33), que, en términos generales, alude a la "no devolución" de los refugiados a su Estado de origen, de manera que suponga un peligro para su vida. Ciertamente, se trata de una obligación especialmente compleja, que, en los últimos años, ha tenido un gran impacto en el Derecho de la Unión Europea, sobre todo tras la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de 13 de febrero de 2020 en el asunto *NT. Y ND. vs. España,* cuyo fallo ha puesto en grave peligro el principio de no devolución.

Otra de las obligaciones de los Estados parte en la Convención de Ginebra estriba en la imposibilidad de imponer sanciones penales por causa de su entrada o presencia de forma irregular a aquellos solicitantes de asilo que no dispongan de una autorización de estancia en el país en el que solicitan la protección internacional o bien en el puesto fronterizo, a condición de que se presenten sin demora a las autoridades y aleguen causa justificada de su entrada o presencia irregular (art. 31). A este respecto, conviene señalar que concretamente en España y, dependiendo de las circunstancias, es muy frecuente encontrar a solicitantes de asilo en Centros de internamiento de Extranjeros (CIE)[32], bien por acabar de llegar a territorio español sin la documentación pertinente que le autorice, bien por permanecer en España en situación irregular. Si bien es cierto que no se les incoa ningún procedimiento penal, sí se ven privados de libertad en tanto se instruye un procedimiento administrativo que concluye con su devolución o expulsión[33] del territorio español.

Las condiciones en las que se encuentran los y las migrantes dentro de los CIES rozan los límites de la dignidad humana. De hecho, en 2018, en el marco de las

32 Los centros de internamiento de extranjeros (CIE) son establecimientos públicos de carácter no penitenciario dependientes del Ministerio del Interior destinados a la custodia preventiva o cautelar de los extranjeros para garantizar su expulsión o devolución, en virtud de expediente administrativa, o la expulsión como medida sustitutiva de una pena privativa de libertad de una duración máxima de 6 años. Aparecen regulados, por primera vez, en el art. 26 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. Su funcionamiento fue posteriormente regulado por el Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985 y en la Orden del Ministerio de Presidencia de 22 de febrero de 1999 sobre normas de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros. Actualmente se encuentra regulado de conformidad con la Disposición adicional 3ª de la Ley Orgánica 2/2009, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, se encomienda la regulación del régimen de internamiento de los extranjeros al Gobierno.

33 En los casos de denegación de entrada, devolución, inicio de expediente sancionador por el procedimiento preferente y expulsión, el juez de instrucción del lugar en que hubiese sido detenido el extranjero, a petición del instructor del procedimiento, del responsable de la unidad de extranjería del Cuerpo Nacional de Policía ante la que se presente el detenido o de la autoridad gubernativa que hubiera acordado dicha detención, en el plazo de 72 horas desde aquélla, podrá autorizar su ingreso en Centros de Internamiento de Extranjeros, sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal. El ingreso del extranjero en un Centro de Internamiento no podrá prolongarse por más tiempo del imprescindible para la práctica de la expulsión, devolución o el regreso, siendo su duración máxima de 60 días, y la autoridad gubernativa deberá realizar las gestiones necesarias para la obtención de la documentación que fuese necesaria con la mayor brevedad posible.

visitas programadas por el Defensor del Pueblo, en su condición de Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (MNP), fueron remitidas al Ministerio del Interior, sendas sugerencias de mejoras en las condiciones de estos centros, tanto en aspectos íntimamente relacionados con la garantía de derechos y libertades de los y las internas, como incluso por las cuestiones de habitabilidad y salubridad[34].

Como vemos, incluso desde el momento de su adopción, la Convención de Ginebra es un instrumento jurídico internacional ambiguo, limitado y en la actualidad, obsoleto. Sin embargo, el Protocolo de Nueva York de 1967 es un instrumento independiente de la Convención que introdujo nuevas soluciones a los problemas que venían derivándose y para los que resultaría inaplicable la Convención. En este sentido cabe mencionar a los refugiados provenientes de Cuba tras 1960, así como la eliminación de los límites temporales y espaciales a los que estaba sometida la Convención de Ginebra de 1951, dando cabida a los refugiados de África y Asia.

Pese a los cambios introducidos, el Protocolo acentuó las deficiencias de la Convención, por ejemplo, la ausencia de indicaciones sobre el procedimiento de instrucción de la solicitud de asilo, la falta de uniformidad procedimental común a todos los Estados miembros de la comunidad internacional, la ausencia de un procedimiento formal de calificación del refugiado, entre otras[35].

El siguiente epígrafe tiene por objetivo reseñar la armonización del procedimiento de protección internacional en la Unión Europea, para lo que he considerado oportuno realizar una aproximación breve del Derecho europeo relativo al Sistema Europeo Común de Asilo.

III. EL INFRANQUEABLE SISTEMA EUROPEO COMÚN DE ASILO (SECA).

Durante los últimos años, la recelosa política migratoria europea ha ejercido gran presión sobre las medidas entorno al asilo aplicando un mayor control de las fronteras de la Europa de los 27 como medida de reacción ante la posibilidad de que se produzca un incremento masivo de las solicitudes de protección internacional.

Sin embargo, las normas que regulan el SECA son, en su mayoría, Directivas que establecen estándares mínimos jurídicos y que plantean la posibilidad de que los Estados miembros puedan incorporar normas estatales más favorables que

34 Fernández Marugan, F. (Defensor del Pueblo): *Condiciones del patio de mujeres en el centro de internamiento de extranjeros de Valencia*. https://www.defensordelpueblo.es/resoluciones/dar-indicaciones-para-que-se-estudie-y-adopte-alguna-medida-que-impida-la-expulsion-del-calor-de-las-unidades-de-ventilacion-hacia-el-interior-del-patio-de-mujeres/ [última consulta, 30 de noviembre de 2020].

35 Muñoz Aunión, A.: *La política común europea del Derecho de asilo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 48.

las disposiciones europeas[36]. Esta permisibilidad de adaptación e inclusión de unas reglas más garantistas chocan frontalmente con el espíritu armonizador al que pretende llegar el SECA.

Igualmente, conviene poner de relevancia que la Unión Europea cuenta con 6 actos normativos, mediante los que pretende unificar la política común europea del Derecho de asilo, en concreto, cuatro directivas y dos reglamentos. La práctica, sin embargo, presenta una mayor dificultad, sobre todo, a la hora de transponer la normativa en los respectivos ordenamientos jurídicos. En este sentido, en muchas ocasiones los procedimientos de inspección que realiza la Comisión Europea concluyen en la transposición errónea, tardía o nula de las Directivas[37], como es el caso de la Ley española de asilo[38].

Por otra parte, y aunque esté claro que hay intereses políticos conjugados con el SECA al que se pretende alcanzar, los procedimientos establecidos no son uniformes en todos los países miembros, lo que ciertamente produce una desigualdad en las concesiones de las solicitudes y evidentemente, un efecto llamada en unos Estados miembros más que en otros. En este sentido, según el Informe de Tendencias Globales del desplazamiento forzado de 2018 emitido por ACNUR, el país europeo con mayor índice de acogida fue Alemania[39], otorgando la protección internacional a cerca de 1,1 millones de personas. El informe, además, indica que:

36 Dentro de la política europea de asilo se incluyen también las siguientes normas: Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida; Reglamento (UE) n.º 439/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 2010, por el que se crea una Oficina Europea de Apoyo al Asilo; Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de protección concedida; Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional; Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional. Por tratarse de un exceso sobre los límites de este trabajo, únicamente abordaré los dos Reglamentos europeos que considero de mayor importancia para dar a conocer el procedimiento de asilo a grandes rasgos: el Reglamento (UE) 603/2013 relativo a la creación de Eurodac y el Reglamento (UE) 604/2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida.

37 Comisión Europea: *Informe de la comisión. Trigésimo informe anual sobre el control de la aplicación del Derecho de la UE (2012).* COM (2013) 726 final, 2013. https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2013/ES/1-2013-726-ES-F1-1.Pdf [última consulta, 30 de noviembre de 2020].

38 Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. *BOE, núm. 263* de 31 de octubre de 2009.

39 Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR): *Tendencias globales del desplazamiento forzado en 2018.* 6, 2018. https://www.acnur.org/5d09c37c4#_ga=2.130933071.1100272093.1606870653-1539532519.1605976832 [última consulta, 1 de diciembre de 2020].

"Las regiones en desarrollo siguieron cargando con una responsabilidad desproporcionadamente alta a la hora de recibir a refugiados. Los países menos desarrollados, como Bangladesh, Chad, la RDC, Etiopía, Ruanda, Sudán del Sur, Sudán, Tanzania, Uganda y Yemen acogieron a 6,7 refugiados, un 33% del total global, a la vez que fueron el hogar del 13% de la población mundial y sumaron el 1,25% del PIB global[40]".

Al parecer en las cuestiones que requieren mayores esfuerzos de cooperación internacional, suelen ser los países menos desarrollados los que asumen responsabilidades desproporcionadas en relación a su situación económica. Una situación semejante ocurre en el caso del cambio climático, pues son los Estados menos desarrollados quienes sufren las consecuencias de la evolución –o involución– de los países desarrollados.

Visto el espíritu armonizador de la política común europea, durante los próximos párrafos realizaré una somera aproximación al contenido de los dos Reglamentos europeos, a mi juicio, con mayor relevancia para ofrecer una visión entorno al procedimiento europeo de solicitud de la protección internacional.

1. Reglamento (UE) n ° 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativo a la creación del sistema "Eurodac" para la comparación de las impresiones dactilares.

El presente Reglamento, claramente tiene por finalidad la determinación de cuál es el Estado miembro responsable del examen de las solicitudes de protección internacional por nacionales de terceros países o apátridas. En este sentido, se puede entender que a las personas que pretendan solicitar la protección internacional, se les deberá identificar mediante la toma de datos dactiloscópicos, con el fin de evitar el cruce irregular de fronteras entre los países miembros de la UE y consecuentemente, la confusión sobre qué Estado miembro debe conocer y resolver la solicitud de asilo interpuesta.

Asimismo, para facilitar el intercambio de datos entre los países miembros de la UE, "Eurodac" deberá comprender dos elementos esenciales (art. 3):

una base central informatizada de datos dactiloscópicos, y que, en todo caso, deberá estar provista de una unidad central y un plan de continuidad operativa;

una infraestructura de comunicación entre el Sistema Central y los estados miembros.

40 *Íbid*, 17.

La base de datos central informatizada comprenderá, en todo caso, el Estado de origen del solicitante, lugar y fecha de la solicitud de asilo, datos dactiloscópicos, sexo, fecha de la toma de impresiones dactilares, fecha de transmisión de los datos a la Unidad Central, fecha de introducción de los datos en la base de datos central, y en caso de transmisión de datos a otros destinatarios, la fecha en la que se realizó dicha transmisión.

En cuanto al procedimiento planteado para la toma de datos dactiloscópicos (art. 9), las disposiciones del reglamento son claras, y en este sentido, serán tomadas las impresiones digitales de todos los dedos de los solicitantes mayores de 14 años, en un plazo no superior a 72 horas tras la presentación de la solicitud de protección internacional, al tiempo que estos datos serán trasladados a la unidad central del "Eurodac" e incorporados a su base de datos, preservando las garantías previstas en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Convención de la ONU Derechos del Niño.

Una vez tomados los datos, éstos podrán ser comparados con los que han sido remitidos e incorporados en el Sistema Central por otros Estados miembros. Así, el Estado receptor de la solicitud tendrá, sin demora, una respuesta por parte del Sistema Central.

Tras comprobación de los resultados de los datos dactiloscópicos, y de conformidad con el art. 18 del Reglamento (UE) 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013[41], el Estado miembro que recibe la solicitud, será el encargado de examinar o completar el expediente de protección internacional del solicitante y, a tal efecto, se asegurará de garantizar el acceso a la tutela judicial efectiva del solicitante.

El mecanismo de la conservación de datos es una cuestión particular, debido a la digitalización de los mismos y a la normativa europea de protección de datos que, cada vez más, destaca por su rigidez. Sin ánimo de ahondar en exceso sobre estas cuestiones, únicamente reseñaré que, los datos de los solicitantes de asilo deberán ser conservados durante un período de diez años (art. 12), salvo si el solicitante adquiriese la nacionalidad de alguno de los países de la UE, en cuyo caso éstos serán suprimidos. Sin embargo, en lo referente a los extranjeros interceptados en relación con el cruce irregular de una frontera exterior, los datos se conservarán en el Sistema Central durante 18 meses partir de la fecha de toma de las huellas y serán borrados inmediatamente, al expirar dicho período, o si el

41 Reglamento (UE) nº 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida.

solicitante obtuviese un permiso de residencia, abandonase el territorio de la UE o adquiriese la nacionalidad de cualquier Estado miembro.

2. La solicitud de asilo a examen: los mecanismos y criterios de determinación adoptados según el Reglamento (UE) n° 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013 por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida.

Ya en el preámbulo de este Reglamento, comúnmente conocido como Dublín III, vemos que continúa la trayectoria de sus antecesores. Nuevamente se sigue la línea establecida en Tampere, respecto a la consagración de Europa como un espacio de libertad, seguridad y justicia, que persigue una regulación común del Derecho de asilo.

El objetivo de Dublín III, no es otro más que establecer los criterios y mecanismos que permitirán que un Estado miembro determinado sea el competente para conocer de la solicitud de asilo planteada por un nacional de un país tercero, bien sea en territorio o en frontera, asumiendo a partir de ese momento las obligaciones derivadas de dicho procedimiento (art. 1).

Tras el examen de la solicitud de protección internacional, y de conformidad con el art. 4, se establece la obligación de los Estados miembros de informar al interesado de la normativa aplicable al procedimiento de asilo que haya instado, así como los plazos y los efectos de este.

Es importante señalar que el capítulo III está dedicado a formalizar los criterios de determinación del Estado miembro responsable y, de esta manera, el art. 7 plantea una jerarquía de criterios en consonancia con las circunstancias del solicitante. En este sentido y sin ánimo de profundizar, destacan los siguientes supuestos:

En caso de los menores (art. 8): cabe distinguir entre menores no acompañados y menores casados. Ambos supuestos deberán regirse por el principio del interés superior del menor. En el caso de que el solicitante sea un menor no acompañado, conocerá de la solicitud el Estado miembro en el que resida legalmente un miembro de su familia y en su defecto, el país en el que se haya presentado la solicitud; si el menor estuviera casado y su cónyuge ausente, conocerá de la solicitud de protección internacional el Estado miembro donde resida el padre, la madre u otro adulto responsable del menor. Si los miembros de la familia se encontrasen en diferentes Estados miembros, se determinará en función del interés superior del menor.

Miembros de la familia beneficiarios de la protección internacional (arts. 9 y 10): tal y como se ha planteado en el caso anterior, y sólo en caso de permitirlo, si algún miembro de la familia del solicitante hubiera interpuesto una solicitud de asilo pendiente de resolución, conocería del asunto el Estado miembro que está conociendo de la solicitud del pariente.

Si el solicitante hubiera obtenido un permiso de residencia previa solicitud de la protección internacional, conocería el Estado miembro que le concedió el permiso (art. 12).

Si el solicitante hubiera obtenido un visado de un Estado miembro, será competente para conocer el Estado en el que se le expidió dicho visado (art. 12).

En el caso de concurrencia de distintos visados y/o permisos de residencia de varios Estados miembros, serán competentes:

El Estado miembro que hubiera concedido el permiso de residencia más prolongado, o el que caduque en la fecha más posterior

En caso de los visados, conocerá el Estado miembro que hubiera expedido un visado con fecha de caducidad posterior al otro.

La determinación de la competencia de un determinado Estado miembro implica, *ipso facto*, la asunción de la instrucción del procedimiento, así como la responsabilidad de cumplir con los derechos de acogida, información, documentación y residencia, del solicitante.

No obstante, el cese de responsabilidades está contemplado en el art. 19 del Reglamento de Dublín III.

El internamiento por riesgo de fuga queda contemplado en el art. 28 del Reglamento. Según el apartado 3, el internamiento será "lo más breve posible y no podrá superar el período de tiempo razonablemente necesario para tramitar con la debida diligencia, los procedimientos administrativos prescritos hasta que se efectúe el traslado".

Como vemos, los mecanismos y criterios de determinación del Estado miembro responsable de examinar una solicitud de protección internacional presentada en territorio de la UE, requiere de la armonización de las legislaciones europeas en materia de asilo, con motivo de garantizar la adopción de medidas comunes a los 27 Estados miembros.

Tras el recorrido que hemos realizado para delimitar exactamente la figura del asilo desde su concepción más antigua hasta su regulación internacional y europea,

persigo abrir el siguiente epígrafe, centrándome en el debate que se ya se está planteando en toda la comunidad internacional: la protección internacional de aquellos solicitantes de asilo que huyen de las condiciones climáticas de sus países de procedencia atravesando fronteras en la búsqueda de un territorio seguro. ¿Podemos hablar de la existencia actual de refugiados climáticos?

IV. LOS REFUGIADOS Y DESPLAZADOS CLIMÁTICOS: EL GRAN DESAFÍO DE LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEA Y EUROPEA.

El cambio climático está dejando a su paso una serie de efectos devastadores no sólo en los ecosistemas y la biodiversidad, sino también en las personas, pues tiene consecuencias en la salud humana física y emocional. Siguiendo a Sánchez Mojica (2019)[42], La relación entre el cambio climático y la movilidad humana es compleja y multidimensional, pero también tiene un marcado sesgo jurídico y, sobre todo, político.

Como hemos visto, la regulación internacional y europea del derecho de asilo es ardua y adolece de múltiples limitaciones. Por no hablar de que, durante décadas, el estatuto del refugiado ha sentado sus bases sobre procedimientos *ad hoc* a modo de estrategia transitoria para dar protección temporal. Entonces, teniendo claras estas premisas, surge la cuestión de si, sobre esa misma base, cabe la posibilidad de que la comunidad internacional acuerde la creación de un nuevo pacto que amplíe los motivos de reconocimiento del estatuto de refugiado, ya que los contemplados en la anticuada Convención de Ginebra están delimitados o, en otras palabras, aplicar el principio de efectividad internacional ajustando los hechos al derecho con el objetivo de dar con la solución a dos cuestiones globales: el cambio climático y la movilidad humana derivada de éste.

A la vista de la situación actual, podría decirse que la adopción de este pacto es una cuestión de mucho tiempo, pero precisamente es tiempo lo que escasea. Actualmente, nos encontramos en un momento crítico, decisivo y urgente. Así las cosas, el pasado 28 de noviembre de 2019, apenas unos días antes a la celebración de la Vigésimo Quinta Conferencia de las Partes de la CMNUCC (COP25), el Parlamento Europeo declaró la situación de emergencia climática y medioambiental[43] y, tan sólo un mes más tarde, la Comisión Europea presentó su plan estratégico de acción más ambicioso: El Pacto Verde Europeo[44].

42 Rey Marcos, F. (coord.) et Sánchez Mojica, B. E.: *La migración en el contexto de cambio climático y desastres: reflexiones para la cooperación española,* Instituto de Estudios sobre Conflictos y Acción Humanitaria, Abril 2019. https://www.aecid.es/Centro-Documentacion/Documentos/Migraciones_ambientales_IECAH_Final_abril_2019.pdf [última consulta, 2 de diciembre de 2020].

43 Resolución del Parlamento Europeo, de 28 de noviembre de 2019, sobre la situación de emergencia climática y medioambiental [(2019/2930 (RSP)]. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2019-0078_ES.pdf [última consulta, 2 de diciembre de 2020].

44 Comisión Europea: *El Pacto Verde Europeo*. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. COM (2019) 640

El Pacto Verde Europeo hace una tímida referencia a la existencia de los desplazamientos climáticos y en este sentido indica:

"La UE también reconoce que los retos mundiales en materia de clima y medio ambiente constituyen un importante multiplicador de las amenazas y una fuente de inestabilidad. La transición ecológica reconfigurará las relaciones geopolíticas, incluidos los intereses económicos, comerciales y de seguridad a escala mundial, lo que creará desafíos para una serie de Estados y sociedades. La UE trabajará junto con todos sus socios para aumentar la resiliencia climática y medioambiental con el fin de evitar que esas tensiones desencadenen conflictos, inseguridad alimentaria, desplazamientos de la población y migraciones forzosas, y de apoyar una transición justa a escala mundial. Las implicaciones de la política climática deben convertirse en parte integrante de la reflexión y la acción de la UE sobre asuntos exteriores, también en el contexto de la política común de seguridad y defensa"[45].

Si nos centramos en el texto anterior, la Comisión Europea reconoce la existencia de los desplazamientos climáticos y las migraciones forzosas y asevera en trabajar en la resiliencia climática, es decir, en las medidas de adaptación al cambio climático, pero bajo ningún concepto menciona la palabra "refugiado" o "solicitante de protección internacional" por dos motivos esencialmente. El primero que, en sentido estricto, no existe la figura de refugiado climático de conformidad con la Convención de Ginebra y el Protocolo de Nueva York; el segundo que, pese a pesar del impacto de los desplazamientos y migraciones climáticos, éstos no constituyen una cuestión de interés a tener en cuenta en el paquete estratégico de medidas de la Unión Europea en su lucha contra el cambio climático, porque sencillamente no resulta viable asumir obligaciones de carácter humanitario cuyo origen y duración es indeterminado.

1. El cambio climático: el cataclismo de nuestros días.

Negar la evidencia del cambio climático es casi tan atrevido como negar la evolución de la Humanidad. A lo largo de los siglos, nuestro tan preciado planeta, ha experimentado variaciones en el clima recurrentes, unos más virulentos que otros, pero todos como consecuencia de la propia naturaleza del planeta. Sin embargo, desde hace aproximadamente 12.000 años, la Tierra vive un período de relativo equilibrio climático. Este período interglaciar más estable ha sido conocido entre la comunidad científica como Holoceno[46] siendo que, desde hace un par de

final, de 11 de diciembre de 2019. https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:b828d165-1c22-11ea-8c1f-01aa75ed71a1.0004.02/DOC_1&format=PDF [última consulta, 2 de diciembre de 2020].

45 *Ibid*, 25.

46 Hansen, J. E. et Sato, M.: "Paleoclimate implications for human-made climate change", en AA.VV.: *Climate Change: Inferences from Paleoclimate and Regional Aspects*. Springer, Londres, 2012, p. 19

siglos, atraviesa una fase de cambio climático e incremento de la temperatura sin precedentes.

Hacer un pequeño esquema sobre las generalidades del sistema climático del planeta, nos permitirá comprender claramente el problema al que debe dar respuesta el derecho positivo[47]. Así, la atmósfera terrestre que actúa a modo "manta protectora que forma parte del ciclo hidrológico y distribuye la energía solar"[48] está viendo alterada su composición natural de gases de efecto invernadero (GEI), concretamente del dióxido de carbono, provocando una retención de la radiación saliente y, en consecuencia, acentuando el calentamiento global.

Considero importante indicar que el efecto invernadero no es el culpable del calentamiento global[49], este fenómeno ha existido y seguirá existiendo durante toda la vida de la Tierra pues es necesario para albergar la vida de todas las especies y ecosistemas. De hecho, la evidencia científica sitúa como responsable del calentamiento global en un 99% a las actividades humanas llevadas a cabo desde la Revolución Industrial ya que, como consecuencia de la quema de combustibles fósiles[50].

La preocupación de la comunidad internacional, en torno a las cuestiones medioambientales empezó a surgir con la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Humano (CNUMH)[51] y más tarde, con la publicación del conocido Informe *Brundtland*[52], casi dos décadas después. Este informe puso de relevancia la necesidad de adoptar estrategias medioambientales dirigidas a alcanzar un desarrollo sostenible de las Naciones, para lo que sería necesario el impulso de dos principios necesarios en el Derecho internacional: el principio de cooperación y de solidaridad internacional. Igualmente, hizo eco de la insostenibilidad de los modelos de producción y consumo, destacando que son las generaciones presentes las que deben velar por garantizar y no comprometer los derechos de las futuras generaciones.

47 Zambrano González, K.: "La Unión Europea ante la emergencia climática", *Anuario Español de Derecho Internacional,* núm. 36, 2020, p. 433.

48 Zambrano González, K.: "El cambio climático. Un objetivo de las Naciones Unidas para el desarrollo sostenible", en AA.VV.: *Derechos Humanos y Justicia Climática,* Fundación Mainel, Valencia, 2020, p. 55. https://congresoddhh.mainel.org/wp-content/uploads/2020/07/Actas-III-Congreso-DDHH-y-Justicia-Clim%C3%A1tica.pdf [última consulta, 1 de diciembre de 2020].

49 Zambrano González, K.: "El cambio climático. Un objetivo de las Naciones Unidas para el desarrollo sostenible", cit., p. 56.

50 Zambrano González, K. "La Unión Europea ante la emergencia climática", cit., p. 35.

51 La Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Humano (CNUMH), puso por primera vez en el punto de mira la protección del medioambiente dentro de la comunidad internacional. La CNUMH dejó como legado una declaración de 26 principios y un plan de acción medioambiental en el que recogió más de cien recomendaciones dirigidas a la adopción de medidas de protección del medioambiente.

52 Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo. *Nuestro futuro común. Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Nota del Secretario General.* 1987. https://undocs.org/es/A/42/427. Este informe se conoce comúnmente como Informe *Brundtland* debido a que la presidenta de la CMMAD encargada de su redacción, fue la primera ministra noruega Gro Harlem Brundtland.

Asimismo, hasta 1988, momento en el que se creó el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre cambio climático (IPCC), no había una base científica sólida que analizara el problema ni atribuyera la causa del calentamiento global. Así, la creación del IPCC ha sido fundamental debido a que gracias a sus contribuciones han marcado el ritmo de la evolución del Derecho Internacional[53] en lo relativo al cambio climático.

Actualmente, son tres los instrumentos internacionales principales cuya finalidad radica en mitigar los efectos del cambio climático[54] y, sin embargo, las referencias a las cuestiones de movilidad humana por asuntos climáticos son escasas y lo que es más preocupante, tampoco se espera que se produzcan en un futuro inmediato.

2. El drama de los desplazamientos y migraciones climáticas

Son millones las personas que han tenido que desplazarse de sus territorios o migrar forzadamente atravesando fronteras para sobrevivir a las inundaciones, huracanes, incremento del nivel del mar, destrucción de sus hábitats, sequías, escasez de agua dulce, conflictos internos, en resumen, huyen de la degradación ambiental. El hambre y el perecimiento les fuerza a escapar para ponerse a salvo a sí mismos y a sus descendientes.

A lo largo de este trabajo, he profundizado en las migraciones climáticas por tratarse de un fenómeno que tendrá lugar, en un futuro próximo, como consecuencia de la movilidad humana transfronteriza. Es importante realizar una distinción entre los diferentes tipos de movilidad. Según Pajares (2020)[55], "la movilidad puede ser interna o transfronteriza, y también voluntaria o forzada". La movilidad interna se refiere a los desplazamientos dentro del territorio. El éxodo puede ser voluntario en el caso de los cambios de residencia de zonas rurales a urbanas; mientras que los desplazados internos son en su inmensa mayoría, colectivos forzados a la movilidad. El número de afectados de este último colectivo puede variar dependiendo de las causas y patrones del desplazamiento: conflictos bélicos, persecuciones y el que más nos interesa en esta obra, los desastres medioambientales. En este sentido, las últimas tendencias sitúan a un 45,8% de

53 Viñuales, J. E.: "El régimen jurídico internacional relativo al cambio climático: perspectivas y prospectivas" En: Organización de los Estados Americanos (OEA), *XXXVI Curso de Derecho Internacional. Universalismo y Regionalismo a inicios del siglo XXI.* (1ª ed., 233-307), 2010. https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XXXVI_curso_derecho_internacional_2009_Jorge_E_Vinuales.pdf [última consulta, 3 de diciembre de 2020].

54 Nótese que los instrumentos que regulan el cambio climático dentro de la comunidad internacional son los siguientes: la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático de 1992, el Protocolo de Kyoto de 1997 y el reciente Acuerdo de París de 2015. Por motivos de extensión del presente trabajo no profundizaré en su estudio, haciendo alusión únicamente a su existencia.

55 Pajares Alonso, M.: *Refugiados climáticos: un gran reto del siglo XXI,* Ciclogénesis 13|Rayo Verde, Barcelona, 2020, p. 87.

desplazados que habitaban en el este de Asia y el Pacífico, contrastando con menos de un 0,5 que se encontraba en Europa y Asia central[56].

Ciertamente, hay más riesgo de exposición al riesgo de desastre ambiental en unas zonas del planeta más que en otras. Este es el caso de los países situados en el anillo de fuego del Pacífico. No obstante, la existencia de determinados elementos clave que favorecen el número de desplazamientos. Por ejemplo, la especial vulnerabilidad de las personas, el modelo económico y de desarrollo adoptado por cada Estado, la presencia o no de conflictos armados o la capacidad de resiliencia climática y gestión del riesgo, que son absolutamente determinantes a la hora de que surjan los desplazamientos.

No olvidemos que existen varios elementos que pueden favorecer los cambios climáticos o las condiciones de habitabilidad ambiental de una región determinada. En este sentido, podemos hablar de desastres naturales con efectos inmediatos (huracanes, inundaciones, monzones, etc.) o fenómenos de generación lenta (sequías, pérdidas de tierras de cultivo, erosión, incremento del nivel del mar). Estos desplazamientos también han sido regulados a nivel internacional y regional[57].

En el ámbito de las migraciones climáticas, me gustaría destacar la reciente decisión del comité de Derechos Humanos de la ONU en el asunto Teitiota contra Nueva Zelanda[58] que, sin duda alguna, sienta un precedente respecto a la protección internacional de las migraciones en el contexto del cambio climático. Recordemos que, según la Convención de Ginebra de 1951, la figura del refugiado medioambiental no tiene cabida, pues delimita las causas de persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas. La Convención de Ginebra ha quedado sobradamente superada e incapaz para regular los riesgos inherentes para la vida de quienes deben movilizarse como consecuencia del calentamiento global. Pues bien,

56 Rey Marcos, F. (coord.) et Sánchez Mojica, B. E.: *La migración en el contexto…*, cit., p. 20.

57 Por exceder de los límites de este trabajo, dicha regulación no será objeto de profundización. No obstante, téngase en cuenta la importancia que reviste la Convención de la Unión Africana para la protección y asistencia de los desplazados internos en África (Convención de Kampala) entre cuyos objetivos destaca el establecimiento de un marco jurídico para evitar el desplazamiento interno y, proteger y ayudar a las personas desplazadas internamente en África. Asimismo, conviene destacar el Informe del Representante del Secretario General Francis M. Deng, presentado en cumplimiento de la resolución 1997/39 de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, que anexa los Principios Rectores de los desplazamientos internos atendiendo a las necesidades específicas de los desplazados internos de todo el mundo. El texto, aunque no es vinculante, ha tenido gran trascendencia y orientación para los Estados afectados, las organizaciones internacionales y las no gubernamentales. Para mayores detalles, véase, Consejo Económico y Social (ECOSOC). (1998). *Intensificación de la promoción y el fomento de los derechos humanos y las libertades fundamentales, en particular la cuestión del programa y los métodos de trabajo de la Comisión. Derechos Humanos, éxodos en masa y personas desplazadas*. https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0022.pdf [última consulta, 3 de diciembre de 2020].

58 *Íbid,* 12, párr. 9.7.

el asunto Teitiota abre las puertas al desafío que supone la regulación de los refugiados climáticos cuyo aluvión se espera en los próximos años.

El Comité de Derechos Humanos de la ONU, concluyó que el Sr. Teitiota no había demostrado "la existencia de una clara arbitrariedad o error en la evaluación de las autoridades nacionales (…) de ver amenazado su derecho a la vida como resultado de actos violentos derivados de la superpoblación o de conflictos privados vinculados con las tierras en Kiribati". Asimismo, el Comité consideró que, de conformidad con la información disponible, en el momento de la expulsión del Sr. Teitiota, no existía "un riesgo real y razonablemente previsible de que se viera expuesto a una situación de indigencia, privación de alimentos y precariedad extrema tal que pudiera poner en peligro su derecho a la vida, incluido el derecho a una vida digna"[59]. Sin embargo, a la luz de las observaciones presentadas por los expertos, Kiribati dejará de ser habitable dentro de los próximos 10 a 15 años.

Afortunadamente, la decisión del Comité cuenta con dos votos particulares que concluyen que la carga de la prueba aportada por el demandante no sólo ha sido desproporcionada, sino que, además, el fallo alcanzado está previendo una situación futura que no es muy lejana. De igual manera, el umbral para determinar el riesgo de devolución o expulsión no debe ser demasiado alto y en este sentido, el actor y su familia se verán en la misma situación en pocos años sólo que con más urgencia y menos tiempo para todos. Según las opiniones disidentes, el demandante sí corre un riesgo real, personal y razonablemente previsible.

V. CONSIDERACIONES FINALES.

El precio de la evolución humana nos ha arrastrado a un momento de crisis climática difícil de controlar. La incesante búsqueda de desarrollo, a costa de todo, nos ha precipitado a un punto de inflexión y no retorno. Aunque parezca un extracto apocalíptico o catastrofista, evitar el cambio climático es absolutamente imposible. Es casi como intentar paralizar abruptamente una maquinaria a pleno rendimiento. Ciertamente, los seres humanos hemos abusado –y seguimos abusando– de los recursos que nos ofrece nuestro planeta sin tener en cuenta la protección que merece la biodiversidad, el resto de ecosistemas y, sobre todo, el legado que dejamos a las generaciones venideras.

La Humanidad ha actuado en calidad de única legitimaria de los derechos de disposición de estos recursos, considerando como dogma de comportamiento, la creación y consumo ilimitado de bienes y recursos, lo que ha implicado una ausencia de conciencia y de responsabilidad social arraigados en la cultura del

59 *Íbid,* 12, párr. 9.9.

"crear, usar y desechar". El tiempo nos ha demostrado que todo aquello que es insostenible acaba colapsando el sistema.

A pesar de que la comunidad internacional ha realizado grandes progresos en la instrumentalización del cambio climático, éstos siguen siendo insuficientes y blandos. Los efectos más devastadores del impacto del calentamiento global están dejando, tras de sí, graves consecuencias, siendo los colectivos más vulnerables los especialmente afectados por el desarrollo de unos pocos y como hemos visto, la movilidad humana está siendo uno de los daños colaterales de nuestra insostenibilidad.

El estudio de la figura del asilo desde sus antecedentes históricos obedece al hecho de que muchas cuestiones del futuro pueden ser solucionadas atendiendo a sus precedentes, por ello he considerado tan indispensable hacer mención a sus orígenes. Así, de esta investigación, se extrae como conclusión principal, la ineficacia actual de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados para, tan siquiera, alumbrar la consideración de nuevas figuras como la de los refugiados climáticos. Figura a la que, en los próximos años, habrá que dar una respuesta desde el Derecho internacional y europeo.

En 10 o 15 años, Estados como Kiribati están condenados a la desaparición de no tomarse las medidas necesarias y vinculantes al respecto. Cabe preguntarse ¿qué pasará con sus poblaciones? Hablamos de un éxodo inminente y urgente al que hay que darle respuesta desde el derecho positivo. Las consecuencias jurídicas de estos daños no pueden permanecer invisibilizadas por más tiempo. Hablamos de migraciones forzadas y del respeto a los derechos humanos, condición *sine qua non* para la validez de todos los actos erigidos tanto de la comunidad internacional como de la Unión Europea.

Siguiendo a Bou (2014)[60], la obligación de la UE de promover el respeto de los derechos fundamentales en su acción exterior está plenamente consolidada en la actualidad. De hecho, no olvidemos que la UE ha mostrado una gran capacidad de liderazgo en las últimas negociaciones internacionales para mitigar los efectos del cambio climático. Además, ha presentado el Pacto Verde Europeo y la propuesta de reglamento para alcanzar la neutralidad climática europea hacia 2050. Sin embargo, son escasas las referencias de la UE hacia las migraciones climáticas, motivo por el que, en mi opinión, también debe adoptar una posición de liderazgo y ahora más que nunca, cumplir con el principio de cooperación y solidaridad internacional.

60 Bou Franch, V.: "La Unión Europea y los Derechos Fundamentales: desafíos actuales", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2014, núm. 24, pp. 15-50. https://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/54307/103937.pdf?sequence=1&isAllowed=y [Última consulta, 4 de diciembre de 2020]. 49.

Finalmente, es de perentoria necesidad, hacer un llamamiento a la conciencia social. Todos somos responsables de aunar esfuerzos para posibilitar la mitigación de los efectos del cambio climático: Estados, empresas, individuos. Está en nuestras manos cambiar nuestros patrones de consumo, pasar a la acción, valorar el bien común, el respeto de los derechos humanos y el de las generaciones futuras.

BIBLIOGRAFÍA

Bernad Segarra, L.: "La reorganización de la Administración romana en Egipto: algunas cuestiones sobre el Edicto XIII de Justiniano", *Revista General de Derecho Romano,* 2018.

Biliarsky, I.: "La responsabilité liée au droit d'asile dans la plus ancienne loi slave", *Méditerranées. Revue du centre d'études internationales sur la Romanité,* núm. 36, 2003.

Biondi, B.: *Il diritto romano cristiano: Orientamento religioso della legislazione. Vol I.* Giuffrè, Milano, 1952.

Bou Franch, V.: "La Unión Europea y los Derechos Fundamentales: desafíos actuales", *Revista Europea de Derechos Fundamentales,* núm. 24, 2014.

Bou Franch, V. y Cervera Vallterra, M.: *Normativa y jurisprudencia básica del Derecho de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, 2ª ed., Valencia, 2016.

Bouteillet-Paquet, D.: *L'Europe et le droit d'asile*, L'Harmattan, Paris, 2001.

Cornejo Cornejo, A. R.: *El Asilo jurídico. Análisis histórico y perspectivas a futuro* [Tesis Doctoral, Universidad de las Américas Puebla, 2005].

Díez de Velasco, M.: *Instituciones de Derecho Internacional Público,* Tecnos, 18ª ed., Madrid, 2013.

Ducloux, A.:

- *Ad ecclesiam confugere. Naissance du droit d'asile dans les églises (IVe – milieu du Ve s.),* De Boccard, 1ª ed., Paris, 1994.
- "La violation du droit d'asile par "dol" en Gaule, au VI siècle". *Antiquité tardive revue internationale d'histoire et d'archéologie,* núm. 1, 1993.
- "L'Eglise, l'asile et l'aide aux condamnés d'après la constitution du 27 juillet 398", *Revue Historique De Droit Français Et étranger,* núm. 69 (2), 1991.

Díaz Lafuente, J.: *Refugio y asilo por motivos de orientación sexual y/o identidad de género en el ordenamiento constitucional español* [Tesis doctoral, Universitat de València, 2014].

Esquilo: *Persas, Siete contra Tebas: suplicantes, Prometeo encadenado*, (versión editada por Clúa Serena, J. A. & Montañés Gómez, R. J.), Akal, Madrid, 2013.

Gamauf, R.: "Ad Statuam Licet Confugere: Untersuchungen zum Asylrecht im Römischen Prinzipat". *The legal History Review,* núm. 69 (3-4), 2001.

Gortázar Rotaeche, C. J.: *Derecho de asilo y no rechazo del refugiado*, Dykinson S.L, Madrid, 1997.

Hallebeek, J.: "Church asylum in late Antiquity-concession by the Emperor or competence of the Church?". *Secundum Ius. Opstellen aangeboden aan prof. mr. P.L. Nève [Rechtshistorische reeks van het Gerard Noodt Instituut],* núm. 49, 2004.

Hansen, J. E. et Sato, M.: "Paleoclimate implications for human-made climate change", en AA.VV.: *Climate Change: Inferences from Paleoclimate and Regional Aspects*, Springer, Londres, 2012.

Juste Ruiz, J., Castillo Daudí, M. et Bou Franch, V.: *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Tirant lo Blanch, 3ª. ed., Valencia, 2018.

Landau, P.: "Traditionen des Kirchenasyls, en AA.VV.: *Asyl am Heiligen Ort. Sanctuary und Kirchenasyl. Vom Rechtsanspruch zur ethischen Verpflichtung,* 1ª ed., Ostfildern, 1994.

Manfredini, D. A.: "Debitori pubblici e privati 'in ecclesiam confugientes' da Teodosio a Giustiniano", *Rivista di diritto romano,* núm. 2, 2014.

Martínez Escamilla, M.: "Las 'devoluciones en caliente' tras la sentencia de la Gran Sala TEDH de 13 de febrero de 2020 (N.T. y N.D. vs. España)". *Jueces para la Democracia*, núm. 97, 2020.

Muñoz Aunión, A.: *La política común europea del Derecho de asilo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

Pajares Alonso, M.: *Refugiados climáticos: un gran reto del siglo XXI*. Ciclogénesis 13 | Rayo Verde, Barcelona, 2020.

Rico Aldave, H.: *El Derecho de Asilo en la Cristiandad. Fuentes históricojurídicas.* Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2005.

Riosalido, J.: "El islam en España: historia, pensamiento, religión y derecho: El derecho de asilo en la tradición islámica y sus problemas de aplicación en la realidad contemporánea", en AA.VV.: *El islam en España: historia, pensamiento, religión y derecho: actas del Primer Encuentro sobre Minorías Religiosas* (coord. por Martí, J. M. et Catalá Rubio, S.), Servicio de Publicaciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2001.

Santiago Álvarez, R. A.: "Esquilo, 'Las suplicantes': una 'hospitalidad' plasmada en leyes", Faventia, Supplementa 2, 2013.

Viñuales, J. E.: "El régimen jurídico internacional relativo al cambio climático: perspectivas y prospectivas", en Organización de los Estados Americanos (OEA), *XXXVI Curso de Derecho Internacional. Universalismo y Regionalismo a inicios del siglo XXI*, 1ª ed., 2010.

Vivó Undabarrena, E.: "Utrumque Ius: La institución del derecho de asilo", *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 4, 2005.

Zambrano González, K.:

- "El cambio climático. Un objetivo de las Naciones Unidas para el desarrollo sostenible", en AA.VV.: *Derechos Humanos y Justicia Climática.* Fundación Mainel, Valencia, 2020.

- "La Unión Europea ante la emergencia climática", *Anuario Español de Derecho Internacional,* núm. 36, 2020.

SERVICIOS DE INTERMEDIACIÓN EN LÍNEA EN EUROPA: DISEÑO DE UN SISTEMA ESPECÍFICO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

ONLINE INTERMEDIATION SERVICES IN EUROPE: DESIGN OF A SPECIFIC DISPUTE RESOLUTION SYSTEM

Rev. Boliv. de Derecho Nº 32, julio 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 560-585

Enrique
FERNÁNDEZ
MASIÁ

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de enero de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 30 de abril de 2021

RESUMEN: Este trabajo analiza el sistema de solución de controversias específicamente diseñado, con la introducción de alternativas a la jurisdicción, en el Reglamento (UE) 2019/1150 sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea, que ha entrado recientemente en vigor.

PALABRAS CLAVE: Plataformas en línea; servicios de intermediación en línea; métodos de solución de controversias; sistema interno de reclamaciones; mediación; legitimación para ejercitar una acción judicial.

ABSTRACT: *This paper analyses the specific designed dispute resolution system, with the introduction of alternatives to jurisdiction, in the Regulation (EU) 2019/1150 on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services, has recently entered into force.*

KEY WORDS: *Online platforms; online intermediate services; dispute resolution methods; internal complaint-handling system; mediation; the right to take judicial action.*

SUMARIO.- I. PLANTEAMIENTO: LA RAZÓN DE SER DEL REGLAMENTO 2019/1150.- II. ÁMBITO DE APLICACIÓN Y CONTENIDO.- III. MÉTODOS DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS.- 1.Un sistema interno de tramitación de reclamaciones.- 2. Mediación.- 3. Acciones judiciales ejercitadas por organizaciones o asociaciones representativas y por organismos públicos.- IV. VALORACIÓN FINAL.

I. PLANTEAMIENTO: LA RAZÓN DE SER DEL REGLAMENTO 2019/1150.

Como consecuencia de la "Estrategia para el Mercado Único Digital" diseñada por parte de las instituciones europeas, se ha adoptado el Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea (en adelante "Reglamento de servicios de intermediación en línea")[1]. Dicho Reglamento ha entrado en vigor el 12 de julio de 2020[2], constituyendo un hito de gran importancia en los esfuerzos de la Unión Europea por regular lo que se denomina "economía de plataformas en línea"[3].

La nueva normativa tiene como objetivo primordial el intentar proteger los intereses legítimos de los profesionales y empresas en sus relaciones comerciales con los servicios de intermediación en línea, lo que contribuirá de forma indirecta también, en mejorar la confianza de los consumidores en la nueva economía de las plataformas en línea.

En efecto, el Reglamento de servicios de intermediación en línea parte de una idea básica: el proveedor de la plataforma en línea ostenta una posición de dominio.

1 DOUE L 186, de 11 de julio de 2019.

2 El plazo otorgado de un año a las plataformas en línea desde su publicación hasta su entrada en vigor, reconoce la necesidad de adecuar en ese periodo los términos y condiciones, a las complejas nuevas exigencias contempladas.

3 De Miguel Asensio, P.A.: "Nuevo Reglamento sobre servicios de intermediación en línea", *La Ley Unión Europea*, núm. 74, 2019, p.1 (se ha consultado la versión digital del trabajo).

• Enrique Fernández Masiá
Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho de Albacete de la Universidad de Castilla La Mancha (España). Es autor de más de cien publicaciones entre libros, manuales, compendios de legislación y artículos sobre Derecho del comercio internacional, Derecho procesal internacional, Derecho civil internacional y Nacionalidad y Extranjería. Imparte docencia en varios posgrados de la Universidad de Castilla La Mancha: abogacía, violencia de género, Derecho del consumo y Derecho del comercio internacional. Ha sido Profesor del Magister Lucentinus sobre propiedad industrial e intelectual en la Universidad de Alicante y Profesor invitado para impartir posgrados en la Universidad de Valencia (España), Universidad Externado de Bogotá (Colombia), Universidad de La Habana (Cuba), en la Universidad Gabriel René Moreno de Santa Cruz de la Sierra (Bolivia) y en la Universidad de Turín (Italia). Es colaborador del grupo investigador de excelencia medarbvalencia. Correo electrónico: Enrique.Fdez@uclm.es.

Los usuarios profesionales y los usuarios de páginas web corporativas[4], incluyendo las microempresas y las pequeñas y medianas empresas, tienen una situación de dependencia cada vez mayor en relación con los servicios de intermediación en línea para poder llegar a los consumidores[5]. Estos servicios de intermediación en línea han sabido ver, desde un principio, las infinitas posibilidades que se abrían con la puesta en marcha del mercado online y han comenzado a ofrecer sus servicios como intermediarios, bien directamente con el consumidor final o, indirectamente, a través de motores de búsqueda, a todo tipo de empresas y profesionales, convirtiéndose de esta forma en un factor clave e, irremediablemente hoy en día, indispensable para poder acceder a este nuevo modelo de negocio.

Los consumidores están experimentando y sacando provecho de este nuevo modelo de negocio donde se ha ampliado enormemente la gama de servicios y productos y existe una oferta de precios competitivos de estos últimos. Estas ventajas de la economía de las plataformas en línea para los consumidores, están provocando, lógicamente, un incesante crecimiento en las transacciones a través de los servicios de intermediación en línea. Y, como consecuencia, las empresas y comerciantes –los usuarios profesionales y de sitios webs corporativos-, conscientes de estas nuevas oportunidades comerciales, se muestran deseosas de poder acceder de manera rápida y eficiente a este nuevo mercado online que se ha desarrollado en numerosos sectores, que van desde la venta de bienes al por menor, hasta los servicios profesionales y el desarrollo de aplicaciones, pasando por el transporte y la hostelería[6].

En este contexto, el papel crucial y decisivo que adquieren los proveedores de servicios en línea, incluyendo también los proveedores de motores de búsqueda, como intermediarios para el éxito y visibilidad de las empresas en este nuevo ecosistema de negocios, tiene como consecuencia inmediata, un mayor poder de negociación en sus relaciones comerciales con dichas empresas, lo que le permite imponer sus condiciones a éstas, en algunos casos, abusando de su posición

4 De acuerdo con el art. 2 del Reglamento de servicios de intermediación en línea, por "usuario profesional" se entiende todo particular que actúa en el marco de una actividad comercial o profesional o toda persona jurídica que ofrece bienes y servicios a los consumidores a través de intermediación en línea con fines relativos a su comercio, negocio, oficio o profesión. Por otro lado, "usuario de un sitio web corporativo" se define como toda persona física que usa un interfaz en línea, es decir, cualquier programa informático, incluido un sitio web o parte del mismo o aplicaciones, incluidas las aplicaciones para móviles, para ofrecer bienes o servicios a los consumidores con fines relativos a su comercio, negocio, oficio o profesión.

5 Graef, I.: "Differentiated Treatment in Platform-to-Business Relations: EU Competition Law and Economic Dependence", *Yearbook of European Law*, vol. 38, 2019, pp.448-449.

6 Como bien señalan López-Tarruella Martínez, A. y Rodríguez Domínguez, F.: "Las implicaciones prácticas del Reglamento 2019/1150 sobre equidad y transparencia para las plataformas de comercio electrónico", en *Nuevas Tecnologías 2020*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 209, "Los servicios de intermediación en línea prestados por plataformas tecnológicas como, por ejemplo: Amazon, eBay, Alibaba, Booking o AirBnB, se han convertido en esenciales para el comercio, el emprendimiento y la innovación. Gracias a ellos, infinidad de pequeñas y medianas empresas tienen la posibilidad de hacer llegar sus productos y servicios a una mayor masa de consumidores. Del mismo modo, los consumidores se benefician de la posibilidad que ofrecen estas plataformas de acceder a una mayor oferta de productos y servicios".

dominante, ocasionando mediante sus decisiones unilaterales y prácticas desleales un importante perjuicio económico a las empresas que se relacionan con aquellas[7]. Todo ello, además, se ve agravado, porque nos movemos en un mercado donde existe un alto grado de concentración, con un escaso número de plataformas y, en donde las condiciones para entrar como un nuevo participante son especialmente gravosas[8].

Esta idea de posible abuso de esta posición de superioridad se puede corroborar con las conclusiones del estudio dirigido por la Comisión Europea y publicado en junio de 2017, con el título "*Business to Business Relations in the Online Platform Environment*"[9], donde un 46 % de los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea señalaban que habían tenido problemas en sus relaciones con las plataformas y un 21% de los mismos, además, declaraba que los tenía muy a menudo. A ello puede añadirse, además que, aunque un 26 % de los conflictos que surgían, al final se resolvían con muchas dificultades, un 32% de los conflictos que se habían planteado quedaban sin resolver.

Como bien señala Jiménez Horwitz, las plataformas en línea pueden aprovechar dicha situación de superioridad para tratar de imponer de manera unilateral unas condiciones generales de la contratación[10], que son contrarias al principio de buena fe y a la lealtad en las relaciones contractuales o, incluso realizan prácticas

7 Una de las partes, como son los comerciantes y empresas ocupa una posición de inferioridad respecto de la otra –proveedores de servicios de intermediación en línea y proveedores de motores de búsqueda en línea-, por lo que, en la gran mayoría de las ocasiones, la primera se ve obligada a ceder respecto de las condiciones impuestas de manera unilateral por la segunda, lo que le hace merecedora de una especial protección. De esta manera y, aunque es cierto que no nos encontramos ante un consumidor, dichos sujetos ocupan una posición de parte más débil en la relación, por lo que sus intereses merecen tutelarse jurídicamente. Dicha tutela jurídica se plasma en una serie de obligaciones que se imponen a la parte más fuerte y que están dirigidas a fomentar la equidad y transparencia en las relaciones plataforma-usuario profesional. En este sentido, Flaquer Riutort, J.: "Obligaciones de transparencia y equidad en la prestación de servicios de intermediación en línea: orientaciones futuras en el Ordenamiento comunitario", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 50, 2019, pp. .87 y ss.; López-Tarruella Martínez, A. y Rodríguez Domínguez, F.: "Las implicaciones", cit., p.209.

8 Cauffman, C.: "New EU Rules on Business-to-Consumer and Platform-to-Business Relationships", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 26, núm. 4, 2019, p. 474, explica claramente la razón fundamental de escaso número de plataformas, ya que "online intermediary platforms function as two-sided markets: the more suppliers that use a certain platform, the more attractive it becomes for customers; the more customers use a certain platform, the more attractive it becomes for suppliers. This leads to the concentration of supply and demand on a limited number of online intermediary platforms".

9 Puede consultarse en la dirección electrónica: https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/04c75b09-4b2b-11e7-aea8-01aa75ed71a1/language-en. (última fecha de acceso 9 de diciembre de 2020).

10 De acuerdo con el art. 2 del Reglamento de servicios de intermediación en línea por "condiciones generales", hay que entender "todas las condiciones generales o cláusulas, con independencia de su nombre o forma, que rigen la relación contractual entre el proveedor de servicios de intermediación en línea y los usuarios profesionales, y que están determinadas unilateralmente por el proveedor de los servicios de intermediación en línea. Tanto si se han determinado unilateralmente como si no, esa determinación unilateral ha de apreciarse sobre la base de una valoración general, en la que no deben ser determinantes ni las dimensiones relativas de los interesados, ni que haya tenido lugar una negociación, ni que algunas cláusulas hayan sido objeto de tal negociación y hayan sido determinadas conjuntamente por el proveedor y el usuario profesional".

que se desvían de las buenas conductas comerciales dada su falta de transparencia, lo que induce al error o al engaño de los profesionales[11].

En la práctica, encontramos con mucha frecuencia, cláusulas que permiten que la plataforma pueda decidir de manera unilateral la terminación o la suspensión de los servicios de intermediación en línea o, también la modificación de las condiciones de la contratación, inclusive la subida del precio. De la misma manera, es también posible encontrarnos con conductas comerciales muy poco transparentes en relación con los parámetros que determinan las clasificaciones y los motivos por los que cuentan con una importancia principal relativa superior a la de otros parámetros. Hay también la posibilidad de considerar como una práctica de competencia ilícita si la plataforma electrónica no advierte que otros profesionales realizan ventas paralelas de bienes o servicios auxiliares. O igualmente, en este mismo sentido, también puede ocurrir que la plataforma no advierta de que ella misma es vendedora de productos o servicios similares a los que ofrecen los usuarios empresarios y, sin embargo, la actuación comercial de la plataforma está más protegida en la clasificación por una situación preferente que no está justificada con parámetros objetivos[12].

El Reglamento de servicios de intermediación en línea, por consiguiente, trata de acabar con las situaciones descritas y, para ello pretende crear un entorno comercial en línea previsible y transparente, lo que beneficiará a los comerciantes, plataformas, consumidores y a la economía de la Unión Europea, en general.

11 Jiménez Horwitz, M.: "Las responsabilidades de las plataformas en línea en el ámbito del Derecho de los contratos: desde la protección de los consumidores hasta la protección de los profesionales y empresarios", *Publicaciones CESCO*, 13 de enero 2020, p.6.

12 En la Propuesta de Reglamento, COM (2018) 238 final, de 26 de abril de 2018, p.3, se hace referencia a estas conductas y prácticas tanto por parte de los proveedores de servicios de intermediación en línea como por los proveedores de motores de búsqueda: "que las empresas dependan de ciertos servicios de intermediación en línea conlleva que los proveedores de estos pueden incurrir en ciertas prácticas comerciales potencialmente nocivas, que reducen las ventas de tales empresas efectuadas a través de dichos proveedores y socavan su confianza, a saber: cambios inexplicables de las condiciones sin previo aviso; la exclusión de bienes o servicios y la suspensión de cuentas sin una declaración de motivos clara; una falta de transparencia en la clasificación de los bienes y servicios, y de las empresas que los ofrecen; condiciones poco claras para el acceso y el uso de los datos recogidos por los proveedores; y una falta de transparencia en cuanto al favorecimiento de los propios servicios competidores y las denominadas cláusulas de nación más favorecida (NMF) de los proveedores, que limitan la capacidad de las empresas de ofrecer condiciones más atractivas por medio de canales distintos de los servicios de intermediación en línea.
Igualmente, los motores generales de búsqueda en línea también pueden actuar como importantes fuentes de tráfico en Internet para las empresas, así como surtir un efecto en el éxito comercial de los usuarios de páginas web corporativas que ofrecen sus bienes o servicios en el mercado interior por medios electrónicos. La clasificación de los sitios web que elaboran los proveedores de motores de búsqueda electrónicos, incluida la de los sitios donde las empresas ofrecen sus bienes y servicios a los consumidores, ejerce un impacto significativo en la elección de los clientes y en los resultados comerciales de tales usuarios de páginas web corporativas. De este modo, incluso a falta de una relación contractual con los usuarios de los sitios web corporativos, los motores generales de búsqueda en línea muestran todo un problema de dependencia, en concreto uno relativo a prácticas de clasificación potencialmente nocivas, que puede afectar a las empresas".

Así, en primer lugar, las empresas y comerciantes van a contar con un marco normativo que trata de evitar las prácticas abusivas mediante el establecimiento de una serie de obligaciones para las plataformas electrónicas y un sistema sencillo y eficaz de solución de conflictos. Ello debería potenciar lógicamente sus opciones de una mayor utilización de los servicios de intermediación en línea como forma de desarrollar e incrementar exponencialmente sus negocios. A su vez, en segundo lugar, esta presumible confianza de las empresas conducirá a que los consumidores vean que, cada vez, en mayor medida, se les ofrece un mayor número de bienes y servicios, lo que posiblemente mejorará la calidad y reducirá los precios. Pero, además, en tercer lugar, una normativa única otorga previsibilidad y seguridad jurídica también para la propia actividad de las plataformas en línea, que tendrán un marco claro y transparente al que deberán ajustar sus actividades y si es posible, permitirá su expansión en el Mercado Único Digital.

Con este texto legislativo se intenta colmar un vacío existente en Derecho europeo, cuyo fin es combatir los riesgos a los que acabamos de hacer referencia derivados de las relaciones entre empresas. Si bien una de las partes se encuentra ciertamente en una posición más débil, no puede considerarse que estamos ante una relación de consumo, lo que impide la utilización de todo el arsenal jurídico existente en Derecho europeo para la protección de los consumidores[13]. De igual modo, tampoco cabe la aplicación de las normas del Derecho de la competencia a todas estas conductas, pues muchas de ellas no presentan un carácter contrario a aquellas.

De tal situación "novedosa" de protección que se requiere en este ámbito, es consciente ya la Propuesta de Reglamento donde se señala en su Exposición de Motivos que "no existe legislación a nivel de la UE que abarque las relaciones intermediadas de empresa a empresa en línea que aquí se tratan. El Derecho de la competencia de la Unión combate, entre otros, contra las conductas anticompetitivas de las empresas. Las prácticas comerciales unilaterales potencialmente nocivas que trata esta iniciativa no necesariamente infringen el Derecho de la competencia de la UE en virtud de los arts. 101 o 102 del TFUE. En consecuencia, puede que el Derecho de la competencia a escala nacional o de la UE no aborde todos los tipos de problemas que sí abarca esta iniciativa" [14].

13 En este sentido, se manifiesta Campos Carvalho, J.: "Online Platforms: Concept, Role in the Conclusion of Contract and Current Leal Framework in Europe", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, núm. 1, 2020, p. 873, al señalar que "it is interesting to notice that this Regulation represents a shift in paradigm. The protection of the balance of the market was traditionally achieved by introducing rules on consumer protection, as the consumer was viewed as the weaker party in the relationship. This Regulation also introduces rules to protect one of the parties, in an attempt to achieve a balance in the relationship, but that party is not a consumer, but a trader. This Regulation recognizes that not all traders are the same and that some may need protection in their relationship to others that are clearly more powerful, such as the providers of online intermediation services".

14 Cit., p. 4.

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN Y CONTENIDO.

El Reglamento es de aplicación tanto a proveedores de servicios de intermediación en línea –por ejemplo, mercados virtuales, servicios de software en línea y servicios de redes sociales en línea-[15], como a los proveedores de motores de búsqueda[16], con independencia de donde estén establecidos y cualquiera que fuera la ley aplicable, que faciliten o cuyos servicios se presten a usuarios profesionales y a usuarios de sitios webs corporativos, respectivamente, cuyo lugar de establecimiento o domicilio se sitúe en la Unión Europea, y que por medio de servicios de intermediación o motores de búsqueda, ofrezcan bienes o servicios a los consumidores ubicados en el territorio de la Unión Europea[17].

En consecuencia, y en línea con lo ya contemplado en el art. 3.2 del Reglamento general de protección de datos[18], el ámbito de aplicación de la norma no viene determinado por el domicilio del prestador de los servicios sino por el de los destinatarios de tales servicios, siendo por consiguiente de aplicación a los proveedores de servicios de intermediación en línea y a los proveedores de motores de búsqueda establecidos fuera de la Unión que presten u ofrezcan sus servicios a usuarios profesionales y usuarios de sitios web corporativos establecidos en la Unión, en la medida en que estos ofrezcan bienes y servicios a los consumidores de la Unión[19].

Con el fin de determinar si los usuarios profesionales o los usuarios de sitios web corporativos ofrecen bienes o servicios a consumidores situados en un

15 Estos intermediarios son personas físicas o jurídicas que disponen de una plataforma electrónica, contratando con el usuario profesional la posibilidad de ofrecer sus bienes o servicios desde la misma, con el propósito de facilitar las transacciones directas con los consumidores.

16 Personas físicas o jurídicas que ofrecen motores de búsqueda en línea a los consumidores. En el concepto de motores de búsqueda se integran los servicios digitales que, mediante consultas en forma de palabras clave, muestran como resultado todos los sitios web donde puede encontrarse información relativa al contenido solicitado. Los buscadores rastrean la Red e indexan los hipervínculos de las páginas web que han localizado en sus motores de forma automática. La diferencia con los proveedores de servicios de intermediación en línea, por consiguiente, radica en que no existe una relación contractual con el usuario de un sitio web corporativo, esto es, las empresas y comerciantes que disponen de su propia página web para ofrecer directamente sus productos y servicios a los consumidores. Sobre cómo funciona un motor de búsqueda, Vid. por todos, Castelló Pastor, J. J.: *Motores de búsqueda y derechos de autor: infracción y responsabilidad*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016.

17 Como señala Llopis Nadal, P.: "La evolución del comercio digital: nuevos sujetos, nuevos conflictos y nuevas soluciones alternativas a la jurisdicción", en Fuentes Soriano, O.: (dir.): *Era Digital, Sociedad y Derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 500, con ello, *a sensu contrario*, quedan fuera los supuestos en que los usuarios profesionales o de sitios web corporativos tengan su establecimiento o domicilio fuera de la Unión, aun cuando dirijan sus ofertas a consumidores residentes en algún Estado miembro, así como aquellos en que el usuario profesional o de sitio web corporativo está establecido o domiciliado en la Unión Europea, pero ofrece sus bienes o servicios a consumidores situados fuera de este territorio.

18 Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, DOUE L119, de 4 de mayo de 2016.

19 Se opta por consiguiente por un criterio basado en los efectos en el mercado, criterio también utilizado por el art. 6 del Reglamento 864/2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales -Roma II- y por el art. 6 del Reglamento 593/2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales -Roma I, De Miguel Asensio, P. A.: "Nuevo Reglamento", cit., p.8.

Estado miembro, el Cdo. 9 del Reglamento señala que el criterio de "actividades dirigidas" ha de interpretarse conforme a la jurisprudencia del TJUE existente en relación con el art. 17.1 c) del Reglamento 1215/2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil -Bruselas I bis- y, con el art. 6.1 b) del Reglamento 593/2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales -Roma I-[20].

Queda claro que, aunque no se señala expresamente por parte del legislador europeo, éste siempre ha tenido en mente que las principales destinatarias de este texto, son las grandes empresas tecnológicas extranjeras que operan en internet con alcance transnacional y que tienen una gran incidencia en el Mercado Único Digital. Si quieren seguir operando y prestando sus servicios en la Unión Europea, no van a poder eludir las obligaciones que vienen impuestas en el Derecho de la Unión a través de este Reglamento.

Para hacer efectivo el principal objetivo del Reglamento como es el de garantizar un entorno comercial dentro del mercado interior en línea que sea equitativo, predecible, sostenible y confiable, el Reglamento incorpora una serie de medidas encaminadas a garantizar la inexistencia de comportamientos unilaterales o prácticas comerciales desleales y lesivas para los intereses de los usuarios profesionales en las relaciones plataforma-usuario profesional[21]. Dichas medidas abordan prácticas como la falta de claridad de los términos y condiciones o cambios repentinos en los mismos, así como la falta de información respecto de suspensiones o cambios en la prestación de los servicios. Por otra parte, además, se establecen nuevas obligaciones en materia de transparencia que obligan a las plataformas a incorporar, en sus términos y condiciones, información relevante sobre determinadas materias. Así, por ejemplo, las condiciones de clasificación que utilizan para presentar y organizar los resultados de búsqueda, las condiciones aplicadas a la oferta de bienes y servicios auxiliares, la aplicación de un tratamiento diferenciado en el ofrecimiento de algunos bienes o servicios y los términos de acceso y uso a los datos facilitados o generados en el marco de la actividad de la plataforma.

20 Sobre este concepto y su gran protagonismo alcanzado en el contexto de la comercialización a través de internet, puede consultarse, Castellanos Ruiz, E.: "El concepto de actividad profesional "dirigida" al Estado miembro del consumidor: stream-of-commerce", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4, núm. 2, 2012, pp. 70-92; López-Tarruella Martínez, A.: "El criterio de las actividades dirigidas como concepto autónomo de Derecho Internacional Privado de la Unión Europea para la regulación de las actividades en Internet", *Revista Española de Derecho internacional*, núm. 2, 2017, pp. 223-256.

21 Arts. 3 a 10. Vid. sobre estas disposiciones, Porxas, N. y Sanz, C.: "Leal competencia en la nueva economía de las plataformas", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 52, 2019, pp.19-22; De Miguel Asensio, P.A.: "Nuevo Reglamento", cit., pp. 5-6; López-Tarruella Martínez, A. y Rodríguez Domínguez, F.: "Las implicaciones", cit., pp. 210-218. Con anterioridad, sobre lo previsto en la Propuesta de Reglamento (arts.3 a 8), Flaquer Riutort, J.: "Obligaciones de", cit., pp. 96-116.

Pero junto con este tipo de medidas, el Reglamento incorpora también una serie de medidas destinadas a garantizar la existencia de mecanismos efectivos de resolución de conflictos en el marco de las relaciones plataforma electrónica-usuario profesional[22]. No sólo los usuarios profesionales deben contar con la transparencia adecuada, sino que han de disponer de posibilidades amplias de solicitar reparación cuando las acciones unilaterales de los proveedores de los servicios de intermediación en línea desembocan en una controversia. Es precisamente al análisis del concreto sistema diseñado por el Reglamento en cuanto a los mecanismos de solución de controversias, a lo que dedicamos el resto de nuestro trabajo.

III. MÉTODOS DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS.

Ya en junio de 2017, la Comisión Europea había observado que una de las quejas más importantes planteadas por parte de los usuarios profesionales de los servicios de intermediación en línea, era la ausencia de mecanismos que posibilitasen una reclamación efectiva en los supuestos de litigio derivados de sus relaciones comerciales con estas plataformas[23]. Ello se debe, entre otras razones, a la especial naturaleza de la relación, con un potencial transfronterizo intrínseco, a los costes y lentitud en conseguir una resolución en los tribunales nacionales, la falta de claridad en cuanto a las vías de recurso disponibles, y también, porque no decirlo, en muchas ocasiones, al miedo de los usuarios profesionales a las represalias.

Especialmente relevante es la constatación de que la vía judicial para solucionar los conflictos generados deviene ciertamente ineficaz, en un entorno caracterizado por la rapidez y su naturaleza transnacional: la demora de un procedimiento judicial hasta conseguir una decisión, acompañada en la gran mayoría de los casos, de una difícil ejecución del pronunciamiento judicial, choca frontalmente con la velocidad de reacción que impone el medio digital donde se desarrollan estas actividades[24].

22 Para López-Tarruella Martínez, A. y Rodríguez Domínguez, F.: "Las implicaciones", cit., p.221, las obligaciones más gravosas, sin duda, que impone el Reglamento a las plataformas de comercio electrónico tienen que ver con la resolución de las reclamaciones que puedan plantear los usuarios profesionales.

23 "Business to", cit., pp. 60 y ss.

24 Muy clara, en este sentido, se manifiesta Llopis Nadal, P.: "La evolución", cit., pp. 496-497. Respecto de la protección de los consumidores en el mundo digital, unas reflexiones similares son realizadas por Martínez Rodríguez, N.: "Un paso adelante en la protección del consumidor en el comercio electrónico: la resolución de litigios en línea", *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 1, 2018, p. 2 (se utiliza la versión digital del trabajo)al declarar que "la realidad del consumo electrónico, caracterizado por la inmediatez de las transacciones, el carácter transfronterizo de muchas de ellas y la escasa cuantía de las reclamaciones, demanda un sistema ágil de resolución de conflictos. La vía judicial no es la más adecuada: el formalismo, la lentitud y el coste de los procedimientos judiciales desmotiva al consumidor, que soporta pasivamente la conculcación de sus derechos. La resolución extrajudicial de conflictos parece el sistema idóneo para dar respuesta a las necesidades de un comercio electrónico de escasa cuantía y de carácter transnacional en plena expansión. Facilita soluciones más rápidas, sencillas y económicas para atender las reclamaciones de los consumidores y su efectividad es aún mayor cuando los propios métodos de resolución operan también en línea, pues reducen costes y aportan al procedimiento una rapidez consecuente con la celeridad buscada por el consumidor en la red".

Estas disfunciones tratan de ser remediadas por parte del Reglamento. Como señala el art. 1.1 de este texto legislativo: "la finalidad del presente Reglamento es contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior mediante el establecimiento de normas para asegurar que se conceden opciones apropiadas de transparencia, de equidad y de reclamación a los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea y a los usuarios de servicios de sitios web corporativos en relación con los motores de búsqueda en línea".

Para ello, el legislador europeo potencia las soluciones alternativas a la jurisdicción estatal, garantizando que los usuarios profesionales ubicados en el territorio de la Unión Europea puedan utilizar dichas soluciones alternativas frente a todos los intermediarios, no olvidemos con independencia de donde estén establecidos, lo que posiblemente les resultará mucho más atractivo como parte más débil en la relación contractual, para el supuesto de que sugiera cualquier litigio entre las partes, que la opción de recurrir a los tribunales nacionales, que además no siempre serán los de un Estado miembro de la Unión Europea[25]. Dicho lo anterior y, a pesar de que el Reglamento, como ya hemos señalado, pueda realizar una apuesta clara por el recurso a los sistemas alternativos de solución de controversias, ello no impide en ningún momento que el afectado usuario profesional mantenga la opción de poder ejercer las acciones que le puedan corresponder frente al prestador de servicios ante los órganos jurisdiccionales estatales.

Más en concreto, se prevén dos nuevos mecanismos para facilitar la resolución de las controversias surgidas en las relaciones entre los proveedores de servicios de intermediación en línea con los usuarios profesionales[26]. En primer lugar, se obliga a las plataformas a contar con un sistema interno de resolución de controversias e incidencias (1). En segundo lugar, se impulsa la mediación como alternativa extrajudicial en la resolución de estos conflictos y las plataformas quedan obligadas a designar a dos o más mediadores en sus términos y condiciones a estos efectos (2). Pero, además, junto con el diseño específico de este sistema de solución de controversias plataforma-usuario profesional, el Reglamento, por último, aún con un objeto distinto a los anteriores mecanismos, pero si con una misma finalidad de lograr una cumplimiento efectivo de las obligaciones contempladas en el mismo, reconoce legitimación activa para accionar ante los tribunales nacionales a las

25 Pensemos en una cláusula de elección de foro en favor de los tribunales de un tercer Estado. En este sentido, como señala Feliu Álvarez De Sotomayor. S.: "Modelos colaborativos en plataformas digitales: nuevos retos para los negocios internacionales y para el Derecho internacional privado", *AEDIPr*, T.XVIII, 2018, p. 403, es una práctica habitual de las plataformas digitales y de las redes sociales que en sus condiciones generales se acuerden cláusulas sobre competencia judicial internacional y sobre derecho aplicable para salvaguardar con ello, su seguridad jurídica, basada como norma general, en cláusulas que hacen competentes a los tribunales de los Estados donde tienen su sede social.

26 Los proveedores de motores de búsqueda no están obligados a introducir sus propios sistemas de reclamación interna ni a designar mediadores especializados en sus condiciones generales.

organizaciones y asociaciones que tengan un interés legítimo de representación de usuarios profesionales, así como organismos públicos constituidos por los Estados miembros con este fin (3).

1. Un sistema interno de tramitación de reclamaciones

Con el fin de contar con "mecanismos inmediatos, adecuados y efectivos de reclamación"[27], el Reglamento de servicios de intermediación en línea, en su art. 11.1 obliga a todos los proveedores de servicios de intermediación a establecer un sistema interno para tramitar las reclamaciones de los usuarios profesionales.

Únicamente, y de acuerdo con lo previsto en el art. 11.5 del Reglamento, se excluye de dicha obligación a los proveedores de servicios de intermediación en línea que sean pequeñas empresas en el sentido del anexo de la Recomendación 2003/361/CE, de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas empresas y medianas empresas[28]. Dicha exclusión se justifica en los elevados costes que puede suponer para una empresa de este tamaño la necesidad de establecer y de gestionar un sistema interno de reclamaciones de este tipo.

Lo anterior, no impide, en todo caso y, además podría ser visto como un incentivo para entablar relaciones comerciales por parte de los usuarios profesionales para ofertar sus bienes o servicios con un proveedor de servicios de intermediación en línea que fuera una pequeña empresa, que ésta voluntariamente pudiera crear y gestionar por si misma, en su caso, un sistema interno de reclamaciones que cumpla con los criterios establecidos en el Reglamento. En tal caso, podría publicitarlo como una específica garantía adicional que se ofrece a los usuarios profesionales y que es contemplada en sus términos y condiciones.

Esta obligación de establecimiento de un sistema interno de tramitación de reclamaciones se justifica en la necesidad de que todos los usuarios profesionales, incluyendo entre ellos también, todos aquellos a los que se haya podido restringir el uso del concreto servicio de intermediación en línea, se le haya podido suspender o incluso se le haya puesto fin a dicho uso, deben poder contar con un acceso a mecanismos inmediatos, adecuados y efectivos de reclamación en el caso de que pudiera surgir cualquier controversia entre el usuario profesional y la plataforma en línea.

27 Cdo. 37 del Reglamento de servicios de intermediación en línea.

28 DOUE L 124, de 20 de mayo de 2003, p.36. En el art. 2.2 del Anexo de esta Recomendación se encuentra la definición de pequeña empresa entendiendo por tal, toda empresa que ocupa a menos de 50 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 10 millones de euros. En todo caso, y como señala el cdo. 38 del Reglamento, las normas contempladas en esta Recomendación en materia de consolidación de cuentas, permiten garantizar la posible elusión de esta obligación.

La disposición a manos de los usuarios profesionales del sistema interno de tramitación de reclamaciones será siempre de forma gratuita, sin coste alguno, por tanto, garantizándose, además, que su tramitación habrá de realizarse en un plazo razonable[29]. Respecto de esta última condición temporal, podría ser aconsejable establecer en los términos y condiciones, el plazo concreto máximo -por ejemplo, quince días o un mes-, al que se obliga este sistema de reclamaciones a llevar a cabo el procedimiento desde la presentación de la reclamación hasta la notificación del resultado de la misma. Mientras que se esté utilizando este sistema interno de reclamaciones con el fin de poder llegar a un acuerdo, queda en manos del proveedor del servicio de intermediación en línea, mantener o no vigente la decisión que hubiera dado lugar a la iniciación del mismo.

En todo caso, El Reglamento en su art. 11.1 segundo párrafo, establece los principios en los que deberá basarse el procedimiento a seguir en este sistema interno de reclamaciones: transparencia, igualdad de trato y proporcionalidad. Así, se dispone que este sistema interno de tramitación de reclamaciones "se basará en los principios de transparencia e igualdad de trato aplicada a situaciones equivalentes y tratará las reclamaciones de manera proporcionada en relación con su importancia y complejidad".

Fundamentado el procedimiento a seguir en estos principios, el sistema ha de tener por objetivo asegurar, en la medida de lo posible, que el usuario profesional y el proveedor del servicio de intermediación en línea "puedan resolver de manera bilateral una proporción significativa de las reclamaciones en un periodo de tiempo razonable"[30]. En consecuencia, se confía por parte del legislador europeo, quizá de manera muy optimista, en que este primer escalón del sistema de solución de controversias diseñado por el Reglamento de servicios de intermediación en línea, sea también el último, en la gran mayoría de los casos, en donde se tenga que recurrir al mismo.

La posibilidad de acudir a este sistema interno de tramitación de reclamaciones para lograr un acuerdo es siempre una alternativa. Hay que resaltar que iniciar los trámites de este procedimiento de reclamación por parte del usuario profesional es una opción y no una obligación, y que, además, nada impide acudir a los tribunales nacionales aun el caso de que se hubiera iniciado dicho procedimiento interno o después de que haya terminado el mismo.

El sistema interno de tramitación de reclamaciones ha de permitir que los usuarios profesionales puedan presentar una reclamación en relación con: a)

29 Lo que, como señala Llopis Nadal, P.: "La evolución", cit., p.503, constituye *a priori*, un atractivo para el reclamante, sobre todo, si se compara con los costes, mucho más elevados, la demora y la solución impuesta por un tercero, que implica acudir a la vía judicial.

30 Cdo. 37 del Reglamento de servicios de intermediación en línea. El subrayado es nuestro.

el posible incumplimiento que haya podido cometer el proveedor en relación con cualquier obligación a la que se ve sometido éste conforme a lo establecido en el propio Reglamento y que afecte al reclamante; b) los posibles problemas tecnológicos que tengan una relación directa con la prestación de los servicios de intermediación en línea y que estén afectándole; y c) las medidas concretas tomadas por parte del proveedor o conductas realizadas por éste y que tengan una conexión directa con la prestación de servicios de intermediación en línea ofrecida al reclamante.

El Reglamento de servicios de intermediación en línea en su art. 11.2 exige que toda la información precisa sobre el acceso y funcionamiento al sistema interno de tramitación de reclamaciones ha de incluirse de forma expresa en las condiciones generales del proveedor de servicios de intermediación en línea.

Este sistema interno ha de cumplir una serie de requisitos mínimos en relación con su funcionamiento: a) una toma en consideración seria de la reclamación presentada con un examen de los pasos a dar para poder evaluarla de manera apropiada; b) un proceso rápido y efectivo de evaluación de la reclamación atendiendo a la importancia y complejidad del problema que pueda plantearse en la misma[31]; y c) una comunicación al reclamante, en un lenguaje sencillo y comprensible y realizada de manera individual, del resultado final de la tramitación interna de la reclamación, donde se aceptará o rechazará la misma[32]. En todo caso, sin embargo, deberá igualmente contemplarse como contrapeso, en este diseño y funcionamiento del sistema, la posibilidad de que el proveedor pueda responder de manera proporcionada en aquellas situaciones donde algún usuario profesional haya utilizado de mala fe dicho sistema.

Con los requisitos exigidos y la manera de contemplarlos dentro del Reglamento, el legislador europeo ha tenido la intención de buscar que los proveedores de los servicios de intermediación en línea puedan contar con un grado razonable de flexibilidad a la hora de diseñar y utilizar los mismos, flexibilidad que también ha de guiar la gestión individualizada de cada reclamación presentada. Con ello, además, se quiere evitar que dichos sistemas puedan suponer una pesada carga administrativa para dichos proveedores.

31 Para López-Tarruella Martínez, A. y Rodríguez Domínguez, F.: "Las implicaciones", cit., p.222, con este requisito las plataformas están obligadas a dar prioridad a las reclamaciones que no presentan una gran complejidad para poder adoptar una decisión en un breve espacio de tiempo. Sin embargo, se les permite poder invertir más tiempo en la resolución de aquellas reclamaciones de que tuvieran una mayor dificultad.

32 Esta exigencia de una respuesta clara y precisa debe permitir al reclamante no sólo tener conocimiento del resultado final de la reclamación, sino lo que es más importante, para el supuesto de que la misma sea contraria a sus expectativas, poder decidir sobre una base cierta la vía y el fundamento jurídico en el que va a sustentar su ulterior reclamación, Flaquer Riutort, J.: "Obligaciones de", cit., p.119.

El Reglamento incluye una serie de obligaciones para el proveedor de servicios de intermediación en línea, en relación con la publicación y verificación de información, al menos una vez al año, sobre el funcionamiento y efectividad de su sistema interno de tramitación de reclamaciones. La puesta a disposición al público de esta información permitirá a los usuarios profesionales entender cuáles son los principales tipos de problemas que pueden surgir en el marco de una prestación de servicios de intermediación en línea, así como también podrán ser conscientes de las opciones que hay para poder alcanzar una resolución efectiva y en breve tiempo[33]. Por ello, se exige que la publicación especifique el número total de reclamaciones presentadas, los principales tipos de reclamaciones, el tiempo medio necesario para tramitarlas, así como información agregada en relación con el resultado de las reclamaciones.

Por último, hemos de llamar la atención sobre una importante cuestión: en el art. 11.1. del Reglamento, como ya hemos visto, se obliga a los proveedores de servicios de intermediación en línea a establecer un sistema "interno". Con ello, parece darse a entender que este sistema ha de formar parte de su propia estructura empresarial. Sin embargo, el legislador europeo sí que acepta la delegación del diseño y gestión de este sistema de tramitación de reclamaciones en un proveedor de servicios externo u otra cualquiera estructura empresarial[34]. Ello, sin embargo, solo será posible siempre que este proveedor externo tenga plena autoridad y capacidad para poder garantizar el cumplimiento de todos los requisitos que se exigen al sistema interno de tramitación de reclamaciones en el Reglamento de servicios de intermediación en línea.

2. Mediación.

La incorporación del recurso a la mediación como una segunda opción en el sistema específico de solución de controversias plataforma-usuario profesional, se nos presenta como "un medio para resolver los litigios de manera satisfactoria, sin tener que interponer extensos y costosos procedimientos judiciales"[35].

En el art. 12.1 del Reglamento se consagra la obligación de los proveedores de servicios de intermediación en línea, de designar, en sus condiciones generales, a dos o más mediadores con los que estén dispuestos a colaborar para poder llegar a un acuerdo con los usuarios profesionales y resolver de manera extrajudicial cualquier litigio entre dichos proveedores y los usuarios profesionales que se derive de la prestación de los servicios de intermediación.

33 Como señala Flaquer Riutort, J.: "Obligaciones de", cit., p.119, con dicha información el usuario podrá valorar adecuadamente la conveniencia o no de usar este sistema, lo que dependerá en última instancia, de que intuya que acudiendo al mismo va a lograr una resolución bilateral rápida y efectiva de su problema.

34 Cdo. 39 del Reglamento de servicios de intermediación en línea.

35 Cdo. 40 del Reglamento de servicios de intermediación en línea.

Del cumplimiento de esta obligación para los intermediarios, al igual que ya ocurre con el necesario establecimiento de un sistema interno de tramitación de reclamaciones, quedan excluidas las pequeñas empresas en el sentido del anexo de la Recomendación 2003/361/CE, de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas empresas y medianas empresas. Dicha exclusión se justifica en los elevados costes y en la carga administrativa asociada a la necesidad de designar a los mediadores en las condiciones generales para una empresa de ese tamaño. Sin embargo, igualmente siempre cabe su inclusión voluntaria y que sea ofrecido un procedimiento de mediación en sus condiciones generales, lo que como ya hemos señalado, se convierte en una garantía adicional para los usuarios profesionales a la hora de valorar el cumplimiento de sus obligaciones por parte de estas plataformas electrónicas de menor tamaño y su mejor disposición para resolver los posibles conflictos que pudieran plantearse.

El procedimiento de mediación previsto está pensado para resolver todo litigio que se derive de la prestación de los servicios de intermediación en línea. Se incluye también las reclamaciones que no se hayan podido resolver de manera satisfactoria para el usuario profesional por medio del sistema interno de tramitación de reclamaciones. En tales situaciones, se podría decir que se convierte en un segundo escalón dentro del sistema alternativo de solución de controversias en este ámbito.

Como acabamos de señalar, los proveedores de servicios de intermediación en línea han de propiciar la mediación, designando al menos, dos mediadores públicos o privados con los que estén dispuestos a colaborar[36], y habrán de actuar de buena fe siempre que se intente llegar a un acuerdo a través de un procedimiento de mediación. Sin embargo, el legislador europeo es consciente que esta obligación de designación puede ser de difícil cumplimiento, sobre todo en los primeros momentos de vigencia del Reglamento, por la falta de mediadores especializados en este ámbito.

Por ello, y con el fin de facilitar la resolución de litigios relativos a la prestación de servicios de intermediación en línea dentro de la Unión Europea, el art. 13 del Reglamento señala que la Comisión ha de colaborar estrechamente con los Estados miembros, para fomentar que los proveedores de servicios de intermediación, así como las entidades representativas de éstos, creen de manera individual o de forma colectiva organizaciones que presten servicios de mediación que tengan como fin específico facilitar la resolución extrajudicial de los litigios plataforma-usuario profesional, sobre todo, teniendo en cuenta la naturaleza transfronteriza de estos últimos.

36 De acuerdo con el Cdo. 40 del Reglamento, la finalidad de exigir que se designe un número mínimo de mediadores es salvaguardar su neutralidad.

En este caso, estamos de acuerdo con lo manifestado por López-Tarruella Martínez y Rodríguez Domínguez sobre esta cuestión[37], pues da la sensación de que la Unión Europea ha empezado la casa por el tejado, al contemplar la obligación de utilizar los servicios de mediación, a pesar de que en la actualidad los organismos que prestan estos servicios sean muy escasos, siendo de manera evidente que hay una necesidad de crear más. Una necesidad de contar con servicios de mediación especializados que se ve acrecentada por la utilización por parte de las plataformas tecnológicas de un clausulado complejo y extremadamente técnico, de difícil comprensión e interpretación, que requiere de personas expertas y avezadas en este sector para poder contribuir a una resolución justa de los conflictos surgidos en este ámbito[38].

Los servicios de mediación designados pueden ofrecer sus servicios desde cualquier punto del planeta. En efecto, como ya hemos señalado la reglamentación contemplada en el Reglamento tiene entre sus destinatarios a muchas de las grandes multinacionales ubicadas en terceros países que son proveedores de servicios de intermediación en línea dentro del Mercado Único Digital. El Reglamento otorga la libertad a estas empresas para designar como mediadores a servicios de mediación especializados establecidos en sus propios países, desarrollando el procedimiento de manera remota mediante medios tecnológicos[39]. Sin embargo, se establece un límite infranqueable para permitir dicha mediación: en todo caso, el uso de estos servicios de mediación no ha de privar en modo alguno a los usuarios profesionales establecidos en la Unión Europea de la protección jurídica que les ofrece el Derecho europeo o el de los Estados miembros, incluyendo los requisitos previstos en este Reglamento y la normativa aplicable en materia de datos personales y de secretos comerciales.

Los mediadores han de cumplir una serie de requisitos mínimos cuya exigencia tiene como objetivo que la mediación resulte accesible, equitativa y tan rápida, eficiente y efectiva como sea posible[40]. Estos criterios de obligado cumplimiento se refieren a su independencia e imparcialidad, su coste asequible para los usuarios profesionales que quiera hacer uso de estos servicios de mediación, su fácil acceso tanto de forma física como de manera remota por medio de las tecnologías de la información, su capacidad para utilizar el idioma en que están redactadas las condiciones generales que regulan la prestación del servicio, su compromiso en llevar a cabo una mediación en un tiempo razonable y sin demora y, por último,

37 López-Tarruella Martínez, A. y Rodríguez Domínguez, F.: "Las implicaciones", cit., p.224.

38 Flaquer Riutort, J.: "Obligaciones de", cit., p.121.

39 A ello puede añadirse, de acuerdo con lo señalado por López-Tarruella Martínez, A. y Rodríguez Domínguez, F.: "Las implicaciones", cit., p. 223, que la posibilidad de recurrir a servicios de mediación ofrecidos desde terceros Estados puede ser también una alternativa a estudiar, pues este método alternativo de solución de controversias está poco enraizado en algunos Estados miembros, como sería el caso de España.

40 Todo ello con el firme propósito de incentivar la utilización de este sistema alternativo por parte de los usuarios profesionales, Llopis Nadal, P.: "La evolución", cit., p. 504.

su obligación de un conocimiento suficiente de las relaciones comerciales que se generan entre las empresas, de tal modo, puedan contribuir con su actividad para una resolución eficaz de los litigios.

Hay que entender que el procedimiento de mediación previsto en este Reglamento es cualquier procedimiento estructurado, que sea conforme a la definición contemplada en el art. 3.a) de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, esto es, aquel en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador[41].

De manera general, todo procedimiento de mediación contemplado, por tanto, tiene un carácter voluntario, en el sentido de las partes siempre son las dueñas del procedimiento y podrán comenzarlo y terminarlo en cualquier momento. A pesar de este carácter voluntario, el legislador europeo con fin de fomentar su uso, señala un deber de examen de buena fe de las solicitudes para iniciar un procedimiento de mediación por parte de los proveedores de servicios de intermediación en línea, un principio de buena fe que se extiende también a su actuación dentro de dicho procedimiento con el fin de poder llegar a un acuerdo. En este mismo sentido, hay que incluir la obligación específica de todo proveedor de servicios de intermediación en línea para proporcionar, antes o durante la mediación, toda la información sobre el funcionamiento y la eficacia que este sistema de solución de diferencias mantiene respecto de los conflictos surgidos en el ámbito de sus actividades, si así se le requiere por la otra parte -el usuario profesional-.

Sin embargo, ello no es óbice para que se tengan que evitar actuaciones abusivas por parte de los usuarios profesionales en relación con el sistema diseñado de mediación. De la misma manera que los proveedores de servicios de intermediación en línea han de actuar de buena fe, dicha exigencia es también consustancial a la actuación por parte de los usuarios profesionales cuando quieren utilizar este método alternativo de solución de litigios.

Por lo anterior, no cabría la posibilidad de iniciar un segundo procedimiento de mediación por parte de un mismo usuario profesional, cuando haya existido y se haya desarrollado ya un primer procedimiento sobre la misma cuestión litigiosa y el mediador hubiese determinado que el usuario profesional no había actuado de buena fe. Del mismo modo, no cabría recurrir de manera repetitiva a un procedimiento de este tipo por parte del usuario profesional sobre una misma cuestión. Si se ha desarrollado una mediación y no ha tenido éxito, esta vía ha de

41 Sobre esta Directiva y su transposición a la legislación española mediante la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, Vid. por todos, Barona Vilar, S.: *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

dejar de utilizarse. Como bien señala el propio Reglamento, en su art. 12.6, la vía judicial siempre está abierta en cualquier momento, tanto antes, durante como después del procedimiento de mediación, y, por tanto, si el resultado de éste último no ha satisfecho a las partes, los tribunales nacionales son el último recurso. Puede decirse, por tanto, que siempre existe este tercer escalón en el sistema diseñado de tutela individual de los intereses de los usuarios profesionales de los servicios de intermediación en línea[42].

El legislador europeo se abstiene de establecer una regla objetiva de reparto de los costes derivados de la utilización de este procedimiento de mediación. Únicamente se contempla en el art. 14.4 del Reglamento la exigencia de que recaiga sobre los proveedores de servicios de intermediación en línea una "parte razonable" de los costes totales de la mediación en cada concreto caso. La determinación de la proporción que en cada caso debe considerarse como "parte razonable" de los costes queda en manos del mediador, quién para ello, habrá de tener en cuenta todos los elementos pertinentes del expediente y más en concreto, los fundamentos relativos de los argumentos de las partes en el litigio, la conducta desarrollada por éstas en el procedimiento, así como el tamaño y la capacidad financiera de cada parte respecto a la otra.

Como una guía que un mediador habría de seguir en estas situaciones, se ha señalado[43], como normalmente los costes deberán ser soportados en su totalidad o en su mayor parte por las plataformas electrónicas, salvo que se estime que la reclamación que se haya presentado por parte del usuario profesional pueda considerarse temeraria dada su falta clara de solidez de argumentos, y con ello éste último deberá soportar una mayor proporción de los costes, o bien se considere que una de las partes no ha actuado conforme al principio de buena fe en el procedimiento de mediación, con lo que como lógica consecuencia, habrá de asumir una proporción mayor de los costes derivados de la mediación.

3. Acciones judiciales ejercitadas por organizaciones o asociaciones representativas y por organismos públicos.

El usuario profesional o de sitio web corporativo, tal y como ya hemos señalado, siempre tiene abierta la vía judicial para solucionar su conflicto frente al

42 Tal y como señalan López-Tarruella Martínez, A. y Rodríguez Domínguez, F.: "Las implicaciones", cit., p.221, el sistema de resolución de conflictos diseñado por parte del Reglamento, puede jugar un papel complementario o alternativo a la vía judicial. Ante una reclamación, el usuario profesional puede optar por acudir al sistema interno de reclamaciones o, a los mediadores designados por la plataforma o a la vía judicial. No obstante, nada impediría que el usuario profesional acudiese primero al sistema de reclamación interno, luego a la mediación y posteriormente a la vía judicial. Estamos de acuerdo con estas afirmaciones de estos autores. De hecho, en este caso, estimamos que este sería el discurrir normal de un litigio que no pudiera ser resuelto entre las partes y fuera escalando en sus puntos controvertidos, de tal manera que no contento el usuario profesional ni con el procedimiento de reclamación interno ni con la mediación que se hubiera podido poner en marcha, finalmente decidiese acudir a los tribunales estatales.

43 López-Tarruella Martínez, A. y Rodríguez Domínguez, F.: "Las implicaciones", cit., p.224.

prestador profesional. Pero cuando estos usuarios actúan de manera individual e identificable, diversas razones como la falta de recursos financieros, el miedo a las represalias y la existencia de cláusulas exclusivas de elección de ley y de foro en las condiciones generales del prestador del servicio[44], pueden minimizar la efectividad de acudir a la jurisdicción estatal[45].

Partiendo de esta constatación y, como una vía de refuerzo, por tanto, para garantizar la aplicación del Reglamento, el legislador europeo propone otorgar a un conjunto de entidades legitimación activa para poder ejercer acciones ante los órganos judiciales de los Estados miembros de la Unión Europea[46]. Y decimos como refuerzo, porque la actuación de estas entidades no puede nunca afectar al derecho de que tiene todo usuario profesional o de sitio web de poder iniciar un procedimiento judicial a título individual. Así, lo declara expresamente el art. 14.9 del Reglamento: "El derecho mencionado en el apartado 1 se entenderá sin perjuicio de los derechos de los usuarios profesionales y de los usuarios de un sitio web corporativo a ejercitar una acción ante los órganos jurisdiccionales nacionales competentes, de conformidad con el Derecho del Estado miembro donde se presente la demanda, basada en los derechos individuales y destinada a terminar con todo incumplimiento que cometan los proveedores de servicios de intermediación en línea o de motores de búsqueda en línea respecto de los requisitos establecidos por el presente Reglamento".

El derecho a accionar de estas entidades se contempla en el art. 14.1 del Reglamento, señalándose como las organizaciones y asociaciones que posean un interés legítimo de representación de usuarios profesionales o de los usuarios de sitios web corporativos, así como los organismos públicos constituidos en los Estados miembros, tendrán "legitimidad" –dice el tenor literal de este precepto-, para ejercer una acción ante los tribunales nacionales competentes, con arreglo al Derecho del Estado miembro donde se presente la demanda, que impida o prohíba cualquier incumplimiento que cometan los proveedores de servicios de intermediación en línea o de motores de búsqueda en línea, respecto de las obligaciones establecidas en el Reglamento. En consecuencia, se otorga "legitimación activa" a estas entidades para accionar ante los tribunales de los

44 Como recuerda De Miguel Asensio, P.A.: "Nuevo Reglamento", cit., p. 11, la repercusión de las cláusulas de elección de foro en favor de los tribunales de un tercer Estado como elemento que puede restringir la efectividad del Reglamento, ha de considerarse como un factor clave que justifica la legitimación atribuida a organizaciones o asociaciones representativas y a los organismos públicos para el ejercicio de acciones judiciales, importante innovación para facilitar mecanismos de reclamación eficaces y efectivos frente a las conductas abusivas por parte de los prestadores de intermediación de servicios en línea.

45 Cdo. 44 del Reglamento.

46 Ibid: "Para garantizar la aplicación efectiva del presente Reglamento, debe otorgarse a las organizaciones, las asociaciones que representan a los usuarios profesionales o a los usuarios de sitios web corporativos y a ciertos organismos públicos establecidos en los Estados miembros la posibilidad de ejercitar una acción ante a los órganos jurisdiccionales nacionales de conformidad con el Derecho interno, incluidos los requisitos procesales nacionales".

Estados miembros para solicitar el cese frente a conductas que sean contrarias a lo previsto en este texto legislativo europeo -"incumplimiento… respecto de las obligaciones pertinentes establecidas por el presente Reglamento"-[47].

Las entidades a quienes se les otorga esta legitimación activa para interponer tal acción ante los órganos jurisdiccionales nacionales, que debe tener por objeto impedir o prohibir la infracción de las normas establecidas en el Reglamento, así como evitar daños futuros que podrían socavar las relaciones comerciales sostenibles en el marco de la economía de las plataformas en línea, pueden ser tanto "organizaciones y asociaciones" como "organismos públicos constituidos en los Estados miembros".

En relación con las organizaciones y asociaciones, se incorporan una serie de requisitos que deben cumplirse para poseer este derecho a accionar y que éste sea ejercitado de una manera efectiva y apropiada. En concreto, han de estar correctamente constituidas con arreglo al Derecho de un Estado miembro; han de perseguir objetivos que correspondan al interés colectivo del grupo de usuarios profesionales o de los usuarios de sitios web corporativos al que representan de forma continuada; no han de tener ánimo de lucro y; en cuarto lugar, en su proceso de toma de decisiones no han de estar indebidamente influidos por un tercero prestador de financiación, en particular, por proveedores de servicios de intermediación en línea o de motores de búsqueda en línea.

La última exigencia de las previstas trata de evitar un conflicto de intereses, en el sentido de que las organizaciones o asociaciones representativas de los usuarios profesionales o de los usuarios de sitios web corporativos se vean influidas de manera importante en sus decisiones por aquellos que aportan la financiación para su funcionamiento, especialmente los proveedores de servicios de intermediación en línea o los proveedores de motores de búsqueda en línea. En la valoración del cumplimiento de este requisito, será muy relevante la información que se les obliga publicar de manera íntegra relativa a sus miembros -su afiliación-, así como sus fuentes de financiación.

Como ya hemos señalado, este derecho a accionar se otorga igualmente a determinados organismos públicos que se hayan constituido en los Estados miembros. Respecto de los mismos, en primer lugar, no parece derivarse del Reglamento, la obligatoriedad para los Estados miembros de tener que constituir

47 En el cdo. 44 del Reglamento se señala al respecto que "tal acción ante los órganos jurisdiccionales nacionales debe tener por objeto impedir o prohibir la infracción delas normas establecidas en el presente Reglamento, así como evitar daños futuros que podrían socavar las relaciones comerciales sostenibles en el marco de la economía de las plataformas en línea". Como declara Flaquer Riutort, J.: "Obligaciones de", cit., p. 123, el legislador europeo trata de asegurar el cumplimiento de las obligaciones y compromisos contemplados en el Reglamento, asignando un rol protagonista a este tipo de asociaciones y organizaciones, a quienes considera actores esenciales en la vigilancia del cumplimiento de los deberes de claridad y transparencia.

un organismo público de este tipo dentro de su territorio. Así, entendemos la dicción literal del inicio del art. 14.4 que señala "en los Estados miembros en los que se hayan creado organismos públicos…'[48].

Por ello, podría ser posible que cada Estado miembro evalúe si los intereses colectivos de los usuarios profesionales o de sitios web, pueden ser suficientemente defendidos y están convenientemente representados ya por parte de las organizaciones y asociaciones existentes en dicho Estado miembro o, en su defecto, encomendar dicha función a un organismo público ya existente. Si en todo caso, se opta por su creación, este organismo público, para poder poseer la legitimación activa prevista en este art. 14.1 del Reglamento, se les deberá encargar la defensa de los intereses colectivos de los usuarios profesionales o de los usuarios de un sitio web corporativo y el velar porque se cumplan las obligaciones impuestas en el marco normativo previsto en el Reglamento.

Con el fin de facilitar a los órganos jurisdiccionales la prueba de la existencia de esta legitimación activa para ejercitar las acciones pertinentes, se prevé la creación de una lista de organizaciones, asociaciones y organismos públicos, que será publicada en el DOUE por parte de la Comisión Europea de forma periódica cada seis meses. Ello permite poder desarrollar de una manera más rápida y eficiente un proceso judicial. La inclusión en dicha lista, sin embargo, no puede impedir que un tribunal nacional, a la vista de las circunstancias del caso concreto, pueda evaluar si el fin perseguido por el demandante, le permite ostentar el derecho a accionar en ese particular asunto. Además, la no inclusión en dicha lista no debería impedir que una concreta organización o asociación pueda poseer el derecho a accionar en un concreto caso, siempre y cuando, obtenga un juicio favorable por parte del órgano jurisdiccional que está conociendo, del cumplimiento de los requisitos y exigencias previstos para poder ostentar dicha legitimación activa conforme al Reglamento.

Para facilitar la confección de dicha lista, los Estados miembros han de designar tanto las organizaciones y asociaciones como los organismos establecidos en su territorio. La comunicación a la Comisión de las entidades designadas debe incluir su nombre y objeto, haciendo especial mención a las disposiciones nacionales aplicadas para la constitución de dichas entidades, así como incluir una referencia al registro público donde esté registrada la organización o asociación concreta.

Las anteriores previsiones en relación con la información que se debe proporcionar por parte de los Estados miembros en cuanto a las entidades

48 A ello debe añadirse lo dispuesto en el cdo. 46: "en los Estados miembros ya existen diversos sistemas de control del cumplimiento, y no se les debe obligar a crear nuevos organismos nacionales a tal efecto. Los Estados miembros han de contar con la posibilidad de encomendar el control del cumplimiento del presente Reglamento a autoridades existentes…".

designadas, permite otorgar un relevante nivel de seguridad jurídica y previsibilidad en el que puedan confiar tanto los usuarios profesionales como los usuarios de sitios web corporativos. Sin embargo, ello no impide que, si un Estado miembro o la propia Comisión tienen alguna duda sobre alguna de las designaciones realizadas por parte de otro Estado miembro, sea este último el que deba investigar si realmente una organización o asociación cumple o no con los requisitos exigidos y en última instancia, decida la revocación de la designación realizada previamente.

Por último, en relación con las acciones judiciales ejercitadas por parte de estas entidades, se prevé la posibilidad de que los Estados miembros puedan crear un registro público que incluya información de las órdenes de cesación de las conductas ilícitas otorgadas por los tribunales nacionales, como consecuencia de la interposición de aquellas. Esta función de registro, entendemos, debería poder ser encomendada al organismo público que se hubiera podido constituir en cada Estado miembro para la defensa de los intereses colectivos y el interés general en este ámbito. Además, la Comisión Europea tiene la misión de fomentar el intercambio de buenas prácticas e información basada en estos registros entre los Estados miembros. La posible puesta en marcha de un sitio web por parte de la Comisión sobre esta específica cuestión sería la plasmación real de esta obligación impuesta por el propio Reglamento en su art. 14.2.

IV. VALORACIÓN FINAL.

Fomentar la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de los servicios de intermediación en línea debe permitir una mayor confianza tanto de las empresas como de los consumidores en este nuevo modelo de negocio. El potencial inherente que posee el Mercado Único Digital sólo puede hacerse realidad si se eliminan las prácticas contrarias a la buena fe y a la lealtad en las relaciones comerciales en la economía de las plataformas en línea. Con este fin, el Reglamento 2019/1150, ha diseñado un sistema de solución de controversias que incorpora el juego complementario de una tutela individual y una tutela colectiva, para hacer efectivo el marco normativo previsto en dicho texto.

En este sentido, la decidida apuesta por parte del legislador europeo en favor de soluciones alternativas a la jurisdicción estatal y el otorgamiento de legitimación a unas determinadas entidades, son el fiel reflejo tanto de las dificultades que plantea resolver los conflictos individuales que se desarrollan en el entorno digital de una manera justa, adecuada y rápida, mediante el recurso a los tribunales nacionales[49], como también el reconocimiento expreso de la existencia real de una situación de desigualdad y dependencia de los usuarios profesionales y de sitios

49 Es la tendencia hacia la privatización de la solución de controversias, de la que habla Llopis Nadal, P.: "La evolución", cit., p.505, como forma de hacer frente a las dificultades que la rapidez y la extensión de internet plantean para los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros.

web corporativos, respecto a los proveedores de servicios de intermediación en línea y de motores de búsqueda. Los instrumentos previstos para el seguimiento y evaluación de las repercusiones que este nuevo marco normativo va a provocar en las relaciones entre los protagonistas en este ámbito del comercio digital[50], nos mostrarán en los próximos años, si el camino elegido ha sido el correcto y adecuado.

50 Arts. 16 y 18 del Reglamento sobre los servicios de intermediación en línea. En este mismo sentido, habrá que estar muy atentos a los dictámenes e informes que presente el grupo de expertos del Observatorio de la Economía de las Plataformas en Línea, creado de acuerdo con la Decisión C (2018) 2393, de la Comisión Europea.

BIBLIOGRAFÍA

Barona Vilar, S.: *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013

Campos Carvalho, J.: "Online Platforms: Concept, Role in the Conclusion of Contract and Current Leal Framework in Europe", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, núm. 1, 2020.

Castellanos Ruiz, E.: "El concepto de actividad profesional "dirigida" al Estado miembro del consumidor: stream-of-commerce", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4, núm. 2, 2012.

Castelló Pastor, J. J.: *Motores de búsqueda y derechos de autor: infracción y responsabilidad*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016.

Cauffman, C.: "New EU Rules on Business-to-Consumer and Platform-to-Business Relationships", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 26, núm. 4, 2019.

De Miguel Asensio, P. A.: "Nuevo Reglamento sobre servicios de intermediación en línea", *La Ley Unión Europea*, núm. 74, 2019.

Feliu Alvarez De Sotomayor, S.: "Modelos colaborativos en plataformas digitales: nuevos retos para los negocios internacionales y para el Derecho internacional privado", *AEDIPr*, T.XVIII, 2018.

Flaquer Riutort, J.: "Obligaciones de transparencia y equidad en la prestación de servicios de intermediación en línea: orientaciones futuras en el Ordenamiento comunitario", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 50, 2019.

Graef, I.: "Differentiated Treatment in Platform-to-Business Relations: EU Competition Law and Economic Dependence", *Yearbook of European Law*, vol. 38, 2019.

Jiménez Horwitz, M.: "Las responsabilidades de las plataformas en línea en el ámbito del Derecho de los contratos: desde la protección de los consumidores hasta la protección de los profesionales y empresarios", *Publicaciones CESCO*, 13 de enero 2020.

Llopis Nadal, P.: "La evolución del comercio digital: nuevos sujetos, nuevos conflictos y nuevas soluciones alternativas a la jurisdicción", en Fuentes Soriano, O. (dir.): *Era Digital, Sociedad y Derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

López-Tarruella Martínez, A.: "El criterio de las actividades dirigidas como concepto autónomo de Derecho Internacional Privado de la Unión Europea para la regulación de las actividades en Internet", *Revista Española de Derecho internacional*, núm. 2, 2017.

López-Tarruella Martínez, A. y Rodríguez Domínguez, F.: "Las implicaciones prácticas del Reglamento 2019/1150 sobre equidad y transparencia para las plataformas de comercio electrónico", en *Nuevas Tecnologías 2020*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

Martínez Rodríguez, N.: "Un paso adelante en la protección del consumidor en el comercio electrónico: la resolución de litigios en línea", *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 1, 2018.

Porxas, N. y Sanz, C.: "Leal competencia en la nueva economía de las plataformas", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 52, 2019.

LA SENTENCIA Y SU EJECUCIÓN EN EL PROYECTO DOMINICANO DE LEY SOBRE CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

THE SENTENCE AND ITS EXECUTION IN THE DOMINICAN PROJECT OF JUDICIAL CONTROL OF THE PUBLIC ADMINISTRATION ACT

Rev. Boliv. de Derecho Nº 32, julio 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 586-617

Miguel Ángel
TORREALBA
SÁNCHEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 11 de enero de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 30 de abril de 2021

RESUMEN: Se analiza el régimen de la ejecución de la sentencia en el proyecto dominicano de Ley de Control Judicial de la Administración Pública, partiendo de los poderes de sustitución declarativa y ejecutiva del juez contencioso administrativo. Se inicia con la referencia a las pautas constitucionales del proceso administrativo. Luego, se describen las diversas modalidades de sustitución judicial en los tipos de sentencias (declarativas, constitutivas y de condena) regulados en el proyecto, para de seguidas aludir al régimen del embargo ejecutivo de bienes públicos. Se culmina describiendo: las potestades que se otorgan al juez para acordar medidas indirectas que coadyuvan con la ejecución del fallo, los supuestos de imposibilidad de ejecución y la extensión a terceros de la sentencia.

PALABRAS CLAVE: Sentencia; ejecución judicial; contencioso-administrativo; República Dominicana.

ABSTRACT: *The regime of the execution of the sentence is analyzed, starting from the powers of declarative and executive substitution of the contentious-administrative judge. It begins with the reference to the constitutional guidelines of the administrative process. Then, the different modalities of judicial substitution are described in the types of sentences (declarative, constitutive and conviction) regulated in the project, to then refer to the regime of executive seizure of public goods. It ends by describing: the powers granted to the judge to agree indirect measures that assist with the execution of the judgment, the cases of impossibility of execution and the extension of the sentence to third parties.*

KEY WORDS: *Sentence; judicial execution; contentious-administrative; Dominican Republic.*

SUMARIO.- I. PRELIMINAR.- II. LAS TENDENCIAS DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA IBEROAMERICANA EN LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS.- 1. El reemplazo paulatino de la dualidad recursiva "exceso de poder-plena jurisdicción" por la pretensión procesal administrativa en sus diversas modalidades.- 2. La adopción de las potestades de sustitución declarativa y ejecutiva del juez en el proceso administrativo.- III. LAS PAUTAS CONSTITUCIONALES DEL PROCESO ADMINISTRATIVO DOMINICANO Y SU DESARROLLO EN EL PROYECTO. IV. LOS LINEAMIENTOS DEL PROYECTO EN MATERIA DE SENTENCIA Y SU EJECUCIÓN.- 1. El objeto del proceso: Las diversas manifestaciones de la actividad administrativa.- 2. Los tipos de pretensiones procesales administrativas.- 3. Los tipos de sentencias.- 4. Las potestades judiciales de sustitución declarativa y ejecutiva.- A) Sustitución declarativa.- B) Sustitución ejecutiva.- a) Sentencias de condena pecuniaria.- b) Otras sentencias condenatorias.- c) El embargo de bienes públicos (del dominio privado).- C) Medidas indirectas que coadyuvan con la sustitución.- 5. Supuestos excepcionales de imposibilidad de ejecución.- 6. La extensión a terceros de los efectos de la sentencia. IV. CONSIDERACIONES FINALES.

I. PRELIMINAR.

La simultaneidad de la realización de este tan prestigioso evento en tierras dominicanas con la presentación del primero anteproyecto y luego proyecto de Ley sobre el Control Judicial de la Administración Pública en ese mismo país[1], resulta propicia para exponer algunas consideraciones sobre este último. Ello, habida cuenta de que se trata del texto que tiene como propósito desarrollar las pautas constitucionales en materia procesal administrativa, lo que implica asentar entonces las bases legales de una de las más trascendentes modalidades del control de juridicidad y tutela jurisdiccional frente al Poder Público, y, por tanto, de la consolidación y fortalecimiento del Estado Social y Democrático de Derecho.

Así pues, visto que el tema de la Justicia Administrativa, en tanto modalidad de control jurisdiccional de la función administrativa, resulta piedra angular del Derecho Administrativo, es pertinente comentar –siquiera parcial y someramente- un texto (proyecto) destinado a regularla. A tal fin, se partirá de un marco teórico

1 El proyecto está actualmente en discusión en el parlamento dominicano. Texto revisado y actualizado de la ponencia presentada en el XVI Congreso Internacional de Derecho Administrativo: El control jurisdiccional de la función administrativa del Estado, celebrado en la ciudad de Santo Domingo, República Dominicana, del 4 al 6 de octubre de 2017.

• Miguel Ángel Torrealba Sánchez
Universidad Central de Venezuela. Profesor Titular de Derecho Administrativo. Abogado y Especialista en Derecho Administrativo. Universidad de la Coruña, España. Doctor en Derecho Administrativo Iberoamericano. Universidad Carlos III de Madrid, España. Máster en Política Territorial y Urbanística. Universidad Monteávila, Caracas. Profesor de Derecho Administrativo y Director Adjunto del Centro de Estudios de Regulación Económica (CERECO). Universidad Católica "Andrés Bello", Caracas. Profesor de la Especialización en Derecho Administrativo. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (FIDA) y del Instituto Internacional de Derecho Administrativo (IIDA). Correo electrónico: torrealbasanchez@gmail.com.

asentado en investigaciones previas[2] para describir en su contexto inmediato– sin pretensiones de exhaustividad- las soluciones aportadas en este tema en el proyecto dominicano.

De allí que nos atrevemos a ofrecer estos comentarios, esperando que los juristas dominicanos tengan a bien disculparnos si incurrimos en algún error o imprecisión, riesgo inherente al estudio del ordenamiento jurídico de otro país, incluso uno también integrante de nuestra misma comunidad de naciones[3].

Realizadas estas precisiones, comentaremos entonces el régimen de la sentencia y su ejecución en el proyecto de Ley sobre el Control Judicial de la Administración Pública. A tal fin, comenzaremos enmarcando el tema en las tendencias actuales de la Justicia Administrativa iberoamericana en lo atinente al objeto del proceso, a la sentencia y a su ejecución. Seguiremos con la descripción de los lineamientos constitucionales y legales en materia de tutela judicial efectiva y ejecución de sentencia, para luego entrar a describir el régimen de la decisión judicial en el proceso administrativo, las potestades del juez y algunas peculiaridades que presenta el proyecto. De seguidas, concluiremos con unas breves consideraciones finales.

Comencemos pues, con estos comentarios.

II. LAS TENDENCIAS DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA IBEROAMERICANA EN LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS.

1. El reemplazo paulatino de la dualidad recursiva "exceso de poder-plena jurisdicción" por la pretensión procesal administrativa en sus diversas modalidades.

Como es bien sabido, al margen del incuestionable prestigio e influencia del modelo francés de "régime administratif", con su consecuente esquema original de contencioso-administrativo[4], basado principalmente en la dualidad recursiva

2 Cfr. Torrealba Sánchez, M. A.: *La ejecución de sentencias en el proceso administrativo iberoamericano (España, Perú, Costa Rica, Colombia y Venezuela),* Editorial Jurídica Venezolana y Centro para la Integración y el Derecho Público, Caracas, 2017, publicado también como: *Ejecución de sentencias en el proceso administrativo iberoamericano (España, Perú, Costa Rica, Colombia y Venezuela)*, INAP, Madrid, 2017.

3 Como se expresó en anterior oportunidad un jurista venezolano respecto al estudio del Derecho dominicano: "Por la osadía que significa el haberme atrevido a estudiar lo que estimo son los principios del derecho público dominicano, ruego a los juristas dominicanos me excusen por cualquier error de apreciación que haya podido haber tenido respecto del sentido del texto de la Constitución dominicana" (Brewer-Carías, A.R.: "Las bases constitucionales del Derecho Administrativo en la República Dominicana", en AA.VV.: *Memorias del Congreso Internacional de Derecho Administrativo "Dr. Raimundo Amaro Guzmán*" (Edit. por J. Rodríguez-Arana Muñoz, O. A, Rodríguez Huertas, M.A. Sendín García y S.T. Castaños Guzmán), ADDA-FINJUS-EJV International, Panamá, 2015, p. 9, primera nota al pie). En nuestro caso, respecto de cualquier malinterpretación de los términos del proyecto que se comentará y, en general, del ordenamiento jurídico dominicano.

4 Véase al respecto, entre otros: Benoit, F.P.: *El Derecho Administrativo Francés*, IEA, Madrid, 1977, pp. 458-462); Vedel, G: *Derecho Administrativo*, Aguilar, S.A., Madrid, 1980, pp. 379-388; Rivero, J: *Derecho*

"exceso de poder-plena jurisdicción"[5], lo cierto es que esta viene siendo reemplazada paulatinamente por las categorías procesales más al uso con la disciplina. Y en ese sentido, la adopción del instituto de la pretensión procesal administrativa[6] implica entonces una primera "normalización" del contencioso-administrativo, que adquiere mayor soltura al desenvolverse como lo que es, Derecho Procesal Administrativo[7].

Esta tendencia, además, se concilia mejor con las pautas constitucionales y convencionales en materia de derecho a la tutela judicial efectiva, al partirse de lo que piden las partes al juez para que una persona haga o deje de hacer algo (la pretensión) y no del tipo de "actividad administrativa impugnable"[8]. Trascendiendo asimismo, el esquema revisor, y alcanzando una concepción que tiene como propósito tanto el control objetivo de juridicidad como la protección subjetiva o tutela judicial de los derechos e intereses.

La anterior breve referencia es pertinente porque se vincula con el tema de la sentencia y su ejecución en el proceso administrativo, visto que también el enfoque conceptual de la decisión judicial, sus tipos y sus modalidades de ejecución, vienen determinadas por el tipo de pretensión que haya dado origen al proceso jurisdiccional, como se verá a continuación.

Administrativo, UCV, Caracas, 1984, pp. 227-234; Moderne, F.: "La justicia administrativa en Francia (II). Proceso, técnicas de control, ejecución de sentencias", en AA.VV.: *La justicia administrativa en el Derecho Comparado* (coord. por Barnés Vásquez, J.), Civitas, Madrid, 1993, pp. 308-312; Auby, J.-M. y Drago R.: *Traité de Contentieux Administratif*, Tome Premier, LGDJ, Paris, 1975, pp. 111-167, 293-375 y 704-721; Chapus, R.: *Droit Administratif Général*, Tome 1, Montchrestien E.J.A., Paris, 1993, pp. 623-631; Braibant G. et Stirn B: *Le Droit Administratif Francais,* Press de Sciences Po y Dalloz, Paris, 1997, pp. 526-534; De Laubadere, A, Venezia J.C. et Gaudement, Y.: *Traité de Droit Administratif*, Tome 1, L.G.D.J., Paris, 1997, pp. 496-539; Truchet, D.: *Droit administrative,* PUF, Paris, 2012, pp. 112-142; Frier, P.L. y Petit, J.: *Droit Administratif,* Montchrestien, Paris, 2012, pp. 433-494; Morand-Deviller, J.: *Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017, pp. 699-744; Waline, J.: *Droit Administratif*, Dalloz, Paris, 2016, pp. 672-679; Guyomar M. y Seiller B.: *Contentieux administratif*, Dalloz, Paris, 2017, pp. 119-132; Chapus, R.: *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, Paris, 2008, pp. 215-248; Courréges A. y Daël, S.: *Contentieux administratif*, PUF, Paris, 2013, pp. 69-84; Alli Aranguren, J.C. *Los paradigmas de la legalidad y la justicia en el Derecho Administrativo Francés,* Universidad Pública de Navarra, Navarra, 2008, pp. 595-686.

5 Cabe aclarar que ni siquiera en el modelo original se agotaba la panoplia de modalidades recursivas en esta dualidad, pero fue ella la adoptada en los ordenamientos (o muchas veces en la doctrina de Derecho Administrativo) de Iberoamérica.

6 Entendida como el acto por el que se reclama frente a persona distinta y ante el juez de una conducta determinada, o con más precisión, como el acto de declaración de voluntad mediante la cual un sujeto activo pide un bien de la vida ante un Juez frente a un sujeto pasivo (cfr. Guasp Delgado, J.: *La pretensión procesal*, Civitas, Madrid, 1985, pp. 62-75).

7 La "normalización" implica que el contencioso-administrativo se haga "normal", es decir, Derecho Procesal Administrativo. Y por ende, que con sus particularidades, parta de los institutos y categorías propios de la teoría general del proceso. Véase sobre el punto: García de Enterría, E.: "Los postulados constitucionales de la ejecución de las sentencias contencioso-administrativas", *Documentación Administrativa*, núm. 209, 1987, pp. 7-16. Más recientemente: Martín Delgado, I.: *Función jurisdiccional y ejecución de sentencias en lo contencioso-administrativo. Hacia un sistema de ejecución objetivo normalizado,* Marcial Pons, Madrid, 2005.

8 Sobre esa tendencia, véase entre otros: Torrealba Sánchez, M.A.: "Hacia la ampliación del ámbito del proceso administrativo y su relación con el contenido y ejecución de la sentencia: Algunas tendencias legislativas en Iberoamérica", en AA.VV.: *Reforma del Estado y transformación del Derecho Administrativo* (coord. por J.A. Rodríguez-Arana Muñoz, M. García Pérez, C. Aymerich Cano y J. Pernas García), Universidade Da Coruña, La Coruña, 2014, pp. 673-674. Libro en línea: http://www.bubok.es/libros/232196/Reforma-del-Estado-y-Transformacion-del-Derecho-Administrativo.

2. La adopción de las potestades de sustitución declarativa y ejecutiva del juez en el proceso administrativo.

En efecto; la segunda vertiente que resalta de esa "normalización" del contencioso-administrativo consiste en dotar al juez de todos los poderes para llevar a cabo su función jurisdiccional. Abarcando el de ejecutar sus sentencias, incluso en contra de la voluntad de la parte que ha resultado vencida, una Administración pública en la mayoría de los casos tratándose del proceso administrativo.

Para ello, partiendo de los términos en que se planteó la pretensión[9] que finalmente fue acogida en la sentencia definitiva, el juzgador dictará su fallo ordenando el restablecimiento de la situación jurídica subjetiva infringida por la actividad administrativa. Y de ser esta orden incumplida por el condenado, entonces el órgano judicial procederá a ejecutarla, directamente o por intermedio de terceros. Dependiendo ello, tanto de la naturaleza del mandato judicial acordado como de la forma en que se ha manifestado la actuación que resultó lesiva al ordenamiento jurídico.

Las anteriores premisas van siendo acogidas en el caso del ordenamiento jurídico dominicano, también para el proceso administrativo, comenzando por su Carta Fundamental.

III. LAS PAUTAS CONSTITUCIONALES DEL PROCESO ADMINISTRATIVO DOMINICANO Y SU DESARROLLO EN EL PROYECTO10.

En la Constitución de la República Dominicana, están recogidos los principios fundamentales del Derecho Público y -por ende- del Derecho Administrativo, a saber: supremacía constitucional (art. 6 y 184), juridicidad (arts. 138 y 139), respeto a las situaciones jurídicas subjetivas (arts. 7, 38 y 68), separación de las ramas del Poder Público (arts. 4 y 7) y responsabilidad del Estado (art. 148).

9 Como señala Guasp Delgado, J: "La pretensión…", cit., pp. 62-75: "No hay más que un posible elemento objetivo básico del proceso: la reclamación que una parte dirige frente a otra y ante el Juez. En torno a esta reclamación giran todas y cada una de las vicisitudes procesales".

10 En este epígrafe nos hemos guiado por lo expuesto en: Hernández-Mendible, V.R.: "Los principios del proceso contencioso administrativo en la Constitución de República Dominicana", en AA.VV: *Memorias del Congreso Internacional de Derecho Administrativo "Dr. Raimundo Amaro Guzmán*" (edit. por J. Rodríguez-Arana Muñoz, O. A, Rodríguez Huertas, M.A. Sendín García y S.T. Castaños Guzmán), ADDA- FINJUS-EJV International, Panamá, 2015, pp. 799-830. Un estudio general de los principios constitucionales que rigen al Derecho Administrativo dominicano lo realiza en la misma obra colectiva: Brewer-Carías, A. R. "Las bases", cit., pp. 10-54). Más recientemente: Brewer-Carías, A.R.: *Sobre la constitucionalización del Derecho Administrativo en la República Dominicana,* 2016. Constitucionalizaci%C3%B3n-del-derecho-administrativo-Rep.-Dom..pdf. Una visión panorámica del Derecho Administrativo dominicano desde la Constitución, puede verse también en: Rodríguez Huertas, O. A.: "Del Derecho Administrativo dominicano tras la Constitución del 2010", en AA.VV.: *Memorias del Congreso Internacional de Derecho Administrativo "Dr. Raimundo Amaro Guzmán*", (edit. por J. Rodríguez-Arana Muñoz, O. A, Rodríguez Huertas, M. A. Sendín García y S.T. Castaños Guzmán), ADDA-FINJUS-EJV International, Panamá, 2015, pp. 113-149.

Y en lo que más concierne a lo aquí tratado, el principio de control judicial pleno o universalidad del control de toda la actividad de los órganos del Poder Público (arts. 69, 138, 139, 164, 165, 184 y 185), y por tanto de la actividad administrativa. Principio que, armonizado con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 69 encabezamiento)[11], y la garantía del Debido Proceso en sus diversas modalidades (art. 69)[12], evidencia que la Justicia Administrativa de ese país se enmarca en las tendencias iberoamericanas. A saber, plena judicialización del control jurisdiccional de la actividad administrativa, con la consecuente derivación de que los principios, valores y reglas de proceso judicial aplican al administrativo[13].

Así las cosas, la función constitucional del juez, también del contencioso-administrativo, para juzgar y ejecutar lo juzgado, implica entonces la necesidad de dotarlo de potestades legales para sustituir declarativamente a las partes al momento de dictar la sentencia de mérito. Y ulteriormente, de ser necesario, para reemplazar al perdidoso en caso de que ese sea reticente a darle ejecución cabal a la decisión. Esto es, ante la hipótesis de que el fallo no sea voluntariamente acatado[14].

Es precisamente al desarrollo de esas pautas constitucionales a que está destinado el proyecto cuyo contenido comentaremos brevemente, en lo que se refiere a la sentencia y ejecución de la sentencia.

IV. LOS LINEAMIENTOS DEL PROYECTO EN MATERIA DE SENTENCIA Y SU EJECUCIÓN.

Partiendo de las experiencias previas en la regulación de la Justicia Administrativa dominicana[15], veamos a continuación dos asuntos estrechamente conectados en el régimen del proceso administrativo dominicano, de acuerdo con el texto del proyecto ya identificado.

11 Cfr. Hernández-Mendible, V.R., "Los principios", cit., pp. 813-818. Véase también, entre otros: Montero, G.: "Principios fundamentales del contencioso administrativo", en AA.VV.: *Actualidad del Contencioso Administrativo y otros Mecanismos de Control del Poder Público* (coord. por Canónico Sarabia, A.), CAJO-EJV, Caracas, 2013, pp. 83-107.

12 Cfr. Hernández-Mendible, V. R.: "Los principios", cit., pp. 813-829.

13 Cfr. Rodríguez Huertas, O.: "La jurisdicción contenciosa administrativa en la evolución constitucional dominicana. Retos pendientes", en AA.VV.: *La doctrina constitucional y administrativa del Estado Social y Democrático de Derecho. Liber Amicorum Allan Brewer-Carías* (cord. por E.J. Prats y O. Rodríguez Huertas), Librería Jurídica Internacional, S.R.L- IDDEC-ADDA, Santo Domingo. 2016, pp. 1.010-1.019.

14 Cfr. Beltrán de Felipe, M.: *El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias condenatorias de la Administración*, Civitas, Madrid, 1996, p. 106; Martín Delgado, I "Función", cit., pp. 204-205.

15 Sobre los antecedentes normativos y el régimen legal actual del contencioso-administrativo dominicano, véase: Rodríguez Huertas, O.: "La jurisdicción", cit., pp.010-1.1019.

1. El objeto del proceso: Las diversas manifestaciones de la actividad administrativa.

Para comenzar, el texto acoge la tendencia actual a la ampliación del objeto de la pretensión procesal administrativa[16], en cuanto a establecer un "ámbito del control contencioso administrativo" (título del art. 3) que trasciende a la tradicional relación acto administrativo-recurso contencioso de nulidad o daño patrimonial-recurso por exceso de poder. Esto es, supera la concepción revisora que entiende al contencioso como un mero control de legalidad del acto administrativo, manifestación formal de la actividad de la Administración Pública, para ir más allá, al incluir cualquier manifestación de la actividad administrativa (lo que por ejemplo en Costa Rica se denomina "conducta administrativa"[17]).

Ello implica, como lo establece el art. 3.1 del proyecto, que "… ninguna actividad o inactividad de carácter administrativo estará exenta del control contencioso-administrativo…", por lo que "…toda la actividad administrativa (…) podrá ser controlada en sede contencioso-administrativa", enfatizando la disposición para despejar cualquier duda.

De allí que el art. 3.2 enumera -enunciativamente- la actividad sujeta a control judicial contencioso-administrativo, a saber: actos administrativos (individuales y normativos)[18], actuaciones bilaterales y multilaterales (contratación pública[19]); vías de hecho (actuaciones materiales sin título jurídico que la sustente[20]); inactividad o silencio administrativo (aunque este último es una manifestación de la primera[21]); omisión de cumplimiento de obligaciones o deberes específicos (también una manifestación de la inactividad) y prestación de servicios públicos. Culmina agregando como corolario "…y en general, cualquier actuación u omisión

16 Véase Torrealba Sánchez, M.A.: "Hacia la ampliación", cit., pp. 673-674)

17 Ley N° 8508 publicada en el alcance N° 38 a la Gaceta N° 120 del 22 de junio de 2006, Código Procesal Contencioso Administrativo. Véase: Jinesta Lobo, E.: "*Conducta administrativa objeto del proceso",* en AA.VV.: *El nuevo Proceso Contencioso-Administrativo*, Poder Judicial, San José de Costa Rica, 2006, pp. 167-222.

18 Sobre el tema véase en general, entre otros: Hernández-Mendible, V. R.: "Los actos administrativos: generales e individuales", en AA.VV: *La actividad e inactividad administrativa y la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* (dir. por V.R. Hernández-Mendible), EJV, Caracas, 2012, pp. 87-130.

19 Véase el panorama actual de esta en Iberoamérica en: AA.VV.: *La Contratación Pública en América Latina* (edit. por J.L. Benavides y P. Moreno Cruz), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016.

20 Véase sobre la vía de hecho o actuación material ilegítima, entre otros: Torrealba Sánchez, M.A.: *La vía de hecho en Venezuela*, FUNEDA, Caracas, 2011, así como la bibliografía allí citada.

21 El silencio administrativo entra dentro de la clasificación de inactividad administrativa formal. Sobre la distinción entre inactividad formal y material, véanse los trabajos de Nieto, A.: "La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo", *Revista de Administración Pública,* núm. 37, 1962, pp. 75-126; "La inactividad material de la Administración: veinticinco años después", *Documentación Administrativa,* núm. 208, 1986, pp. 11-64; "La inactividad de la Administración en la LJCA de 1998", *Revista Justicia Administrativa,* Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, 1999, número extraordinario, pp. 45-64 (aunque en este último trabajo el autor establece nuevas variantes de inactividad). Pueden consultarse también, entre otros: Gómez Puente, M.: *La inactividad de la Administración*, Aranzadi, Elcano-Navarra, 2000, pp. 216-222; Urosa Maggi, D.: *Tutela judicial frente a la inactividad administrativa en el Derecho Español y Venezolano,* FUNEDA, Caracas, 2003, pp. 44-62 y 199.

administrativa capaz de ocasionar gravamen a los derechos o intereses de los particulares o de los entes u órganos de la Administración…".

2. Los tipos de pretensiones procesales administrativas.

Correlativamente, el proyecto amplía las modalidades de vías procesales a disposición de la persona para pedir tutela judicial frente a esa actividad administrativa que se manifiesta a través de múltiples variedades, adoptando la ya referida noción de pretensión procesal administrativa. En tal sentido, el art. 3.3 enumera, también enunciativamente (sin carácter limitativo) las diversas pretensiones que pueden plantearse ante el juez contencioso administrativo. De seguidas se procede a agruparlas, sobre la base de su clasificación en: declarativas, constitutivas y de condena[22]. Debe advertirse que se trata de una categorización abstracta, con fines didácticos y de sistematización, pero que en la práctica no se manifiesta en compartimientos estancos[23].

Así pues, pueden catalogarse como pretensiones declarativas (en las que se pide al órgano judicial una declaración con el fin de despejar una incertidumbre jurídica[24]): la petición de interpretación de un acto administrativo o de cualquier otra actuación o disposición administrativa (art. 3.3.a); la petición de interpretación de los contratos suscritos por la Administración Pública o que sean considerados de naturaleza administrativa o pública, incluyendo los actos administrativos de

22 Véase lo que se expuso en anterior oportunidad, siguiendo a González Pérez, en: Torrealba Sánchez, M.A.: "El acto administrativo como objeto de la pretensión procesal administrativa y su tratamiento jurisprudencial en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia", *en* AA.VV.: *El contencioso-administrativo a partir de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, FUNEDA, Caracas, 2009, pp. 124-125. Y más recientemente, en Torrealba Sánchez, M.A.: "La ejecución", cit. pp. 71-84. Para el caso venezolano, véase también: Urosa Maggi, D.: "Las pretensiones procesales en la nueva Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, vol. I., Funeda, Caracas, 2010, pp. 213-214.Véase también por ejemplo, en la doctrina argentina: Hutchinson, T.: *Derecho Procesal Administrativo*, Tomo II, Rubinzol-Culzoni, Buenos Aires, 2009, pp. 46-48. Otra clasificación, esta también de González Pérez, opta por referirse a las declarativas, de anulación, de plena jurisdicción, de interpretación, de definición de competencias administrativas (legislación colombiana) y ejecutivas, pero aclarando que a tal fin se adopta el criterio tradicional del derecho procesal administrativo hispanoamericano -para la época, agregamos nosotros- (cfr. González Pérez, J.: *Derecho Procesal Administrativo Hispanoamericano*, Temis, Bogotá, 1985, pp. 156-163. Véase también una clasificación similar para el caso español antes de la Ley de 1956, igualmente del mismo autor en: González Pérez, J.: "La pretensión procesal administrativa", *Revista de Administración Pública*, núm.12, 1952, pp. 88-89, clasificación felizmente abandonada a partir de esa Ley, en opinión del mismo González Pérez, J.: *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, del 13 de julio)*, Thomson Reuters Civitas -Aranzadi Navarra, 2013, p. 444. Mantienen la distinción entre anulación y plena jurisdicción como la clasificación tradicional de las pretensiones, entre otros: Gimeno Sendra, V., Moreno Catena, V. y P. Sala Sánchez: *Derecho Procesal Administrativo*, Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2004, p. 63.

23 Cfr. Huergo Lora, A.: "Objeto del Recurso Contencioso Administrativo. Artículo 33", *Revista Española de Derecho Administrativo, Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, núm. 100, 1999, pp. 340-348. De allí que también se hable de pretensiones mixtas, es decir, de combinación de las anteriores, toda vez que "…en la práctica las pretensiones no son formuladas de manera químicamente pura, de modo que lo normal es que asuman un carácter mixto" (Jinesta Lobo, E.: "Pretensiones", en AA.VV: *El nuevo Proceso Contencioso-Administrativo*, Poder Judicial, San José de Costa Rica, 2006, p. 225). Véase en sentido similar: Brewer-Carías, A. R.: *Nuevas tendencias en el contencioso-administrativo venezolano*, EJV, Caracas, 1993, p. 206.

24 Véase: González Pérez, J.: *Manual de Derecho Procesal Administrativo,* Civitas, Madrid, 2001, pp. 211-232.

preparación o precontractuales que precedan su suscripción (art. 3.3.c); así como los reclamos por la prestación irregular o ilícita de servicios públicos, si solo se agotan en tal petitorio (art. 3.3.g).

Serán pretensiones constitutivas (en las que se pide al juez una declaración creadora, modificadora o extintiva de una situación jurídica[25]): La petición de declaración de caducidad, validez o nulidad de actos administrativos individuales y normativos o de cualquier actuación o disposición administrativa contraria a derecho (art. 3.3.a), incluso en los supuestos de actos administrativos de trámite en que éstos pueden ser cuestionados autónomamente (art. 3.3.b), si no se acumula otro tipo de pretensión; la petición de declaración de caducidad, validez y nulidad de contratos administrativos o públicos (art. 3.3.c); así como los reclamos por la prestación irregular o ilícita de servicios públicos, si solo se agotan en un petitorio que no implique condena (art. 3.3.g).

Serán a su vez, pretensiones de condena (en las que se pide al órgano judicial se imponga o condene a la parte perdidosa a la realización de una prestación de dar, hacer o no hacer)[26], entre otras las siguientes: las peticiones que involucren no solo la declaración de cumplimiento o resolución de un acto administrativo, actuación o disposición administrativas, contratos administrativos o públicos, sino que consecuentemente pidan que se imponga al demandado la realización de determinadas conductas por efecto de tal declaratoria (arts. 3.3.a, 3.3.b y 3.3.c); las pretensiones frente a la inactividad administrativa, que por regla general serán de condena a hacer (art. 3.3.d); las pretensiones frente a la actividad material ilegítima constitutiva de vías de hecho de la Administración Pública[27] , que serán pretensiones de no hacer y eventualmente de deshacer (art. 3.3.e); las pretensiones –aquí el legislador explicita el uso del término- en materia de responsabilidad patrimonial del Estado o de sus funcionarios, incluyendo por supuesto la condena al pago de sumas de dinero (art. 3.3.f); y los reclamos en materia de servicios públicos que impliquen la petición de restablecimiento de situaciones jurídicas subjetivas lesionadas (art. 3.3.g).

Además, serán pretensiones declarativas, constitutivas o de condena, según la índole de los petitorios que contengan, las planteadas por la Administración contra los particulares (art. 3.3.h)[28]; las controversias interadministrativas (art. 3.3.i), así como aquellas enunciadas residualmente (art. 3.3.j).

25 Cfr. González Pérez, J.: "Acciones declarativas, constitutivas y de condena de la Administración Pública", *Revista de Derecho Público*, núm. 26, 1986, Caracas, p. 14.

26 Véase sobre esa categoría, entre otros: Huergo Lora, A.: *Las pretensiones de condena en el contencioso-administrativo*, Aranzadi, Navarra, 2000.

27 Pareciera que el art. 3.3.e contiene un error material y debe referirse a la actividad, en lugar de a la inactividad, para no ser redundante con el supuesto anterior.

28 La doctrinaria mayoritaria venezolana se muestra contraria a la asignación por vía legal de esta competencia al contencioso-administrativo, tanto por la finalidad de este, que es el juzgamiento de la actividad

Pero este esquema de pretensiones procesales encuentra verdadero sentido y adquiere toda su importancia y efectividad, a los fines de instrumentar los derechos y garantías fundamentales procesales referidos previamente, al relacionársele con los tipos de sentencia. A describir esto último se dedica el siguiente epígrafe.

3. Los tipos de sentencias.

El proyecto bajo análisis dedica varios preceptos, como no podía ser de otra manera[29], a regular tanto el contenido de la decisión como los dispositivos o mandatos que esta puede contener, según el tipo de pretensión planteada por las partes. En ese sentido, el art. 54 (contenido y dispositivo de la sentencia) pauta que la decisión "… deberá resolver todas las cuestiones planteadas en el curso del proceso y contendrá los motivos o fundamentos suficientes que razonablemente la justifiquen en toda su extensión", para luego disponer que en su texto se podrá decidir "…con carácter enunciativo y *en función de la pretensión planteada*…" -resaltado añadido- (regla de la correlación entre pretensión y sentencia en virtud de la congruencia procesal), lo siguiente:

1. La correcta aplicación o interpretación del acto, contrato o actuación objeto de la pretensión interpuesta (art. 54.3.a) o el reconocimiento de una situación jurídica individualizada (art. 54.3.b), es decir, sentencias declarativas.

2. La declaración de nulidad total o parcial, o de ineficacia, del acto, contrato o actuación objeto de la pretensión interpuesta (art. 54.3.a), es decir, una sentencia constitutiva.

3. El restablecimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de cuantas medidas sean necesarias para el restablecimiento o reconocimiento de la misma (art. 54.3.b); la cesación de la actuación material o vía de hecho y la adopción de cuantas medidas sean necesarias para obtener la efectividad de la sentencia (art. 54.3.c); el plazo para el cumplimiento de una determinada actuación (art. 54.3.d); y la condena a la Administración Pública o a sus funcionarios al pago de daños y perjuicios (art. 54.3.e).

Se tratan estas últimas de sentencias de condena a dar, hacer o deshacer, y aunque quizá el proyecto no contempla con especial explicitud la sentencia de condena a hacer frente a la inactividad, el marco constitucional, la expresa previsión

administrativa, no la de los ciudadanos, como en atención a que la sede judicial natural para determinar la responsabilidad de los particulares no es la contencioso-administrativa. No obstante, el asunto, vinculado con el tema de la "unidad de jurisdicción" no está zanjado en otros ordenamientos y habría que revisarlo más detenidamente a la luz marco normativo dominicano.

29 En contraste por ejemplo con la Ley venezolana, que insólitamente no regula el contenido de la sentencia en el proceso administrativo ni los poderes del juez en esta. Véase Torrealba Sánchez, M.A.: "Consideraciones sobre la ejecución de sentencias en el proceso administrativo venezolano", *Revista Aragonesa de Administración Pública,* núm. 43-44, 2014, pp. 458-500, así como la bibliografía allí citada.

de la inactividad administrativa como objeto de la pretensión procesal y el carácter enunciativo de la enumeración legal, lleva a integrar esa limitación con los principios procesales correspondientes (universalidad o globalidad del control jurisdiccional y tutela judicial efectiva). A nuestro modo de ver, lo anterior conlleva, por ende, a la aceptación y aplicación de sentencias que condenen a la Administración Pública a hacer frente a su inactividad. En todo caso, el propio texto del proyecto luego se encarga de suplir esa carencia parcial, como se expondrá en los siguientes epígrafes.

4. Las potestades judiciales de sustitución declarativa y ejecutiva[30].

La regulación del contenido de la sentencia se complementa con lo que denomina el art. 56 del proyecto "alcance de los poderes del juez", asunto manejado por la doctrina especializada desde el enfoque de las potestades de sustitución judicial declarativa y ejecutiva. La primera, se refiere a las competencias jurisdiccionales para declarar el derecho aplicable al caso concreto, resolviendo la controversia y reemplazando a las partes al imponer el cumplimiento de un deber legal, que es en definitiva el ejercicio de la jurisdicción.

La sustitución ejecutiva, como lo indica su denominación, se traduce en la subrogación del juez en la parte condenada ante la contumacia de esta última en dar cumplimiento voluntario al mandato judicial. Para ello, el órgano judicial ejecutará la sentencia directamente, de ser ello posible, o bien lo hará con el auxilio de terceros y con cargo al patrimonio del perdidoso[31].

30 Sobre el tema véase: Beltrán de Felipe, M.: "El poder" cit., in totum. En la doctrina venezolana, específicamente en el contencioso-administrativo, véase: Hernández G., J.I.: "El poder de sustitución del juez contencioso administrativo: contenido y ejecución de la sentencia", en AA.VV.: *El contencioso administrativo hoy,* FUNEDA, Caracas, 2004, pp. 305-346.

31 Ya la clásica doctrina procesal apuntaba sobre la sustitución o subrogación judicial, que los medios ejecutivos de subrogación (por oposición a los de coacción que requieren la participación del obligado y buscan influir en su voluntad, como las multas o los arrestos) son "...los medios con los que los órganos jurisdiccionales tienden por su cuenta a conseguir para el acreedor el bien a que tiene derecho, independientemente de la participación, y por lo tanto, de la voluntad del obligado. Tales son el tomar directamente las cosas determinadas a que el acreedor tiene derecho; la aprehensión de las cosas muebles o inmuebles del deudor para convertirlas en dinero, con el fin de satisfacer las deudas; la realización directa de la actividad debida por el deudor, si es fungible; el empleo de la fuerza para impedir que el deudor realice una actividad contraria a la obligación de no hacer…" (Chiovenda, G.: *Instituciones de Derecho Procesal Civil,* Vol. I, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954, pp. 333-334)). Como puede verse, se trata de la sustitución judicial ejecutiva frente a pretensiones de condena a dar dinero u otros bienes, a hacer o a no hacer, lo cual es detallado en: Chiovenda, G.: "Instituciones", cit., pp. 334-354. Por su parte, señala la moderna doctrina española que con el poder de sustitución se supera la distinción entre juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (Cfr. Martín Delgado, I.: *La ejecución subrogatoria de las sentencias contencioso-administrativas,* Iustel, Madrid, 2006, p. 98). Véase esa misma obra, que reseña la posición de la doctrina española sobre el poder de sustitución del juez contencioso-administrativo a la luz de la ley vigente (pp. 102-108). En la doctrina venezolana, se ha definido a la potestad de sustitución –declarativa y ejecutiva– en estos términos: "…el Juez se sustituye en las partes cuando se subroga a fin de dictar la sentencia definitiva y cuando se subroga en su voluntad a fin de dar cumplimiento al fallo emitido" (Hernández G., J.I.: "El poder" cit., p. 309), para posteriormente agregarse: "Se distinguen dos tipos de sustitución. Por un lado, encontramos la sustitución declarativa, es decir, aquella que procede cuando el Juez se sustituye en la voluntad de la Administración para estimar o desestimar la pretensión (…) una vez efectuada esa sustitución declarativa procederá la sustitución ejecutiva, si la Administración se resistiere al cumplimiento de lo ordenado en el fallo. El alcance de la sustitución ejecutiva dependerá del alcance de la sustitución declarativa, de tal suerte que en

Con ello se completa la ya referida "normalización del proceso administrativo", es decir, la adecuación de este a los cánones de todo proceso judicial, en el cual lo que piden las partes (la pretensión procesal) respecto al objeto de tales petitorios (la actividad administrativa en sus múltiples manifestaciones) determina entonces la garantía jurisdiccional correspondiente. Garantía que concluirá, en caso de que prospere la pretensión interpuesta, en una sentencia que la acogerá y declarará el reconocimiento, la creación, modificación o extinción de una relación jurídica, o bien, luego de ello, impondrá una prestación a la parte condenada.

Y ante la hipótesis de falta de cumplimiento voluntario, el órgano jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, se subrogará en el condenado reticente, bien sea por sus propios medios o a través del auxilio de terceros, con cargo al patrimonio del ejecutado. Este esquema de la teoría general del proceso debe ser plenamente aplicable también al proceso administrativo, más allá de los matices, a los que luego se hará referencia, que vienen determinados por el hecho de que usualmente la parte demandada y condenada sea una Administración Pública, llamada a servir el interés general.

Esbozado brevemente este marco conceptual, corresponde entonces describir esos "poderes del juez" (de sustitución declarativa y ejecutiva), conforme se establecen en el proyecto bajo análisis.

A) Sustitución declarativa.

Las diversas modalidades de sustitución declarativa del juez contencioso administrativo están contenidas en el ya comentado art. 54.3 del proyecto dominicano. Así pues, en la medida en que el juez declara la nulidad de actos unilaterales, bilaterales o multilaterales, así como reconoce y restablece las situaciones jurídicas subjetivas individualizadas infringidas, incluyendo la imposición de prestaciones a dar cantidades de dinero u otros bienes, a hacer y a no hacer, está ejerciendo sus funciones jurisdiccionales de subrogación, al declarar el derecho para el caso concreto.

Pero además, en materia de sustitución declarativa, el art. 56 del proyecto aborda uno de los temas fundamentales en cuanto a su alcance y límites, a saber: el control jurisdiccional de la actividad administrativa preponderantemente discrecional[32]. Y lo hace siguiendo las pautas establecidas en la legislación española,

la ejecución de la sentencia no podrá el Juez sobreexcederse de lo acordado en el propio contenido del fallo" (Hernández G., J.I.: "Ejecución de la sentencia en el orden contencioso administrativo", en AA.VV.: *El contencioso administrativo en el ordenamiento jurídico venezolano y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia,* FUENDA, Caracas 2005, p. 305.

32 El tema ha sido extensamente tratado por la doctrina en Iberoamérica, siguiendo las pautas españolas. Una visión panorámica actual puede verse en: Torrealba Sánchez, M.A.: "Las potestades discrecionales de la Administración y su control judicial. Panorama actual en la doctrina Hispanoamericana", *Revista Venezolana*

en cuanto a establecer la imposibilidad de sustitución del contenido anulado del acto o reglamento (solución que ha sido objeto de cuestionamientos[33]), enfatizando tal prohibición en el caso de contenidos discrecionales (art. 56.1.)

No obstante, a la usanza costarricense[34], el mismo dispositivo matiza esa regla al prever la posibilidad de desaparición de algunos elementos de discrecionalidad durante el proceso y la consiguiente recuperación por parte del juez de su potestad de sustitución declarativa, en cuanto a que ante tal hipótesis "…la sentencia impondrá la conducta debida y prohibirá su reiteración para el caso específico" (art. 56.2). Y de seguidas, dispone que incluso ante la persistencia de la discrecionalidad (en su "núcleo duro", empleando una expresión usada por la dogmática administrativa), el mandato judicial "…condenará al ejercicio de tales potestades, dentro del plazo que al efecto se disponga, conforme a los límites y mandatos impuestos por el ordenamiento jurídico y por los hechos del caso, previa declaración de la existencia, el contenido y el alcance de los límites y mandatos, si así lo permite el expediente…" (art. 56.3), esto es, imponiendo lo que se conoce como una "sentencia marco"[35].

Culmina el dispositivo legal advirtiendo que el incumplimiento de la orden judicial dentro del plazo y términos impuestos en ella, da lugar a la ejecución forzada (art. 56.4), en la cual entran en juego las potestades de sustitución, ahora ejecutivas.

---

de Legislación y Jurisprudencia, núm. 7, 2016, pp. 335-363, así como la bibliografía allí citada. Véase también: Torrealba Sánchez, M.A. "La ejecución", cit., pp. 135-180.

33 Art. 71.2 de la Ley 29, 1998, del 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, publicada en BOE Núm. 167 del 14 de julio de 1998, reforma parcial por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Véanse entre otros: Garrido Falla, F.: "Objeto del recurso contencioso-administrativo. Artículos 25 y 26", *Revista Española de Derecho Administrativo, Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998,* núm. 100, 1999, pp. 239-269; Gómez Puente, M.: "La inactividad", cit., p. 217, nota al pie 13; Gómez Puente, M.: "Ejecución de sentencias. Artículo 108", *Revista Española de Derecho Administrativo,* Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998, núm. 100, 1999, pp. 763-774; Fernández-Espinar, L.C.: "El control judicial de la discrecionalidad administrativa. La necesaria revisión de la construcción dogmática del mito de la discrecionalidad y su control", *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm 26, 2012, pp. 234-235; García Pérez, M.: *El objeto del proceso contencioso-administrativo*, Aranzadi, Navarra, 1999, pp. 85-86; Martín-Retortillo Baquer, S.: "Comentario. Artículo 2.b", *Revista Española de Derecho Administrativo, Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, núm. 100, 1999, pp. 77-86; Bacigalupo Saggese, M.: "Artículo 71", *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, núm. 100, 1999, pp. 505-517; Pérez Andrés, A.: *Los efectos de las sentencias de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa,* Aranzadi, Navarra, 2000, pp.174-194; Sánchez Morón, M.: "Función, límites y control de la discrecionalidad administrativa", *Revista Ius et Veritas*, Vol. XXI, núm. 43, 2011, p. 269; González Pérez, J.: "Comentarios", cit., pp. 136 y 728-729.

34 Art. 127 del Código Procesal Contencioso Administrativo. Véase el comentario de González Camacho, O.E.: "Sentencia", en AA.VV.: *El nuevo Proceso Contencioso-Administrativo*, Poder Judicial, San José de Costa Rica, 2006, pp. 489-490.

35 El término empleado por la doctrina alemana al comentar su régimen legal en cuanto a las sentencias condenatorias (art. 113 de la Ley de la Justicia Administrativa Alemana). Cfr. AA. VV.: Código de Jurisdicáo Administrativa (O modelo alemáo) (coord. por R. Perlingero Men des Da Silva, H.J. R. Blanke y K.P. Sommermann), Renovar-ABDR, Brasil, 2009, pp. 138-140. En Venezuela es citado, entre otros, por: Urosa Maggi, D.: "Tutela judicial", cit., p. 434.

B) Sustitución ejecutiva.

Respecto a esta, comienza el proyecto reiterando, desde la faceta subjetiva de la ejecución de la sentencia, el derecho que asiste a la parte favorecida por un fallo judicial a la ejecución cabal de la decisión en los términos en que esta fue dictada, para aludir seguidamente a la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, faceta objetiva del mismo asunto (art. 66.1)[36].

A tal fin, el proyecto dispone expresamente que el tribunal puede auxiliarse con la fuerza pública de ser necesario "… para la ejecución plena e íntegra de las sentencias y demás resoluciones dictadas por el tribunal, cuando contengan una obligación de hacer, de no hacer o de dar, y esta no sea cumplida voluntariamente por la parte obligada" (art. 66.2). Se trata de la asunción de la potestad de ejecución subrogatoria o sustitución ejecutiva, planteada de forma genérica.

a) Sentencias de condena pecuniaria.

Seguidamente, el art. 68 entra a regular las potestades de sustitución ejecutiva del juez contencioso administrativo en lo que se refiere a las sentencia de condena pecuniaria, estableciendo como reglas: 1) El deber de cumplimiento inmediato si hay previsión presupuestaria suficiente (art. 68.1); 2) El efecto de pleno derecho de generar compromiso presupuestario de los fondos pertinentes para el ejercicio fiscal en el que la sentencia resulte definitivamente firme (art. 68.2); y 3) El deber de la Administración Pública presupuestaria de incluir, en el presupuesto inmediato a la notificación de la sentencia, las previsiones presupuestarias para atender al cumplimiento de ésta (arts. 68.2 y 68.3). Añadiendo la expresa advertencia de que el incumplimiento del mismo dará lugar a las responsabilidades correspondientes, así como constituirá desacato, con las consecuencias que más adelante se refieren.

No obstante, el proyecto también prevé que, ante serias dificultades para lograr la ejecución de una sentencia de este tipo por afectar el interés público o provocar trastornos graves a la situación patrimonial de la Administración Pública condenada (supuesto regulado también en otros recientes ordenamientos iberoamericanos)[37], puede procederse a lo que denomina "pago fraccionado", bajo las pautas que impone el art. 72, a saber: 1) La Administración Pública condenada podrá solicitar al tribunal le autorice a fraccionar el pago, llegando a un acuerdo con la parte vencedora o en su defecto conforme a los términos fijados por el Tribunal, previa audiencia de las partes involucradas (art. 72.1); y 2) De no existir previsión presupuestaria suficiente, el órgano judicial ordenará la inclusión del

36 Respecto a ambas facetas: Cfr. Martín Delgado, I: "Función jurisdiccional", cit., pp. 105-112.

37 Art. 106.4 de la Ley 29, 1998, del 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa española y art. 166 en concordancia con el art. 172.1 del Código Procesal Contencioso Administrativo costarricense.

crédito en el presupuesto, con los respectivos intereses a generarse desde que se dictó el fallo hasta el momento en que efectivamente se realice el pago (art. 72.2).

b) Otras sentencias condenatorias.

También establece el proyecto en su art. 70, denominado "medidas a ser ordenadas por el tribunal", que este "…podrá ordenar cuantas medidas sean necesarias para la ejecución de sus sentencias, siempre que las mismas no perturben gravemente el interés general, el ejercicio de la función administrativa o la prestación de los servicios públicos" (art. 70.1).

Se consagra entonces la potestad de sustitución ejecutiva para otro tipo de sentencias condenatorias, aunque cabe preguntarse si no hubiera sido deseable hacer más explícitos los poderes del juez contencioso-administrativo en este aspecto. Sobre todo, en lo atinente a las hipótesis en que el órgano judicial se subroga directamente ejecutando la decisión (caso de actos administrativos predominantemente reglados reemplazados por decisiones judiciales) y aquellas en las que la Justicia Administrativa se vale de auxiliares judiciales a tal fin, sean funcionarios, órganos o entes públicos, o incluso sujetos particulares[38].

En todo caso, el art. 70.2, además de prever las multas coercitivas o astreintes[39], que serán comentadas más adelante, contempla también como potestades de sustitución ejecutiva del juez contencioso administrativo: 1) Autorizar la inscripción o realización de cualquier medida conservatoria sobre bienes de dominio privado de la Administración Pública o sobre el patrimonio de los funcionarios titulares de la Administración Pública renuentes al cumplimiento de la sentencia, así como en contra de quienes incidan, directa o indirectamente, en ello (art. 70.2.c). La primera es una medida de sustitución ejecutiva, mientras que la segunda encuadra como una medida indirecta que coadyuva a tal sustitución; y 2) Autorizar la realización de embargos y procedimientos de ejecución sobre bienes patrimoniales o de dominio privado de la Administración Pública (sobre ello se volverá más adelante).

Pero el instituto jurídico-procesal que permite la materialización de estas potestades, incluso ante la renuencia del perdidoso, y sin cuya presencia los dispositivos comentados correr el riesgo de resultar inaplicables[40], sí está regulado

38 Lo que llama la doctrina española la ejecución comisarial. Véase entre otros: Martín Delgado, I: "La ejecución", cit., pp. 198-256.

39 Aunque no en todos los ordenamientos los términos son absolutamente equivalentes, como se ve en la nota al pie 52 (nota del traductor) en: Moderne, F.: "La Justicia Administrativa", cit., p. 328.

40 Es el caso venezolano en la actualidad, en el cual la jurisprudencia constitucional ha validado el dogma de la inembargabilidad absoluta de los bienes públicos. Véase: Torrealba Sánchez, M. A.: "La inembargabilidad absoluta de los bienes públicos: Un anacronismo desde la perspectiva Iberoamericana. (A propósito de la sentencia 1.582 del 21 de octubre de 2008 de la Sala Constitucional)", en AA.VV.: *Temas relevantes sobre los contratos, servicios y bienes públicos*, *VI Congreso Internacional de Derecho Administrativo* (coord. por Canónico Sarabia, A.), EJV-CAJO; Margarita, 2014, pp. 167-202. Tal prerrogativa fue calificada ya hace

en el proyecto. Se trata del embargo ejecutivo de bienes públicos, categoría requerida para consumar esa "normalización" del proceso administrativo, toda vez que implica la posibilidad de desapoderamiento de bienes de la Administración Pública con miras a garantizar la ejecución de la sentencia, bien sea en especie o por equivalente. Cabe resaltar en ese sentido, que la incorporación de esta figura en el contencioso administrativo no ha dejado de resultar controversial, incluso en el propio ordenamiento jurídico español[41].

c) El embargo de bienes públicos (del dominio privado).

El proyecto bajo análisis asume los postulados doctrinarios en esta materia, partiendo de la necesaria distinción en el Derecho positivo entre dos categorías jurídicas[42]: los bienes públicos del dominio público o demaniales[43], por una parte, y por la otra, los del dominio privado o patrimoniales. Evidentemente, los primeros no son susceptibles de embargo, mientras que los segundo sí[44], con ciertas restricciones, basadas en la posible lesión al interés general dada la destinación o funcionalidad del bien susceptible de desapoderamiento.

En ese sentido, el art. 70.2.d asigna como potestad del órgano judicial, la de autorizar la realización de embargos y procedimientos de ejecución sobre bienes patrimoniales o del dominio privado de la Administración Pública. Tal norma es complementada con el art. 71 del proyecto, el cual dispone que son susceptibles de embargo los siguientes bienes públicos del dominio privado: los que son propiedad de la Administración Pública que no se encuentren afectos a una actividad estatal de interés general (art. 71.1.a) y las cuotas accionarias en sociedades comerciales con participación estatal propiedad del ente público condenado, hasta el veinticinco por ciento (25%) de la conformación accionaria (art. 71.1.b).

Para, luego de ello, el mismo dispositivo enumerar como bienes inembargables: 1) Los bienes públicos destinados al uso y aprovechamiento común, o los vinculados directamente con la prestación de servicios públicos en el campo de la salud, la educación o la seguridad, y cualquier otro de naturaleza esencial (art. 71.2); los bienes de dominio público custodiados o explotados por particulares

décadas como de "fósil medieval viviente" por García de Enterría, E.: "Los postulados", cit., p. 13, por lo que caracterizamos como anacrónica tal decisión.

41 Véase entre otros: Ballesteros Moffa, L.A.: *Inembargabilidad de bienes y derechos de las Administraciones Públicas*, Colex, Madrid, 2000.

42 Véase: López Ramón, F.: "Los bienes públicos en la codificación civil latinoamericana", en AA.VV.: *El dominio público en Europa y América Latina,* (coord. por López-Ramón, F. y Vignolo Cueva, O.), Círculo de Derecho Administrativo, Lima, 2015.

43 Categoría jurídica asumida expresamente en el art. 15 de la Constitución dominicana. Véanse también los arts. 538 al 541 del Código Civil dominicano.

44 No obstante, el art. 16 de la Constitución dominicana usa la expresión de bienes patrimoniales para categorías de bienes que en otros ordenamientos son también demaniales, así como les otorga los caracteres propios del dominio público a estos. Más acorde con el sentido usual de la expresión: bienes públicos del dominio privado, es la referencia constitucional contenida en el art. 93.2.b.

bajo cualquier título o modalidad de gestión (art. 71.3.a); las cuentas corrientes y cuentas cliente de la Administración (art. 71.3.b); los fondos, valores o bienes que sean indispensables o insustituibles para el cumplimiento de funciones de interés general o servicios públicos (art. 71.3.c); los recursos destinados por ley a una finalidad específica, al servicio de la deuda pública, tanto de intereses como de amortización, al pago de servicios personales, a la atención de estados de necesidad y urgencia o destinados a dar efectividad al sufragio (art. 71.3.d) y los fondos para el pago de pensiones, ni los fondos públicos otorgados en garantía, aval o reserva dentro de un proceso judicial (art. 71.3.e).

Resalta entonces la búsqueda de armonizar dos bienes jurídicos en juego: el derecho a la ejecución cabal de la sentencia, como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, con la necesaria protección del interés general que se traduce en la preservación y mantenimiento de los bienes públicos directamente destinados a satisfacer necesidades de interés colectivo. Para ello, se redimensiona la inembargabilidad de bienes públicos a sus justas proporciones. Tal prerrogativa se aplica ilimitadamente para los bienes del dominio público, y entra en juego en el caso de los del dominio privado en la hipótesis de que la afectación directa o funcionalidad de estos así la imponga en virtud de la salvaguarda del bien común o interés general.

Además, el proyecto contiene alguna regulación complementaria, pero requerida en esta materia, como se expondrá de seguidas.

C) Medidas indirectas que coadyuvan con la sustitución.

En similar orientación con varias de las leyes iberoamericanas más recientes, el proyecto dominicano prevé no solo las potestades de sustitución declarativa y ejecutiva, sino una serie de medidas que coadyuvan o promueven tal subrogación, mediante la coacción legítima a los funcionarios responsables del cumplimiento del mandato judicial.

En ese sentido, en primer lugar, el texto establece la nulidad textual absoluta de la actividad administrativa que se dicte o ejecute, con el fin de eludir el cumplimiento de la sentencia (art. 69.1.)[45].

En segundo término, el proyecto prevé la imposición de astreintes o multas coercitivas a los titulares de los órganos administrativos renuentes al acatamiento, llevando la sanción incluso tanto a la destitución del cargo como a la imposición de penas privativas de libertad (art. 69.2), en este último caso lógicamente mediante la justicia penal (art. 69.3). Ello, sin perjuicio de la condena a indemnización

45 De forma similar a lo preceptuado en el art. 103.4 de la Ley 29, 1998, del 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa española.

pecuniaria derivada de la responsabilidad del Estado o del funcionario, así como de la determinación de las responsabilidades civiles y penales a que haya lugar (art. 69.4), según el caso.

Aunado a lo anterior, el art. 70.2 del proyecto dispone, quizá no de la forma más sistemática posible, una serie de medidas adicionales, a saber:

La condena a pagar astreintes o multas coercitivas a la Administración Pública o a los funcionarios correspondientes, en beneficio del reclamante (art. 70.2.a).

Al respecto, se plantean dos interrogantes: La primera: ¿Cómo se materializará la condena al pago por multa a la Administración Pública, siendo que este tipo de medidas usualmente se destina a las personas naturales, es decir, a los funcionarios?; y la segunda ¿Qué significa que el monto de esta irá beneficio del reclamante? Si implica la entrega del importe de la multa al actor ganancioso, pareciera necesario reflexionar sobre su juridicidad, dado que tampoco es usual esta solución, máxime si se considera que el ejercicio de tales potestades no está dirigido a indemnizar-y mucho menos a enriquecer- a una parte, sino a promover el cumplimiento de la decisión. Parece pues, que este precepto no toma lo suficientemente en cuenta que la finalidad perseguida puede lograrse con la imposición de los correspondientes intereses de mora o la actualización monetaria, en todo caso.

A ello hay que agregar que los montos indicados en el dispositivo podrían configurar una vulneración al derecho fundamental de propiedad (art. 51.1 constitucional), así como un enriquecimiento sin causa para el beneficiario, sobre todo porque ya se previó que, en caso de mora en el cumplimiento de la decisión, se generan los respectivos intereses, que es la solución común para estos casos.

También genera duras en cuanto a su constitucionalidad el contenido del art. 70.2.b, que otorga potestades al órgano judicial para "Ordenar a la autoridad competente la retención provisional del o los salarios devengados por los funcionarios titulares de la Administración Pública renuentes al cumplimiento de la sentencia", sin establecer límites ni matices a una medida judicial que puede tener graves implicaciones para los derechos individuales y laborales del afectado. En ese sentido, pareciera que se impone un ejercicio de ponderación al momento de aplicar tal disposición sobre la base de los principios de proporcionalidad y necesidad, pues, si bien es cierto que, como ya se señaló, existe un derecho fundamental a la ejecución de la sentencia, también hay otros derechos a considerar.

Otro tanto puede señalarse del art. 70.2.c., precepto que dispone la inscripción o realización de cualquier medida conservatoria sobre bienes de dominio privado de la Administración Pública o sobre el patrimonio de los funcionarios titulares de la Administración Pública renuentes al cumplimiento de la sentencia, así como

en contra de quienes incidan, directa o indirectamente, en ello. Sin perjuicio de un más detallado análisis que pueda hacerse, aquí parecen mezclarse dos asuntos distintos, a saber: la potestad judicial para acordar y ejecutar medidas ejecutivas sobre bienes públicos del dominio privado como forma de garantizar la ejecución de la sentencia -en este caso mediante la separación del tráfico jurídico de bienes del ejecutado- lo cual, como ya se vio, es perfectamente aceptable, con el decreto y aplicación de medidas similares sobre bienes de los funcionarios renuentes al cumplimiento.

En ese último caso, surgen dudas sobre la constitucionalidad de tal solución a la luz de la garantía fundamental del Debido Proceso, toda vez que estas medidas serían claramente procedentes en caso de que ulteriormente se interpongan pretensiones en contra de tales funcionarios en las que se reclame una indemnización por responsabilidad civil o patrimonial generada por el desacato de la sentencia, pero no así en la fase de ejecución de una sentencia en un proceso judicial en el que ellos no fueron parte. Incluso, a nuestro entender, resultaría susceptible de reparo tal decisión aún teniendo lugar una incidencia procesal en esa misma fase, pues se trata de determinar una responsabilidad patrimonial de forma sobrevenida.

5. Supuestos excepcionales de imposibilidad de ejecución.

En consonancia también con algunas legislaciones iberoamericanas[46], el art. 73 del proyecto dominicano prevé, como excepción, los supuestos de imposibilidad de ejecución de la sentencia dictada en el proceso administrativo, así como regula las consecuencias del acaecimiento de estos.

Se trata de un instituto que ha resultado polémico en otros ordenamientos[47]. En ese sentido, el art. 73.1 reitera la regla atinente a que "No podrá suspenderse el cumplimiento de la sentencia que ostente la autoridad de cosa irrevocablemente juzgada ni declararse su inejecución total o parcial". Para luego establecer como excepción, que en las hipótesis en que el fallo produzca o pueda producir un grave perjuicio a la seguridad o al interés general, o cuando afecte la continuidad de los servicios públicos esenciales, el Tribunal, previa audiencia de las partes, podrá suspender su ejecución, a fin de "...hacer cesar y reparar el daño al interés público" (art. 73.2).

Sobre esta disposición, cabe señalar que el uso de conceptos jurídicos o normativos de tanta indeterminación, sobre todo los dos primero supuestos

46 Arts. 105.2 y 105.3 de la Ley 29, 1998, del 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa española.

47 Cfr. Gómez-Ferrer Rincón, R.: *La imposibilidad de ejecución de sentencias en el proceso contencioso administrativo*, Thomson Civitas, Pamplona, 2008.

(seguridad e interés general), si bien no son susceptibles de generar reparos a priori, sí exigirán de los operadores jurídicos, y sobre todo del juez que va a ejecutar o esté ejecutando forzadamente la sentencia, un esfuerzo especial de interpretación. Esto último, para determinar que, en el caso concreto, la materialización del mandato judicial efectivamente genera las hipótesis legalmente previstas, al punto de producir una situación de tal gravedad que justifique la suspensión de su ejecución. En ese sentido, el órgano judicial deberá ser especialmente cuidadoso al momento de ponderar los bienes jurídicos en juego, a saber, el derecho a la ejecución de la sentencia y la afectación a la seguridad o al interés general, pues un análisis sesgado o superficial podría conducir a situaciones indeseables en uno u otro sentido.

Adicionalmente, la parte final del dispositivo plantea la interrogante referente a cómo el juez no solo hará cesar sino que reparará el eventual daño producido por la ejecución (total o parcial de la decisión), en cuanto a la forma en se instrumentará esa reparación. Quizá convendría plantearse la revisión de la redacción empleada para evitar dudas interpretativas.

En todo caso, acertadamente en nuestro criterio, el proyecto señala que, desparecidas las causas de suspensión de la ejecución se ejecutará el fallo, pero que si las causales persisten y generan la imposibilidad material de ejecutar este (curiosamente no prevé la norma la imposibilidad jurídica por cambio sobrevenido en el marco normativo, que no luce descartable en todos los casos), procede la indemnización correspondiente. Ello es también es aplicable, en lo que corresponda, para la suspensión temporal de la ejecución de la sentencia[48]. Y luce acertada la redacción, al prescindir del uso de expresiones tales "expropiación de los derechos e intereses reconocidos en la sentencia", empleada para supuestos similares en la legislación española y que no ha dejado de suscitar cuestionamientos[49], para acercarse más bien a la redacción de la Ley costarricense.

Resta por ver el último punto vinculado con la ejecución de la sentencia, lo que se hace a continuación.

6. La extensión a terceros de los efectos de la sentencia.

También de forma semejante al ordenamiento español y otros iberoamericanos[50], el proyecto dominicano regula la extensión de efectos a terceros de la sentencia

48 El proyecto presenta similitudes con la solución legislativa costarricense. Véanse los arts. 173 y 174 del Código Procesal Contencioso Administrativo de ese país.

49 Cfr. Beltrán de Felipe, M.: "El poder, cit., pp. 361-371; Gómez-Ferrer Rincón, R.: "La imposibilidad", cit. pp. 264-299).

50 Véase el art. 110 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa española. Sobre el tema pueden verse, entre otros, los trabajos de: Font I Llovet, T.: "La extensión a terceros de los efectos de la sentencia en vía de ejecución", *Revista Justicia Administrativa,* 1999, número extraordinario, Ley de la

dictada en el proceso administrativo. En efecto, dispone como regla el art. 59.1, la de los efectos inter partes de la decisión judicial[51], pero de seguidas establece como supuestos excepcionales en los que tales consecuencias se extienden a terceros: Primero: Que la naturaleza del caso concierna a asuntos tributarios y de función pública (art. 59.1.a)[52]; Segundo: Que el o los interesados se encuentren en una situación idéntica que los beneficiarios de la sentencia (art. 59.1.b) y Tercero: Un plazo de dos años a partir de que la sentencia adquiera firmeza para que el interesado formule la solicitud (art. 59.1.c y 59.2).

El régimen adjetivo en cuestión se asemeja más al costarricense o al colombiano que al español, en el sentido de que se trata de una solicitud que se plantea en un procedimiento administrativo, y solo en caso de denegación resulta procedente acudir al órgano jurisdiccional (art. 59.2)[53]. En esa última hipótesis, si el tribunal evidencia la improcedencia de la negativa de la Administración Pública "… además de ordenar cuantas medidas sean necesarias y procedentes para la satisfacción de las pretensiones del demandante, podrá condenar a la Administración y al funcionario correspondiente, según sea el caso, por los daños y perjuicios ocasionados en perjuicio del demandante…" (art. 59.3).

La regulación final, a nuestro modo de ver, refleja también una atenuación del principio dispositivo que merece reflexión, sobre todo porque se trataría de imponer una condena pecuniaria sin que haya estado precedida de la interposición de la pretensión correspondiente, que es lo que permite la tramitación procesal

Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pp. 165-182; Pérez Andrés, A.: "Los efectos", cit., pp. 248-282; Vega Castro, J.L.: "La extensión a terceros de los efectos de las sentencias dictadas por los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en el seno de la vía de ejecución: Una solución problemática", en AA.VV.: *Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta* (coord. por Montoro Chiner, M. J.), Atelier, Barcelona, 2003, pp. 907-926; Martín Contreras, L.: *La extensión de efectos de una sentencia a terceros. El artículo 110 de la ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Comares, Granada, 2010; De Diego Díez, L.A.: *Extensión de Efectos y Pleito Testigo en la Jurisdicción Administrativa*, Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2016; Domínguez Barragán, M. L.: "La controvertida naturaleza jurídica de la extensión subjetiva de efectos de las sentencias firmes en el ámbito contencioso-administrativo", *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 51, 2020, versión electrónica: http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1510935. Para el caso colombiano, véase entre otros: Aguilera-Martín, M y Aponte-González, J.: "La extensión de la jurisprudencia: soportes constitucionales, efectos y aspectos controversiales en su aplicación", *Revista digital de Derecho Administrativo*, núm. 18, 2017, pp. 85-113; Consejo de Estado: *Las sentencias de unificación y el mecanismo de extensión de la jurisprudencia,* Consejo de Estado, Bogotá, 2017.

51 Es la regla que parte de los postulados de la teoría general del proceso.

52 Similar a los dos primeros supuestos del art. 110 de la Ley española.

53 Véanse los arts. 185 al 188 del Código Procesal Contencioso-Administrativo costarricense (consúltese al respecto: González Camacho, O.E.: "Proceso de Extensión y Adaptación de la Jurisprudencia a Terceros", en AA.VV.: *El nuevo Proceso Contencioso-Administrativo*, Poder Judicial, San José de Costa Rica, 2006, pp. 625-642; así como los arts. 102 y 269 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo colombiano (véase Beltrán Acosta, E.: "Mecanismo de extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros como escenario de activismo judicial dialógico", *Revista digital de Derecho Administrativo*, núm. 20, 2018, pp. 389-419; Hernández Becerra, A.: "La Jurisprudencia en el nuevo Código", en AA.VV.: *Memorias del Seminario Internacional de presentación del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*, *Ley 1437 de 2011*, Consejo de Estado, Bogotá, 2014, pp. 233-245.

con salvaguarda del Debido Proceso[54] y del Derecho de defensa para la parte demandada y eventualmente condenada. Ante ello, quizá la interpretación más razonable sería entender que esa condena debe dictarse con sujeción a los términos en que se planteó la pretensión procesal en vía jurisdiccional, incluyendo, tanto el objeto de esta, como los sujetos frente a los que se interpuso.

V. CONSIDERACIONES FINALES.

Una revisión somera y general de la regulación de la sentencia y su ejecución en el proyecto dominicano de Ley sobre el Control Judicial de la Administración Pública, evidencia su apego a las tendencias recientes en materia de "normalización" del proceso administrativo. Ello, comenzando con la adopción del instituto de la pretensión procesal administrativa, la ampliación del objeto de esta a las diversas manifestaciones de la actividad administrativa (y no solo al acto administrativo formal), superando también la original dualidad exceso de poder-plena jurisdicción, así como regulando adecuadamente las diversas sentencias que pueden dictarse en este.

Correlativamente, asumidas las facetas objetivas y subjetivas de la ejecución de la sentencia como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, que implica juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, se concluye que el juez contencioso administrativo debe contar con los necesarios poderes de sustitución judicial en la Administración Pública, tanto en lo declarativo como en lo ejecutivo.

Por ello, el proyecto dota al juzgador de los necesarios institutos jurídico-procesales para llevar a sus últimas consecuencias tales potestades, incluyendo no solo el poder de declarar el Derecho y de condenar a la Administración Pública a realizar prestaciones de dar, hacer o no hacer. También el de materializar la sentencia dictada restableciendo la situación jurídica subjetiva lesionada, bien sea mediante la actuación judicial directamente o bien a través del auxilio de terceros. Pudiera ser que en este último caso, es decir, de la sustitución con apoyo de terceros, el texto requiera de algún complemento que explicite los lineamientos a seguir.

De tal suerte, que se está en presencia de un texto legal que replantea las bases legales del contencioso administrativo dominicano, desarrollando las pautas constitucionales y convencionales. Quizá más bien, el movimiento pendular ha originado que, en la búsqueda de mecanismos que doten de efectividad a las potestades judiciales en la fase de ejecución forzada de la sentencia, algunas regulaciones pudieran necesitar de una mayor afinación con el fin de garantizar

54 Sobre varios de los aspectos determinados por el Debido Proceso en el ordenamiento jurídico dominicano, véase entre otros: Hernández-Mendible, V.: "Los principios", cit., pp. 815-825.

su estricto apego a los principios y reglas en materia de Derechos procesales fundamentales.

En todo caso, el texto comentado recoge la mayoría de las categorías y herramientas procesales ya asumidas en otras legislaciones, beneficiándose de las experiencias de otros países iberoamericanos. Con ello se comprueba la utilidad del estudio y uso de las experiencias jurídicas comparadas, especialmente de las de países con lazos comunes no solo en lo histórico, cultural, lingüístico y social, sino también en la evolución del Derecho, y dentro de él, especialmente del Derecho Administrativo. Ello sin desdecir de las primarias fuentes del contencioso administrativo y su origen francés.

Queda pues, solo esperar que continúe el avance y progresión del Derecho Administrativo y del Derecho Procesal Administrativo dominicanos, en la continua búsqueda y perfeccionamiento de las garantías jurisdiccionales requeridas para la consolidación del Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho (art. 7 de la Constitución). Única fórmula jurídico-política que –a la luz de las experiencias históricas del pasado siglo y de las que van de este- garantiza el respeto a la dignidad de la persona, a la vez que permite su desarrollo en un marco civilizatorio de libertad y seguridad. Términos que, lejos de ser contrapuestos, son complementarios.

BIBLIOGRAFÍA

AA. VV.: Código de Jurisdicáo Administrativa (O modelo alemáo) (coord. por R. Perlingero Men des Da Silva, H.J. R. Blanke y K.P. Sommermann), Renovar-ABDR, Brasil, 2009.

AA.VV.: *La Contratación Pública en América Latina* (edit. por J.L. Benavides y P. Moreno Cruz), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016.

Aguilera-Martín, M y Aponte-González, J.: "La extensión de la jurisprudencia: soportes constitucionales, efectos y aspectos controversiales en su aplicación", *Revista digital de Derecho Administrativo*, núm. 18, 2017.

Alli Aranguren, J. C. *Los paradigmas de la legalidad y la justicia en el Derecho Administrativo Francés,* Universidad Pública de Navarra, Navarra, 2008.

Auby, J.-M. y Drago R.: *Traité de Contentieux Administratif*, Tome Premier, LGDJ, Paris, 1975.

Bacigalupo Saggese, M.: "Artículo 71", *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, núm. 100, 1999.

Ballesteros Moffa, L.A.: *Inembargabilidad de bienes y derechos de las Administraciones Públicas*, Colex, Madrid, 2000.

Beltrán Acosta, E.: "Mecanismo de extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros como escenario de activismo judicial dialógico", *Revista digital de Derecho Administrativo*, núm. 20, 2018.

Beltrán de Felipe, M.: *El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias condenatorias de la Administración*, Civitas, Madrid, 1996.

Benoit, F. P.: *El Derecho Administrativo Francés*, IEA, Madrid, 1977.

Braibant G. et Stirn B: *Le Droit Administratif Francais,* Press de Sciences Po y Dalloz, Paris, 1997.

Brewer-Carías, A. R.:

- "Las bases constitucionales del Derecho Administrativo en la República Dominicana", en AA.VV.: *Memorias del Congreso Internacional de Derecho Administrativo "Dr. Raimundo Amaro Guzmán"* (Edit. por J. Rodríguez-Arana Muñoz, O. A, Rodríguez Huertas, M.A. Sendín García y S.T. Castaños Guzmán), ADDA-FINJUS-EJV International, Panamá, 2015.

- *Sobre la constitucionalización del Derecho Administrativo en la República Dominicana,* 2016. Documento en línea: http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2016/06/1179-1-1125.-Brewer.-Constitucionalizaci%C3%B3n-del-derecho-administrativo-Rep.-Dom..pdf.

Chapus, R.:

- *Droit Administratif Général*, Tome 1, Montchrestien E.J.A., Paris, 1993.

- *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, Paris, 2008.

Chiovenda, G.: *Instituciones de Derecho Procesal Civil,* Vol. I, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954.

Consejo de Estado: *Las sentencias de unificación y el mecanismo de extensión de la jurisprudencia,* Consejo de Estado, Bogotá, 2017.

Courréges A. y Daël, S.: *Contentieux administratif*, PUF, Paris, 2013.

De Diego Díez, L. A.: *Extensión de Efectos y Pleito Testigo en la Jurisdicción Administrativa*, Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2016

De Laubadere, A, Venezia J.C. et Gaudement, Y.: *Traité de Droit Administratif*, Tome 1, L.G.D.J., Paris, 1997.

Domínguez Barragán, M. L.: "La controvertida naturaleza jurídica de la extensión subjetiva de efectos de las sentencias firmes en el ámbito contencioso-administrativo", *Revista General de Derecho Procesal*, 2020, Núm. 51, versión electrónica: http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1510935.

Fernández-Espinar, L. C.: "El control judicial de la discrecionalidad administrativa. La necesaria revisión de la construcción dogmática del mito de la discrecionalidad y su control", *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 26, 2012.

Font I Llovet, T.: "La extensión a terceros de los efectos de la sentencia en vía de ejecución", *Revista Justicia Administrativa,* Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, 1999, número extraordinario.

Frier, P. L. y Petit, J.: *Droit Administratif,* Montchrestien, Paris, 2012.

García de Enterría, E.: "Los postulados constitucionales de la ejecución de las sentencias contencioso-administrativas", *Documentación Administrativa*, núm. 209, 1987.

García Pérez, M.: *El objeto del proceso contencioso-administrativo*, Aranzadi, Navarra, 1999.

Garrido Falla, F.: "Objeto del recurso contencioso-administrativo. Artículos 25 y 26", *Revista Española de Derecho Administrativo, Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998,* núm. 100, 1999.

Gimeno Sendra, V., Moreno Catena, V. y Sala Sánchez, P.: *Derecho Procesal Administrativo*, Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2004.

González Camacho, O. E.:

- "Proceso de Extensión y Adaptación de la Jurisprudencia a Terceros", en AA.VV.: *El nuevo Proceso Contencioso-Administrativo*, Poder Judicial, San José de Costa Rica, 2006.

- "Sentencia", en AA.VV.: *El nuevo Proceso Contencioso-Administrativo*, Poder Judicial, San José de Costa Rica, 2006.

González Pérez, J.:

- "Acciones declarativas, constitutivas y de condena de la Administración Pública", *Revista de Derecho Público*, núm. 26, 1986.

- *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, del 13 de julio)*, Thomson Reuters Civitas -Aranzadi Navarra, 2013.

- *Derecho Procesal Administrativo Hispanoamericano*, Temis, Bogotá, 1985.

- "La pretensión procesal administrativa", *Revista de Administración Pública*, núm. 12, 1952.

- *Manual de Derecho Procesal Administrativo,* Civitas, Madrid, 2001.

Gómez-Ferrer Rincón, R.: *La imposibilidad de ejecución de sentencias en el proceso contencioso administrativo*, Thomson Civitas, Pamplona, 2008.

Gómez Puente, M.: "Ejecución de sentencias. Artículo 108", *Revista Española de Derecho Administrativo,* Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998, núm. 100, 1999.

Gómez Puente, M.: *La inactividad de la Administración*, Aranzadi, Elcano-Navarra, 2000.

Guasp Delgado, J.: *La pretensión procesal*, Civitas, Madrid, 1985.

Guyomar M. y Seiller B.: *Contentieux administratif*, Dalloz, Paris, 2017.

Hernández Becerra, A.: "La Jurisprudencia en el nuevo Código", en AA.VV.: *Memorias del Seminario Internacional de presentación del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011*, Consejo de Estado, Bogotá, 2014.

Hernández G., J. I.:

- "Ejecución de la sentencia en el orden contencioso administrativo", en AA.VV.: *El contencioso administrativo en el ordenamiento jurídico venezolano y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia,* FUENDA, Caracas 2005.

- "El poder de sustitución del juez contencioso administrativo: contenido y ejecución de la sentencia", en AA.VV.: *El contencioso administrativo hoy,* FUNEDA, Caracas, 2004.

Hernández-Mendible, V. R.:

- "Los actos administrativos: generales e individuales", en AA.VV.: *La actividad e inactividad administrativa y la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* (dir. por Hernández-Mendible, V. R.), EJV, Caracas, 2012.

- "Los principios del proceso contencioso administrativo en la Constitución de República Dominicana", en AA.VV.: *Memorias del Congreso Internacional de Derecho Administrativo "Dr. Raimundo Amaro Guzmán*" (edit. por J. Rodríguez-Arana Muñoz, O. A. Rodríguez Huertas, M. A. Sendín García y S. T. Castaños Guzmán), ADDA- FINJUS-EJV International, Panamá, 2015.

Huergo Lora, A.:

- *Las pretensiones de condena en el contencioso-administrativo*, Aranzadi, Navarra, 2000.

- "Objeto del Recurso Contencioso Administrativo. Artículo 33", *Revista Española de Derecho Administrativo, Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, núm. 100, 1999.

Hutchinson, T.: *Derecho Procesal Administrativo*, Tomo II, Rubinzol-Culzoni, Buenos Aires, 2009.

Jinesta Lobo, E.:

- "*Conducta administrativa objeto del proceso*", en AA.VV.: *El nuevo Proceso Contencioso-Administrativo*, Poder Judicial, San José de Costa Rica, 2006.

- "Pretensiones", en AA.VV.: *El nuevo Proceso Contencioso-Administrativo*, Poder Judicial, San José de Costa Rica, 2006.

López Ramón, F.: "Los bienes públicos en la codificación civil latinoamericana", en AA.VV.: *El dominio público en Europa y América Latina,* (coord. por López-Ramón, F. y Vignolo Cueva. O.), Círculo de Derecho Administrativo, Lima, 2015.

Martín Delgado, I.:

- *Función jurisdiccional y ejecución de sentencias en lo contencioso-administrativo. Hacia un sistema de ejecución objetivo normalizado,* Marcial Pons, Madrid, 2005.

- *La ejecución subrogatoria de las sentencias contencioso-administrativas,* Iustel, Madrid, 2006.

Martín Contreras, L.: *La extensión de efectos de una sentencia a terceros. El artículo 110 de la ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Comares, Granada, 2010.

Martín-Retortillo Baquer, S.: "Comentario. Artículo 2.b", *Revista Española de Derecho Administrativo, Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, núm. 100, 1999.

Moderne, F.: "La justicia administrativa en Francia (II). Proceso, técnicas de control, ejecución de sentencias", en AA.VV.: *La justicia administrativa en el Derecho Comparado* (coord. por Barnés Vásquez, J.), Civitas, Madrid, 1993.

Montero, G.: "Principios fundamentales del contencioso administrativo", en AA.VV.: *Actualidad del Contencioso Administrativo y otros Mecanismos de Control del Poder Público* (coord. por Canónico Sarabia, A.), CAJO-EJV, Caracas, 2013.

Morand-Deviller, J.: *Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017.

Nieto, A.:

- "La inactividad de la Administración en la LJCA de 1998", *Revista Justicia Administrativa,* Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, 1999, número extraordinario.

- "La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo", *Revista de Administración Pública,* núm. 37, 1962.

- "La inactividad material de la Administración: veinticinco años después", *Documentación Administrativa,* núm. 208, 1986.

Pérez Andrés, A.: *Los efectos de las sentencias de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa,* Aranzadi, Navarra, 2000.

Rivero, J: *Derecho Administrativo*, UCV, Caracas, 1984.

Rodríguez Huertas, O. A.:

- "Del Derecho Administrativo dominicano tras la Constitución del 2010", en AA.VV.: *Memorias del Congreso Internacional de Derecho Administrativo "Dr. Raimundo Amaro Guzmán*", (edit. por J. Rodríguez-Arana Muñoz, O. A, Rodríguez Huertas, M.A. Sendín García y S.T. Castaños Guzmán), ADDA-FINJUS-EJV International, Panamá, 2015.

- "La jurisdicción contenciosa administrativa en la evolución constitucional dominicana. Retos pendientes", en AA.VV.: *La doctrina constitucional y administrativa del Estado Social y Democrático de Derecho. Liber Amicorum Allan Brewer-Carías* (cord. por Prats, E. J. y Rodríguez Huertas, O.), Librería Jurídica Internacional, S.R.L- IDDEC-ADDA, Santo Domingo, 2016.

Sánchez Morón, M.: "Función, límites y control de la discrecionalidad administrativa", *Revista Ius et Veritas*, vol. XXI, núm. 43, 2011.

Torrealba Sánchez, M. A.:

- "Consideraciones sobre la ejecución de sentencias en el proceso administrativo venezolano", *Revista Aragonesa de Administración Pública,* núm. 43-44, 2014.

- "El acto administrativo como objeto de la pretensión procesal administrativa y su tratamiento jurisprudencial en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia", *en* AA.VV.: *El contencioso-administrativo a partir de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, FUNEDA, Caracas, 2009.

- "Hacia la ampliación del ámbito del proceso administrativo y su relación con el contenido y ejecución de la sentencia: Algunas tendencias legislativas en Iberoamérica", en AA.VV.: *Reforma del Estado y transformación del Derecho Administrativo* (coord. por J.A. Rodríguez-Arana Muñoz, M. García Pérez,

C. Aymerich Cano y J. Pernas García), Universidade Da Coruña, La Coruña, 2014.

- *La ejecución de sentencias en el proceso administrativo iberoamericano (España, Perú, Costa Rica, Colombia y Venezuela),* Editorial Jurídica Venezolana y Centro para la Integración y el Derecho Público, Caracas, 2017.

- "La inembargabilidad absoluta de los bienes públicos: Un anacronismo desde la perspectiva Iberoamericana. (A propósito de la sentencia 1.582 del 21 de octubre de 2008 de la Sala Constitucional)", en AA.VV.: *Temas relevantes sobre los contratos, servicios y bienes públicos*, *VI Congreso Internacional de Derecho Administrativo* (coord. por A. Canónico Sarabia), EJV-CAJO; Margarita, 2014.

- *La vía de hecho en Venezuela*, FUNEDA, Caracas, 2011.

- "Las potestades discrecionales de la Administración y su control judicial. Panorama actual en la doctrina Hispanoamericana", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 7, 2016.

Truchet, D.: *Droit administrative,* PUF, Paris, 2012.

Urosa Maggi, D.:

- "Las pretensiones procesales en la nueva Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, vol. I., FUNEDA, Caracas, 2010.

- *Tutela judicial frente a la inactividad administrativa en el Derecho Español y Venezolano,* Funeda, Caracas, 2003.

Vedel, G: *Derecho Administrativo*, Aguilar, S.A., Madrid, 1980.

Vega Castro, J. L.: "La extensión a terceros de los efectos de las sentencias dictadas por los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en el seno de la vía de ejecución: Una solución problemática", en AA.VV.: *Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta* (coord. por Montoro Chiner, M. J.), Atelier, Barcelona, 2003.

Waline, J.: *Droit Administratif*, Dalloz, Paris, 2016.

AGRUPACIONES AUTÓNOMAS DE PERSONAS ANTE EL IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO*

INDEPENDENT GROUP OF PERSONS IN THE VALUE ADDED TAX

Rev. Boliv. de Derecho Nº 32, julio 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 618-649

Este trabajo se realiza en el marco del proyecto de investigación de la Conselleria de Universidades de la Generalidad valenciana (AICO/2019/108), "Vivificación de los principios derechos y garantías tributarios ante los retos de la globalización".

Enrique DE MIGUEL CANUTO

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de marzo de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 30 de abril de 2021

RESUMEN: Este trabajo lleva a cabo la delimitación de la exención en el I.V.A. europeo, de las prestaciones efectuadas a sus miembros, por las agrupaciones autónomas de personas, poniendo de relieve las distinciones formuladas por la jurisprudencia europea, con particular atención a la dimensión subjetiva de la exención.

PALABRAS CLAVE: Agrupación autónoma de personas; I.V.A.

ABSTRACT: *This work carries out the delimitation of the exemption in the European V.A.T., of the benefits made to its members, by the autonomous groups of people, highlighting the distinctions made by the community case law, with particular attention to the subjective element of the exemption.*

KEY WORDS: *Independent group of persons; V.A.T.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. PREMISAS FÁCTICAS.- III. PREGUNTAS FORMULADAS.- IV. ACTIVIDAD DE INTERÉS GENERAL.- V. INTERDICCIÓN DE REABRIR PERIODOS.- VI. ENTIDAD SEPARADA.- VII. CASO STICHTING CENTRAAL.- VIII. DESTINATARIOS DE LOS SERVICIOS.- IX. CASO STICHTING UITVOERING FINANCIELE.- X. AGRUPACIÓN DESTINATARIA.- XI. CASO DE LA ASOCIACIÓN TAKSATORRINGEN.- XII. RIESGO DE DISTORSIONES.- XIII. PRESTADOR DEL SERVICIO.

I. INTRODUCCIÓN.

En el contexto del Derecho de la Unión europea, la Directiva I.V.A., en su art. 132, dispone que los Estados eximirán, en las condiciones por ellos fijadas las prestacionaes de servicios realizadas por agrupaciones autónomas de personas que ejerzan una actividad exenta, o para la cual no tengan la cualidad de sujeto pasivo, con objeto de proporcionar a sus miembros los servicios necesarios para el ejercicio de esa actividad, siempre que tales agrupaciones se limiten a exigir a sus miembros el reembolso exacto de la parte que les incumba en los gastos hechos en común y siempre a condición de que esta exención no sea susceptible de provocar distorsiones de la competencia[1].

La norma exige, por una parte, la presencia de una agrupación autónoma de personas que ejerzan una actividad, existiendo un vínculo jurídico de cohesión entre ellas estructurante de un sujeto de Derecho, como puede ser, en principio, una asociación o una fundación[2], y, por otra, exige una relación de alteridad entre

1 Barciela Pérez, J. A.: "Las agrupaciones autónomas de personas y los servicios financieros y de seguro en el I.V.A.", *Quincena fiscal*, núm. 17, 2018; Esteban Quintana, M.: "Condiciones para la exención del I.V.A. en las prestaciones de servicios realizadas por agrupaciones autónomas a favor de sus miembros (Análisis de la STJUE de 21 de septiembre de 2017, asunto C-616/15)", *Revista de Contabilidad y Tributación,* núm. 418, 2018; Amand, C.: "DNB Banka and Aviva: has the ECJ followed its own interpretation methods and respected the objectives pursued by the EU legislature?", *International VAT monitor,* núm. 6, 2017; Wolf, R.A.: "The end of cost sharing as we know it?", *International VAT monitor,* núm. 3, 2017; Falcón Tella, R., y Pulido Guerra, E.: *Derecho fiscal internacional*, Madrid-Barcelona-Sao Paulo-Buenos aires, 2013; López Martínez, J. y Martos García, J. J.: "La vigencia de la Sexta Directiva en la sociedad de la información", *Noticias de la Unión Europea*, núm. 220, 2003; Ramírez Gómez, S.: *El Impuesto sobre el valor añadido*, Madrid, 1994; Tejerizo López, J. M.: "El Impuesto sobre el valor añadido", en *Manual de Derecho tributario. Parte especial* (Álvarez Martínez; Martín Queralt; Tejerizo López, dirs.), Madrid, 17ª ed., 2020; Vázquez del Rey Villanueva, A.: Impuesto sobre el valor añadido (III). Operaciones internacionales, en *Derecho tributario. Parte especial* (Merino Jara, dir., Lucas Durán, coord.), 9ª ed., Madrid, 2020; Cubero Truyo, A.: "El Impuesto sobre el valor añadido", en *Curso de Derecho tributario. Parte especial* (Pérez Royo, dir.), Madrid, 14ª ed., 2020.

2 Barciela Pérez, J. A.: "Las agrupaciones autónomas de personas y los servicios financieros y de seguro en el I.V.A.", cit., señala el supuesto de una agrupación europea de interés económico, en que, según el art. 3, apartado 1 del Reglamento comunitario nº 2137/85, "la finalidad de la agrupación será facilitar o desarrollar

• Enrique de Miguel Canuto
Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia (Italia) en 1985. Actualmente, Catedrático de Derecho financiero y tributario en la Facultad de Derecho de la Universitat de València (España), en la que imparte docencia de la asignatura desde hace más de treinta años. Ha actuado durante veinte años como Magistrado suplente de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Correo electrónico: Enrique.de-miguel@uv.es.

la agrupación prestadora y los miembros destinatarios que la componen, sustrato subjetivo de la prestación de servicios. Una prestación de servicios entre dos miembros de la agrupación queda fuera del ámbito de aplicación de la exención.

La jurisprudencia europea ha precisado que la exención prevista solamente tiene por objeto las Agrupaciones autónomas de personas cuyos miembros ejerzan una *actividad de interés general* que esté mencionada en el art. 132 de la Directiva. En consecuencia, no disfrutan de dicha exención los servicios prestados por Agrupaciones cuyos miembros ejerzan una actividad económica en el ámbito de servicios que no constituyan una actividad de interés general.

Que la Directiva debe interpretarse en el sentido de que las prestaciones de servicios proporcionadas a sus miembros[3] por agrupaciones autónomas de personas quedan comprendidas en la exención, aunque estas prestaciones se faciliten a uno solo o a varios de dichos miembros, y no a todos, a condición, claro es, de que se cumplan los demás requisitos previstos en esta disposición.

Que, ante una agrupación, que es una organización integrada por instituciones que ejercen una actividad exenta y que presta servicios como los enunciados en la disposición, en beneficio exclusivo de estas instituciones, quedan fuera del ámbito de aplicación de la exención las actividades de organización y realización de prestaciones realizadas por una fundación, para tal agrupación, contra reembolso de los gastos realmente efectuados.

La norma claro es que no puede jugar en la relación casa central-establecimiento permanente. Porque la casa central no es constituida como agrupación de sus establecimientos permanentes. Porque los establecimientos permanentes en sí no pueden ser considerados personas ejercientes de una actividad, al no tener personalidad propia. Porque el reconocimiento de la exención, en ese contexto, falsearía la competencia en el mercado.

La noción fiscal de agrupación autónoma de personas (*independent group of person*) no puede ser identificada *a priori* con un grupo de sociedades o entidades, ni tampoco con una *joint venture* o empresa conjunta. Una red de empresas con

---

la actividad económica de sus miembros, mejorar o incrementar los resultados de esta actividad; no es la de realizar beneficios para sí misma. Su actividad debe vincularse con la actividad económica de sus miembros y sólo puede tener un carácter auxiliar con respecto a ésta" ("Las agrupaciones autónomas de personas y los servicios financieros y de seguro en el IVA ", cit.). Si bien, hemos de anotar que la jurisprudencia comunitaria ha situado también en esta norma de exención fundaciones y asociaciones que agrupan establecimientos públicos, colegios profesionales, instituciones sociales y compañías privadas. La conclusión es que la jurisprudencia europea ha venido a ubicar la norma de exención, nuclearmente, en el contexto de las *entidades sin ánimo de lucro*.

3 En el supuesto en examen induce a confusión hablar de un "prestador externo del servicio", porque la agrupación presta sus servicios a sus propios miembros y no a terceras personas.

su cabeza de red tampoco es una agrupación autónoma de personas en el sentido de la Directiva del IVA.

II. PREMISAS FÁCTICAS.

En el caso *DNB Banka*[4], resuelto por el Tribunal de la Unión en sentencia de 21 de septiembre de 2017, subyace la pregunta acerca de si la "agrupación autónoma de personas" debe ser un sujeto de Derecho y sobresale que la concurrencia de exención exige que los miembros ejerzan una "actividad de interés general" en el sentido del art. 132 de la Directiva I.V.A.

La actora, DNB Banka, es una entidad de crédito que está establecida en Letonia, cuyas actividades consisten en prestar servicios financieros. La actora es una filial de DNB Nord A/S, sociedad con domicilio en Dinamarca, que posee otras dos filiales, una sociedad lituana, AB DNB Nord Bankas, y una sociedad polaca, Bank DNB Polska SA, así como una sucursal estonia, DNB Nord Pank. Todas estas entidades, que ejercen su actividad en el ámbito de los servicios financieros, constituyen el grupo DNB.

La matriz inmediata, DNB NORD, es también propietaria única de DNB Nord IT A/S, sociedad domiciliada en Dinamarca, cuya función es proporcionar soporte en el ámbito de la informática. Por otra parte, DNB NORD es, a su vez, filial de DNB Bank ASA, con domicilio en Noruega, y de NORD/LB Norddeutsche Landesbank, domiciliada en Alemania. Esas dos sociedades constituyen una empresa común[5] (*joint venture*) a través de la cual DNB Bank posee el 51 % de las participaciones sociales del grupo DNB.

En 2006, la actora, DNB Banka celebró un contrato con su matriz, DNB NORD, para la prestación de servicios financieros. Según el contrato, DNB NORD prestará servicios a DNB Banka, de forma continua y en la medida de lo necesario, asegurando las funciones comunes del grupo y atendiendo solicitudes concretas de DNB Banka en su calidad de sociedad filial. Con base en ese contrato, la actora fue destinataria, en 2009 y 2010, de varias facturas relativas a servicios de gestión prestados por DNB NORD. Según la documentación sobre los precios de transferencia, preparada en 2011, DNB NORD aplicó, durante los años 2009 y 2010, un recargo del 5 % al precio de la prestación de servicios de gestión.

En 2009, DNB Bank, con el acuerdo de DNB Banka, celebró un contrato con Microsoft Ireland Operations, relativo a la adquisición de productos y

4 Sentencia del T.J.U.E. 21 septiembre 2017, caso *DNB Banka* (TJCE 2017\191), causa C- 326/15 (Letonia).

5 Puede verse de Miguel Canuto, E.: "Negocios conjuntos y operaciones conjuntas como modos internacionales de personificación", *Quincena fiscal,* núm. 3, 2018.
No podemos confundir los miembros de una *joint venture* o empresa conjunta, con las empresas participadas, sea de manera directa sea de manera indirecta, por una *joint venture*.

licencias comercializados por Microsoft para las necesidades de DNB Bank y de las empresas vinculadas a ella. En virtud del contrato, DNB Bank recibió una factura de Microsoft Ireland Operations por el software adquirido, que emplean todas las empresas del grupo DNB. A continuación, los gastos correspondientes fueron imputados por DNB Bank a otras empresas del grupo DNB, en función de los programas específicos que cada una de ellas ha recibido. Por ello, en 2009 y 2010, la actora fue destinataria de las facturas correspondientes a las licencias comercializadas por Microsoft.

En 2010, DNB IT celebró un contrato sobre la gestión informática con DNB NORD, así como con las filiales de ésta, en cuya virtud DNB IT es la única entidad del grupo DNB que presta servicios vinculados a proyectos en el ámbito de la informática. En 2010 y 2011, DNB IT envió varias facturas a la actora, sobre la base de dicho contrato por los servicios informáticos prestados de este modo. Conforme a las partidas relativas a los costes reflejadas en esas facturas, se aplicó a los precios de dichos servicios un recargo del 5%.

Sucedió que se realizaron actuaciones de inspección tributaria respecto de la actora, en las que ésta sostuvo que las operaciones en cuestión estaban exentas de I.V.A. El procedimiento concluyó con una resolución de la Directora general, Administración tributaria, de 2012, en la que ésta desestimó la solicitud de la actora dirigida a que se corrigiesen sus declaraciones de I.V.A. relativas a las operaciones realizadas con DNB Nord, DNB IT y DNB Bank.

En primer lugar, por lo que se refiere a las operaciones efectuadas entre la actora DNB Banka y DNB NORD, su matriz, la Administración declaró que no existían documentos que permitieran determinar claramente cuáles eran las personas que habían formado una Agrupación autónoma de personas, en el sentido del art. 132, apartado 1, letra f), de la Directiva 2006/112. La Administración consideró que el hecho de que existiera un grupo de empresas vinculadas entre sí, cuyos miembros se prestaban servicios mutuamente, no demostraba la existencia de una Agrupación, en el sentido de dicha disposición.

En segundo lugar, la Administración, haciendo referencia al considerando 7 de la Directiva 2006/112, apreció que las operaciones efectuadas entre la actora, DNB Banka y DNB IT, la gestora informática, implicaban competencia desleal. Esta apreciación se basaba en que el prestador de servicios, DNB IT, tributaba por los servicios informáticos en cuestión en su Estado miembro conforme al régimen general y se deducía el impuesto soportado, mientras que DNB Banka, como destinataria de dichos servicios, no tributaba por estos mismos servicios, al considerarlos exentos de I.V.A.

En tercer lugar, en lo que respecta a las operaciones efectuadas entre la actora, DNB Banka y DNB Bank, la matriz última, la Administración no llegó a determinar cuáles eran exactamente las personas que, según la actora, debían considerarse miembros de la Agrupación para cuyos servicios se invocó la exención. Además, la Administración consideró que no estaba justificado entender que DNB Bank, la matriz última, debiera calificarse de miembro de dicha Asociación que ejercía una actividad exenta de IVA.

Como respuesta, la actora, DNB Banka interpuso ante la *Administrativa* Rajona Tiesa, Tribunal de lo contencioso-administrativo de Primera Instancia, de Letonia, una demanda dirigida a que se condenase a la Administración a corregir sus declaraciones de I.V.A. relativas a las operaciones realizadas con DNB Nord, matriz inmediata, DNB IT, otra filial del grupo, y DNB Bank, matriz última. El juez desestimó la demanda mediante resolución de 2013.

Contra la resolución desestimatoria la actora apeló ante el Tribunal regional de lo contencioso de Letonia (*Administrativa Apgabaltiesa*), alegando que se cumplían todos los criterios establecidos en el art. 132.1, f) de la Directiva I.V.A. Según la actora, el Tribunal letón de Primera instancia, hizo una interpretación incorrecta del art. 132.1, f) de la Directiva, al desestimar su demanda porque la factura contenía un recargo, sin haber analizado las razones que justificaban la existencia del recargo, que fue introducido de conformidad con las Directrices de la O.C.D.E. y con los requisitos relativos al impuesto de sociedades, de manera que su aplicación no puede ser un motivo para denegar la exención del I.V.A.

III. PREGUNTAS FORMULADAS.

El Tribunal regional contencioso-administrativo de Letonia formuló cinco preguntas centrales en la exégesis del precepto.

1) ¿Estamos ante una Agrupación autónoma de personas en el sentido del art. 132, apartado 1, letra f), de la Directiva 2006/112 cuando los miembros de ésta están establecidos en *distintos Estados* de la Unión europea, donde la norma de la Directiva ha sido transpuesta con diferentes requisitos que no son compatibles entre sí?[6]

2) ¿Un Estado miembro puede restringir el derecho de un sujeto pasivo a aplicar la exención prevista en el art. 132, apartado 1, letra f), de la Directiva 2006/112, cuando el sujeto pasivo ha cumplido todos los requisitos para la aplicación de la exención en el Estado de establecimiento, pero en las legislaciones de los Estados

6 Que los miembros estén en distintos Estados de la Unión no es obstáculo para la aplicación de la exención. La normativa fiscal de los Estados de los miembros no es condición de aplicabilidad de la norma fiscal relativa a la agrupación.

de otros miembros de la Agrupación la disposición ha sido transpuesta con *restricciones* que limitan la posibilidad de que los sujetos pasivos de otros Estados de la Unión apliquen en su propio Estado la exención del I.V.A?[7]

3) ¿Es admisible aplicar la exención del art. 132, apartado 1, letra f), de la Directiva 2006/112 a unos servicios en el Estado del destinatario de éstos, destinatario que es sujeto pasivo del I.V.A., cuando el prestador de los servicios, también sujeto pasivo, ha aplicado en un Estado distinto[8] el impuesto a esos servicios conforme al régimen general, considerando que el impuesto se adeudaba en el Estado del destinatario de los servicios, con arreglo al art. 196 de la Directiva 2006/112, sobre inversión del sujeto pasivo[9]?

4) ¿Por Agrupación autónoma de personas en el sentido del art. 132, apartado 1, letra f), de la Directiva 2006/112, debe entenderse una *persona jurídica* separada, que aglutine al conjunto de miembros, cuya existencia ha de acreditarse mediante un acuerdo específico de constitución de la Agrupación?

En el caso de que la respuesta sea que la Agrupación no tiene por qué estructurarse como una entidad separada, entonces ¿ha de entenderse que como Agrupación basta un conjunto de empresas vinculadas que se prestan mutuamente servicios de apoyo para la realización de sus actividades comerciales, en el marco de su actividad económica habitual[10], de manera que la existencia de tal Agrupación puede acreditarse mediante los contratos de servicios concluidos o mediante la documentación aportada sobre los precios de transferencia?[11]

5) ¿Puede un Estado miembro restringir el derecho a aplicar la exención del I.V.A. prevista en el art. 132, apartado 1, letra f), de la Directiva 2006/112, por razón de que el sujeto pasivo ha aplicado a las operaciones en cuestión un *recargo* sobre el precio conforme a lo exigido por la legislación en materia de imposición directa del Estado miembro en el que está establecido?

6) ¿La exención del art. 132, apartado 1, letra f), de la Directiva 2006/112 es aplicable a los servicios que se reciben de Estados terceros? En otras palabras:

7 El juez letón ha de aplicar la Ley del IVA de Letonia. La aplicación de la Ley letona no está en función de cómo haya sido traspuesta la Directiva en otros Estados de la Unión.

8 Que los miembros, destinatarios de los servicios, estén en distintos Estados de la Unión, como hemos dicho, no es obstáculo para la aplicación de la exención.

9 Anotamos que la inversión del sujeto pasivo, como concepto, presupone la repercutibilidad del impuesto en el supuesto de que el destinatario fuera un particular, repercutibilidad que está ausente en el caso de exención. La inversión del sujeto y la exención en el impuesto se excluyen mutuamente. Porque en la exención en el IVA el impuesto no se devenga y no se pone en juego una cuota susceptible *a priori* de repercusión.

10 Que un conjunto de empresas, cada una por su lado, que se presten entre sí mutuos servicios, estén integradas en un grupo, formen una *joint venture* o estén estructuradas en red, no da entrada a la norma de exención, que exige una agrupación, con propia identidad, que preste servicios a sus miembros.

11 Sobre esta nuclear cuestión volveremos en el epígrafe 6. Entidad separada.

¿puede ser un sujeto pasivo de un *Estado tercero*, el que siendo miembro de una Agrupación autónoma de personas, en el sentido de la Directiva, presta servicios a otros miembros de la Agrupación ?[12]

IV. ACTIVIDAD DE INTERÉS GENERAL.

Debe partirse de que la actora, DNB Banka, es una entidad de crédito, cuyas actividades consisten en prestar servicios financieros[13]. Según dicha sociedad, los servicios que le prestan otras empresas pertenecientes al mismo grupo de sociedades, a saber, DNB Nord, DNB IT y DNB Bank, están comprendidos en la exención prevista en el art. 132, apartado 1, letra f), de la Directiva 2006/112. Al no haber sido transpuesta la disposición al Derecho letón en la época de que se trata en el caso de autos, DNB Bank ha solicitado la aplicación directa de la norma en el litigio principal[14].

En este contexto, todas las cuestiones planteadas tienen como norte la interpretación del art. 132, apartado 1, letra f), de la Directiva 2006/112, que establece la exención de las prestaciones de servicios realizadas por las Agrupación autónomas de personas que ejercen una actividad exenta o para la cual no tengan la cualidad de sujeto pasivo, para proporcionar a sus miembros los servicios directamente necesarios en el ejercicio de esa actividad.

Según el Tribunal de la Unión, la respuesta a estas cuestiones exige examinar con carácter previo si la disposición debe ser aplicada en circunstancias como las del litigio principal, que se refiere a servicios mutuos prestados por un conjunto de entidades que ejercen una actividad económica en el ámbito de los servicios financieros o si, más bien, tal supuesto queda fuera del ámbito de aplicación de la norma de exención en análisis.

En el procedimiento de cooperación entre los tribunales nacionales y el Tribunal de la Unión, establecido por el art. 267 de T.F.U.E., corresponde al Tribunal dela Unión proporcionar al tribunal nacional los elementos de interpretación del Derecho de la Unión que puedan serle útiles para resolver el caso del que conoce, con independencia de que el tribunal remitente haya hecho o no referencia a ellos en el enunciado de su cuestión prejudicial (sentencia de 20 de octubre de 2016, caso Danqua, C-429/15, EU:C:2016:789, apartado 37).

12 No puede jugar la exención en este escenario 1° porque la exención no refiere a servicios recibidos, objeto de la pregunta, sino a servicios prestados 2° prestados por la Agrupación y no por un miembro 3° además, el hecho imponible ha de estar localizado en el territorio de la Unión.

13 Puede verse Calvo Vérgez, J.: *El IVA en las operaciones financieras*, Cizur Menor, 2020.

14 Apartado nº 23 y ss. de la sentencia del T.J.U.E. 21 septiembre 2017, caso DNB Banka (TJCE 2017\191), causa C- 326/15.

Aplicándolo al presente caso procede proporcionar al tribunal remitente indicaciones sobre si el art. 132, apartado 1, letra f), de la Directiva 2006/112 ha de aplicarse a los servicios prestados por una Agrupación cuyos miembros ejerzan una actividad económica en el ámbito de los servicios financieros que sean directamente necesarios para el ejercicio de dicha actividad.

La sola atención al tenor literal de dicha disposición, que se refiere a actividades exentas de los miembros de una Agrupación autónoma de personas, no permitiría excluir que dicha exención pudiera aplicarse a los servicios de una Agrupación cuyos miembros ejerzan una actividad económica en el ámbito de los servicios financieros, en la medida en que el art. 135, apartado 1, letras d) y e), de dicha Directiva exime los servicios financieros.

No obstante, de conformidad con reiterada jurisprudencia, para interpretar una disposición del Derecho de la Unión deben tenerse en cuenta no sólo su tenor literal, sino también su contexto y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte (sentencias de 26 de abril de 2012, caso Able UK, C-225/11, EU:C:2012:252, apartado 22, y de 4 de abril de 2017, caso Fahimian, causa C-544/15, EU:C:2017:255, apartado 30).

En lo que respecta al contexto en el que se inscribe el art. 132, apartado 1, letra f), de la Directiva 2006/112, dicha disposición figura en el capítulo 2, titulado «Exenciones aplicables a ciertas actividades de interés general», del título IX de la mencionada Directiva. Esa rúbrica indica que la exención prevista en la disposición únicamente tiene por objeto las Agrupaciones autónomas de personas cuyos miembros ejerzan actividades de interés general.

La interpretación viene confirmada por la estructura del título IX de la Directiva, cuando se refiere a las «Exenciones». En efecto, dentro de la Directiva, el art. 132, apartado 1, letra f), no figura en el capítulo 1, con la rúbrica «Disposiciones generales», de dicho título, sino en su capítulo 2. Además, en el referido título, se distingue entre el capítulo 2, con la rúbrica «Exenciones aplicables a ciertas actividades de interés general» y el capítulo 3, titulado «Exenciones relativas a otras actividades», distinción sistemática expresiva de que las reglas previstas en ese capítulo 2 para determinadas actividades de interés general no encuentran aplicación a otras actividades previstas en el capítulo 3.

En el capítulo 3 figura, en el art. 135, apartado 1, la exención de determinados servicios financieros, como, en particular, "d) las operaciones, incluida la negociación, relativas a depósitos de fondos, cuentas corrientes, pagos, giros, créditos, cheques y otros efectos comerciales» y «e) las operaciones, incluida la negociación, relativas a las divisas, los billetes de banco y las monedas que sean medios legales de pago".

Por lo tanto, resulta de la estructura general de la Directiva 2006/112 que la exención prevista en el art. 132, apartado 1, letra f), de la Directiva no es aplicable a las operaciones efectuadas en el ámbito de los servicios financieros y que, por consiguiente, los servicios prestados por Agrupaciones cuyos miembros actúan en ese ámbito no están comprendidos dentro de dicha exención.

En cuanto al objetivo del art. 132, apartado 1, letra f), dentro de la Directiva 2006/112, cabe recordar la finalidad del conjunto de las disposiciones del art. 132 de la Directiva, que consiste en eximir del I.V.A determinadas actividades de interés general, con el fin de facilitar el acceso a determinadas prestaciones y el suministro de determinados bienes, al evitar los costes adicionales que se derivarían para el destinatario en caso de estar sujetas al I.V.A (sentencia de 5 de octubre de 2016, caso T.M.D., C-412/15, EU:C:2016:738, apartado 30).

Por consiguiente, las prestaciones de servicios efectuadas por una Agrupación están comprendidas en la exención prevista en el art. 132, apartado 1, letra f), de la Directiva 2006/112 cuando esas prestaciones de servicios contribuyen directamente al ejercicio de las actividades de interés general previstas en el propio art. 132 de dicha Directiva (véase, por analogía, la sentencia de 5 de octubre de 2016, caso T.M.D., C-412/15, EU:C:2016:738, apartados 31 a 33).

Ha de recordarse, además, que el ámbito de aplicación de las exenciones del art. 132 de la Directiva 2006/112 debe interpretarse de manera estricta, dado que constituyen excepciones al principio general de que el I.V.A. se percibe por cada prestación de servicios efectuada a título oneroso por un sujeto pasivo (en este sentido, la sentencia de 5 de octubre de 2016, caso T.M.D., causa C-412/15, EU:C:2016:738, apartado 34).

Se desprende de ello que no están comprendidas dentro de la exención prevista en el art. 132, apartado 1, letra f), de la Directiva 2006/112 las prestaciones de servicios que no contribuyen directamente al ejercicio de actividades de interés general, tal como están enunciadas en dicho art. 132, sino al ejercicio de otras actividades exentas, en particular, las recogidas en el posterior art. 135 de la mencionada Directiva.

Por todo ello, debe interpretarse el art. 132, apartado 1, letra f), de la Directiva 2006/112 en el sentido de que la exención prevista en esa disposición solamente tiene por objeto las Agrupaciones autónomas de personas cuyos miembros ejerzan una *actividad de interés general* que esté mencionada en el artículo. En consecuencia, no disfrutan de dicha exención los servicios prestados por Agrupaciones cuyos miembros ejerzan una actividad económica en el ámbito de los servicios financieros que no constituya tal actividad de interés general.

A diferencia de lo decidido en la presente sentencia, cabe precisar, por último, que en la sentencia de 20 de noviembre de 2003, caso *Taksatorringen*, causa C-8/01, EU:C:2003:621, el Tribunal de la Unión no dio respuesta al interrogante de si la exención prevista en el art. 13, parte A, apartado 1, letra f), de la Sexta Directiva, que se corresponde con la del art. 132, apartado 1, letra f), de la Directiva 2006/112, debía circunscribirse a los servicios prestados por una Agrupación cuyos miembros ejercían actividades de interés general.

V. INTERDICCIÓN DE REABRIR PERIODOS.

El análisis diacrónico pone de relieve que la jurisprudencia anterior al caso *DNB Banka*, de la que es exponente el caso Taksatorringen, sentencia de 20 de noviembre de 2003, causa C-8/01, EU:C:2003:621, en relación con la exención de las agrupaciones autónomas en el impuesto sobre el valor añadido, fue elaborada desde un canon hermenéutico más laxo.

De los datos obrantes en autos, caso *DNB Banka*, se desprende que la interpretación de la exención prevista en el art. 13, parte A, apartado 1, letra f), de la Sexta Directiva que el Tribunal de la Unión efectuó en su sentencia del caso Taksatorringen, llevó a determinados Estados miembros a eximir las prestaciones de servicios efectuadas por Agrupaciones autónomas de personas constituidas por entidades tales como las compañías de seguros o las empresas dedicadas a los servicios financieros[15].

A este respecto, el Tribunal de la Unión precisa que las Administraciones nacionales no pueden reabrir períodos tributarios definitivamente cerrados o clausurados con base en el art. 132, apartado 1, letra f), de la Directiva 2006/112, en el sentido en que ha sido interpretado en la presente sentencia (véanse, por analogía, las sentencias de 6 de octubre de 2009, caso Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, EU:C:2009:615, apartado 37[16], y de 21 de diciembre de 2016, caso Gutiérrez Naranjo, C-154/15, EU:C:2016:980, apartado 68).

En lo que atañe a los períodos tributarios que aún no han concluido definitivamente[17], según reiterada jurisprudencia, una directiva comunitaria no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y, por consiguiente,

15 Apartado nº 39 y ss. de la sentencia del T.J.U.E. 21 septiembre 2017, caso DNB Banka (TJCE 2017\191), causa C- 326/15.

16 "Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el Derecho comunitario no obliga a un órgano jurisdiccional nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de *cosa juzgada* a una resolución, aunque ello permitiera subsanar una vulneración de una disposición, cualquiera que sea su naturaleza, del Derecho comunitario por la resolución en cuestión (véanse, en particular, las sentencias de 1 de junio de 1999, Eco Swiss, C-126/97, apartados 47 y 48; Kapferer, apartado 21, y Fallimento Olimpiclub, apartado 23)".

17 Se trata de los supuestos en que no haya sentencia con fuerza de cosa juzgada, según se desprende del contexto.

no puede, como tal, ser invocada por el Estado contra dicha persona (véase la sentencia de 19 de abril de 2016, caso *Dansk Industri*, C-441/14, EU:C:2016:278, apartado 30).

De este modo, las Administraciones nacionales no pueden invocar el art. 132, apartado 1, letra f), de la Directiva 2006/112, tal como es interpretado en esta sentencia, caso *DNB Banka*, para negar la exención a las Agrupaciones autónomas de personas constituidas por sociedades como las entidades de crédito y, por lo tanto, para denegar la exención del I.V.A. a las prestaciones de servicios efectuadas en el pasado por dichas Agrupaciones.

Además, la obligación del juez nacional de utilizar como referencia el contenido de una directiva cuando interpreta y aplica las normas de transposición a su Derecho nacional tiene sus límites en los principios generales del Derecho, en particular en los de seguridad jurídica e irretroactividad, y no puede servir de base para una interpretación *contra legem* del Derecho nacional (sentencia de 15 de abril de 2008, *caso Impact*, C-268/06, EU:C:2008:223, apartado 100).

Por lo tanto, la interpretación que el juez nacional debe dar a las disposiciones del Derecho nacional que aplican el art. 132, apartado 1, letra f) de la Directiva 2006/112 debe observar los principios generales del Derecho de la Unión, en particular, el principio de *seguridad jurídica*. A juicio del Tribunal de la Unión, habida cuenta de lo anterior, no procede responder a las cuestiones prejudiciales pormenorizadas por el tribunal de remisión.

Se ha producido un *cambio de criterio* jurisprudencial[18] que implica reducir el campo de juego de la exención, lo que equivale *ab initio* a ampliar el espacio de gravamen. El Tribunal de la Unión asienta la interdicción de reabrir periodos cerrados por decisiones con fuerza de cosa juzgada. Respecto a la preclusión de liquidación de periodos aun no cerrados entiendo debe considerarse referida a los hechos imponibles realizados e infracciones cometidas antes de la sentencia prejudicial, atendida la mención del principio de irretroactividad.

En conclusión, el art. 132, apartado 1, letra f), de la Directiva 2006/112 debe interpretarse en el sentido de que la exención prevista únicamente tiene por objeto las Agrupaciones cuyos miembros ejerzan una actividad de interés general enunciada en el art. 132 de la Directiva y que, por lo tanto, los servicios prestados por una agrupación cuyos miembros ejerzan una actividad económica en el ámbito de los servicios financieros que no constituya actividad de interés general no pueden disfrutar de tal exención.

18 Puede verse, con más detalle, de Miguel Canuto, E.: "Interdicción de reabrir periodos de liquidación en la jurisprudencia comunitaria", *Quincena fiscal*, núm. 19, 2018.

VI. ENTIDAD SEPARADA.

Traemos a colación, en el *caso DNB Banka*, la reflexión efectuada por la Abogado general, J. Kokott, acerca de si, a efectos del art. 132, apartado 1, letra f), de la Directiva del I.V.A., la agrupación autónoma de personas debe ser un sujeto de Derecho en sí misma o si, a la vista de lo que ocurre en el procedimiento principal, puede consistir también en un grupo de empresas asociadas cuyos miembros se prestan servicios recíprocamente[19].

Entiende la Abogado general, y ésta es la tesis que ella sostiene, que una agrupación en el sentido del art. 132, apartado 1, letra f), de la Directiva del I.V.A. debe ser, en sí misma, un sujeto pasivo diferenciado a efectos del art. 9 de la Directiva del I.V.A. Por lo que no alcanza relevancia que los miembros de la agrupación se presten servicios mutuamente.

El Tribunal de la Unión ha declarado respecto de dicha disposición, que, habida cuenta de la necesidad de interpretar, en principio, restrictivamente las exenciones en materia de I.V.A., toda interpretación que amplíe el alcance de su texto sería incompatible con la finalidad de la disposición. Del tenor literal de la norma se desprende que la agrupación calificada con el requisito de «autónoma» en el supuesto de hecho ha de realizar por sí misma las prestaciones de servicios y, por lo tanto, debe tener una identidad diferente a la de sus miembros.

Dado que la exención solamente es aplicable a las prestaciones de servicios que realice la propia agrupación, pero no a las que realicen sus miembros, la agrupación deberá ser sujeto pasivo a efectos del art. 9 de la Directiva del I.V.A. De lo contrario, a la vista del art. 2, apartado 1, letra c), de la Directiva del I.V.A., la agrupación no podría realizar ninguna prestación de servicios sujeta al impuesto que pudiera ser eximida. Porque sólo están sujetas las prestaciones de servicios realizadas por "un sujeto pasivo que actúe como tal".

Esta apreciación sería diferente si mediante el art. 132, apartado 1, letra f), de la Directiva del I.V.A. se pretendiera garantizar el alcance de la exención a las actividades de los miembros de la agrupación, estableciendo que la mera cooperación de estos sujetos pasivos no debe conducir al gravamen en materia de I.V.A. Esto explicaría por qué la agrupación debe prestar servicios que sean directamente necesarios para el ejercicio de la actividad de sus miembros no gravada al impuesto y sólo puede exigirles el reembolso exacto de la parte correspondiente a los gastos de esos servicios.

19 Apartado nº 31 y ss. de la sentencia del T.J.U.E. 21 septiembre 2017, caso DNB Banka (TJCE 2017\191), causa C- 326/15. Esta es la pregunta fundamental que subyace en las seis preguntas conductoras elaboradas por el Tribunal letón.

Sin embargo, el tenor del art. 132, apartado 1, letra f), de la Directiva del I.V.A., que ha de interpretarse restrictivamente, tan sólo menciona la prestación por una agrupación de servicios exentos, siendo que, como se expuso en las Conclusiones presentadas en el caso *Comisión/Luxemburgo*, causa 274/15, sólo estarán sujetos al impuesto los servicios si los realiza un sujeto pasivo a efectos del art. 9 de la Directiva del I.V.A.

Ahora bien, en segundo lugar, señala la Abogado general que no es preciso que la agrupación autónoma sea una persona jurídica. El Tribunal de la Unión ha dado a entender en reiteradas ocasiones que tener personalidad jurídica propia no es requisito para la condición de sujeto pasivo a efectos del art. 9 de la Directiva del I.V.A. Para tal condición lo que se exige es que una persona o agrupación de personas o de bienes desarrolle una actividad económica «con carácter independiente» en el sentido del art. 9, apartado 1, de la Directiva del I.V.A.

En su jurisprudencia sobre el carácter independiente que exige el art. 9, apartado 1, de la Directiva del I.V.A., el Tribunal de la Unión ha conocido hasta ahora de diversas situaciones en las cuales se abordaba si una persona o una comunidad de bienes se hallaba en relación de subordinación respecto de otro sujeto pasivo y, por lo tanto, no desarrollaba una actividad con carácter independiente en aplicación directa o análoga del art. 10 de la Directiva del I.V.A. En esos casos era objeto de discusión la independencia de una persona frente a su mandante, la independencia de los socios frente a su sociedad y la independencia de las unidades de una organización frente a la propia organización.

Entiende la Abogado general que la última jurisprudencia mencionada, sobre las unidades de una organización, es de aplicación al presente caso *D.N.B. Banka*. En efecto, una agrupación en el sentido del art. 132, apartado 1, letra f), de la Directiva del I.V.A. debe ofrecer a sus miembros una estructura común de colaboración que, por tanto, tenga independencia organizativa respecto de ellos.

En cuanto a los grupos empresariales, en tercer lugar, el Tribunal de la Unión ha negado a las unidades de una tal organización su carácter independiente, en particular, cuando no pueden disponer de un patrimonio propio. Pues bien, un grupo empresarial en sí, es decir, la conjunción, solamente en virtud de sus participaciones, de varias sociedades independientes, no puede disponer de patrimonio alguno.

Por lo tanto, en principio, un grupo empresarial[20] tal cual no constituye ni un sujeto pasivo a efectos del art. 9, apartado 1 de la Directiva del IVA, ni tampoco

20 Puede verse Barciela Pérez, J. A.: *El grupo de entidades IVA*, Valencia, 2017.

puede ser considerado una agrupación autónoma en el sentido del art. 132, apartado 1, letra f), de la Directiva del I.V.A.

Esta tesis negativa viene confirmada por la disposición especial del art. 11 de la Directiva del I.V.A., según la cual los Estados tienen la posibilidad de "considerar como un solo sujeto pasivo a las personas establecidas en el interior del país que gocen de independencia jurídica, pero que se hallen firmemente vinculadas entre sí en los órdenes financiero, económico y de organización". Sólo esta disposición introduce la posible conceptuación de las empresas asociadas como un solo sujeto pasivo y, en consecuencia, da pie a poder eximir del gravamen del I.V.A. las prestaciones que se realicen dentro del grupo.

Aunque en determinadas circunstancias una sociedad autónoma con diversos socios dentro de un grupo podría calificarse de agrupación autónoma, la exención referiría en ese caso sólo a los servicios prestados por la sociedad a sus socios. Porque el art. 132, apartado 1, letra f), de la Directiva del I.V.A. únicamente exime los servicios proporcionados por la agrupación a sus miembros, pero *no a la inversa*. En cuanto tales hipotéticos servicios no concurren en el litigio principal, no resultaría preciso un análisis más detallado al respecto.

Por lo tanto, la exención del art. 132, apartado 1, letra f), de la Directiva del I.V.A. no es aplicable, desde el principio, a un caso como el presente, *DNB Banka*, en el que no cabe sostener que se prestan servicios por una agrupación autónoma en el sentido de la norma a favor de sus miembros.

Como conclusión, en respuesta a la cuarta cuestión prejudicial habría de señalarse, según la Abogado general, que una agrupación autónoma de personas en el sentido del art. 132, apartado 1, letra f), no tiene por qué ser necesariamente una persona jurídica, pero sí debe reunir la condición de sujeto pasivo a los efectos del art. 9, apartado 1, de la Directiva del I.V.A. Por lo que un grupo formado por empresas asociadas, como el concurrente en el presente caso, no cumple como tal este requisito.

VII. CASO STICHTING CENTRAAL.

El caso *Stichting Centraal*[21], resuelto por sentencia del Tribunal de la Unión de 11 de diciembre de 2008, es una cuestión prejudicial elevada por el *Hoge Raad* de Holanda, en que encontramos una agrupación en el campo de la asistencia sanitaria que presta servicios a uno solo o a varios pero no a todos los miembros[22].

21 Sentencia del T.J.U.E. 11 diciembre 2008, caso *Stichting Centraal* Begeleidingsorgaan (TJCE 2008\305), causa C-407/07 (Holanda).

22 Sobre ella, Barciela Pérez, J. A.: "Las agrupaciones autónomas de personas y los servicios financieros y de seguro en el I.V.A.", cit.; Amand, C.: "DNB Banka and Aviva: has the ECJ followed its own interpretation methods and respected the objectives pursued by the EU legislature?", cit.

La Stichting es una agrupación de hospitales y otros establecimientos activos en el área de la sanidad, entre los que figuran, en particular, el Colegio de médicos especialistas (Orde van Medisch Specialisten), la Real Sociedad holandesa para la promoción de la medicina (Koninklijke Nederlandse Maatschappij tot Bevordering van de Geneeskunst), el Consejo nacional de hospitales (Nationale Ziekenhuisraad), la Unión de seguros de enfermedad holandeses (Vereniging van Nederlandse Ziekenfondsen), el Órgano de contacto de las organizaciones rurales de aseguradores de gastos por enfermedad (Kontaktorgaan Landelijke Organisaties van Ziektekostenverzekeraars) y la Asociación holandesa de directores de hospital (Nederlandse Vereniging voor Ziekenhuisdirecteuren).

Se desprende de la resolución de remisión que la actora, Stichting, proporciona a título oneroso a sus miembros, que ejercen una actividad exenta o para la cual no tienen la condición de sujeto pasivo, prestaciones de servicios en el ámbito de la asistencia sanitaria, en particular servicios relacionados con las normas de calidad y con la definición y la promoción de la política de calidad en el ámbito de la asistencia sanitaria.

Una parte de los servicios prestados por la actora, Stichting, a los hospitales afiliados se financia conforme a la Ley de tarifas aplicables a la asistencia sanitaria, *Wet tarieven gezondheidszorg* de 1980. Estos servicios quedan exentos del pago del I.V.A. en virtud del art. 11, apartado 1, letra u), de la Ley de 1968 del impuesto sobre el volumen de negocios *Wet op de omzetbelasting* 1968, que incorpora al Derecho nacional el art. 13, parte A, apartado 1, letra f), de la Sexta Directiva.

La actora, Stichting, facilita también a algunos de sus miembros, a saber, hospitales y otras instituciones y personas, prestaciones de servicios por las que percibe una remuneración distinta, ya que estas prestaciones se facturan a los destinatarios de manera individual. Sucedió que, en relación con estas últimas prestaciones, se giró a la actora, Stichting, una liquidación complementaria del I.V.A. correspondiente al período comprendido entre 1994 y 1998, que el inspector, cuando le fue presentada una reclamación, decidió confirmar debido a que dichas prestaciones no estaban exentas del I.V.A.

La actora presentó recurso de apelación contra la resolución ante el *Gerechtshof* de Amsterdam, que, mediante sentencia de 2004, anuló la resolución y redujo la liquidación. Consideró, sin embargo, que para las prestaciones de que se trata en el litigio la actora había procedido a facturaciones distintas y que las remuneraciones correspondientes no cubrían los gastos hechos en común en el sentido del art. 11, apartado 1, letra u), de la Ley del I.V.A. de 1968. No se podía, por tanto, conceder la exención del impuesto.

Después, la actora interpuso recurso de casación ante el *Hoge Raad* de Holanda, que señaló que consta que las prestaciones de que se trata en el litigio son directamente necesarias para el ejercicio de las actividades exentas de los miembros de esta agrupación y también señaló que no existe distorsión de la competencia.

El Tribunal remitente destaca que, si las prestaciones de que se trata son ciertamente prestaciones de servicios en el sentido de la Sexta Directiva y si, por estas prestaciones, la Stichting pide una remuneración que no excede los costes reales, se plantea entonces la cuestión de si las cantidades pedidas a los miembros de la agrupación se corresponden con la parte de los gastos hechos en común que incumben a dichos miembros en el sentido del art. 13, parte A, apartado 1, letra f), de la Sexta Directiva.

Por considerar que la resolución del litigio de que conoce depende de la interpretación de esta disposición, el *Hoge Raad* decidió plantear al Tribunal de la Unión la siguiente cuestión: ¿el art. 13, parte A, apartado 1, frase introductoria y letra f), de la Sexta Directiva debe interpretarse en el sentido de que también comprende los servicios que las agrupaciones presten a sus miembros, y que sean directamente necesarios para el ejercicio de las actividades exentas de tales miembros, y por los cuales no se pida una remuneración superior a los gastos en que se haya incurrido, en el supuesto de que éstos servicios se presten a favor de sólo uno o varios de los miembros?

VIII. DESTINATARIOS DE LOS SERVICIOS.

En primer lugar, por lo que se refiere a los requisitos de aplicación del art. 13, parte A, apartado 1, letra f), de la Sexta Directiva[23] relativos al objeto de las prestaciones de servicios proporcionadas a los miembros de la agrupación autónoma y al riesgo de distorsión de la competencia, en el marco del procedimiento de cooperación vigente, no corresponde al Tribunal de la Unión, sino al tribunal nacional, establecer los hechos que originaron el litigio y deducir las consecuencias para la resolución que debe dictar (véanse, las sentencias de 16 de septiembre de 1999, caso WWF, C-435/97, apartado 32; de 23 de octubre de 2001, caso Tridon, C-510/99, apartado 28, y de 11 de diciembre de 2007, caso Eind, C-291/05, apartado 18)[24].

Por consiguiente, la respuesta a la cuestión planteada por el Tribunal nacional debe partir de la premisa que éste ha asentado, a saber, que consta que las

23 Que está en correspondencia con el actual art. 132 apartado 1 letra f) de la Directiva de la Unión 2006/112, del impuesto sobre el valor añadido.

24 Apartado nº 27 y ss. de la sentencia del T.J.U.E. 11 diciembre 2008, caso Stichting Centraal Begeleidingsorgaan (TJCE 2008\305), causa C-407/07.

prestaciones de servicios de que se trata en el litigio principal son directamente necesarias para el ejercicio de las actividades exentas de los miembros de la Fundación, Stichting, y que no existe distorsión de competencia.

En segundo lugar, se desprende de los considerandos noveno y undécimo de la Sexta Directiva que ésta tiene por objeto armonizar la base imponible del I.V.A. y que las exenciones de este impuesto constituyen conceptos autónomos de Derecho comunitario que, como el Tribunal de la Unión ya ha declarado, deben situarse en el contexto general del sistema común del I.V.A. instituido por dicha Directiva (sentencias de 26 de marzo de 1987, caso Comisión/Países Bajos, 235/85, apartado 18, y caso *Stichting Uitvoering Financiële Acties*, apartado 10).

Además, según reiterada jurisprudencia, los términos empleados para designar las exenciones contempladas en el art. 13 de la Sexta Directiva son de interpretación estricta, dado que constituyen excepciones al principio general de que el I.V.A. se percibe por cada prestación de servicios efectuada a título oneroso por un sujeto pasivo (sentencia caso Stichting Uitvoering Financiële Acties, apartado 13; caso Taksatorringen, apartado 36, y de 14 de junio de 2007, caso Horizon College, C-434/05, apartado 16).

Si bien, la interpretación de esos términos debe ajustarse a los objetivos perseguidos por dichas exenciones y respetar las exigencias del principio de neutralidad fiscal inherente al sistema común del I.V.A. Por ello, esta exigencia de interpretación estricta no puede suponer que los términos empleados para definir las exenciones recogidas en el art. 13 sean interpretados de tal manera que éstas queden privadas de efectos (sentencia caso Horizon College, apartado 16). La jurisprudencia del Tribunal de la Unión no tiene como objetivo imponer una interpretación que haga casi inaplicables en la práctica las exenciones enunciadas (sentencia del caso Taksatorringen, apartado 62).

En cuanto al art. 13, parte A, apartado 1, letra f), de la Sexta Directiva, debe destacarse que no se deriva de su formulación que la exención que establece deba redundar necesariamente en provecho de los servicios que las agrupaciones autónomas prestan a todos sus miembros.

Según tal formulación, el legislador comunitario sólo ha considerado que las exenciones de I.V.A. se refieren a los servicios prestados por agrupaciones autónomas, cuando éstas se limitan a reclamar a sus miembros el reembolso exacto de la parte que les incumbe en los gastos hechos en común.

El Gobierno holandés considera que si el art. 13, parte A, letra f), de la Sexta Directiva dispone que debe reclamarse a los miembros de una agrupación el reembolso exacto de la parte que les incumbe en los gastos hechos en común, ello

presupone que sólo los servicios prestados a todos los miembros de la agrupación pueden acogerse a la exención del I.V.A. El concepto de «gastos hechos en común» cubriría el de «gastos colectivos», que remite a los servicios prestados a todos los miembros de dicha agrupación y no solo a un miembro aislado de ésta.

El Tribunal, por su parte, se detiene en que, como ha señalado la Abogado general en sus Conclusiones, las necesidades de los miembros de una agrupación autónoma pueden variar de un ejercicio fiscal al siguiente, de manera que, en un período determinado, ciertos servicios puedan prestarse a todos los miembros, otros servicios a algunos miembros e incluso haya servicios que únicamente son prestados a un solo miembro.

Asimismo, cuando una agrupación autónoma está formada por numerosos miembros con necesidades diferentes, es perfectamente posible e imaginable que las prestaciones de servicios que les facilite esta agrupación no sean regular ni sistemáticamente las mismas.

La interpretación defendida por el Gobierno holandés tendría por efecto limitar el ámbito de aplicación del art. 13, parte A, apartado 1, letra f), de la Sexta Directiva, excluyendo del disfrute de la exención del I.V.A. las prestaciones facilitadas por las agrupaciones a sus miembros, en particular en un contexto en que las necesidades de dichos miembros puedan ser de suyo distintas.

Tal limitación del ámbito de aplicación de la disposición no viene corroborada por la finalidad de esta última, que es establecer una exención del I.V.A. para evitar que la persona que ofrezca determinados servicios quede sujeta al pago de dicho impuesto cuando se ha visto obligada a colaborar con otros profesionales a través de una estructura común que se hace cargo de las actividades necesarias para que se cumplan dichos servicios.

Cabe señalar que, incluso cuando las prestaciones se facilitan a uno solo o a varios miembros de una agrupación, el coste de la prestación de tales servicios sigue siendo un gasto que asume en común dicha agrupación constituida con tal fin, y que los métodos de *contabilidad analítica* son aptos para poder identificar la parte precisa del gasto imputable a cada servicio considerado individualmente.

Asimismo, dichos servicios se siguen prestando en el marco de los objetivos para los que se ha instituido una agrupación autónoma y, por tanto, se ofrecen con arreglo al objeto de ésta.

No hay pues razón para interpretar el art. 13, parte A, apartado 1, letra f), de la Sexta Directiva en el sentido de que supedita la exención del I.V.A. al requisito de

que las prestaciones se ofrezcan a todos los miembros de la agrupación autónoma de que se trate.

Por lo demás, la necesidad de interpretar la disposición de manera estricta no puede conducir a que se confiera a cada miembro de la agrupación el derecho a privar a los otros miembros del disfrute de la exención del I.V.A., al decidir en cualquier momento no solicitar una u otra prestación ofrecida por la agrupación de la que había decidido formar parte en un principio. Semejante derecho en poder de cada miembro de una agrupaciónno se deriva ni de los términos ni de la finalidad del art. 13, parte A, apartado 1, letra f), de la Sexta Directiva.

Por consiguiente, los servicios prestados por una agrupación autónoma a sus miembros durante el curso de ejercicios fiscales diferentes, o incluso prestados a un solo miembro o a varios de sus miembros durante un mismo ejercicio fiscal deben poder acogerse a la exención prevista en dicha disposición.

En suma, se concluye que el art. 13, parte A, apartado 1, letra f), de la Sexta Directiva debe interpretarse en el sentido de que las prestaciones de servicios proporcionadas a sus miembros por agrupaciones autónomas de personas se acogen a la exención prevista, aunque estas prestaciones se faciliten a uno solo o a varios de dichos miembros, a condición, claro es, de que se cumplan los demás requisitos previstos en esta disposición.

IX. CASO STICHTING UITVOERING FINANCIELE.

El caso *Stichting Uitvoering Financiele*[25], resuelto por sentencia del Tribunal de las Comunidades de 15 de junio de 1989, es una cuestión prejudicial también elevada por el *Hoge Raad* en que una fundación, que agrupa a un conjunto de instituciones, resulta destinataria de los servicios prestados por otra fundación.

El Hoge Raad de los Países Bajos planteó cuestión prejudicial sobre la interpretación de la letra f) del apartado 1 de la parte A del art. 13 de la Sexta Directiva. Dicha cuestión se suscitó en el marco de un litigio entre una fundación, la Stichting Uitvoering Financiële Acties ("SUFA") y la Administración tributaria.

El litigio se refiere a un acta de inspección en la que el inspector de Hacienda liquidó a SUFA el impuesto sobre el volumen de negocios correspondiente a los gastos de los servicios prestados por aquélla a otra fundación, la Stichting Algemene Loterij Nederland ("SALN").

De los autos se deduce que, con arreglo al acuerdo celebrado entre las dos fundaciones, SUFA se encargaba de la realización práctica de las loterías que

25 Sentencia del T.J.C.E. de 15 junio 1989, caso *Stichting Uitvoering Financiele* Acties, causa 348/87 (Holanda).

organizaba SALN por cuenta de las instituciones sociales y culturales afiliadas a ella. Todos los gastos efectuados con este fin por SUFA son reembolsados por SALN, cuya actividad se limita a repartir los ingresos de las loterías entre las instituciones afiliadas a ella, después de deducir los gastos.

La actora, SUFA, recurrió contra el acta de inspección ante el *Gerechtshof* de La Haya, alegando que los servicios prestados por ella en nombre de SALN debían quedar exentos del impuesto teniendo en cuenta las disposiciones de la letra f) del apartado 1 de la parte A del art. 13 de la Sexta Directiva, según las cuales gozan de exención "las prestaciones de servicios realizadas por agrupaciones autónomas de personas que ejerzan una actividad exenta (...) con objeto de proporcionar a sus miembros los servicios directamente necesarios para el ejercicio de esa actividad, siempre que tales agrupaciones se limiten a exigir a sus miembros el reembolso exacto de la parte que les incumba en los gastos hechos en común, con la condición de que esta exención no sea susceptible de provocar distorsiones de la competencia". Consta que ALN se beneficia de esta exención.

Sin embargo, el Gerechtshof, al igual que la Administración tributaria, apreció que SUFA no tenía el carácter de agrupación autónoma de personas que presta servicios a sus miembros, y que realizaba sus actividades por cuenta de un solo mandante, en este caso SALN, que no es miembro de SUFA.

Después el litigio se sometió al *Hoge Raad* de los Países Bajos, que decidió plantear al Tribunal de las Comunidades la siguiente cuestión: ¿deben considerarse exentas las actividades realizadas por una fundación, consistentes exclusivamente en la organización y realización de prestaciones relacionadas con las actividades de otra fundación contra reembolso de los gastos realmente efectuados, cuando esta otra fundación, como organización integrada por una serie de instituciones que ejercen una actividad exenta o para la cual no tienen carácter de sujeto pasivo, presta servicios como los descritos en la disposición, en beneficio exclusivo de estas instituciones?

X. AGRUPACIÓN DESTINATARIA.

La respuesta a la cuestión planteada, *caso Stichting Uitvoering Financiele*, depende de si la exención prevista por la letra f) del apartado 1 de la parte A del art. 13 de la Sexta Directiva[26] se aplica a una fundación que preste, mediante subcontrato, a otra fundación que goza de esta exención como agrupación autónoma de instituciones sociales y culturales, los servicios directamente necesarios para el ejercicio de la actividad exenta[27].

26 En correspondencia con el art. 132 apartado 1 letra f) de la Directiva de la Unión 2006/112.

27 Apartado nº 8 y ss. de la sentencia del T.J.C.E. 15 junio 1989, caso Stichting Uitvoering Financiele Acties, causa 348/87.

La demandante postula que se responda afirmativamente, subrayando las particularidades que caracterizan el reparto de las tareas entre las dos fundaciones. Por el contrario, el Gobierno holandés y la Comisión solicitan que se dé una respuesta negativa, alegando que este reparto de tareas en el ámbito de la organización de loterías no puede permitir que se extienda la exención a un organismo que actúa como subcontratista.

Con carácter preliminar procede partir de que, como este Tribunal de las Comunidades señaló en la sentencia de 26 de marzo de 1987, caso Comisión contra Países Bajos, causa 235/85, la Sexta Directiva asigna un ámbito de aplicación muy amplio al impuesto sobre el valor añadido, que comprende todas las actividades económicas del productor, el comerciante o el prestador de servicios.

Por lo que respecta al régimen de exenciones establecido por esta Directiva, de su undécimo considerando resulta que estas exenciones constituyen conceptos autónomos de Derecho comunitario que, como precisó el Tribunal de las Comunidades en su sentencia de 26 de marzo de 1987 (TJCE 1987, 64), deben situarse en el contexto general del sistema común el impuesto sobre el valor añadido establecido por la Sexta Directiva.

En cuanto al alcance de las exenciones previstas el Tribunal de las Comunidades, en su sentencia de 11 de julio de 1985, caso Comisión contra Alemania (*Deutsche Bundespost*), causa 107/84, subrayó que si bien es cierto que estas exenciones benefician a actividades que persiguen determinados objetivos, la mayor parte de las disposiciones indican también los operadores económicos autorizados a realizar las prestaciones exentas y que estas prestaciones no se definen por referencia a conceptos puramente materiales o funcionales[28]. En la citada sentencia, este Tribunal precisó también que el art. 13 de la Sexta Directiva no excluía todas las actividades de interés general, sino únicamente las que se enumeran y describen de manera muy detallada.

Resulta de lo que precede que los términos empleados para designar las exenciones previstas por el art. 13 de la Sexta Directiva se han de interpretar estrictamente, dado que constituyen excepciones al principio general de que el impuesto sobre el volumen de negocios se percibe por cada prestación de servicios efectuada a título oneroso por un sujeto pasivo.

La letra f) del apartado 1 de la parte A del art. 13 de la Sexta Directiva sólo se refiere a las agrupaciones autónomas de personas que prestan servicios a sus

28 "Gli esoneri contemplati da queste disposizioni vengono descritti in modo molto diverso. Benché questi esoneri vadano a vantaggio di attività che perseguono determinati scopi, tuttavia la maggior parte delle disposizioni precisa pure quali operatori economici siano autorizzati a fornire le prestazioni esonerate. Non è quindi esatto sostenere che dette prestazioni sono definite mediante riferimento a nozioni puramente sostanziali o funzionali" (apartado nº 13).

miembros. Éste no es el caso de una fundación que presta servicios exclusivamente a otra fundación, *sin que una de estas fundaciones sea miembro de la otra*. Teniendo en cuenta los términos precisos de los requisitos de exención, cualquier interpretación que ampliara el alcance del texto de la letra f) del apartado 1 de la parte A del art. 13 de la Sexta Directiva (LCEur 1977, 138) sería incompatible con la finalidad de esta disposición.

En conclusión, no deben considerarse exentas del I.V.A. en virtud de la letra f) del apartado 1 de la parte A del art. 13 de la Sexta Directiva las actividades realizadas por una fundación, de organización y realización de prestaciones relacionadas con las actividades de otra fundación, contra reembolso de los gastos realmente efectuados, cuando esta otra fundación, como organización integrada por instituciones que ejercen una actividad exenta o para la que no tienen carácter de sujeto pasivo, presta servicios como los enunciados en la disposición de la Sexta Directiva, en beneficio exclusivo de estas instituciones-miembros.

XI. CASO DE LA ASOCIACIÓN TAKSATORRINGEN.

El diseño de una visión de conjunto sugiere concluir, a modo de analepsis, reseñando el caso *Assurandor-Societetet*[29], resuelto por sentencia del Tribunal de la Unión de 20 de noviembre de 2003, que se origina en una cuestión prejudicial elevada por el Østre Landsret (Dinamarca) en relación con una asociación de compañías de seguro, cuyo cometido es la tasación de los daños a vehículos[30].

La actora, Taksatorringen, es una asociación cuyos miembros son pequeñas y medianas compañías de seguros autorizadas para celebrar contratos de seguros de automóviles en Dinamarca. Cuenta aproximadamente con treinta y cinco miembros. La función de Taksatorringen consiste en tasar los daños ocasionados a vehículos de motor en Dinamarca, por cuenta de sus miembros. Estos últimos están obligados a utilizar los servicios de Taksatorringen para los daños causados a vehículos de motor que se hayan producido en Dinamarca.

Los gastos derivados de la actividad de la Asociación se reparten entre sus miembros de tal modo que los pagos efectuados por cada miembro por los servicios de la asociación equivalen exactamente a la parte de los gastos comunes que le corresponde. Los afiliados pueden retirarse de la Asociación con un preaviso de seis meses.

29 Sentencia del TJCE de 20 noviembre 2003, caso *Assurandor-Societetet* (TJCE 2003\387), causa C-8/01 (Dinamarca), comúnmente nombrado como caso *Taksatorringen*.

30 Puede verse Barciela Pérez, J. A.: "Los servicios de mensajería electrónica relativos a pagos interbancarios y a operaciones con títulos en el IVA: el asunto Nordea", *Quincena fiscal,* núm. 11, 2012; Jenkins, P.: "Outsourcing in the financial services sector: the key VAT issues", *EC tax journal,* núm. 2, 2002; Thirion, B.: "Prestations d'assurance et d'intermédiation en assurance: l'enjeu de la TVA - Une synthèse de la jurisprudence de la Cour de justice des CE", *Revue générale de fiscalité,* núm. 7, 2006; de la Feria, R.: "The EU VAT treatment of insurance and financial services (again) under review", *EC tax review,* núm. 2, 2007.

Cuando un vehículo perteneciente a un asegurado ha sufrido daños y debe ser reparado por cuenta de una compañía afiliada a Taksatorringen, el asegurado cumplimenta un parte de siniestro que entrega, junto con el vehículo siniestrado, al taller de reparaciones de su elección. El taller de reparaciones examina el vehículo siniestrado y, tras este examen, solicita un peritaje de un perito tasador perteneciente a una de las delegaciones locales de la Asociación Taksatorringen.

El perito tasa los daños ocasionados al vehículo tras un intercambio de pareceres con el taller de reparaciones. El perito redacta un informe detallado que incluye una descripción de los trabajos que deben realizarse e información sobre la totalidad de los gastos necesarios para llevar a cabo la reparación. Ésta debe realizarse en las condiciones previstas en el informe pericial. En caso de que el taller de reparaciones observe, durante la realización de los trabajos, que la información contenida en el informe pericial no se corresponde con los daños reales, ha de ponerse en contacto con el perito para intentar llegar a un acuerdo exacto sobre las eventuales modificaciones de la tasación.

Si los gastos necesarios para la reparación del vehículo siniestrado fuesen inferiores a 20.000 coronas, la compañía de seguros pagará directamente al taller de reparaciones el importe calculado en el informe inmediatamente después de la fecha de terminación de los trabajos. El informe pericial hace las veces de factura para los trabajos de reparaciones realizados. Si los gastos superasen las 20.000 coronas, el taller de reparaciones emitirá una factura que habrá de ser aprobada por el perito antes de que la compañía de seguros la abone al taller.

En caso de "siniestro total", entendiendo por tales daños que conlleven gastos de reparación superiores al 75% del valor comercial del vehículo, el perito acordará con el asegurado el importe de la indemnización correspondiente al valor de reposición del vehículo. El perito elaborará un desglose sobre la base del cual la compañía de seguros indemnizará al asegurado. Una vez que el perito haya recabado ofertas por el vehículo siniestrado, se haya encargado de la retirada del mismo, y enviado el producto de la venta a la compañía de seguros, concluye el procedimiento por lo que respecta a Taksatorringen.

Por otra parte, los peritos empleados por la Asociación Taksatorringen utilizan un sistema informático, denominado «Autotaks», que permite la tasación de los daños. Este sistema es aplicado en Dinamarca desde 1990 por todas las compañías de seguros que suscriben contratos de seguro de automóviles. Aunque los talleres de reparaciones daneses no tienen ningún derecho de control de dicho sistema, han aceptado su aplicación, mediante acuerdos celebrados con las compañías de seguros.

El sistema Autotaks se basa en un sistema informático internacional, propiedad de una empresa suiza que concede licencias a los usuarios. Para Dinamarca, los derechos de utilización de este sistema pertenecen a Forsikring & Pension, una asociación sectorial que agrupa a compañías de seguros, que se hizo cargo de las actividades relativas al sistema Autotaks del anterior Consejo de compañías aseguradoras de automóviles cuando éste se extinguió en 1999.

El Tribunal remitente precisa que nada impide que una compañía de seguros miembro de la asociación Forsikring & Pension encargue a un subcontratista independiente la realización de las labores de peritaje y que ceda a éste el derecho a utilizar el sistema Autotaks a cambio del pago de los derechos a Forsikring & Pension.

Respecto a las actuaciones, en un principio, en 1992, Taksatorringen recibió de la Told- og Skattestyrelsen, Dirección General de Aduanas e Impuestos, la autorización provisional para ejercer su actividad sin que se le exigiera el registro previo a efectos del I.V.A. A raíz de las reclamaciones de varias empresas, se le retiró esa autorización provisional en 1993.

Taksatorringen volvió a solicitar la exención del I.V.A., pero su solicitud fue denegada por la Told- og Skatteregion Hvidovre, Dirección Regional de Aduanas e Impuestos de Hvidovre (Dinamarca). Dicha denegación fue confirmada por la Dirección general, la Told- og Skattestyrelsen, lo que llevó a la actora a interponer un recurso ante el Momsnævnet,Tribunal competente en materia de I.V.A. Ante el Momsnævnet, la actora alegó que su actividad debía estar exenta del I.V.A. con base en el art. 13, apartado 1, número 20, de la Momslov.

Mediante resolución de 1997, el Momsnævnet confirmó la decisión denegatoria de la Dirección general, al considerar que una exención podría provocar distorsiones de la competencia, dado que los servicios de tasación que presta la actora no se distinguían, en principio, de otras actividades de tasación y que podían, por su naturaleza, prestarlos otros peritos independientes.

Aun cuando se hubiera admitido que una exención no provocaba, en las circunstancias de dicho momento, una distorsión de la competencia, ello se hubiera debido no tanto a la naturaleza de los servicios que presta la actora, cuanto al hecho de que las propias empresas afiliadas impedían, a través de los estatutos de Taksatorringen, dicha competencia. Contra la resolución del Momsnævnet, la actora presentó un recurso, ante el Østre Landsret.

El Tribunal remitente señala que, en apoyo de su recurso, la actora alega que los servicios que presta están amparados por la exención aplicable a la actividad aseguradora prevista en el art. 13, parte B, letra a), de la Sexta Directiva y, con

carácter subsidiario, que deben estar exentos en cuanto prestaciones realizadas en el marco de una actividad aseguradora ejercida por un corredor o un agente de seguros.

Además, desde la perspectiva de la letra f) del art. 13, parte A, apartado 1 de la Sexta Directiva, sobre agrupaciones autónomas, aduce que a una compañía que cumple los demás requisitos mencionados, no se le puede denegar la exención del I.V.A. si dicha exención no provoca ni una distorsión actual de la competencia ni una amenaza real de distorsión.

Según el Tribunal remitente, es pacífico entre las partes procesales que, cuando se denegó la exención del I.V.A. a la actora, no había una amenaza actual o concreta de que la exención provocase una distorsión de la competencia. En estas circunstancias, el Østre Landsret decidió plantear al Tribunal de la Unión cuestión prejudicial.

XII. RIESGO DE DISTORSIONES.

El Tribunal remitente pregunta, *caso Taksatorringen*, si el art. 13, parte A, apartado 1, letra f), de la Sexta Directiva debe interpretarse en el sentido de que el reconocimiento de la exención del I.V.A. basada en tal disposición a una asociación, como la Asociación actora, que cumple todos los demás requisitos de la referida disposición, debe denegarse si existe un riesgo, aunque sea hipotético, de que dicha exención provoque distorsiones de la competencia[31].

En primer término, señala el Tribunal que es la exención del I.V.A. en sí misma la que no debe ser susceptible de provocar distorsiones de la competencia en un mercado, mercado en el que la competencia resultará afectada en cualquier caso debido a la presencia de un operador que presta servicios a sus miembros y a quien le está vedada la búsqueda de beneficios.

Por tanto, para que se pueda denegar esa exención, es necesario que lo que puede provocar distorsiones de la competencia sea el hecho de que las prestaciones de servicios realizadas por una agrupación estén exentas, y no la circunstancia de que esa agrupación cumpla los demás requisitos de la disposición exoneradora de que se trata.

Como señala el Abogado General en Conclusiones, si, con independencia de cualquier tributación o exención, las agrupaciones tienen la seguridad de que conservarán la clientela compuesta por sus miembros, no cabe considerar que

31 Apartado nº 47 y ss. de la sentencia del TJCE 20 noviembre 2003, caso Assurandor-Societetet (TJCE 2003\387), causa C-8/01.

sea la exención que se les concede la que cierra el mercado a los operadores independientes.

Además, hay que mencionar que el art. 13, parte A, de la Sexta Directiva exime del I.V.A. a determinadas actividades de interés general. Sin embargo, dicha disposición no excluye de la aplicación del I.V.A. todas las actividades de interés general, sino únicamente las que se enumeran y describen de manera muy detallada[32].

Es cierto que, como resulta de la jurisprudencia mencionada, los términos empleados para designar las exenciones previstas en el art. 13 de la Sexta Directiva se han de interpretar estrictamente. Si bien no es menos cierto que esa jurisprudencia no tiene como objetivo pautar una hermeneútica que haga casi inaplicables en la práctica las exenciones mencionadas.

En consecuencia, aunque un examen del art. 13 de la Sexta Directiva muestra que la expresión «con la condición de que esta exención no sea susceptible de provocar distorsiones de la competencia», no se refiere únicamente a las distorsiones de la competencia que puede provocar la exención de inmediato sino también a las que podría provocar en el futuro, es preciso que sea real el riesgo de que la exención provoque por sí sola distorsiones de la competencia. De ello se desprende que debe denegarse la concesión de la exención del I.V.A. si existe un riesgo real de que la exención pueda por sí sola, de inmediato o en el futuro, provocar distorsiones de la competencia.

En conclusión, el art. 13, parte A, apartado 1, letra f), de la Sexta Directiva debe interpretarse en el sentido de que la concesión de una exención del I.V.A. basada en la mencionada disposición a una asociación que cumple todos los demás requisitos de dicha disposición, deberá denegarse si existe un riesgo real de que la exención pueda provocar por sí sola, de inmediato o en el futuro, distorsiones de la competencia.

El Tribunal de la Unión añade que nada en la Sexta Directiva se opone a razonar que una normativa nacional que permita conceder una exención con carácter temporal cuando existan dudas sobre si ésta puede provocar posteriormente distorsiones de la competencia es compatible con la letra f) del art. 13, parte A, apartado 1 de la Sexta Directiva, siempre que la exención solo sea renovada a condición de que el interesado cumpla los requisitos de la mencionada disposición[33].

32 Pueden verse las sentencias de 12 noviembre 1998, caso Institute of the Motor Industry, causa C-149/97, apartado 18, y de 20 junio 2002, caso Comisión/Alemania, apartado 45

33 Apartado nº 68 y ss. de la sentencia del TJCE 20 noviembre 2003, caso Assurandor-Societetet (TJCE 2003\387), causa C-8/01.

En consecuencia, una normativa nacional que permita conceder una exención temporal cuando existan dudas sobre si ésta puede provocar posteriormente distorsiones de la competencia es compatible con la letra f) del art. 13, parte A, apartado 1, de la Sexta Directiva, siempre que la exención solamente sea renovada a condición de que el interesado cumpla los requisitos de la mencionada disposición.

XIII. PRESTADOR DEL SERVICIO.

Por último, el Tribunal remitente, caso *Taksatorringen*, pregunta si el hecho de que las grandes compañías de seguros encarguen la realización de las tasaciones de daños ocasionados a vehículos de motor a sus propios peritos, evitando así que se les imponga el I.V.A., puede influir en la respuesta que deba darse a las cuestiones examinadas.

La Asociación actora alega que, desde el punto de vista del I.V.A., no debería haber ninguna diferencia según que la tasación de los daños ocasionados a los vehículos de motor sea realizada dentro de la organización de la compañía de seguros o que la compañía la confíe a un suministrador de servicios como la Asociación Taksatorringen.

La actora señala que en Dinamarca las grandes compañías de seguros son las que, por ellas mismas, realizan la tasación de los daños causados a vehículos de motor, mientras que esto resulta imposible, para las pequeñas y medianas empresas, por las necesidades de recursos que ello implica. Si estas últimas deben pagar I.V.A. por los servicios de tasación prestados por la Asociación Taksatorringen, las grandes compañías de seguros, que no han de pagar I.V.A. por sus tasaciones, gozarán de una ventaja competitiva.

La Administración danesa, el Skatteministeriet, y la Comisión consideran que la circunstancia de que no se aplique el I.V.A. a las tasaciones realizadas por los peritos empleados por las grandes compañías de seguros no tiene incidencia en la interpretación que debe darse a las disposiciones de que se trata.

El Tribunal de la Unión contesta que, en el marco de las respuestas a las cuestiones anteriores, enunciadas por el juez *a quo*, en su análisis, ya tuvo en cuenta todos los aspectos de las disposiciones de que se trata, así como el sistema del I.V.A. en su conjunto. Por ello, sobre la interpretación del art. 13, tanto de la parte A, apartado 1, letra f), como de la parte B, letra a), de la Sexta Directiva, no puede tener una incidencia independiente que las grandes compañías de seguros encarguen a sus propios peritos la realización de las tasaciones de los daños

ocasionados a los vehículos de motor, evitando así que estas prestaciones de servicios estén sujetas al I.V.A.

Cabe anotar que, como el Tribunal de la Unión ya ha señalado con anterioridad en supuestos similares, cuando es la propia compañía la que realiza la actividad y no se produce intercambio de prestaciones entonces la diferencia radica en la realización o no del hecho imponible del impuesto. Con lo que falla la base para efectuar la comparación entre los supuestos.

Por tanto, procede responder que el hecho de que las grandes compañías de seguros encomienden a sus propios peritos la realización de las tasaciones de daños ocasionados a los vehículos de motor asegurados, evitando así que estas prestaciones de servicios estén sujetas al I.V.A., no puede influir en las respuestas que debe darse a las cuestiones anteriores.

Debemos anotar el viraje producido después en la jurisprudencia, enfatizando que solo las actividades de interés general comprendidas en el art. 132 de la Directiva pueden dar lugar al supuesto de exención en el IVA, por lo que el ejercicio de una actividad económica en el sector de los seguros *a priori* queda fuera del ámbito de aplicación de la exención (sentencia del Tribunal de la Unión de 21 de septiembre de 2017, caso Aviva[34].

34 Sobre el caso Aviva puede verse Barciela Pérez, J. A.: "Las agrupaciones autónomas de personas y los servicios financieros y de seguro en el I.V.A.", cit..

BIBLIOGRAFÍA

AMAND, C.: "DNB Banka and Aviva: has the ECJ followed its own interpretation methods and respected the objectives pursued by the EU legislature?", *International VAT monitor,* núm. 6, 2017.

BARCIELA PÉREZ, J. A.:

- *El grupo de entidades IVA*, Valencia, 2017.
- "Las agrupaciones autónomas de personas y los servicios financieros y de seguro en el I.V.A.", *Quincena fiscal*, núm. 17, 2018.
- "Los servicios de mensajería electrónica relativos a pagos interbancarios y a operaciones con títulos en el I.V.A.: el asunto Nordea", *Quincena fiscal,* núm. 11, 2012.

CALVO VÉRGEZ, J.:

- *El IVA en las operaciones financieras*, Cizur Menor, 2020.
- "Impuesto sobre el valor añadido: operaciones internas", en *Derecho tributario. Parte especial* (MERINO JARA, dir. y LUCAS DURÁN, coord.), 9ª ed., Madrid, 2020.

CUBERO TRUYO, A.: "El Impuesto sobre el valor añadido", en *Curso de Derecho tributario. Parte especial* (PÉREZ ROYO, dir.), Madrid, 14ª ed., 2020.

DE LA FERIA, R.: "The EU VAT treatment of insurance and financial services (again) under review", *EC tax review,* núm. 2, 2007.

DE MIGUEL CANUTO, E.:

- "Interdicción de reabrir periodos de liquidación en la jurisprudencia comunitaria", *Quincena fiscal,* núm. 19, 2018.
- "Negocios conjuntos y operaciones conjuntas como modos internacionales de personificación", *Quincena fiscal,* núm. 3, 2018.

ESTEBAN QUINTANA, M.: "Condiciones para la exención del I.V.A. en las prestaciones de servicios realizadas por agrupaciones autónomas a favor de sus miembros (Análisis de la STJUE de 21 de septiembre de 2017, asunto C-616/15)", *Revista de Contabilidad y Tributación,* núm. 418, 2018.

Falcón Tella, R., y Pulido Guerra, E.: *Derecho fiscal internacional*, Madrid-Barcelona-Sao Paulo-Buenos aires, 2013.

Jenkins, P.: "Outsourcing in the financial services sector: the key VAT issues", *EC tax journal,* núm. 2, 2002.

López Martínez, J. y Martos García, J. J.: "La vigencia de la Sexta Directiva en la sociedad de la información", *Noticias de la Unión Europea*, núm. 220, 2003.

Ramírez Gómez, S.: *El Impuesto sobre el valor añadido*, Madrid, 1994.

Thirion, B.: "Prestations d'assurance et d'intermédiation en assurance: l'enjeu de la TVA - Une synthèse de la jurisprudence de la Cour de justice des CE", *Revue générale de fiscalité,* núm. 7, 2006.

Tejerizo López, J. M.: "El Impuesto sobre el valor añadido", en *Manual de Derecho tributario. Parte especial* (Álvarez Martínez; Martín Queralt; Tejerizo López, dirs.), Madrid, 17ª ed., 2020.

Vázquez del Rey Villanueva, A.: Impuesto sobre el valor añadido (III). Operaciones internacionales, en *Derecho tributario. Parte especial* (Merino Jara, dir., Lucas Durán, coord.), 9ª ed., Madrid, 2020.

Wolf, R.A.: "The end of cost sharing as we know it?", *International VAT monitor,* núm. 3, 2017.

LA TUTELA DEL MENOR VÍCTIMA DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO. MARCO NORMATIVO PROCESAL Y PENAL

THE PROTECTION OF THE MINOR VICTIM OF GENDER VIOLENCE. PROCEDURAL AND CRIMINAL REGULATORY FRAMEWORK

Rev. Boliv. de Derecho Nº 32, julio 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 650-689

Mª. Asunción
COLÁS
TURÉGANO

ARTÍCULO RECIBIDO: 31 de marzo de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 30 de abril de 2021

RESUMEN: El ordenamiento jurídico español dispensa una tutela específica a las víctimas de la violencia de género, en el trabajo se aborda la situación jurídica de los menores que dependen de la mujer víctimas de ésta. Se analiza su situación procesal y, especialmente, los recursos penales para su tutela. De manera particular se examina la agravante de cometer el hecho en su presencia y las penas que afectan a la patria potestad.

PALABRAS CLAVE: Violencia de género; menores; medidas cautelares; privación patria potestad.

ABSTRACT: *The Spanish legal system provides specific protection for victims of gender violence, the paper addresses the legal situation of minors who are dependent on women victims of this type of violence. It analyses their procedural situation and, in particular, the criminal remedies for their protection. In a particular way, the aggravating circumstance of committing the act in their presence and the penalties that affect parental authority are examined.*

KEY WORDS: *Gender violence; minors; precautionary measures; deprivation of parental authority.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA TUTELA DEL MENOR, VÍCTIMA DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO, EN EL PROCESO PENAL.- 1. LO 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género.- 2. Procedimiento de especial protección para menores y discapacitados en el Estatuto de la Víctima del Delito.- 3. Tutela procesal de la menor, víctima de la violencia de género ejercida por otro menor.- III. LA TUTELA DEL MENOR VÍCTIMA DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO DESDE EL DERECHO PENAL.- 1. Agravante específica de cometer el hecho en presencia de menores.- 2 Las penas de privación de la patria potestad y de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda y acogimiento.- A) Criterios aplicativos.- B) Evolución jurisprudencial.- IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

Sabido es que la violencia de género es una lacra que afecta a las mujeres, condicionando su vida cotidiana y poniendo en serio riesgo su dignidad y, lo que es más importante, su salud física, psíquica, incluso su vida. Pero no solo la mujer es víctima de esta específica forma de violencia, desde hace algunos años se ha destacado por parte de la doctrina, la existencia de otras víctimas colaterales que sufren, junto a la mujer, los daños de esta delincuencia[1]: los hijos menores de edad que conviven con ella son víctimas silenciosas de los estragos que esta modalidad delictiva provoca en sus madres y son también, muchas veces, víctimas directas de la misma. Como han concluido investigaciones en el ámbito de la psicología, la exposición del menor a la violencia que ejerce el maltratador sobre su madre repercute ineludiblemente en su desarrollo psicosocial[2].

1 El maltratador proyecta en los seres queridos de la mujer su violencia, siendo estos muchas veces testigos mudos y vulnerables, situación que se da de manera especial con los más débiles: niños y animales Bernuz Beneitez, M. J.: "El maltrato animal como violencia doméstica y de género. Un análisis sobre las víctimas", *Revista de Victimología*, núm. 2, 2015, pp. 97 y ss. Rosser Limiñana, A.: "Menores expuestos a violencia de género. Cambios legislativos, investigación y buenas prácticas en España", *Papeles del Psicólogo*, núm. 38 (2), 2017, pp. 116-124. Sobre los diferentes efectos a corto y largo plazo de la exposición de los menores a esta violencia, Caravaca Llamas, C. D. "Las otras víctimas: consecuencias y reconocimiento legal de los menores de edad víctimas de la violencia de género ejercida en el hogar", *Boletín Criminológico. Instituto andaluz universitario de Criminología*, núm. 191, 2020, pp. 1-21.

2 Rosser Limiñana, A.: "Menores expuestos a violencia de género. Cambios legislativos, investigación y buenas prácticas en España", cit., p. 117. Sobre el perfil y los efectos del maltrato en el menor vid. Casals Fernández, Á.: "La tutela penal de los menores como víctimas y testigos de la violencia familiar en España", *Revista electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad,* Especial, núm. 5, 2019, pp. 7 y ss. Observatorio estatal de violencia sobre la mujer: *Informe del grupo de trabajo de investigación sobre la infancia víctima de la violencia de género.* Centro de publicaciones. Ministerio de sanidad, servicios sociales e igualdad, Madrid, 2011, p. 617. Como se señala en las conclusiones del informe, los menores expuestos a la violencia de género "pueden sufrir graves perjuicios en su desarrollo físico, psicológico y emocional". Marín de Espinosa Ceballos, E.

• Mª. Asunción Colás Turégano
Profesora Titular de Derecho Penal. Codirectora del Master Oficial en Criminología y Seguridad de la Universitat de València. Ha participado en diferentes proyectos de investigación y tiene monografías y artículos científicos en materias como protección penal del medio ambiente, delincuencia juvenil, diversidad cultural y derecho penal, violencia contra la mujer, delitos contra la intimidad y la propia imagen. Correo electrónico: asuncion.colas@uv.es.

La particularidad de las víctimas de la violencia de género se encuentra en esa especial relación que las une con el agresor lo que hace doblemente aflictiva su situación, dando lugar a una doble victimación, del delito y de sus propios miedos, encerradas en una prisión emocional que les impide percibir con claridad el alcance de la agresión de la que son objeto[3]. No cabe olvidar que la violencia de género es una violencia estructural construida a lo largo de la historia y fuertemente enraizada. Precisamente, una de las vías de su perpetuación es la imitación. Por ello es tan importante abordar y tratar a los menores testigos, con el fin de romper la cadena de transmisión intergeneracional[4].

Pervive en el imaginario colectivo la muerte de Ruth y José, los niños de Córdoba asesinados por su padre, José Bretón[5], como especial forma de venganza hacia la madre cuando esta decide poner fin a la convivencia[6]. Especialmente significativo, por la trascendencia jurídica del caso fue el de Ángela González Parreño, madre de una niña de 8 años, asesinada por su exmarido y padre de la menor. El recurso de esta mujer contra el Estado Español por la falta de tutela hacia su hija llegó hasta el Comité de las Naciones Unidas para la eliminación de la discriminación contra la mujer. El dictamen[7] de este organismo, emitido en 2014, ha sido determinante en las modificaciones que, ante este problema, se han realizado en la legislación española[8].

Nuestro ordenamiento ha ido avanzando en la tutela jurídica de las mujeres y de sus hijos, quizá uno de los hitos más destacados en este recorrido fue la aprobación en el año 2003 de la orden de protección, verdadero estatuto jurídico de la mujer maltratada, también de sus hijos. La misma permite al juez de instrucción la adopción de medidas cautelares penales y civiles.

B.: "Menores y violencia de género. Análisis de la reforma de 2015 a la Ley integral contra la violencia de género", *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 2, 2018, pp 3-4.

3 Sobre la especial relación de la víctima con el victimario en los delitos de género Borges Blázquez, R.: "Obligaciones estatales positivas de prevención y medidas de protección civiles para víctimas de violencia doméstica y de género. Una apuesta a favor de su regulación", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 13, 2020, p. 903.

4 Destaca en los estudios este efecto de perpetuación de los patrones violentos y de sumisión. En las conclusiones del Informe sobre los menores en el entorno de la violencia sobre la mujer se afirma: "En menores que han vivido directamente la violencia de género existe el riesgo de que los niños y niñas repitan patrones de violencia vividos en su familia. Puede suceder que los niños acaben convirtiéndose en maltratadores y en el caso de las niñas, se ha determinado una mayor predisposición a ser víctimas en sus relaciones futuras de pareja". Observatorio estatal de violencia sobre la mujer: *Informe del grupo de trabajo*, cit., p. 618.

5 Un estudio criminológico del caso en Garrido Genovés, V./López lucio, P.: *El secreto de Bretón. El caso que ha conmocionado a España y a la criminología*, Planeta, Barcelona, 2013. También: Marchena Jurado, A.Mª.: "Análisis multidisciplinar de un doble asesinato: el caso 'Bretón'", *Anuario Facultad de Derecho-Universidad de Alcalá,* núm. XI, 2018, pp. 129-153.

6 Sentencia de la AP de Córdoba (Sección 3ª), 1/2013, de 22 de julio de 2013.

7 Dictamen 47/2012, de 16 de julio de 2014.

8 Un análisis del recorrido judicial de la reclamación en Mayordomo Rodrigo, V.: "Aspectos victimológicos y criminológicos de la tutela penal reforzada de las/os menores de edad víctimas de delitos. El superior interés del menor frente al interés del progenitor maltratador", en Pérez Machío, A. I. (dir.): *La integración social del/la menor víctima a partir de la tutela penal reforzada,* Cizur Menor, Aranzadi, 2020, pp. 603 y ss.

Es necesario, asimismo destacar las reformas del sistema de protección jurídica del menor llevadas a cabo en el año 2015. La LO 1/96 de protección jurídica del menor fue modificada mediante dos leyes: ley 26/2015, de 28 de julio y LO 8/2015, de 22 de julio, una reforma amplia del sistema que dedica parte de su atención a la situación de los menores, víctimas de la violencia de género. La nueva redacción de la ley establece en su art. 11.2.i), entre los principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores, la protección contra todo tipo de violencia incluida la violencia de género y la producida en el entorno familiar.

Entre las medidas específicas adoptables en situaciones de desprotección social del menor, el art. 12 en su apartado 3, específicamente dispone que:

> Cuando los menores se encuentren bajo la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento de una víctima de violencia de género o doméstica, las actuaciones de los poderes públicos estarán encaminadas a garantizar el apoyo necesario para procurar la permanencia de los menores, con independencia de su edad, con aquélla, así como su protección, atención especializada y recuperación.

Por otro lado, la disposición final 3.1 de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio modifica el art. 1.2 de la LO 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género (en adelante LIVG) que incorpora, como novedad fundamental, la consideración a los menores como victimas directas de la violencia de género ejercida sobre su madre[9]. Si bien, la LIVG ya había incorporado, desde su aprobación en 2004, medidas específicas de protección para los menores[10], la reforma del 2015 profundiza en los mecanismos de tutela como tendremos ocasión de analizar.

Como claramente explicita la exposición de motivos de la ley de reforma, la exposición continuada de un menor a un clima de violencia de género puede contribuir a perpetuar el ciclo de la violencia, urge por ello implementar mecanismos para dotar a dichos menores de factores de protección que contribuyan a mitigar dicha situación de riesgo, de lo contrario, como han apuntado los expertos, la exposición continuada de un menor a dicha violencia puede provocar que en

9 Dispone el precepto tras la reforma: art.1.2 "Por esta ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a las mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, víctimas de esta violencia". Además de dicha consideración, tiene singular relevancia y será abordado en el trabajo la reforma de los arts. 61, 65 y 66 en los que se recoge la obligación de los jueces de pronunciarse -no de imponer- sobre las medidas cautelares y de aseguramiento…medidas civiles que afectan a los menores a cargo de la mujer víctima de la violencia de género

10 . Entre las medidas de tutela específica de los menores, víctimas de la violencia de género, encontramos el derecho a la escolarización inmediata de los menores afectados por un cambio de residencia derivado de actos de violencia de género (art. 5); a la asistencia social integral "con el fin de prevenir y evitar de forma eficaz las situaciones que puedan comportar daños psíquicos y físicos a los menores que viven en entornos familiares donde existe violencia de género." (art. 19.5)

un futuro, dicho menor desarrolle más conductas agresivas y antisociales, puede tener también repercusiones en su desarrollo psicosocial, puede en definitiva convertirse en un mecanismo de aprendizaje de conductas violentas[11].

Asimismo, cabe tener en cuenta también la regulación contenida en el Estatuto jurídico de la víctima del delito, L 4/2015 (en adelante EVD) que contempla previsiones específicas de tutela de la víctimas, especialmente de las más vulnerables en la idea de prevenir[12] situaciones de victimización secundaria.

Otra situación que se produce con cierta frecuencia, es la de las menores víctimas directas de la violencia de género que ejerce sobre ellas, normalmente otro menor. Dicha circunstancia, el que víctima y victimario sean menores de edad merece un análisis específico pues, en este caso, hay que atenerse a la aplicación de la LO Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (en adelante LORRPM) en la exigencia de responsabilidad al menor victimario pero también en cuanto a la tutela procesal de la menor víctima y cabrá examinar hasta qué punto la legislación de menores se ha desarrollado para dar una protección completa a dicha menor, guardando el difícil equilibro entre dos interés, ambos superiores, el del menor infractor y el de la menor víctima.

Finalmente, es de destacar la especial sensibilidad del Código Penal (en adelante CP) respecto a los colectivos vulnerables, recogiendo supuestos de especial agravación cuando se ven afectados menores. Lo encontramos en los denominados delitos de género en los que se contempla un supuesto cualificado cuando el hecho se "perpetra en presencia de menores". En el ámbito de las consecuencias, el CP establece la posibilidad de imponer bien como pena principal, bien como accesoria la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, así como la privación de la patria potestad.

En definitiva, resulta de gran interés analizar los mecanismos penales y procesales previstos para la tutela de estas víctimas especialmente vulnerables, su efectividad y las posibilidades de mejora de los mismos. Es el propósito del presente trabajo, la aproximación a aquellas normas penales y procesales que

11 Observatorio estatal de violencia sobre la mujer: *Informe del grupo de trabajo,* cit., pp. 561-562. Besteiro de la Fuente, Y.: *Informe del grupo de trabajo de investigación sobre la infancia víctima de la violencia de género,* Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Centro de Publicaciones, Madrid, 2011. Menores sujetos, en muchas ocasiones, a entornos conflictivos. Ruiz Ruiz, M. R.: "Comentarios, al alcance en la defensa de las víctimas menores de edad por violencia de género, del anteproyecto de ley de protección a la infancia", *Revista de Derecho UNED,* núm.15, 2014, pp. 521 a 543.
Los niños testigos de la violencia presentan más conductas agresivas y antisociales, siendo la violencia de género un modelo de aprendizaje de conductas violentas. Rosser Limiñana, A.: "Menores expuestos a violencia de género. Cambios legislativos, investigación y buenas prácticas en España", cit., *passsim*

12 Entre otras la apelación a la figura del Defensor Judicial del menor, sobre la misma vid.: Serrano Gil, A.: "El defensor judicial", en Pous de la Flor, M. P. (coord.): *Protección jurídica del menor,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 213-227.

tiene como objetivo prioritario el amparo de los menores, "las otras víctimas" de esta modalidad de violencia.

II. LA TUTELA DEL MENOR, VÍCTIMA DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO, EN EL PROCESO PENAL.

1. LO 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género.

En el año 2003 se modifica la Lecrim para introducir la orden de protección en su art. 544 ter, un verdadero estatuto jurídico con diversas medidas dirigidas a tutelar a la víctima de la violencia de género. De esta forma, pretende este recurso procesal aunar en un solo instrumento los mecanismos de tutela, incorporando medidas cautelares civiles, administrativas y penales con la finalidad de coordinar los distintas instancias y de facilitar a la mujer el acceso a los recursos para su protección. Encontrando, desde su introducción, referencias explicitas a las medidas enfocadas a la tutela de los menores integrantes de la familia en la que se ha dado el episodio de violencia de género.

Un año más tarde, la LIVG crea los juzgados de violencia sobre la mujer a los que atribuye competencias no solo para la adopción de medidas cautelares penales durante la tramitación del proceso, sino también de las medidas civiles pertinentes, entre las que encontramos expresamente referenciadas, las dirigidas a la tutela del menor, como el pronunciamiento sobre el ejercicio de la patria potestad.

Así pues, la LIVG desde su primera redacción recoge referencias explícitas a los menores que conviven en un entorno de violencia doméstica. Ya en su Exposición de Motivos se reconoce que los menores que conviven con la mujer se ven afectados por las situaciones de violencia padecidas por esta, considerándolos víctimas directas o indirectas de la situación. Contempla la ley de forma expresa su protección, no solo para tutelar sus derechos, sino también, para garantizar de manera más efectiva las medidas de protección a la mujer. En el texto articulado, el art. 61 fijaba la obligación del juez de pronunciarse sobre la adopción de medidas cautelares.

La novedad que ha incorporado la reforma de la LO 8/2015 consiste en considerar al menor que convive con la mujer víctima de la violencia de género, que él mismo sea considerado, asimismo, victima directa de este tipo de violencia. La nueva redacción dada al ap. 2 art. 1 de la LO 1/2004 así lo dispone:

> Por esta ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a las

> mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, víctimas de esta violencia.

Los menores pasan a ser considerados víctimas directas de esta violencia, sin embargo, como se ha encargado de destacar la doctrina, estamos ante un mero cambio nominal en lo que a su consideración como víctimas se refiere. Cambio nominal que, sin embargo, acusa un trasfondo conservador en la concepción que el legislador español tiene de la violencia de género, pues con este giro la ley viene a transformarse "en una especie de Ley contra la violencia doméstica"[13]. frente a las posiciones más avanzadas que visibilizan la violencia de género fuera del entorno familiar para contemplar todas las situaciones en las que se utiliza la misma para perpetuar la discriminación de la mujer dentro, pero también fuera del ámbito doméstico[14].

No obstante, la reforma del sistema de protección de la infancia y adolescencia del 2015 es bienvenida, pues incide en la necesidad de que el juez haya de pronunciarse específicamente sobre la procedencia de las medidas cautelares de naturaleza civil dirigidas a la tutela de los menores convivientes. Efectivamente, el reformado art. 61 dispone en su ap. 2:

> En todos los procedimientos relacionados con la violencia de género, el Juez competente deberá pronunciarse en todo caso, de oficio o a instancia de las víctimas, de los hijos, de las personas que convivan con ellas o se hallen sujetas a su guarda o custodia, del Ministerio Fiscal o de la Administración de la que dependan los servicios de atención a las víctimas o su acogida, sobre la pertinencia de la adopción de las medidas cautelares y de aseguramiento contempladas en este capítulo, especialmente sobre las recogidas en los artículos 64, 65 y 66, determinando su plazo y su régimen de cumplimiento y, si procediera, las medidas complementarias a ellas que fueran precisas.

Si bien la obligación de resolver de forma expresa sobre las medidas cautelares y de aseguramiento ya era recogida por la ley, la reforma incide en la precisión de pronunciarse especialmente por las medidas más directamente enfocadas a la tutela de los menores, concretamente en los arts. 65 y 66.

13 Marín de Espinosa Ceballos, E. B.: "Menores y violencia de género. Análisis de la reforma de 2015 a la Ley integral contra la violencia de género", cit., p. 10.

14 En esta dirección, la definición que se da en el Convenio del Consejo de Europa contra la violencia contra las mujeres (Convenio de Estambul, 2011) que define esta violencia en su art. 3. A, afirmándose que se entiende "por 'violencia contra las mujeres' se deberá entender una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y designará todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada".

De esta forma, el art. 65 establece la posibilidad de suspender al inculpado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad y otras funciones tuitivas, y en el art. 66 se recoge la posible suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación con los menores. La reforma de 2015 ha incorporado la obligación de pronunciarse, caso de no acordar la suspensión, sobre cómo se ejercerá la patria potestad y el régimen de estancia de los menores. Finalmente, se establece que el juez obligatoriamente "adoptará" las "medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución".

Se persigue, de esta forma, intensificar la protección de las mujeres, pero especialmente de los menores, mediante la obligación de pronunciarse, y además con la necesidad de adoptar las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de las víctimas así como con la nueva obligación de seguimiento[15]. Son medidas que asimismo se recogen en el art. 544 quinquies de la Lecrim y que se pueden adoptar durante la tramitación de la causa penal en el marco de la orden de protección regulada en el art. 544 ter de la Lecrim.

2. Procedimiento de especial protección para menores y discapacitados en el Estatuto de la Víctima del Delito.

La aprobación del Estatuto de la víctima del delito, Ley 4/2015 de 27 de abril en cumplimiento de la Directiva 2012/29/UE, ha supuesto un avance notable en la tutela de los derechos procesales de las víctimas. Más allá de críticas puntuales, por el excesivo papel otorgado a estas en fase de ejecución de la pena[16], lo cierto es que era necesaria una regulación integral tendente a neutralizar los daños que el proceso provoca a las víctimas. En el estatuto se regulan los derechos de estas durante el proceso y se hace especial hincapié en la minimización de los daños que este les puede ocasionar desarrollando su estatuto jurídico sobre la base de los cinco principios sobre los que internacionalmente se ha fijado su defensa: información, asistencia, participación, protección y reparación[17].

15 Pese a la previsión expresa de adoptar dichas medidas cautelares, los estudios sobre su aplicación práctica desvelan que las mismas se han aplicado en escasas ocasiones: Marín de Espinosa Ceballos, E. B.: "Menores y violencia de género. Análisis de la reforma de 2015 a la Ley integral contra la violencia de género", cit., p. 11. Ruiz Ruiz, M. R.: "Comentarios, al alcance en la defensa de las víctimas menores de edad por violencia de género, del anteproyecto de ley de protección a la infancia", cit., p. 530. En estudios recientes se pone de manifiesto que, a pesar de las reformas de 2015, el porcentaje de medidas de naturaleza civil para la protección del menor durante la instrucción del procedimiento, sigue siendo muy bajo, Odriozola Gurrutxaga, M.: "La protección de las hijas y los hijos menores de las mujeres víctimas de violencia de género. Especial consideración de la privación e inhabilitación de la patria potestad en el proceso penal", en Pérez Machío, A. I. (dir.): *La integración social del/la menor víctima a partir de la tutela penal reforzada*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 660-661.

16 Renart García, F.: "Del olvido a la sacralización. La intervención de la víctima en la fase de ejecución de la pena", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 17-14, 2015, pp. 1-68.

17 Ya en la *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y el abuso de poder* (1985) en el VII congreso para la prevención del delito y el tratamiento del delincuente (1985) Más recientemente así se recoge en la Directiva 2012/29/UE.

Los menores son objeto específico de tutela, puesto que ya en el art. 1, al establecer el ámbito de aplicación de la ley, se especifica que sus disposiciones serán aplicables a las víctimas de delitos cometidos en España…con independencia…de si son mayores o menores de edad.

Por otro lado, el Estatuto contempla de manera expresa la situación de los hijos de las mujeres víctimas de la violencia de género tanto en el Preámbulo, en cuyo ap. V expresamente, se afirma:

> Igualmente se busca visibilizar como víctimas a los menores que se encuentran en un entorno de violencia de género o violencia doméstica, para garantizarles el acceso a los servicios de asistencia y apoyo, así como la adopción de medidas de protección, con el objetivo de facilitar su recuperación integral.

Como en el texto articulado, al disponerse en el art. 10, ap. 3

> Los hijos menores y los menores sujetos a tutela, guarda y custodia de las mujeres víctimas de violencia de género o de personas víctimas de violencia doméstica tendrán derecho a las medidas de asistencia y protección previstas en los Títulos I y III de esta Ley.

De esta forma, el EVD pretende encarar la doble fragilidad de los menores en esta situación, en primer lugar, debe dárseles un trato especial por ser víctimas de la violencia de género y por ello se les debe facilitar información sobre la causa penal, sin necesidad de que expresamente lo tengan que solicitar, al informárseles de oficio, salvo que expresamente manifiesten lo contrario (Art. 7.3 EVD). Asimismo, van a tener derecho al resto de medidas de asistencia y protección previstas.

Por otro lado, en su condición de víctima especialmente vulnerable por su menor edad, el Estatuto, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 24 de la Directiva 2012/29/UE, dedica a dicha condición una regulación específica en su art. 26 intensificando la tutela, centrada en dos previsiones concretas.

En primer lugar, destaca por su importancia la previsión de que la declaración prestada por el menor en la fase de investigación sea grabada por medios audiovisuales, pudiendo ser reproducida, posteriormente, en la fase de juicio oral en el caso y con las condiciones fijadas en la Lecrim, con el fin de minimizar el impacto que las formalidades procesales puedan tener en el menor. También se prevé que el menor pueda prestar la declaración mediante expertos con formación especializada en el trato con menores.

En segundo lugar, sobresale por su novedad en el ámbito del proceso penal la posibilidad de nombrar un defensor judicial al menor (art. 26.2 EVD). La figura tiene un carácter tuitivo y protector, dirigida a los supuestos en los que los intereses del menor y los de sus representantes legales están enfrentados. Tiene igualmente, como notas características, su carácter ocasional y su compatibilidad con el resto de mecanismos tutelares e incluso con la patria potestad[18].

La figura del defensor judicial era conocida en el ámbito civil[19] pues el Código civil (en adelante CC) la regula en los arts. 163 y 299 a 303, sin embargo, hasta el año 2015, no había ninguna referencia a la figura en el ámbito de la jurisdicción penal. Únicamente, la LORRPM 5/2000 al regular en su art. 17 la declaración del menor detenido ante la policía, indica que este estará acompañado además de por un letrado y por sus representantes legales, salvo, con relación a estos últimos, que las circunstancias aconsejen lo contrario[20]. En este caso, que podría estar relacionado con un posible conflicto de intereses del menor con sus progenitores, la LORRPM especifica que aquel estará representado por un fiscal distinto del instructor del expediente.

La reforma de la LOPJM mediante la la LO 8/2015 refuerza la regulación de la figura en el ámbito de la protección de menores. En la exposición de motivos de la ley de reforma, se indica que la finalidad de la figura estriba en reforzar la tutela judicial efectiva de los menores. El reformado art. 2, dedicado a la concreción del principio del superior interés del menor, incluye en su ap. 5 la posibilidad de nombrar un defensor judicial si hubiera conflicto o discrepancia con los progenitores, tutores o representantes legales. Asimismo. el art. 10.2 e) recoge el derecho del menor a la asistencia legal y al nombramiento de un defensor judicial…para la protección y defensa de sus derechos e intereses.

Es, sin embargo, como hemos adelantado, el nuevo EVD el que contempla la regulación específica de la figura en el ámbito penal con algunas particularidades procesales que conviene tener en cuenta. En concreto el art. 26.2 del EVD dispone que:

18 Serrano Gil, A.: "El defensor judicial", cit., p. 214.

19 Boado Olabarrieta, M: "El defensor judicial en el proceso penal. Reflexiones sobre el artículo 26.2 del Estatuto de la víctima del delito. La defensa de los menores víctimas del delito. Especial consideración a los supuestos de violencia de género y doméstica", *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 49, septiembre de 2019, p. 43.

20 Apunta Boado Olabarrieta que, en la práctica, la apelación a las circunstancias que pueden aconsejar que el menor no esté representado por sus progenitores está relacionado con la existencia de algún conflicto de intereses con los titulares de la patria potestad. Boado Olabarrieta, M: "El defensor judicial en el proceso penal. Reflexiones sobre el artículo 26.2 del Estatuto de la víctima del delito. La defensa de los menores víctimas del delito. Especial consideración a los supuestos de violencia de género y doméstica", cit., p. 52.

el Fiscal recabará del Juez o Tribunal la designación de un defensor judicial de la víctima, para que la represente en la investigación y en el proceso penal, en los siguientes casos:

a) Cuando valore que los representantes legales de la víctima menor de edad o con capacidad judicialmente modificada tienen con ella un conflicto de intereses, derivado o no del hecho investigado, que no permite confiar en una gestión adecuada de sus intereses en la investigación o en el proceso penal.

b) Cuando el conflicto de intereses a que se refiere la letra a) de este apartado exista con uno de los progenitores y el otro no se encuentre en condiciones de ejercer adecuadamente sus funciones de representación y asistencia de la víctima menor o con capacidad judicialmente modificada.

c) Cuando la víctima menor de edad o con capacidad judicialmente modificada no esté acompañada o se encuentre separada de quienes ejerzan la patria potestad o cargos tutelares.

En el supuesto concreto del menor, víctima de la violencia de género ejercida sobre la madre, puede generarse un conflicto de intereses con ambos progenitores[21] que aconseje el nombramiento de un defensor. El conflicto puede darse con el padre que utilice al menor como instrumento para ejercer violencia vicaria sobre la mujer, pero también con la madre que puede encontrase incapacitada de reaccionar frente al agresor por su dependencia emocional, económica o, simplemente, por miedo. En estos casos, lo más adecuado y conveniente para el interés del menor, será nombrar un defensor judicial que vele por sus intereses en el proceso.

En la jurisdicción civil el conflicto con los progenitores, considerado como algo excepcional[22] suele estar relacionado con discrepancias económicas, si bien tras la reforma del CC de 1981, también es admisible el nombramiento en casos de conflicto de carácter personal[23]. No obstante, en la práctica de los tribunales en la mayoría de los casos el nombramiento va dirigido a proteger el patrimonio e intereses económicos del menor.

21 Así lo expone Boado Olabarrieta, M: "El defensor judicial en el proceso penal. Reflexiones sobre el artículo 26.2 del Estatuto de la víctima del delito. La defensa de los menores víctimas del delito. Especial consideración a los supuestos de violencia de género y doméstica", cit., p. 48.

22 Boado Olabarrieta, M: "El defensor judicial en el proceso penal. Reflexiones sobre el artículo 26.2 del Estatuto de la víctima del delito. La defensa de los menores víctimas del delito. Especial consideración a los supuestos de violencia de género y doméstica", cit., p. 63

23 Boado Olabarrieta, M: "El defensor judicial en el proceso penal. Reflexiones sobre el artículo 26.2 del Estatuto de la víctima del delito. La defensa de los menores víctimas del delito. Especial consideración a los supuestos de violencia de género y doméstica", cit., p. 62. Serrano Gil, A.: "El defensor judicial", cit., p. 217

Por el contrario, en los procesos penales en los que el menor es víctima del delito cometido por sus progenitor o progenitores, serán otros los intereses en juego, de manera principal, el interés del menor a la investigación y persecución penal del hecho.

Sin embargo, cabe tener en cuenta que este nombramiento ha de ser concebido como algo excepcional ante situaciones de conflicto graves e irresolubles sin ayuda externa. Así se ha considerado en el ámbito civil, señalando la doctrina civilista los siguientes requisitos para apreciar la situación de conflicto: este ha de ser real, actual, grave, judicial o extrajudicial, siendo los intereses de ambas partes incompatibles[24].

En cuanto a la regulación concreta, el art. 26 parte de la vigencia de la representación del menor, los progenitores ejercen la patria potestad, la figura del defensor judicial coexiste con la patria potestad. De verse privados los progenitores de esta, no estaríamos ante el nombramiento de un defensor judicial[25]

Frente a la regulación civil, en la que el conflicto ha de darse con ambos progenitores para nombrar defensor judicial, de darse con uno solo, será el otro el que represente al menor (art. 163 CC). Contrariamente, ello no es preciso en el ámbito penal. Puede que el conflicto se dé solo con un progenitor, pero si se estima que el otro no se encuentra en condiciones para ejercer adecuadamente sus funciones de representación, podría el juez penal nombrar defensor al menor, con la clara finalidad de agilizar la defensa de los intereses del menor víctima en el proceso penal[26].

La mayor dificultad interpretativa estriba en decidir, cuándo el otro progenitor/a con el que no hay conflicto de intereses "no se encuentra en condiciones de ejercerla". Es cierto que no tenemos todavía suficiente casuística jurisprudencial que ayude a su determinación, sin embargo, la doctrina apunta que una de las probables situaciones serán los casos de violencia de género. Pensemos en la mujer, víctima de la violencia de género, que no se encuentre en condiciones de representar adecuadamente los intereses de sus hijos menores ante el impacto emocional que provoca en el ella el proceso. Sin perjuicio que pueda ejercer muy adecuadamente los otros aspectos de la patria potestad[27].

24 Serrano Gil, A.: "El defensor judicial", cit., p. 218.

25 Boado Olabarrieta, M: "El defensor judicial en el proceso penal. Reflexiones sobre el artículo 26.2 del Estatuto de la víctima del delito. La defensa de los menores víctimas del delito. Especial consideración a los supuestos de violencia de género y doméstica", cit., p. 64

26 Boado Olabarrieta, M: "El defensor judicial en el proceso penal. Reflexiones sobre el artículo 26.2 del Estatuto de la víctima del delito. La defensa de los menores víctimas del delito. Especial consideración a los supuestos de violencia de género y doméstica", cit., p. 67

27 Boado Olabarrieta, M: "El defensor judicial en el proceso penal. Reflexiones sobre el artículo 26.2 del Estatuto de la víctima del delito. La defensa de los menores víctimas del delito. Especial consideración a los supuestos de violencia de género y doméstica", cit., p. 48

Si nos centramos en cuestiones procesales, en el ámbito de la jurisdicción civil la competencia para designarlo corresponde al Letrado de la Administración de Justicia correspondiente al Juzgado de 1ª instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del menor o, en su caso, a aquel que esté conociendo el asunto por el que sea necesario nombrar al menor defensor judicial. El procedimiento para su nombramiento está regulado en los arts. 27 a 32 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria.

Por el contrario, en el proceso penal, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 26.2 del EVD será competente para su designación el juez o tribunal. Así, frente a las primeras versiones del texto que solo aludían a la figura del Juez de Instrucción, en la versión definitiva se amplía la competencia a cualquier Juez o Tribunal puesto que, como acertadamente se detalla en el Informe del CGPJ al anteproyecto de EVD, el conflicto con los progenitores puede darse en cualquier fase del proceso, por ello puede ser competente para nombrarlo el juez de instrucción, el juez o tribunal sentenciador o incluso el órgano judicial competente en la fase de ejecución si la discrepancia surge en otras fases del proceso; también en el proceso penal de menores con relación al menor víctima[28]. Esta regulación es positiva, en tanto no se exige acudir a la jurisdicción civil para el nombramiento, lo que va a redundar en una mayor celeridad y una mejor atención a las necesidades e intereses del menor[29].

Finalmente, con relación a quienes ostentan la legitimación activa para solicitar el nombramiento, el art. 26.2 del EVD apunta que estará legitimado el Ministerio Fiscal, con base en su competencia para la defensa de los menores y las víctimas, lo que contrasta con la más amplia legitimación activa atribuida en el proceso civil de jurisdicción voluntaria, ámbito en el que se establece que puede instar el nombramiento no solo el Ministerio Fiscal sino también el menor, cualquier otra persona que actúe en interés de este, incluso de oficio.

Tal contradicción tiene difícil explicación, lo que ha llevado a la doctrina a explorar mecanismos para ampliar la legitimación activa en el ámbito del proceso penal. Así las cosas, se ha considerado, con apoyo en lo dispuesto en el art. 9 de la LOPJM que regula el derecho del menor a ser escuchado, que también el menor

28 Tal conclusión se alcanza a la vista de la actual redacción del precepto que alude, en su redacción literal, al Juez o Tribunal, en tanto en el anteproyecto que fue informado por el CGPJ, el artículo hacía referencia exclusivamente al Juez de Instrucción, ello mereció la crítica del informe en el que se afirma expresamente: "Al mencionarse solo al Juez de Instrucción parece que se está pensando únicamente en la fase de instrucción en un procedimiento penal de adultos. Por lo que deberían hacerse los ajustes pertinentes para el caso de que la necesidad de defensor judicial de la víctima menor o discapacitada surja en la fase de enjuiciamiento o de ejecución o en un procedimiento penal de menores"

29 Boado Olabarrieta, M: "El defensor judicial en el proceso penal. Reflexiones sobre el artículo 26.2 del Estatuto de la víctima del delito. La defensa de los menores víctimas del delito. Especial consideración a los supuestos de violencia de género y doméstica", cit., p. 72. Valora positivamente la regulación al evitar la suspensión del proceso penal y la fuga al proceso civil.

con suficiente madurez puede comunicar el conflicto de intereses al Juzgado o Tribunal a efectos de la designación. Como por otra parte expresamente dispone el art. 10.2 LOPJM previsión aplicable en todas las situaciones en las que el conflicto con los representantes exija el nombramiento. Más complejo que el nombramiento sea de oficio por la imparcialidad que debe guardar el órgano judicial en el procedimiento penal[30].

Por último, hubiera sido conveniente alguna referencia u orientación respecto a quién puede ostentar tal cargo, el art. 26 del EVD no dice nada al respecto frente al más explicito art. 30.2 de la LJV que parcamente establece que el Letrado de la Administración de Justicia nombrará a quien considere más idóneo para el cargo. Por analogía, el órgano judicial deberá decidir, teniendo en cuenta el superior interés del menor, a la persona más capacitada para el cargo. En el ámbito de los conflictos surgidos en el marco de la violencia de género, por la posible involucración de otros familiares en el conflicto no será recurso sencillo acudir a la familia extensa, pudiendo plantearse, para garantizar la imparcialidad, el acudir a personal especializado de los servicios públicos de protección de la infancia.

3. Tutela procesal de la menor, víctima de la violencia de género ejercida por otro menor.

Aunque pudiera pensarse que la aprobación en el año 2004 de la Ley integral vendría a neutralizar el problema de la violencia de género, especialmente entre los más jóvenes, lo cierto es que los datos muestran que el problema no ha parado de crecer entre los adolescentes[31]. Es un fenómeno con unas características muy específicas ligadas a la inmadurez de los protagonistas que les lleva a no calibrar el alcance y trascendencia de su conducta. A ello se añade en los últimos tiempos, la utilización de las TICS como instrumento de control frente a la pareja. El legislador penal reaccionó mediante la introducción de nuevas figuras delictivas para aquellas conductas que se valen de las nuevas tecnologías, así, los supuestos de difusión no consentida de imágenes íntimas tomadas de manera voluntaria (art. 197.7 CP), conducta muy extendida entre la adolescencia y que tenía difícil acomodo en el CP antes de su introducción, o los supuestos de acoso reiterado que se incluyen como modalidad de conducta en el delito de coacciones (art. 172.3 CP). Es una pequeña muestra de conductas que suele llevar a cabo el adolescente para mantener el control sobre la menor.

30 Boado Olabarrieta, M: "El defensor judicial en el proceso penal. Reflexiones sobre el artículo 26.2 del Estatuto de la víctima del delito. La defensa de los menores víctimas del delito. Especial consideración a los supuestos de violencia de género y doméstica", cit., pp. 72-73

31 La FGE alerta en su Memoria de 2020 que: "se viene detectando un alarmante incremento de las ideas sexistas y de la violencia entre los menores y adolescentes en el entorno familiar, pero también y especialmente en el ámbito sexual, conductas realizadas en grupo y a menudo grabadas y difundidas a terceros, práctica que según los expertos está anudada al uso de la pornografía a través de las redes desde tempranas edades, donde se representa a la mujer cosificada, escenario que hay que abordar principalmente desde el ámbito educacional".

La particularidad de la violencia de género a estas tempranas edades no la encontramos solo en las modalidades delictivas, que suelen dar lugar a conductas de control, más que a otros tipos de violencias más propias de la edad adulta, sino también en el marco legal aplicable.

Si el hecho es cometido por un menor de dieciocho años, su estatuto penal y procesal está contemplado en la LO 5/2000, LORRPM. Ello supone que el menor va a poder ser responsable de los mismos delitos que el adulto, pero la consecuencia va a estar menos fundamentada en el hecho cometido, al valorarse especialmente para su selección, la edad del menor, sus circunstancias personales, familiares, sociales y sobresaliendo, entre todos los criterios, el superior interés del menor.

La particularidad de este supuesto es que la víctima también va a ser normalmente menor, pero, en tanto la LO 5/2000 sí regula de manera muy detallada cómo actuar y cómo atender las necesidades del interés del menor infractor, no encontramos una atención similar respecto de la menor, víctima de la violencia de genero cometida por otro adolescente. A la menor sí se le pueden aplicar las normas generales previstas en la LIVG y las previsiones generales tanto de la LOPJM como del EVD que le afectan en tanto víctima de la violencia de género, menor y vulnerable.

Sin embargo, la LORRPM que fue pionera en el reconocimiento de los derechos de las víctimas de los delitos cometidos por menores, no recogía en su redacción original ninguna previsión específica para las víctimas de la violencia de género, vulnerables y menores en la mayoría de las ocasiones. La única excepción en este desierto regulativo la encontramos en la reforma de la ley del año 2006 por LO 8/2006 de 4 de diciembre, que incorpora la medida de prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima.

Una novedad claramente insuficiente si la comparamos con el generoso estatuto jurídico que, tanto la LIVG como la Lecrim dispensa a las víctimas adultas de la violencia de género. Al menor expedientado por la comisión de este tipo de conductas solo se le van a poder aplicar las medidas cautelares previstas en la LORRPM, respecto al estatuto de la menor víctima, no cabe dictar para su tutela una orden de protección y tampoco es posible acudir a la Lecrim para adoptar medidas de naturaleza civil para la tutela de los menores hijos, a su vez, de esta menor. La vía que se ha apuntado por la doctrina para superar tales carencias normativas es la cláusula general de protección del art. 158 del CC que habilita a cualquier juez para la adopción de medidas de protección a menores[32].

32 Molina Caballero, M. J.: "Algunas fronteras de la Ley integral contra la violencia de género: Jurisdicción de menores y mediación", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* núm.17-24, 2015, pp. 9-11.

La actualmente en tramitación, LO de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia, en su disposición final novena, modifica la LO 5/2000 en este punto, y recoge expresamente en su art. 4, referido a los derecho de las víctimas de los delitos cometidos por menores de edad, nuevos derechos de las víctimas de delitos de violencia de género cuando el autor de los hechos sea un menor de edad, adoptando las previsiones del art. 7.3 del EVD, relativo al derecho de información sobre la causa penal.

Entre las novedades más significativas, la expresa referencia al derecho de toda víctima a ser derivadas a las oficinas de asistencia a las víctimas.

En cuanto a las víctimas de la violencia de género se establece su derecho a ser notificadas por escrito, mediante testimonio íntegro, de las medidas cautelares de protección adoptadas. Asimismo, tales medidas cautelares serán comunicadas a las Administraciones Públicas competentes para la adopción de medidas de protección, sean éstas de seguridad o de asistencia social, jurídica, sanitaria, psicológica o de cualquier otra índole.

III. LA TUTELA DEL MENOR VÍCTIMA DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO DESDE EL DERECHO PENAL.

Analizadas algunas de las particularidades procesales dirigidas a proteger al menor de la violencia de género, vamos ahora a ocuparnos de examinar los mecanismos de tutela penal para el menor en dicha situación.

Como se ha señalado, el CP es especialmente receptivo con los colectivos vulnerables. En el ámbito específico de la violencia doméstica y de género, la ley penal recoge supuestos de agravación si el delito se ha cometido en presencia de menores. También, en el ámbito de las consecuencias se prevé, de forma expresa, las penas de privación e inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, si bien como posibilidad potestativa para el juzgador, ello, como veremos, provoca en la práctica jurisprudencial una muy escasa aplicación de tales consecuencias punitivas. Resultando de especial interés el estudio de la evolución legislativa, así como la aplicación en la práctica jurisprudencial de tales penas.

Pues bien, con el objetivo de completar el estudio del marco jurídico de protección al menor víctima de la violencia de género, procede que examinemos dichos mecanismos recogidos en el CP.

1. Agravante específica de cometer el hecho en presencia de menores.

La agravante especifica de cometer el hecho en presencia de menores está prevista en los delitos de maltrato ocasional (art. 153.3), amenazas (art. 171.5),

coacciones (172.2) y maltrato habitual (art. 173.2); fue incorporada por la reforma del CP recogida en la Ley Orgánica 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género[33].

Encuentra su fundamento en el art. 39 de la CE dedicado a la protección de la familia y, de manera especial, a los niños a los que se reconoce la protección prevista en *los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.* De esta forma, entronca con lo dispuesto en la Convención de los Derechos del Niño, cuyo art. 19 dispone la obligación de los Estados, de adoptar entre otras, las medidas legislativas necesarias para la protección de los menores "(…) contra toda clase de perjuicio o abuso, físico o mental (…)".

Por su parte el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, firmado el 11 de mayo de 2011 en Estambul, dispone su art. 46 que:

> "Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que las circunstancias que se expresan a continuación, siempre que no sean de por sí elementos constitutivos del delito, de conformidad con las disposiciones aplicables de su derecho interno, puedan ser tomadas en consideración como circunstancias agravantes en el momento de la determinación de las penas correspondientes a los delitos previstos en el presente Convenio: d) Que el delito se haya cometido contra o en presencia de un menor".

Nos encontramos, pues, ante una circunstancia de cualificación que persigue la tutela del menor, la preservación de su interés superior frente a la violencia, incluso frente a la afectación que podría darse en su desarrollo por la realización en su presencia de actos de violencia doméstica o de género. Se busca prevenir la victimización primaria de los menores expuestos a estas modalidades delictivas[34]. La conducta desarrollada ante el menor ha de tener la entidad suficiente para alterar el normal desarrollo del niño, sometiéndole a una situación de "estrés emocional"[35].

33 Pérez Rivas, N.: "Tipificación penal de los actos de violencia de género y agravantes específicas", en Vázquez-Portomeñe Seijas, F. y Rodríguez Calvo M. S. (coords.): *Estudio empírico sobre la violencia de género. Un análisis médico-legal, jurídico-penal y criminológico de 580 casos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 84-85. El estudio de análisis jurisprudencial llevada a cabo por la autora pone de manifiesto que un 32,35% de los casos en los que el menor presencia la violencia de género es, a su vez, víctima de maltrato, agudizándose el peligro de trasmisión intergeneracional de la violencia.

34 Tamarit Sumalla, J. M.: "Delitos de lesiones", en Quintero Olivares, G. (dir.).: *Comentarios al Código Penal Español.* Tomo I (arts. 1 a 233), Thomson Reuters. Aranzadi, 7ª ed., Cizur Menor, 2016, p. 1060.

35 Pérez Rivas, N: "La exposición de menores a actos de violencia de género como agravante: estudio jurisprudencial", en Ammerman Yebra, J. y García Goldar, M. (coords.): *Propostas de modernizacion do dereito,* Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 2017, p. 73.

Centrándonos en las principales cuestiones interpretativas que se han destacado por doctrina y jurisprudencia, en primer lugar, dado que el texto no distingue, se aplicará siempre que el hecho se cometa ante menores de 18 años, no fijándose límite mínimo de edad para su apreciación, si bien se ha venido destacando, la necesidad de que el menor tenga capacidad suficiente[36] para comprender la conducta que se está realizando en su presencia, exigencia lógica al descansar el fundamento de la circunstancia en el adecuado desarrollo del menor en un entorno libre de violencia.

Al respecto ha subrayado Manjón Cabeza[37] que la decisión sobre dicha cuestión depende del fundamento de la cualificación, de estimarse que la misma se encuentra en el riesgo que la conducta pueda suponer para la integridad física del menor, será indiferente la edad que este tenga, sin embargo, si, como mantiene la autora, la razón de ser radica en el daño moral que se puede ocasionar al menor que presencia tales conductas, será necesario, que el menor tenga una mínima capacidad de comprensión de la violencia de que ha sido testigo. Capacidad que tendrá que ser acreditada con los oportunos informes periciales. Como argumenta la autora, no todos los delitos en los que es de aplicación el tipo cualificado, comportan la utilización de violencia física y por ende riesgo para la integridad física del menor, si bien, sí pueden provocar de ser realizados en presencia del menor, un importante daño moral.

Asimismo, para la aplicación de la agravante, dado que debe concurrir dolo, el autor al llevar a cabo la conducta ha de ser consciente de que el menor es testigo de la misma y mantener la voluntad de realizarla, pese a ello[38].

Por otro lado, también se ha cuestionado, con base en la redacción literal de la agravante, si resulta preciso para la aplicación de la misma que el hecho se cometa en presencia de más de un menor, por la utilización del plural en la redacción. Al respecto, hay unanimidad doctrinal y jurisprudencial en considerar que es indiferente para la aplicación del tipo cualificado que el hecho tenga lugar en

36 Pérez Rivas, N: "La exposición de menores a actos de violencia de género como agravante: estudio jurisprudencial", cit., p.71 la autora refiere la sentencia de la Audiencia Provincial de la Rioja 101/2013, de 14 de octubre: que considera aplicable la agravación en el caso de un menor de 7 meses. Anarte Borrallo, E.: "Delitos de Lesiones", en Boix Reig, J.: *Derecho Penal Parte Especial* (Vol. I), Iustel, 2ª ed., Madrid, 2016, p.169. Refiere la SAP de Madrid 582/2015 de 6 de octubre que admite la aplicación de la agravante en un hecho cometido ante un menor de cuatro meses.

37 Manjón-Cabeza Olmedo, A. en Álvarez García, J. (dir.): *Derecho Penal Español. Parte Especial,* Tirant lo Blanch, 2ª ed., Valencia, 2011, p. 512. Así también Vizueta Fernández, J.: "Delitos de lesiones", en Romeo Casabona, C. (coord.): *Derecho Penal Parte Especial*, Comares, Granada, 2016, p. 93, quien afirma que el menor ha de tener una mínima capacidad para entender la carga de violencia de los actos presenciados. Asimismo, Blanco Cordero, I.: "Análisis de los tipos agravados por razón de la menor edad en el Código penal", en Pérez Machío, A. I.: *La integración social del/la menor víctima a partir de la tutela penal reforzada,* Aranzadi, Cizur Menor, 2020, p. 528.

38 Pérez Rivas, N: "La exposición de menores a actos de violencia de género como agravante: estudio jurisprudencial", cit., p. 73. Muñoz Conde, F.: *Derecho Penal Parte Especial,* Tirant lo Blanch, 21ª ed., Valencia, 2017, p. 184.

presencia de un solo menor, cumpliéndose las exigencias típicas con su presencia, comprensión y afectación por el episodio de violencia vivido. Contrariamente, la realización del hecho ante una pluralidad de menores no va a comportar una mayor agravación de la pena, si bien podrá ser valorado por el órgano judicial en la individualización de la pena[39]. Se acoge de esta manera el criterio fijado por la FGE en su Circular 4/2005.

También se ha planteado la duda relativa a si es necesario que el menor esté integrado o no en el núcleo de convivencia en el que surge la violencia. Es evidente que la interpretación literal del precepto no lo exige. Sin embargo, jurisprudencia y doctrina mayoritariamente consideran que la agravación solo es aplicable cuando el menor pertenece al mismo núcleo de convivencia que víctima y victimario, no siéndolo en los casos en los que el menor testigo es ajeno a los protagonistas[40]. La razón de ser de esta limitación es clara, por la mayor afectación del menor que ve la materialización de la violencia sobre su madre, hay una mayor compromiso y afectación de este menor frente al menor *extraneus*, al que lógicamente el episodio del que puede ser testigo, también le afectará, si bien con distinto grado e intensidad. El peligro de perpetuación del comportamiento violento o de la victimación se va a dar de manera especial en el caso de menores integrantes de la unidad familiar. De esta manera se afirma por el TS en su sentencia de 18 de abril de 2018, rec. nº 1448/2017 que la razón de ser de la agravación estriba en la "vulneración de derechos de los menores que presencian agresiones entre personas de su entorno familiar y educativo"[41].

Por último, en la más reciente jurisprudencia se viene admitiendo la aplicación del subtipo agravado no solo en los casos en los que el menor está físicamente presente contemplando la agresión, compartiendo ubicación física, sino también cuando la percibe desde distinta estancia; puede no ser testigo visual, pero sí auditivo, escuchando la agresión y la reacción de la víctima. En definitiva, cabe tanto la presencia física como la sensorial para la aplicación del subtipo cualificado. Así lo ha considerado la jurisprudencia en la STS (Sala 2ª) de 18 de abril de 2018, rec. nº 1448/2017 en la que se afirma: "no puede pues restringirse a las percepciones visuales directas, sino que ha de extenderse a las percepciones sensoriales de otra índole que posibiliten tener conciencia de que se está ejecutando una conducta agresiva de hecho o de palabra propia de una escena de violencia".

39 Pérez Rivas, N: "La exposición de menores a actos de violencia de género como agravante: estudio jurisprudencial", cit., p.71

40 Pérez Rivas, N: "La exposición de menores a actos de violencia de género como agravante: estudio jurisprudencial", cit., p.72. Blanco Cordero, I.: "Análisis de los tipos agravados por razón de la menor edad en el Código penal", cit., p. 528. Por el contrario, Muñoz Conde, F.: *Derecho Penal Parte Especial*, cit., p. 184, no considera necesario para la aplicación de la agravación que el menor sea pariente o conviviente.

41 Así también en la doctrina, Pérez Rivas, N: "La exposición de menores a actos de violencia de género como agravante: estudio jurisprudencial", cit., p.73

No será de aplicación el tipo cualificado si el propio menor es la víctima directa de la violencia, tal conclusión deriva de la diferente forma en que el código contempla las agravantes basadas en la mayor vulnerabilidad del menor por su minoría de edad frente a esta, cuya la razón de ser radica en mantener al menor alejado de la contemplación de hechos violentos en su entorno más íntimo que puedan afectar, de manera grave, a su adecuado desarrollo[42].

Finalmente, con relación a los efectos penológicos, el tipo cualificado recoge junto al supuesto cuyo estudio nos ocupa, otros como la utilización de armas, que los hechos tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o que se hayan realizado quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza. Dado que nos encontramos ante un tipo mixto alternativo, para la aplicación de la pena en su mitad superior basta con la concurrencia de una de ellas. De concurrir más de una, encontramos distintas posturas en función de las circunstancias del caso concreto. Así la segunda agravante puede ser utilizada para decidir el marco penal concreto[43]. No obstante, la casuística es muy variada, por la configuración de alguna de las modalidades pudiera que nos encontráramos ante diferentes delitos, como el allanamiento de morada (cuando el hecho se comete en el domicilio de la víctima que no consiente la presencia del agresor en su morada) o el quebrantamiento de condena. En estos casos la jurisprudencia ha admitido, de concurrir varias circunstancias, valorar una para la aplicación del tipo cualificado, en concurso medial con el delito de quebrantamiento u allanamiento. De este modo, la STS (2ª) 613/2009 de 2 de junio RJ 2009\1382, se juzga un supuesto en el que una de las dos circunstancias fue el quebrantamiento por lo que se optó por la vía del concurso de delitos al considerar la concurrencia del delito tipificado en el art. 468.2 CP. En los casos de concurrencia de circunstancias y de infracciones de género, v. gr., maltrato habitual con amenazas, coacciones o maltrato ocasional, una de las circunstancias se utilizará para agravar el delito de maltrato habitual pudiendo las restantes agravar las otras infracciones en las que haya concurrido. Así en la SSTS (2ª) 580/2006, de 23 de mayo; 92/2009 de 29 de enero, y Circular FGE 4/2003[44].

42 Corcoy Vidasolo, M.: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 222. Manjón-Cabeza Olmedo, A.: *Derecho Penal Español*, cit., p. 512. Manzanares Samaniego, J. L.: *Comentarios al Código Penal tras la LO 1/2015 de 30 de marzo y 2/2015 de 30 de marzo,* Wolters Kluwer, Madrid, 2016, p. 618. Tamarit Sumalla, J. M.: "Delitos de lesiones", cit., p. 1060.

43 Manjón-Cabeza Olmedo, A.: *Derecho Penal Español*, cit., p. 511.

44 Así se expone en Martín-Caro Sánchez, J. A.: *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia* (dir. por J. Sánchez Melgar), Editorial Jurídica Sepín, Madrid, 4ª ed., 2016, pp. 1100-1101, Pérez Rivas, N.: "Tipificación penal de los actos de violencia de género y agravantes específicas", cit., p. 82. Pérez Rivas, N: "La exposición de menores a actos de violencia de género como agravante: estudio jurisprudencial", cit., p.74.

2 Las penas de privación de la patria potestad y de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda y acogimiento.

La normativa internacional dirigida a la erradicación de la violencia de género y al tratamiento de las víctimas del delito, presta una atención especial a los menores que han sido testigo de la violencia que se ejerce contra sus madres[45]. En dicho contexto, se hace especial hincapié en la posibilidad de limitar y/o privar al progenitor responsable de dicha violencia, de los derechos tuitivos y de relación con el menor.

Como reflejo de dicha normativa, el ordenamiento jurídico español recoge la posibilidad de limitar los mentados derechos parentales en distintos ámbitos. En primer lugar, el CC regula dicha posibilidad en su art. 170[46], el mismo dispone que el padre o la madre pueden ser privados total o parcialmente de la patria potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, recogiéndose asimismo la posibilidad de que la privación derive de una sentencia dictada en el orden jurisdiccional penal[47].

Por otro lado, durante la tramitación del proceso penal, la Lecrim dispone la posibilidad de adoptarla como medida cautelar en el marco de la orden de protección de las víctimas de violencia de género, como ya se ha analizado. Así también se contempla expresamente en el art. 65 de la LIVG, enmarcada en el conjunto de medidas que se pueden adoptar durante el proceso, dirigidas a la tutela del menor víctima.

Y finalmente, el CP regula como principal y como accesorias las penas de privación de la patria potestad y de inhabilitación especial para la patria potestad.

---

45 El Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, Convenio de Estambul, reconoce expresamente a los menores testigos, víctimas de la violencia doméstica, disponiendo en su art. 31 de forma expresa que "1. Las Partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para que, en el momento de estipular los derechos de custodia y visita relativos a los hijos, se tengan en cuenta los incidentes de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio. 2. Las Partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para que el ejercicio de ningún derecho de visita o custodia ponga en peligro los derechos y la seguridad de la víctima y de los niños"

46 El art. 170 del C.c. establece que: "El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial. Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación".

47 Ruisánchez Capelastegui, C.: "Privación de la patria potestad y proceso penal. Comentario a la STS, 2ª, 28.4.2006", *InDret Revista para el análisis del Derecho*, núm. 4, 2007, pp. 14 y ss. Antes de que la reforma del CP de 2010 introdujera la posibilidad de aplicar ambas penas como accesorias, la referencia en el art. 170 a la resolución penal dio lugar a cierta controversia sobre la competencia de los juzgados y tribunales penales de aplicar directamente la privación de la patria potestad como medida civil en una sentencia penal. El TS zanjó la controversia mediante el acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo el 26 de mayo de 2000 que se posicionó en contra de que los Tribunales penales pudieran privar de dichas potestades en los supuestos en los que la ley penal no estableciera expresamente dicha posibilidad, razones de legalidad le llevaron a mantener dicha postura ciertamente aflictiva para las víctimas como tendremos ocasión de analizar

El fundamento de tales consecuencias penales no es otro que la tutela del menor frente a un inadecuado ejercicio de la potestad parental. Se pretende neutralizar el peligro que supondría para este la convivencia en un entorno violento, expuesto a un inadecuado ejercicio de la misma que pusiera en peligro su adecuado proceso de socialización. En definitiva, se quiere evitar la exposición del niño a modelos de relaciones basados en la violencia.

Ambas son penas privativas de derechos cuya regulación legal se encuentra contemplada en el art. 46 del CP. En el mismo se describe, en primer lugar, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, guarda y acogimiento que priva al penado de los derechos inherentes a las diferentes potestades. Por su parte, la pena de privación de la patria potestad implica la pérdida de la titularidad de la misma, subsistiendo los derechos de los que sea titular el hijo respecto al penado. Consecuencia que también se dará cuando se aplique la pena de inhabilitación, dado que esta priva de los derechos mas no de las obligaciones. De acuerdo con la regulación civil, el art. 110 del CC establece que "el padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por sus hijos menores y a prestarles alimentos" y el art. 111 referido a los supuestos de exclusión de la patria potestad indica expresamente que "quedarán siempre a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos"[48].

Por disposición expresa del párr. 1 del art. 46 en la determinación del alcance de ambas penas el juez puede decidir adoptarlas respecto a todos o solo respecto algunos de los menores que estén a cargo del penado, lo que dependerá de las circunstancias concretas de cada caso. Asimismo, indicar que los efectos de ambas penas se producen durante el tiempo que dure la condena.

Por otro lado, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 33, la pena de privación para el ejercicio de la patria potestad es siempre pena grave, en tanto la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad es pena grave siempre que su duración sea superior a 5 años y menos grave, de no alcanzar dicha duración.

Se ha planteado también -únicamente con relación a la pena de inhabilitación, puesto que la pena de privación es definitiva- si sería factible, una vez cumplida la condena, recuperar la patria potestad, siempre, por supuesto que el menor no haya alcanzado durante el cumplimiento de la pena la mayoría de edad, caso en que definitivamente se extingue la patria potestad, salvo los supuestos de prorrogación. De acuerdo con lo dispuesto en la regulación civil, tal posibilidad sería factible pues el art. 170 CC en su ap. 2º recoge la posibilidad de rehabilitar

48 Fiscalía General del Estado. Circular 6/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de atención especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer. Madrid, p. 47.

en sus derechos al inicialmente privado del ejercicio de tal potestad. Siempre que haya cesado la causa que motivó la privación. Cabrá examinar de manera individualizada cada supuesto y acudir a la jurisdicción civil planteando la solicitud de rehabilitación. No obstante, ello puede resultar especialmente complejo si la causa que ha motivado la imposición de la pena ha sido la muerte dolosa del otro cónyuge. Pero sí se podría plantear ante delitos de menor gravedad y en atención al proceso de rehabilitación del sujeto.

A) Criterios aplicativos.

Procede que nos centremos en el análisis de los criterios para la imposición de la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, como pena principal en los delitos de violencia de género o de la inhabilitación y la privación de la patria potestad como penas accesorias.

En el ámbito de los denominados delitos de género y de la violencia doméstica se prevé como pena principal, si bien potestativa, exclusivamente la pena de inhabilitación especial, en los siguientes delitos: en el delito de maltrato ocasional por violencia de género o contra persona vulnerable que conviva con el autor(art. 153.1) malos tratos ocasionales en el ámbito familiar (153.2)), amenazas leves por violencia de género o a persona especialmente vulnerable que conviva con el autor(art. 171.4) amenazas leves en el ámbito familiar (art. 171.5), coacciones leves por violencia de género o sobre persona especialmente vulnerable que conviva con el autor (172.2) y delito de maltrato habitual en el ámbito familiar (art. 173.2).

En todos ellos se establece, como criterio para el juzgador, la necesidad de valorar que la imposición de la pena sea adecuada para el interés del menor, como no podía ser de otra forma, habida cuenta que tanto la LOPJM como la Convención de los Derechos del Niño[49], exigen siempre esa toma de consideración cuando se han de adoptar decisiones que afecten a menores, especialmente en una de tanta trascendencia en las relaciones del menor con el progenitor o progenitora (en supuesto de violencia doméstica). Sin embargo, esta circunstancia no por repetida, es menos importante. En este sentido el TS ha venido exigiendo la existencia de "elementos que lleven a un convencimiento racional de que respecto de los hijos con los que el delito no guarda relación directa el condenado no está en condiciones de desempeñar correctamente las facultades inherentes a la patria potestad, atendiendo como criterio fundamental el del superior interés del menor.

49 Así se recoge en el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España en diciembre de 1990, directriz que a su vez se recoge en el Art. 2.1 LOPJM "Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir".

En consecuencia, es la protección del bien superior del menor la finalidad que debe prevalecer para determinar la aplicación de esta pena. Por esa razón es necesario exigir una prueba -pericial o de otro tipo- a través de la cual constatar que la privación de la patria potestad va a ser beneficiosa para el menor; en consecuencia, de no existir prueba o de ser ésta demostrativa de que la privación al padre de la patria potestad no va a beneficiar al menor, no puede aplicarse legalmente esta pena" STS de 15 de diciembre de 2010 nº rec. 10315/2010

Finalmente el CP también contempla la posibilidad de imponer como accesorias ambas penas, si bien también con carácter potestativo[50], así se especifica en el art. 55 para los condenados a penas de prisión superior a 10 años y en el 56 para penas de prisión inferiores a 10 años. Estableciéndose en ambos preceptos como criterio para decidir sobre su imposición, la existencia de una relación directa entre el ejercicio de la patria potestad y el delito cometido.

Es preciso pues, verificar la relación directa de los derechos vinculados a la patria potestad con el delito cometido, debiendo el juez determinar dicha vinculación en la sentencia. La relación directa entre el delito cometido y la privación de la titularidad o el ejercicio de la patria potestad, es claro que se da cuando el menor es la víctima directa del delito. En los casos en los que sea víctima indirecta, siendo la madre víctima directa de un delito por violencia de género, así en los supuestos de homicidio a manos del cónyuge será necesario aportar prueba pericial que acredite que el progenitor, con la comisión del delito, evidencia su inadecuación para el ejercicio de los derechos inherentes a la patria potestad.

Frente a lo que ocurre en los supuestos en que la inhabilitación se prevé como pena principal, para su imposición como pena accesoria, no hay una mención expresa al interés del menor. No obstante ello, en la doctrina se ha considerado que también para su imposición como pena accesoria ha de valorarse dicho superior interés. En este sentido, Guinarte Cabada considera que a pesar de la falta de mención expresa, este ha de ser el criterio prevalente también en los arts. 55 y 56, conclusión que se alcanza desde la consideración de la patria potestad como un "derecho social, un derecho-deber o un derecho función"[51]. Lo que lleva al autor a concluir que no hay disparidad de criterios a la hora de adoptar la

50 Guinarte Cabada, G.: "La pena de inhabilitación especial de los derechos de patria potestad, tutela, guarda o curatela", en Faraldo Cabana, P. y Puente alba, I. M. (dirs.): *Las penas privativas de derecho y otras alternativas a la privación de libertad,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 135, cita 232.
El autor se muestra contrario a la interpretación mantenida por algún sector de la doctrina, de considerar de imposición obligatoria ambas penas accesorias. Afirma el autor que el CP de 1995 ha eliminado el automatismo en la imposición de las penas accesorias.

51 Castillo Martínez, C.: *La privación de la patria potestad. Criterios legales, doctrinales y judiciales*, La Ley, Madrid, 2ª ed., 2010, pp. 32-33. Subraya la autora como efecto inmediato de la consideración de que la patria potestad se ha de ejercer en beneficio del menor, su carácter de orden publico sustraída de la posibilidad de pactos privados. Asimismo, Ruisánchez Capelastegui, C.: *La privación de la patria potestad,* Atelier, Barcelona, 2006, pp. 27 y ss.

pena como principal o como accesoria, pues en ambos supuestos cabrá valorar la adecuación de la misma al interés superior del menor[52].

Es la opción más adecuada desde una interpretación sistemática, en tanto la normativa internacional y la LOPJM vienen a establecer que siempre que se haya de adoptar una decisión de afecte a un menor de edad habrá de ponderarse dicho principio[53].

B) Evolución jurisprudencial.

En la aplicación de estas penas, especialmente en los supuestos en los que se contemplan como accesorias se ha producido una serie de paradojas y claras reticencias a su aplicación por parte de los Tribunales penales. Para comprender el proceso hay que tener en cuenta que, hasta el año 2010 no se preveía la posibilidad de imponer como penas accesorias la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad o, en su caso, la privación del derecho a la patria potestad.

Tal regulación daba lugar a una contradicción evidente y poco respetuosa con la necesaria proporcionalidad de la respuesta punitiva ,frente a conductas de violencia de género de la mayor gravedad; así pues, era posible aplicar la pena de inhabilitación para la patria potestad en los delitos leves de violencia de género, pues así estaba previsto desde la reforma del CP de 2004 y, sin embargo, tal posibilidad no estaba contemplada para los supuestos de mayor gravedad, como en los delitos de asesinato, homicidio o lesiones por razones de género.

Además, con relación a los delitos castigados con penas de prisión superiores a diez años, no había posibilidad legal de esquivar tal omisión, puesto que el art. 55 del CP solo preveía, en aquel momento, la aplicación como accesoria de la pena de inhabilitación absoluta que, en su contenido, no incluía la afectación a la patria potestad. Sin embargo, con relación a los castigados con penas de prisión inferior a 10 años, aunque el art. 56 del CP no contemplaba como accesorias ni la inhabilitación ni la privación, sí dejaba abierta una puerta, puesto que el apartado 3 del mismo refería a la posibilidad de imponer una inhabilitación especial "para cualquier otro derecho". Vía por la cual se podía inhabilitar para el ejercicio de los derechos inherentes a la patria potestad.

52 Guinarte Cabada, G.: "La pena de inhabilitación especial de los derechos de patria potestad, tutela, guarda o curatela", cit., p. 138. Souto García, E. M.: "La pena de privación de la patria potestad", en Faraldo Cabana, P. y Puente alba, I. M. (dirs.): *Las penas privativas de derecho y otras alternativas a la privación de libertad,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 173. Postura que también mantiene la FGE en su circular 4/2003.

53 Vid. Cit. 49

A pesar de ello, la posibilidad no era aceptada unánimemente por doctrina y jurisprudencia[54]. Y, aun admitiéndose, llevaba a la contradicción de poder inhabilitar en los delitos de menor entidad, posibilidad que no se daba para los supuestos de mayor gravedad[55], los castigados con pena de prisión superior a diez años.

De esta forma, ante el homicidio o asesinato de la mujer a manos de su cónyuge o pareja, la jurisdicción penal no podía privar o inhabilitar al responsable de tal potestad. Es cierto que la jurisprudencia civil contempla como causa de privación de la patria potestad, la condena por la muerte del otro progenitor[56], pero ello obligaba a las víctimas a tener que incoar un nuevo procedimiento ante la jurisdicción civil, con el consiguiente quebranto económico y moral.

Frente a la postura del TS que en el año 2000 adopta una acuerdo del Pleno no jurisdiccional, vetando la posibilidad de imponer como accesorias tales penas en los supuestos en que las mismas no estuvieran previstas expresamente, con fundamento en el respeto al principio de legalidad penal, en la práctica de algunas Audiencias, sí se encuentran resoluciones privando de la patria potestad al progenitor condenado por la muerte dolosa del cónyuge o pareja[57]. Seguía en este punto la jurisprudencia menor el criterio doctrinal de aplicación directa por la jurisdicción penal de la previsión contenida en el art. 170 del CC, en supuestos de incumplimiento grave de los deberes inherentes a la patria potestad. Así pues, con base en una interpretación flexible del art. 170 del CC aplicaban directamente la pena de inhabilitación, fundamentando su decisión en criterios de economía procesal[58]. No olvidemos que la víctima iba a obtener la misma solución de acudir con la sentencia penal condenatoria a la jurisdicción civil.

En el fondo del debate jurisprudencial en torno a la aplicación o no de tales penas latía, además del poso patriarcal de la institución, el hecho de encontrarnos ante delitos en los que el menor no era la víctima directa. Como explícitamente se afirma en la STS 780/2000 de 11 septiembre. RJ 2000\7932 dichas penas solo debían ser de aplicación en los supuestos expresamente previstos por la ley penal o, de estar previstas como penas accesorias, si el derecho en cuestión guardara

54 Guinarte Cabada, G.: "La pena de inhabilitación especial de los derechos de patria potestad, tutela, guarda o curatela", cit., p.131, cita. 226

55 Ruisánchez Capelastegui, C.: "Privación de la patria potestad y proceso penal. Comentario a la STS, 2ª, 28.4.2006", cit., p.7. La autora considera que tal pena accesoria era de obligatoria aplicación siempre que se constatara la relación directa entre el delito cometido y el ejercicio de la patria potestad. Sin embargo, como expone la autora la jurisprudencia era remisa a dicha aplicación de la pena como accesoria.

56 Castillo Martínez, C.: *La privación de la patria potestad. Criterios legales, doctrinales y judiciales,* cit., pp. 214-216.

57 Guinarte Cabada, G.: "La pena de inhabilitación especial de los derechos de patria potestad, tutela, guarda o curatela", op. i loc cit.

58 Castillo Martínez, C.: *La privación de la patria potestad. Criterios legales, doctrinales y judiciales,* cit., p. 251 Ruisánchez Capelastegui, C.: "Privación de la patria potestad y proceso penal. Comentario a la STS, 2ª, 28.4.2006", cit., p.17.

relación con el delito cometido, lo que, al parecer del Tribunal en la sentencia comentada no concurrían en el supuesto concreto de homicidio de la madre, afirmándose expresamente: "La privación de la patria de potestad sobre su hijo, impuesta a un condenado por un delito de homicidio contra la madre carece por tanto de fundamento legal en el Código Penal". Por contraposición, ante un supuesto en que el sujeto pasivo de los delitos de lesiones y malos tratos reiterados era el propio menor, sí se aplicó como accesoria la pena de privación de la patria potestad, tal como recoge la STS de 20 de diciembre de 1993. RJ 1993/9578.

La postura del TS era pues remitir a la vía civil[59] en los casos de homicidio, asesinato o lesiones sobre la mujer por violencia de género, para que dicha jurisdicción dirimiera sobra la eventual privación de la patria potestad al padre. Así quedó plasmado en el acuerdo del Pleno no jurisdiccional del TS de 26 de mayo del 2000, en el que se señala: "sobre las facultades del juez para imponer la pena de privación de la patria potestad fuera de los casos determinados por la Ley lo estima improcedente y en su consecuencia suprime la pena acordando sin embargo mantener la situación del menor acordada por la institución administrativa y sin perjuicio del ejercicio por el Ministerio Fiscal de las acciones para la defensa y protección del menor". Considera por ende el TS, que la jurisdicción penal no ostenta competencias para privar de dichas potestades, salvo en los supuestos en los que así lo haya previsto expresamente el CP[60].

De manera resumida la postura del Tribunal Supremo, con relación a los menores, víctimas vicarias de la violencia de género, era la siguiente: en tanto la conducta violenta de género no se proyectara sobre los hijos, los delitos a que da lugar no tiene que ver con los derechos y deberes inherentes a la patria potestad. La gravedad del delito cometido por el progenitor ya es contemplada en la pena en su caso impuesta. Por otro lado, para privar de la patria potestad, sería necesario probar que el ejercicio de la misma es perjudicial para el menor, la prueba de dicho perjuicio se debe practicar ante la jurisdicción civil, especializada en materia de derecho de familia.

El TS se acogía, de esta manera, al respeto estricto al principio de legalidad penal para evitar que los tribunales penales encargados de juzgar por los delitos de violencia de género tuvieran que adoptar la decisión sobre la situación civil de dicho menor. Formalmente la respuesta era correcta, sin embargo, planteaba muchos inconvenientes, desde la perspectiva de la justicia material, al agravar la ya penosa situación del menor que se había quedado huérfano o en el mejor de los

59 La postura de la jurisprudencia civil era diáfana en este punto al estimar como causa suficiente para privar de la patria potestad al progenitor condenado por la muerte del otro. Castillo Martínez, C.: *La privación de la patria potestad. Criterios legales, doctrinales y judiciales*, cit., pp. 214-216.

60 Ruisánchez Capelastegui, C.: "Privación de la patria potestad y proceso penal. Comentario a la STS, 2ª, 28.4.2006", cit., pp. 14 y ss.

casos, la situación de la mujer víctima de las agresiones machistas y de sus hijos, a expensas de un nuevo proceso para dirimir sobre la titularidad de dicha potestad.

El debate quedó formalmente superado con la reforma del CP de 2010, desde entonces ambas penas se puede imponer como accesorias, al disponerlo expresamente los arts. 55 y 56 del CP. Sin embargo, aunque la reforma abre la puerta a la aplicación de dichas penas como accesorias, lo cierto es que, al ser una facultad discrecional, en la práctica no siempre se ha aplicado. Como revelan algunos estudios, la imposición de tales penas como accesorias ha sido muy escasa, atribuyéndose en muy reducidas ocasiones la patria potestad en exclusiva a la madre. A pesar de que uno de los criterios que se valora para privar o inhabilitar es la privación de libertad derivada de la comisión de un delito de género, no es práctica común en la jurisprudencia, existiendo numerosas sentencias en las que, a pesar de darse esta circunstancia, se otorga el ejercicio compartido de la patria potestad[61].

Tal vez, la razón de dicha evasiva tiene que ver con los orígenes de la institución de la patria potestad, manifestación de las estructuras patriarcales. Como nos recuerda Reyes Cano[62], hasta 1981 el CC español atribuía la patria potestad al varón de manera principal y, solo, subsidiariamente a la mujer[63]. Fue la reforma del CC de 1981 la que formalmente elimina dicha situación discriminatoria al disponerse a partir de entonces que "los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y la madre". Sin embargo, dicha preferencia patriarcal se sigue manteniendo materialmente[64].

En este sentido son reveladores los argumentos empleados en sentencias relativamente recientes en las que se sigue negando la posibilidad de aplicar esta pena como accesoria. Sirva como buen ejemplo, la STS de 15 de diciembre de 2010, nº de rec. 10315/2010[65], en la que se condena por un delito de homicidio a la pareja, con la que tiene tres hijos. Pese a la fecha de los hechos, momento en que el CP no contemplaba la posibilidad de imponer como accesoria la inhabilitación, los argumento empleados por el juzgador, denegando el recurso, rezuman unas valoraciones claramente discriminatorias, en comparación con las víctimas de otros delitos:

61 Reyes Cano, P.: "La patria potestad a examen ante la violencia de género", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 51, 2017, p. 348.

62 Reyes Cano, P.: "La patria potestad a examen ante la violencia de género", cit., pp. 341 y ss.

63 El art. 154 del CC establecía "El padre, y en su defecto la madre, tiene potestad sobre sus hijos legítimos no emancipados"

64 Reyes Cano, P.: "La patria potestad a examen ante la violencia de género", cit., p. 342.

65 Así también en la STS de 29/11/2004, nº de rec. 215/2004.

> (…) para imponer esta pena, el juez o tribunal deberá analizar su conveniencia atendiendo siempre al interés del menor, según las circunstancias de cada caso, para lo cual es necesario contar con elementos de juicio suficientes que muestren los perjuicios que puede sufrir el menor de no privarse a su progenitor de la patria potestad, sin que a tal fin sea suficiente ni el argumento de la gravedad del delito, por cuanto ello significaría penar doblemente un mismo hecho, (…)ni tampoco atender al daño psíquico, afectivo o moral, etc., que, naturalmente, produce un hecho de esta naturaleza en los hijos menores, pues la privación de la patria potestad al padre no va a paliar o reducir esos daños, sino al contrario, probablemente los acreciente. Para ello será necesario que existan 'elementos que lleven a un convencimiento racional de que respecto de los hijos con los que el delito no guarda relación directa el condenado no está en condiciones de desempeñar correctamente las facultades inherentes a la patria potestad, atendiendo como criterio fundamental el del superior interés del menor'".

Alegar que no se dispone de suficientes elementos de juicio para concluir que pueda ser favorable la privación de la patria potestad respecto a la persona que ha dejado huérfanos a unos niños y, afirmar, que la privación de la patria potestad al progenitor condenado por el homicidio de la madre, no va a paliar o reducir los daños psíquicos causados con el delito, sino que probablemente los acreciente, evidencia lo alejado de algunas resoluciones de la realidad social y también del parecer de los expertos en ciencias del comportamiento respecto a la convivencia con una persona violenta y lo que eso puede suponer para el desarrollo psicosocial de un menor.

Es cierto que legalmente no se podía imponer la pena, pero quizás hubiera sido oportuno reconocer el daño que supone para un menor convivir y depender del autor del homicidio de su madre. Muestra también una clara descoordinación entre las distintas Salas del TS, dado que la sala Civil sí consideraba como causa suficiente para la privación de la patria potestad, la condena por la muerte dolosa del otro progenitor. Como no podía ser de otra manera, desde la perspectiva del mayor beneficio e interés para el menor.

Cabe decir que, a raíz de la reforma del CP de 2010, la postura de la sala 2ª del TS ha ido evolucionando y en la actualidad se admite, de manera generalizada, que causar la muerte del otro progenitor supone razón suficiente para imponer tales penas como accesorias. En este sentido, es ilustrativa la STS de 30 de septiembre de 2015 nº de rec. 10238/2015. En la misma se acepta el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal por la falta de aplicación de la pena de privación de la patria potestad frente a la Sentencia de la AP de Guadalajara que condenó por la comisión

de un delito de homicidio en grado de tentativa al compañero sentimental de la víctima, hecho cometido en presencia de la hija de ambos, de tres años de edad.

En los fundamentos jurídicos de la sentencia se aprecia el cambio de doctrina al afirmar el TS,-frente al parecer de la AP que había considerado que la pena no era de automática imposición y que cabía probar el perjuicio del hecho cometido para la menor, remitiendo dicha prueba a la vía civil-, que la decisión de la Audiencia no admitiendo la imposición de la pena de inhabilitación "no resulta acorde con el derecho ni muy especialmente con la protección que merecen los menores…la presencia de la menor en el ataque a su madre efectuado por su padre, va a tener un prolongado efecto negativo en el desarrollo de la menor de mantener la patria potestad (…). Por lo que se concluye que:

> (…) repugna legal y moralmente, mantener al padre en la titularidad de unas funciones respecto de las que se ha mostrado indigno pues resulta difícil imaginar un más grave incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad que el menor presencie el severo intento del padre de asesinar a su madre.
>
> Hay que recordar que la patria potestad se integra, ex art. 154 Código Civil por una serie de deberes de los padres para sus hijos menores, por lo que se trata de una institución tendente a velar por el interés de las menores que es el fin primordial de la misma, debiéndose acordar tal privación en el propio proceso penal evitando dilaciones que, si siempre son perjudiciales, en casos como el presente pueden ocasionar un daño irreparable en el desarrollo del hijo menor.

En consecuencia, se casa la sentencia y atendiendo el recurso del Ministerio Fiscal se dicta segunda sentencia por la que se impone la pena de privación de la patria potestad.

Se plasma en el recurso del Ministerio Fiscal el criterio manifestado por la FGE en su Circular 6/2011, de 2 de noviembre, "sobre criterios para la unidad de atención especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer", en la que se establece que cabrá considerar la gravedad del hecho y el superior interés del menor a la hora de solicitar la imposición de dichas penas cuando su previsión es facultativa. Afirmándose expresamente que en los supuestos de mayor gravedad en los que un progenitor ha dado muerte al otro, el sentido común conduce a considerar adecuada al interés del menor la imposición de la pena pues con dicha conducta:

> se les ha privado o se les ha podido privar, en el caso de intentos fallidos, de uno de sus progenitores, de su formación, asistencia, cariño y cuidado,

> en definitiva, de uno de los referentes fundamentales para el desarrollo de su personalidad, lo que les producirá, sin duda, enormes perjuicios en todas las esferas.

En la STS de 24 de mayo de 2018 RJ 2018\3015, donde se estima asimismo el recurso del Ministerio Fiscal frente al criterio del Tribunal de instancia de no apreciar la pena de privación de la patria potestad en otro caso de intento de homicidio de la mujer en manos de su pareja de la cual estaba en proceso de separación, frente a la consideración del tribunal de instancia en cuya sentencia se afirma que

> (…) aun cuando fueron considerablemente graves los hechos causados respecto de su madre y en presencia de tal menor, ningún comportamiento delictivo vino a ocasionarse en cuanto a dicha menor o en relación directa con el ejercicio de la patria potestad, que pudieran venir a aconsejar la imposición de tan drástica pena.

El TS considera:

> La gravedad de los hechos ocurridos debe conllevar la estimación del recurso, dado que se produce un serio ataque al principio y a la obligación de los padres por velar por sus hijos y el desarrollo de su personalidad, que en el presente caso debe entenderse afectada, así como su integridad personal psíquica, al ver cómo su propio padre, en un ataque inopinado y brutal, arrastra a su propia madre a la cocina y allí la sujeta por su hombro para darle, nada menos, que hasta ocho puñaladas en las zonas mortales que ya se han descrito anteriormente, lo que supuso para la menor, al igual que para Leocadia , hija de la víctima, una escena que no van a olvidar en su vida (…).

Es importante destacar la especial valoración dada al hecho de haber sido cometido el delito en presencia del menor a efectos de aplicación de la pena accesoria:

> Ello convierte al acto en "antinatura" y con grave perjuicio para la menor que presencia un acto de tamaña crueldad al no respetar, ni tan siquiera, que en el hogar estaban las dos hijas de la víctima, una de ellas la propia hija del agresor, por lo que no puede afirmarse que el hecho agresivo "no tiene relación con la medida civil afectante a la patria potestad", ya que supone una clara desatención del condenado hacia su propia hija y un olvido de los derechos de los menores y la protección que sus progenitores les deben; algo que en este caso ha obviado por completo el condenado

> despreciando los derechos de su propia hija al punto de haber estado cerca de dejarla sin madre, y siendo el autor su propio padre.

Postura que también queda reflejada en la reciente STS de 8 de octubre de 2019, rec. nº 10309/2019, en la que además de corroborar la oportunidad y adecuación de la imposición de la pena de privación de la patria potestad, acoge la evolución legislativa en el reconocimiento de los menores como víctimas también de la violencia de género que se ha ejercido contra su madre en aplicación de la reforma de la LPJM por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, afirmándose en los fundamentos jurídicos de la misma:

> (…) un intento de homicidio perpetrado en presencia de los menores, y, en un contexto como el aquí ocurrido, en el que el agresor había concertado la cita con su ex pareja para estar él con los niños, en lugar de dar cumplimiento al fin con el que habían concertado la cita, toma la decisión premeditada de tomar un cuchillo, entrar de improviso en el vehículo y delante de los hijos asestarle varias puñaladas a la mujer con intención de matarla y delante de ellos. Resulta, pues, incontestable que no puede haber acto más cruel para un niño que el ver cómo su padre intenta matar a su madre y a presencia suya con un absoluto desprecio del padre hacia su propio hijo/a de que éste sufra por ver tal escena imborrable en su memoria, por muchos informes que puedan decir lo contrario, a sabiendas de que va a dejar a su propio hijo/a sin su madre, con el sufrimiento doble que ello lleva consigo. Y decimos doble, porque el hijo/a ha visto morir a su madre, pero ese intento lo es por su propio padre, lo que debe provocar un sufrimiento en este menor de dimensiones incalculables en el plano psicológico y vivencial para el resto de su vida. Y ello, debe llevar consigo una sanción como la de la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, en este caso, o su privación por la vía del art. 55 CP en el caso de que sea éste aplicable.

En esta última sentencia se hace hincapié en el daño que puede reportar al menor ser testigo en el hogar o fuera de él del ataque a la madre., al considerarse que "la exposición de los menores a esta forma de violencia en el hogar, lugar en el que precisamente deberían estar más protegidos, los convierte también en víctimas de la misma". Considerándose asimismo que el mismo daño se ocasiona si el hecho se comete, fuera del hogar en presencia del menor. Al adecuado razonamiento del tribunal, cabría añadir que la imposición de la pena parece también oportuna en los casos en los que el delito se comete fuera de la presencia del menor. Es cierto que en este caso el hecho puede resultar menos traumático, pues el niño no es testigo de la muerte de su madre, sin embargo, va a verse

privado de su compañía, cariño y afecto el resto de la vida, por lo que también en este supuesto se entiende de aplicación accesoria.

Precisamente como última etapa en la evolución legislativa y jurisprudencial de la pena de inhabilitación y privación de la patria potestad, cabe destacar una importante novedad legislativa recogida en la disposición final sexta del Proyecto de LO de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la violencia, cuando se escriben estas líneas, en tramitación, que modifica el art. 140 bis del CP estableciendo como obligatoria la imposición de la pena de privación de la patria potestad en los delitos de homicidio y asesinato en los casos en que el autor y la víctima tuvieran hijos en común, también cuando la víctima fuera hija o hijo del autor, posibilidad únicamente operativa en los casos que el delito no llegue a consumarse pero que abre la puerta a plantear si se podría privar de dicho derecho respecto a los otros hijos del autor.

IV. CONCLUSIONES.

Tras el análisis de diferentes mecanismos jurídicos para mitigar el importante daño de la violencia de género en las víctimas más vulnerables de la misma, los menores, muchas veces instrumentalizados para violentar, doblegar y seguir discriminando a la mujer, podemos concluir con una valoración, en principio, positiva de la evolución del ordenamiento jurídico español en la tutela de las víctimas de la violencia de género.

Así pues, parecen muy pertinentes las últimas reformas de las leyes procesales que establecen la obligación del juez de pronunciarse de manera expresa, sobre las medidas civiles aplicables durante la tramitación del proceso penal y, en caso de no adoptarlas, tomar las medidas oportunas para garantizar el bienestar y seguridad de la mujer y de los menores.

Especialmente significativa la tutela que el EVD dispensa a los menores, víctimas doblemente vulnerables frente a la violencia de género, debido a sus particulares características, por ello pueden resultar muy efectivas la aplicación de las medidas de protección durante el proceso en la exploración del menor y también la posibilidad del nombramiento de un defensor judicial ante posibles discrepancias con los representantes legales. Con relación a esta figura sí sería oportuna una regulación más completa de la misma al modo en que se encuentra contemplada en la ley de jurisdicción voluntaria.

Con respecto a la problemática particular de las menores víctimas de la violencia ejercida por otro menor, sí resulta necesario articular una reforma de la LORRPM a fin de contemplar la problemática particular de ambos menores, víctima y victimario. Especialmente de la primera al no recoger, su específico

estatuto procesal la más completa regulación de la Lecrim aplicable a las víctimas adultas de la violencia de género.

Finalmente, con relación a las medidas estrictamente penales, parece oportuna, a salvo de un análisis más exhaustivo, la proyectada reforma del art. 140 bis del CP estableciendo la obligatoria imposición de la pena de privación de la patria potestad. Como se ha afirmado por la más reciente jurisprudencia, no hay vulneración más grave de los deberes inherentes a la patria potestad que la privación del otro progenitor y, con ello, del afecto y cariño esenciales en el desarrollo psicosocial del menor, que necesariamente se va a ver perturbado por un hecho de tal gravedad.

Así pues, resulta pertinente y adecuado que sea el juzgador penal quien se encargue de aplicar tal consecuencia que, por otro lado, ya venían admitiendo sin discusión los tribunales civiles. Se libra de esta manera al menor de la carga de tener que depender y, tal vez, convivir (en un permiso penitenciario) con el autor del homicidio o asesinato de la madre y del agravio de tener que acudir a un nuevo procedimiento civil para obtener tal resultado.

BIBLIOGRAFÍA

Anarte Borrallo, E.: "Delitos de Lesiones", en Boix Reig, J.: *Derecho Penal Parte Especial* (Vol. I), Iustel, 2ª ed., Madrid, 2016.

Bernuz Beneitez, M. J.: "El maltrato animal como violencia doméstica y de género. Un análisis sobre las víctimas", *Revista de Victimología,* núm. 2, 2015.

Besteiro de la Fuente, Y.: *Informe del grupo de trabajo de investigación sobre la infancia víctima de la violencia de género,* Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Centro de Publicaciones, Madrid, 2011.

Blanco Cordero, I.: "Análisis de los tipos agravados por razón de la menor edad en el Código penal", en Pérez Machío, A. I.: *La integración social del/la menor víctima a partir de la tutela penal reforzada,* Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

Boado Olabarrieta, M: "El defensor judicial en el proceso penal. Reflexiones sobre el artículo 26.2 del Estatuo de la víctima del delito. La defensa de los menores víctimas del delito. Especial consideración a los supuestos de violencia de género y doméstica", *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 49, septiembre de 2019.

Borges Blázquez, R.: "Obligaciones estatales positivas de prevención y medidas de protección civiles para víctimas de violencia doméstica y de género. Una apuesta a favor de su regulación", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 13, 2020.

Caravaca Llamas, C. D. : "Las otras víctimas:consecuencias y reconocimiento legal de los menores de edad víctimas de la violencia de género ejercida en el hogar", *Boletín Criminológico. Instituto andaluz universitario de Criminología*, núm. 191, 2020.

Casado Casado, B.: "Limitación de funciones parentales para la salvaguarda del menor en situaciones de violencia de género", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 28, 2019.

Casals Fernández, Á.: "La tutela penal de los menores como víctimas y testigos de la violencia familiar en España", *Revista electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad,* Especial, núm. 5, 2019.

Castillo Martínez, C.: *La privación de la patria potestad. Criterios legales, doctrinales y judiciales*, La Ley, Madrid, 2ª ed., 2010

Corcoy Vidasolo, M.: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

Cortada Cortijo, N.: "Efectos directos e indirectos de la violencia de género sobre los hijos y las hijas (I). Aspectos civiles de la protección de menores expuestos a violencia de género. La reforma de la LO 1/2004 de protección integral contra la violencia de género", en Romero Burillo, A. M. (coord.): *La protección de la víctima de violencia de género. Un estudio multidisciplinar tras diez años de la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

Fiscalía General del Estado. Circular 6/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de atención especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer. Madrid.

Garrido Genovés, V. y López Lucio, P.: *El secreto de Bretón. El caso que ha conmocionado a España y a la criminología*, Planeta, Barcelona, 2013.

Guinarte Cabada, G.: "La pena de inhabilitación especial de los derechos de patria potestad, tutela, guarda o curatela", en Faraldo Cabana, P. y Puente alba, I. M. (dirs.): *Las penas privativas de derecho y otras alternativas a la privación de libertad,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

Manjón-Cabeza Olmedo, A. en Álvarez García, J. (dir.): *Derecho Penal Español. Parte Especial,* Tirant lo Blanch, 2ª ed., Valencia, 2011.

Manzanares Samaniego, J. L.: *Comentarios al Código Penal tras la LO 1/2015 de 30 de marzo y 2/2015 de 30 de marzo,* Wolters Kluwer, Madrid, 2016.

Marchena Jurado, A. Mª.: "Análisis multidisciplinar de un doble asesinato: el caso 'Bretón'", *Anuario Facultad de Derecho-Universidad de Alcalá,* núm. XI, 2018.

Marín de Espinosa Ceballos, E. B.: "Menores y violencia de género. Análisis de la reforma de 2015 a la Ley integral conta la violencia de género". *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 2, 2018.

Martín-Caro Sánchez, J. A.: *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia,*(Dir. por J. Sánchez Melgar), Editorial Jurídica Sepín, Madrid, 4ª ed., 2016.

Mayordomo Rodrigo, V.: "Aspectos victimológicos y criminológicos de la tutela penal reforzada de las/os menores de edad víctimas de delitos. El superior interés del menor frente al interés del progenitor maltratador", en Pérez Machío, A. I. (dir.): *La integración social del/la menor víctima a partir de la tutela penal reforzada,* Cizur Menor, Aranzadi, 2020.

Molina Caballero, M. J.: "Algunas fronteras de la Ley integral contra la violencia de género: Jurisdicción de menores y mediación", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* núm. 17-24, 2015.

Muñoz Conde, F.: *Derecho Penal Parte Especial,* Tirant lo Blanch, 21ª ed., Valencia, 2017.

Observatorio estatal de violencia sobre la mujer: *Informe del grupo de trabajo de investigación sobre la infancia víctima de la violencia de género.* Centro de publicaciones. Ministerio de Sanidad, servicios sociales e igualdad, Madrid, 2011.

Odriozola Gurrutxaga, M.: "La protección de las hijas y los hijos menores de las mujeres víctimas de violencia de género. Especial consideración de la privación e inhabilitación de la patria potestad en el proceso penal", en Pérez Machío, A. I. (dir.): *La integración social del/la menor víctima a partir de la tutela penal reforzada*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

Pérez Rivas, N:

- "La exposición de menores a actos de violencia de género como agravante: estudio jurisprudencial", en Ammerman Yebra, J. y García Goldar, M. (coords.): *Propostas de modernizacion do dereito,* Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 2017.

- "Tipificación penal de los actos de violencia de género y agravantes específicas", en Vázquez-Portomeñe Seijas, F. y Rodríguez Calvo M. S. (coords.): *Estudio empírico sobre la violencia de género. Un análisis médico-legal, jurídico-penal y criminológico de 580 casos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

Renart García, F.: "Del olvido a la sacralización. La intervención de la víctima en la fase de ejecución de la pena", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 17-14, 2015.

Reyes Cano, P.: "La patria potestad a examen ante la violencia de género", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez,* núm. 51, 2017.

Rivas Vallejo, P. y Martín Alba, S.: "Efectos de la violencia de género sobre niñas y adolescentes", en Cabedo Mallol V. y Ravetllat Ballesté, I. (coords.): *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

Rosser Limiñana, A.: "Menores expuestos a violencia de género. Cambios legislativos, investigación y buenas prácticas en España", *Papeles del Psicólogo,* núm. 38 (2), 2017.

Ruisánchez Capelastegui, C.:

- *La privación de la patria potestad,* Atelier, Barcelona, 2006.

- "Privación de la patria potestad y proceso penal. Comentario a la STS, 2ª, 28.4.2006", *InDret Revista para el análisis del Derecho*, núm.4, 2007.

Ruiz Ruiz, M. R.: "Comentarios, al alcance en la defensa de las víctimas menores de edad por violencia de género, del anteproyecto de ley de protección a la infancia", *Revista de Derecho, UNED,* núm.15, 2014.

Serrano Gil, A.: "El defensor judicial", en Pous de la Flor, M. P. (coord.): *Protección jurídica del menor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

Souto García, E. M.: "La pena de privación de la patria potestad", en Faraldo Cabana, P. y Puente alba, I. M. (dirs.): *Las penas privativas de derecho y otras alternativas a la privación de libertad,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

Tamarit Sumalla, J. M.: "Delitos de lesiones", en Quintero Olivares, G. (dir.).: *Comentarios al Código Penal Español.* Tomo I (arts. 1 a 233), Thomson Reuters. Aranzadi, 7ª ed., Cizur Menor, 2016.

Toldrà Roca, D.: "Efectos directos e indirectos sobre los hijos e hijas (II). La protección de menores: encrucijada judicial", en Romero Burillo, A. M. (coord.): *La protección de la víctima de violencia de género. Un estudio multidisciplinar tras diez años de la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

Vizueta Fernández, J.: "Delitos de lesiones", en Romeo Casabona, C. (coord.): *Derecho Penal Parte Especial*, Comares, Granada, 2016.

EL LABERINTO DE LA SUCESIÓN DE ESTADOS RESPECTO DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS*

THE LABYRINTH OF STATE SUCCESSION IN RESPECT OF INTERNATIONAL TREATIES ON HUMAN RIGHTS

Rev. Boliv. de Derecho Nº 32, julio 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 690-731

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de I+D+i DER2017-85443P (MINECO/AEI/FEDER, UE). Orcid Id: https://orcid.org/0000-0002-4046-6337. Todas las páginas web de referencia han sido consultadas por última vez el 8 de marzo de 2021.

Valentín BOU FRANCH

ARTÍCULO RECIBIDO: 16 de febrero de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 30 de abril de 2021

RESUMEN: Este artículo analiza los efectos de la sucesión de Estados en materia de tratados internacionales de derechos humanos. Se trata de una cuestión no codificada por la Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de tratados. Hay que tener en cuenta que los tratados de derechos humanos han sido adoptados por organizaciones internacionales, que han desarrollado su propia práctica tanto para la sucesión de Estados como miembros de una organización internacional, como para la sucesión de Estados como Partes Contratantes de los tratados que las Naciones Unidas, el Consejo de Europa o la Unión Europea han adoptado en materia de derechos humanos.

PALABRAS CLAVE: Sucesión de Estados; tratados internacionales; tratados de derechos humanos.

ABSTRACT: *This Article analyses the effects of succession of States in respect of international treaties on human rights. This is a matter not codified by the Vienna Convention on Succession of States in respect of Treaties. We have to bear in mind that human rights treaties have been adopted by international organisations, which have developed their own practice both for the succession of States as States Members of an international organisation and for the succession of States as Contracting Parties to treaties that the United Nations, the Council of Europe or the European Union have adopted in the field of human rights.*

KEY WORDS: *Succession of States; international treaties; treaties on human rights.*

SUMARIO.- I. OBSERVACIONES PRELIMINARES. II. LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE LA SUCESIÓN DE ESTADOS EN MATERIA DE TRATADOS. 1. Ámbito de aplicación. 2. Reducción de su ámbito de aplicación. 3. Ampliación de su ámbito de aplicación. III. PRÁCTICA DE LA SUCESIÓN DE ESTADOS CON RESPECTO A LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS. 1. Pertenencia a la Organización de las Naciones Unidas y sucesión de Estados. A) Pertenencia a la Organización de las Naciones Unidas. B) Sucesión de Estados en la Organización de las Naciones Unidas. 2. La sucesión de Estados y los tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas. IV. PRÁCTICA DE LA SUCESIÓN DE ESTADOS CON RESPECTO A LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS CELEBRADOS POR EL CONSEJO DE EUROPA. 1. Pertenencia al Consejo de Europa y sucesión de Estados. A) Pertenencia al Consejo de Europa. B) Sucesión de Estados en el Consejo de Europa. 2. La sucesión de Estados y los tratados de derechos humanos del Consejo de Europa. A) La disolución de la antigua República de Checoslovaquia. B) La separación de Montenegro de la antigua República Federal de Yugoslavia (Serbia y Montenegro). V. LA SUCESIÓN DE ESTADOS Y LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA. 1. Normas pertinentes de la Unión Europea distintas de las relativas a la adhesión. 2. Normas relativas a la adquisición y pérdida de la condición de Miembro de la Unión Europea. 3. Otros casos de sucesión de Estados y pertenencia a la Unión Europea. VI. CONSIDERACIONES FINALES

I. OBSERVACIONES PRELIMINARES.

La sucesión de Estados en materia de tratados es una cuestión que se codificó hace más de cuarenta años, bajo los auspicios de las Naciones Unidas, sobre la base de proyectos previos elaborados por la Comisión de Derecho Internacional (CDI). Sin embargo, la Convención de Viena de 1978 sobre la sucesión de Estados en materia de tratados[1] sólo ha sido aceptada por un número bastante reducido de Estados.

A pesar de su limitado ámbito de aplicación en la práctica, debemos reconocer que algunas disposiciones de esta Convención también gozan de un estatus consuetudinario y, por tanto, tienen un ámbito de aplicación universal. Además, el hecho de que los tratados de derechos humanos se hayan adoptado en el marco de diferentes organizaciones internacionales también es un dato

1 Véase: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/word_files/english/conventions/3_2_1978.doc.

• Valentín Bou Franch
Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, así como Catedrático Jean Monnet en la Universidad de Valencia (España). Autor de múltiples publicaciones e investigador principal en un número importante de Proyectos I+D+i de la Unión Europea, del Gobierno español y de la Generalidad Valenciana. Sus principales líneas de investigación abarcan: el régimen jurídico de la Antártida y del Océano Austral, Derecho Internacional del Mar, Derecho Internacional del Medio Ambiente, Procedimientos de solución de las controversias internacionales, Protección internacional del patrimonio cultural, Derecho de la Unión Europea, Derecho Internacional Penal y Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Correo electrónico: Bouv@uv.es.

relevante. Los tratados constitutivos de las organizaciones internacionales tienen diferentes normas relativas a la pertenencia e incluso a la sucesión de los Estados miembros, y esas normas pueden limitar o condicionar la participación de los Estados en los tratados adoptados en el marco de dichas organizaciones. Por último, también es importante destacar que algunas disposiciones de los tratados relativas a los derechos humanos también han adquirido la condición de normas consuetudinarias internacionales, o incluso de normas imperativas del Derecho Internacional general (normas de *ius cogens*), por lo que mantienen su carácter jurídicamente vinculante para todos los Estados, con plena independencia de las reglas establecidas por la Convención de Viena de 1978 sobre la sucesión de Estados en materia de tratados.

II. LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE LA SUCESIÓN DE ESTADOS EN MATERIA DE TRATADOS.

1. Ámbito de aplicación.

Como ya se ha dicho, la Convención de Viena de 1978 sobre la sucesión de Estados en materia de tratados sólo ha sido aceptada por un número reducido de Estados. Esta Convención sólo cuenta con 23 Partes Contratantes[2] y, de hecho, sus disposiciones sólo se han aplicado a las disoluciones de la antigua República de Yugoslavia y la antigua República de Checoslovaquia. Como se indica en la Colección de Tratados de las Naciones Unidas, Bosnia y Herzegovina se convirtió en Parte Contratante de esta Convención por sucesión el 22 de julio de 1993, Croacia el 22 de octubre de 1992, Montenegro el 23 de octubre de 2006, Macedonia del Norte el 7 de octubre de 1996, Serbia el 12 de marzo de 2001 y Eslovenia el 6 de julio de 1992[3]. En el caso de Checoslovaquia, por un lado, Eslovaquia se convirtió en Parte Contratante de esta Convención por sucesión el 24 de abril de 1995. En esa fecha, Eslovaquia declaró que:

"La República Eslovaca declara, en virtud de los párrafos 2 y 3 del artículo 7 de [dicha] Convención, que aplicará las disposiciones de la Convención con respecto a su propia sucesión ocurrida antes de la entrada en vigor de la Convención en relación con cualquier Estado signatario (párrafo 3), Estado contratante o Estado Parte (párrafos 2 y 3) que haga una declaración aceptando la declaración del Estado sucesor".

2 Bosnia y Herzegovina, Brasil, Chipre, Croacia, Dominica, Ecuador, Egipto, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Etiopía, Irak, Liberia, Marruecos, Montenegro, Macedonia del Norte, República Checa, República de Moldavia, San Vicente y las Granadinas, Serbia, Seychelles, Túnez y Ucrania.

3 Véase: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-2&chapter=23&clang=_en#EndDec.

Por otra parte, la República Checa se convirtió en Estado Parte de esta Convención por sucesión el 26 de julio de 1999, haciendo una declaración similar y aceptando la declaración hecha por la República Eslovaca[4].

La Convención contempla cuatro casos distintos a los que aplica diferentes regulaciones: a) la sucesión respecto de una parte del territorio de un Estado que pasa a formar parte del territorio de otro Estado (art. 15); b) los Estados de reciente independencia (arts. 16-30); c) la unión de Estados (arts. 31-33); y d) la separación de una parte o partes del territorio de un Estado, continúe o no existiendo el Estado predecesor (arts. 34-38). En el caso de los Estados de reciente independencia (mediante el ejercicio del derecho de autodeterminación por parte de los pueblos coloniales o asimilados), se aplica el principio de *tabula rasa* (o principio de borrón y cuenta nueva), según el cual el Estado sucesor no está necesariamente obligado por los tratados celebrados por el Estado predecesor, salvo los relativos a las fronteras. En los demás casos, el criterio general es favorecer la continuidad de los tratados, a través de una regulación diferenciada para los diversos casos[5].

2. Reducción de su ámbito de aplicación.

En los cuatro casos enunciados anteriormente, hay dos excepciones importantes que merecen ser comentadas. En primer lugar, la Convención de Viena de 1978 no se aplica a los tratados constitutivos de organizaciones internacionales. Las normas relativas a la adquisición de la condición de miembro y cualquier otra norma pertinente de la organización se consideran *lex specialis* [art. 4(a)]. Como ha señalado la CDI:

"Las organizaciones internacionales revisten diversas formas y difieren considerablemente en cuanto a la manera de regular la adquisición de la calidad de miembro. En muchas organizaciones, la adquisición de la calidad de miembro, cuando no se trate de miembros originarios, está sujeta a un proceso formal de admisión. Cuando ocurre así, la práctica parece haber establecido actualmente el principio de que un nuevo Estado no tiene derecho automáticamente a convertirse en parte en el tratado constitutivo y en miembro de la organización como Estado sucesor por el simple hecho de que en la fecha de la sucesión el

4 "De conformidad con el artículo 7, párrafos 2 y 3, de la Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, adoptada en Viena el 23 de agosto de 1978, la República Checa declara que aplicará las disposiciones de la Convención respecto de su propia sucesión de Estados ocurrida antes de la entrada en vigor de la Convención en relación con cualquier otro Estado contratante o Estado Parte en la Convención que acepte la declaración. La República Checa declara simultáneamente su aceptación a la declaración efectuada por la República Eslovaca en el momento de su ratificación de la Convención, de conformidad con los apartados 2 y 3 del artículo 7".

5 Juste Ruiz, J.; Castillo Daudí, M.; Bou Franch, V.: *Lecciones de Derecho Internacional Público*. 3ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 174.

tratado fuera aplicable a su territorio y éste se encontrara dentro del ámbito de la organización"[6].

La práctica que excluye la sucesión es más clara en los casos en que la pertenencia a la organización depende de un proceso formal de admisión. Es decir, en la adhesión a este tipo de organizaciones, el nuevo Estado no puede limitarse a notificar su sucesión al depositario mediante una notificación realizada, por ejemplo, de conformidad con el artículo 21 de la Convención de Viena de 1978. Debe proceder por la vía prescrita para la adhesión al tratado constitutivo, es decir, el depósito de un instrumento de aceptación.

La segunda excepción afecta a los tratados adoptados en el seno de una organización internacional. Es importante destacar que éste es el caso de casi todos los tratados de derechos humanos. En estos casos, la Convención de Viena de 1978 se aplica a "todo tratado adoptado en el seno de una organización internacional, sin perjuicio de las reglas pertinentes de la organización" [art. 4(b)]. Como explicó la CDI:

"En lo que respecta a los tratados adoptados en el ámbito de una organización internacional, una vez más la calidad de miembro de la organización puede ser un factor que se deba tener en cuenta con respecto a la participación de un nuevo Estado en esos tratados. Esto es necesariamente así cuando la participación en el tratado está indisolublemente ligada a la calidad de miembro de la organización. En otros casos, cuando no existe ninguna verdadera incompatibilidad con el objeto y el fin del tratado, la admisión en calidad de miembro puede ser una condición previa para notificar la sucesión en tratados multilaterales adoptados en el ámbito de una organización, pero el requisito de admisión no excluye la posibilidad de que un nuevo Estado llegue a ser parte por «sucesión» y no por «adhesión» (…)

En cuanto a los tratados «adoptados en el ámbito de una organización internacional», es evidente que existe la posibilidad de que las organizaciones instituyan sus propias normas para regular las cuestiones de sucesión (...), la Comisión considera que es necesaria una reserva general en favor de las normas pertinentes de las organizaciones que abarque esas prácticas respecto de los tratados adoptados en el ámbito de una organización internacional"[7].

La Convención de Viena de 1978 tiene una segunda disposición que también limita su ámbito de aplicación y que es relevante a efectos de este capítulo.

6 CDI, Proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados con comentarios, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1974, vol. II, primera parte, p. 178, disponible en: https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_1974_v2_p1.pdf.

7 Ibíd., pp. 179-180.

"Artículo 6. Casos de sucesión de Estados comprendidos en la presente Convención. La presente Convención se aplicará únicamente a los efectos de una sucesión de Estados que se produzca de conformidad con el Derecho Internacional y, en particular, con los principios de Derecho Internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas".

La CDI consideró que "era correcto, en principio, restringir la aplicación de los presentes artículos a las situaciones que se producen de conformidad con el Derecho Internacional"[8]. Esta disposición puede ser muy pertinente en algunos casos extraordinarios. Por ejemplo, en el caso de la sucesión de Estados mediante la separación de partes de un Estado, el art. 34.1(a) establece que:

"Cuando una parte o partes del territorio de un Estado se separen para formar uno o varios Estados, continúe o no existiendo el Estado predecesor: a) Todo tratado que estuviera en vigor en la fecha de la sucesión de Estados respecto de la totalidad del territorio del Estado predecesor continuará en vigor respecto de cada Estado sucesor así formado".

En virtud del art. 6, esta disposición no se aplicará cuando la separación de partes de un Estado no se produzca "de conformidad con el Derecho Internacional y, en particular, con los principios de Derecho Internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas".

Debemos recordar que la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de la ONU, de 26 de octubre de 1978, titulada "Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas" consagró el principio del respeto de "la integridad territorial o la unidad política de los Estados soberanos e independientes". Esta Resolución también declaró que "la integridad territorial y la independencia política del Estado son inviolables"[9]. Si se produce una segregación de parte del territorio de un Estado infringiendo la Constitución y las leyes nacionales, o sin el consentimiento del Estado soberano, es un caso que quedará fuera del ámbito de aplicación de la Convención de Viena de 1978. Se trata de una situación diferente que no está contemplada en dicha Convención. Es lo que López Martín y Perea Unceta denominan "secesión" por oposición a "sucesión" de Estados[10]. Armas Pfirter y González Napolitano, consideran que: "la secesión se definirá como la separación de una parte del territorio de un Estado por parte de su población con el fin de crear un Estado independiente o ser subsumido por otro Estado existente, realizada sin el consentimiento del

8 Ibíd., p. 181.

9 Véase: https://undocs.org/es/A/RES/2625(XXV).

10 López Martín, A. G.; Perea Unceta J. A.: *Creación de Estados, secesión y reconocimiento.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 95

soberano"[11]. Es esta falta de consentimiento del Estado soberano la que convierte la secesión en una situación ilegal que queda fuera de la Convención de Viena de 1978.

3. Ampliación de su ámbito de aplicación

La Convención de Viena de 1978 también tiene una disposición explícita que amplía su ámbito de aplicación:

"Artículo 5. Obligaciones impuestas por el Derecho Internacional independientemente de un tratado. El hecho de que un tratado no se considere en vigor respecto de un Estado en virtud de la aplicación de la presente Convención no menoscabará en nada el deber de ese Estado de cumplir toda obligación enunciada en el tratado a la que esté sometido en virtud del Derecho Internacional independientemente de ese tratado".

El art. 5 está redactado siguiendo el art. 43 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. El art. 43 es una de las disposiciones generales de dicha Convención de Viena, relativa a la nulidad, terminación y suspensión de la aplicación de los tratados. El comentario de la CDI sobre su proyecto de artículo explica su razón para incluir ese artículo de la siguiente manera:

"(...) la Comisión estimó que, aun cuando podía considerarse que la cuestión era axiomática, convenía indicar que la terminación de un tratado no eximía a las partes en el cumplimiento de las obligaciones enunciadas en el tratado a las que también estuviesen sujetas en virtud de cualquier otra norma de Derecho Internacional".

Por la misma razón, la CDI consideró conveniente incluir una disposición general en la Convención de Viena de 1978, en la que se dejaba claro que el hecho de que un tratado no siguiera en vigor para una sucesión de Estados como consecuencia de la aplicación de esta Convención no eximía en modo alguno a un Estado de las obligaciones consagradas en el tratado, que también eran obligaciones a las que estaría sujeto en virtud del Derecho Internacional independientemente del tratado[12]. Como ya he mencionado, algunas disposiciones de los tratados relativas a los derechos humanos han adquirido también la condición de normas consuetudinarias internacionales, o incluso de normas imperativas del Derecho Internacional general (normas de *ius cogens*), por lo que mantienen su carácter jurídicamente vinculante para todos los Estados, con plena independencia de las

11 Armas Pfirter, F.; González Napolitano, S.: "Secession and International Law: Latin American practice", en: *Secession. International Law perspectives* (coord. por M. G. Kohen), Cambridge University Press, Cambridge, 2006, p 375

12 Ibíd., p. 181.

reglas establecidas por la Convención de Viena de 1978 sobre la sucesión de Estados en materia de tratados.

III. PRÁCTICA DE LA SUCESIÓN DE ESTADOS CON RESPECTO A LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS

1. Pertenencia a la Organización de las Naciones Unidas y sucesión de Estados.

La Carta de las Naciones Unidas prevé la pertenencia a la ONU, así como el procedimiento de admisión en sus arts. 3 y 4. Aunque la Carta de las Naciones Unidas no regula la sucesión de los Estados miembros en esta organización internacional, la ONU ha desarrollado una importante práctica al respecto.

A) Pertenencia a la Organización de las Naciones Unidas.

Los arts. 3 y 4 de la Carta distinguen entre Miembros originarios y Miembros admitidos en la ONU. Ambas categorías de Miembros gozan de los mismos derechos y obligaciones en virtud de la Carta: la distinción se refiere únicamente al procedimiento de admisión.

Según el art. 3, son Miembros originarios los Estados que cumplen una doble condición a) haber participado en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional de San Francisco o haber firmado previamente la Declaración de las Naciones Unidas de 1 de enero de 1942; y b) haber firmado y ratificado la Carta de la ONU de acuerdo con su art. 110. De este modo, los Miembros originarios de la ONU fueron 51 Estados: los 50 Estados participantes en la Conferencia de San Francisco y Polonia que, aunque no participó en dicha Conferencia, había firmado previamente la Declaración de las Naciones Unidas.

Para la admisión de nuevos Miembros, el art. 4 de la Carta exige cinco condiciones sustantivas y establece el procedimiento a seguir. Las condiciones sustantivas son las siguientes 1) ser un Estado, es decir, reunir los elementos constitutivos de un Estado; 2) ser un Estado "amante de la paz", condición que actualmente no tiene un significado concreto, puesto que los "Estados enemigos" durante la Segunda Guerra Mundial ya fueron admitidos como miembros de la ONU y, por tanto, esta condición se presume para todos los Estados; 3) aceptar las obligaciones contenidas en la Carta de la ONU. En la práctica, el cumplimiento de esta condición requiere una declaración expresa en este sentido por parte del Estado solicitante. Esta condición es ahora especialmente importante en el caso de los Estados que han adoptado una política de neutralidad permanente; 4) poder y querer cumplir estas obligaciones, lo que debe ser específicamente reconocido por los órganos de la ONU que deciden sobre la solicitud de adhesión; y 5) estar dispuesto a cumplirlas.

Estas cinco condiciones sustantivas son las únicas que se exigen para ser Miembro de la ONU. Estas condiciones están sujetas al juicio de la ONU. El juicio de la ONU en este caso significa el juicio de sus dos órganos mencionados en el art. 4.2 (el Consejo de Seguridad y la Asamblea General) y, en última instancia, el juicio de sus miembros.

Sin embargo, en un momento temprano de la práctica de la ONU, la Unión Soviética exigió que la admisión de un Estado se supeditara al requisito adicional de que otros Estados del bloque comunista también fueran admitidos como Miembros de la ONU. Por ello, la Asamblea General planteó dos preguntas a la Corte Internacional de Justicia (CIJ), que respondió en su primera Opinión Consultiva, de 28 de mayo de 1948, sobre las Condiciones de Admisión de un Estado como Miembro de las Naciones Unidas (art. 4 de la Carta). La primera pregunta se refería a si las condiciones establecidas en el art. 4, párrafo 1, tienen carácter exhaustivo, en el sentido de que una respuesta afirmativa llevaría a la conclusión de que un Miembro no está legalmente autorizado a hacer depender la admisión de condiciones no previstas expresamente en dicho artículo; mientras que una respuesta negativa, por el contrario, autorizaría a un Miembro a hacer depender la admisión también de otras condiciones.

La respuesta de la CIJ fue la siguiente:

"El significado natural de los términos utilizados [en el art. 4] lleva a la conclusión de que estas condiciones constituyen una enumeración exhaustiva y que no están concebidas como guías o ejemplos. Esta disposición perdería su fuerza y significado si otras condiciones, no conectadas con las expresamente previstas, pudieran exigirse. Las condiciones establecidas en el párrafo 1 del artículo 4 deben por lo tanto ser consideradas no meramente como condiciones necesarias, sino también como condiciones suficientes.

Tampoco puede argumentarse que las condiciones enumeradas sólo representen un mínimo indispensable, en el sentido de que podrían sobreimponerse a las mismas consideraciones políticas, impidiendo la admisión de un solicitante que las cumpliera. Tal interpretación sería contradictoria con los términos del párrafo 2 del artículo 4, que regula «la admisión de tales Estados». Llevaría a conferir a los Miembros un poder indefinido y prácticamente ilimitado de discreción en la imposición de nuevas condiciones. Tal poder sería contradictorio con el propio carácter del párrafo 1 del artículo 4 que, en razón de la estrecha conexión que establece entre la condición de Miembro y la observancia de los principios y obligaciones de la Carta, claramente constituye una regulación jurídica de la cuestión de la admisión de nuevos Estados"[13].

13 *ICJ Reports 1948*, pp. 62-63.

La segunda cuestión se refería, en particular, a la exigencia por parte de un Estado miembro de condicionar su consentimiento a la admisión de un solicitante a la admisión de otros solicitantes. La CIJ fue contundente en su respuesta:

"Juzgada conforme a la regla que la Corte adopta en su interpretación del artículo 4, tal exigencia claramente constituye una condición nueva, dado que está totalmente desconectada de las condiciones prescritas en el artículo 4. También es una categoría completamente distinta de esas condiciones, dado que hace depender la admisión, no de las condiciones que se requieren de los solicitantes, calificaciones que se supone que deben cumplir, sino de consideraciones extrañas relativas a Estados distintos del Estado solicitante.

Las disposiciones del artículo 4 necesariamente implican que toda solicitud de admisión debería examinarse y votarse por separado y sobre sus propios méritos; de otra forma sería imposible determinar si un solicitante concreto cumple las condiciones necesarias. Subordinar el voto afirmativo sobre la admisión de un Estado solicitante a la condición de que otros Estados sean admitidos junto con dicho Estado, impediría a los Miembros el ejercer su juicio en cada caso con completa libertad, dentro del ámbito de las condiciones prescritas. Tal exigencia es incompatible con la letra y el espíritu del artículo 4 de la Carta"[14].

A pesar del claro pronunciamiento de la CIJ, el veto de la Unión Soviética en el Consejo de Seguridad sólo pudo superarse mediante un acuerdo político que permitió la admisión conjunta de 16 nuevos Miembros el 14 de diciembre de 1955, entre ellos España, así como varios Estados del bloque comunista y varios "Estados enemigos" durante la Segunda Guerra Mundial.

El procedimiento de admisión de nuevos Estados Miembros está regulado en el art. 4, párrafo 2, que establece que "la admisión de tales Estados como Miembros de las Naciones Unidas se efectuará por decisión de la Asamblea General a recomendación del Consejo de Seguridad". Ante el ejercicio del veto de la Unión Soviética por no admitirse su "exigencia", la Asamblea General volvió a preguntar a la Corte si la admisión de un Estado como Miembro de la ONU podía efectuarse por decisión de la Asamblea General cuando el Consejo de Seguridad no hubiera adoptado una recomendación de admisión por no haber obtenido el candidato la mayoría de los votos requerida en el Consejo de Seguridad o por el voto negativo de un miembro permanente del Consejo de Seguridad. La CIJ, en su Opinión Consultiva de 3 de marzo de 1950 sobre la *Competencia de la Asamblea General para la Admisión de un Estado en las Naciones Unidas*, respondió no a la pregunta de la Asamblea General y, refiriéndose al art. 4, párrafo 2, declaró que:

14 Ibíd., p. 65.

"La Corte no tiene dudas sobre el significado de este texto. Requiere dos cosas para que se efectúe la admisión: una «recomendación» del Consejo de Seguridad y una «decisión» de la Asamblea General. Está en la naturaleza de las cosas que la recomendación deba preceder a la decisión. La palabra «recomendación» y el término «a» que la precede, implican la idea de que la recomendación es el fundamento de la decisión de admitir y que esta última descansa sobre la recomendación. Ambos actos son indispensables para formar el juicio de la Organización al que se refiere el párrafo previo del artículo 4. El texto bajo consideración significa que la Asamblea General sólo puede decidir si admite sobre la recomendación del Consejo de Seguridad; esta disposición determina las funciones respectivas de los dos órganos cuya acción combinada se requiere antes de que la admisión pueda ser efectuada; en otras palabras, la recomendación del Consejo de Seguridad es la condición previa a la decisión de la Asamblea General por la que se efectúa la admisión"[15].

Desde la admisión de la República de Sudán del Sur el 9 de julio de 2011, la ONU cuenta con un total de 193 Estados Miembro[16].

B) Sucesión de Estados en la Organización de las Naciones Unidas.

Aunque la Carta de la ONU no regula la sucesión de los Estados Miembros en esta organización internacional, la ONU ha desarrollado una importante práctica en este sentido. Esta práctica comenzó con el Acta de Independencia de la India, adoptada el 18 de julio de 1947[17]. El Acta de Independencia de la India estableció en la colonia india británica, a partir del 15 de agosto de 1947, dos "dominios" independientes, "que se conocerán respectivamente como India y Pakistán" (sección 1(I)). González Campos subrayó que "al mismo tiempo, la pertenencia a todas las instituciones internacionales en las que participaba la Colonia Británica de la India pasaría al nuevo dominio de la India, mientras que Pakistán tendría que tomar las medidas oportunas para solicitar la adhesión a las Organizaciones en las que deseaba participar"[18].

El 15 de agosto de 1947, fecha en la que Pakistán se independizó, el Ministro de Asuntos Exteriores de Pakistán solicitó al Secretario General de la ONU que Pakistán fuera considerado Miembro de la ONU como Estado sucesor de otro Estado Miembro de la ONU, como era la colonia británica de la India, de modo que los dos dominios de la India y Pakistán se convirtieran automáticamente en

15 *ICJ Reports 1950*, pp. 7-8.

16 Véase: https://www.un.org/es/member-states/index.html.

17 Véase: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1947/30/pdfs/ukpga_19470030_en.pdf.

18 González Campos, J. D.: "Notas sobre la práctica de las Organizaciones Internacionales respecto a los efectos de la sucesión de Estados en el estatuto de miembro de la Organización". *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 15 (3), 1962, p. 475.

Miembros de la ONU desde el día de su independencia. Fernández Casadevante destaca que la opinión de la Secretaría General era que, en el caso de la aparición de un nuevo Estado (Pakistán) a partir de otro Estado Miembro de la ONU (India), éste no podía reclamar la condición de Miembro de su predecesor[19]. Este criterio fue el que triunfó en el Consejo de Seguridad, que recomendó a la Asamblea General que Pakistán ingresara en la ONU de acuerdo con el procedimiento establecido en el art, 4 de la Carta de las Naciones Unidas (Resolución 29 (1947), de 21 de agosto de 1947). La Asamblea General decidió admitir a Pakistán como nuevo Miembro de la ONU el 30 de septiembre de 1947 [Resolución 108 (II)].

Durante los debates que tuvieron lugar en la Primera Comisión de la Asamblea General sobre esta cuestión, se decidió plantear a la Sexta Comisión (Jurídica) la siguiente pregunta "¿Cuáles serían las reglas jurídicas a que debería someterse en lo porvenir la admisión como Miembro de las Naciones Unidas de un Estado o de Estados que entraran a la vida internacional por la división de un Estado Miembro de las Naciones Unidas?" Tras examinar el problema, el 8 de octubre de 1947 la Sexta Comisión acordó los siguientes principios:

"1. Que, como regla general, es conforme a los principios jurídicos presumir que un Estado que es Miembro de las Naciones Unidas no deja de serlo simplemente porque su constitución o sus fronteras hayan sufrido cambios, y que la extinción del Estado como persona jurídica reconocida en el orden internacional debe ser demostrada antes que sus derechos y obligaciones se consideren en consecuencia como desaparecidos.

2. Que cuando se crea un nuevo Estado, cualesquiera sean su territorio y población y tanto si forma como si no forma parte de un Estado Miembro de las Naciones Unidas, el nuevo Estado no puede, con arreglo al sistema previsto por la Carta, proclamar su condición de Miembro de las Naciones Unidas a menos que haya sido formalmente admitido como tal en virtud de las disposiciones de la Carta.

3. En los demás casos, cada uno deberá ser considerado de acuerdo con sus antecedentes.

4. La Sexta Comisión acordó transmitir estos principios a la Primera Comisión considerando que podían servir de normas generales a las Naciones Unidas

19 Fernández de Casadevante Romaní, C.: "Secesión y sucesión (imposible) en la cualidad de miembro de la organización internacional", en: *Consecuencias jurídicas de la secesión de entidades territoriales. Una visión para España* (coord. por C. Fernández de Casadevante Romaní), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020, p. 359.

en relación con futuros casos, en la inteligencia de que cado caso debería ser examinado con arreglo a sus circunstancias especiales"[20].

Tras analizar la práctica seguida por las organizaciones internacionales que constituyen el sistema de la ONU, Oanta ha concluido afirmando que siete décadas después, estos principios siguen siendo válidos en el marco de la ONU (y también de las demás Organizaciones y Agencias del sistema de la ONU) en relación con la sucesión de los Estados Miembros o el disfrute continuado de su pertenencia a esta Organización[21].

A efectos de este artículo, me gustaría comentar únicamente el caso de Bangladesh. En marzo de 1971, Bangladesh declaró unilateralmente su independencia de Pakistán. En este caso, se consideró que Pakistán continuaba siendo un Estado Miembro de la ONU, mientras que Bangladesh tuvo que seguir el procedimiento de admisión de nuevos Estados en la ONU. La admisión de Bangladesh en la ONU no se produjo hasta el 17 de septiembre de 1974 (Resolución del Consejo de Seguridad 351 (1974), de 10 de junio de 1974, recomendando la admisión de Bangladesh; Resolución de la Asamblea General 3203 (XXIX), de 17 de septiembre de 1974, decidiendo la admisión de Bangladesh en la ONU), después de que el Estado de Bangladesh fuera reconocido por el Estado predecesor (Pakistán)[22]. Como señaló el profesor Crawford, este caso fue una manifestación muy clara del hecho de que en la ONU la admisión de un nuevo Estado resultante de un proceso de secesión está condicionada en gran medida por la posición adoptada por el Estado predecesor[23].

2. La sucesión de Estados y los tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) tiene un objetivo y una finalidad especial que consiste en la protección de los derechos fundamentales, básicos o esenciales de los seres humanos. Este hecho configura al DIDH como un sector del Derecho Internacional con relaciones verticales (reclamaciones individuales sobre derechos humanos contra un Estado) en lugar

20 Documento A/CN.4/149 y Add.1. La sucesión de Estados y la calidad de Miembro de las Naciones Unidas - Memorándum preparado por la Secretaría, p. 120, pár. 16. Véanse: Mathias, S.; Trengove, S.: "Membership and Representation", en: *The Oxford Handbook of International Organization* (coord. por J. K. Cogan; I. Hurd; I. Johnston), Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 972; O'Connell, D. P.: *State Succession in Municipal Law and International Law*, vol. 2. Cambridge University Press, Cambridge, 1967, p. 183; Shaw, M. N.: *International Law*, 8ª ed. Cambridge University Press, Cambridge, 2017, pp. 745-746; etc.

21 Oanta, G. A.: *La sucesión de Estados en las Organizaciones internacionales. Análisis de la práctica internacional*, Bosch editor, 2020, p. 97.

22 Thio, L. A.: "International Law and secession in the Asia and Pacific regions", en: *Secession. International Law Perspective* (coord. por M. G. Kohen), Cambridge University Press, Cambridge, 2006, pp. 304-308.

23 Crawford, J.: "State Practice and International Law in Relation to Secession", *British Year Book of International Law*, núm. 69 (1), 1998, pp. 85-117, pp. 92, 113 y 116.

de relaciones horizontales (reclamaciones entre Estados). A partir de esta premisa, varios estudiosos consideran que un caso de sucesión de Estados no supondría ninguna interrupción, ni en el disfrute de los derechos protegidos, ni en el nivel de protección de la población residente en el territorio[24].

Considero que, a este respecto, hay que distinguir entre las normas que tienen un ámbito de aplicación universal y los efectos de la sucesión de Estados en los denominados tratados universales de derechos humanos.

Es bien sabido que un momento temprano la CIJ reconoció la existencia de normas de alcance universal de aplicación, incluso sin ninguna obligación convencional. En su Opinión Consultiva sobre las *Reservas a la Convención del Genocidio*, la Corte declaró que:

"Los orígenes de la Convención muestran que la intención de las Naciones Unidas era condenar y castigar el genocidio como «un crimen de derecho internacional» que implica la negación del derecho a la existencia de grupos humanos enteros, una negación que conmociona la conciencia de la humanidad y provoca grandes pérdidas a la humanidad, y que es contraria a la ley moral y al espíritu y los objetivos de las Naciones Unidas (Resolución 96 (1) de la Asamblea General, 11 de diciembre de 1946). La primera consecuencia que se desprende de esta concepción es que los principios en los que se basa la Convención son principios que las naciones civilizadas reconocen como vinculantes para los Estados, incluso sin ninguna obligación convencional. Una segunda consecuencia es el carácter universal tanto de la condena del genocidio, como de la cooperación necesaria «para liberar a la humanidad de tan odioso flagelo» (Preámbulo de la Convención). Por lo tanto, la Asamblea General y las Partes Contratantes pretendían que la Convención sobre el Genocidio tuviera un alcance definitivamente universal. De hecho, fue aprobada el 9 de diciembre de 1948 mediante una resolución adoptada por unanimidad por cincuenta y seis Estados"[25].

Esta afirmación se refería a ciertas disposiciones ("los principios en los que se basa la Convención") y no al texto completo de la Convención del Genocidio. Además, en esta Opinión Consultiva, la Corte analizó los efectos de las reservas formuladas por algunas Partes Contratantes que fueron objetadas por otras Partes Contratantes ("es inconcebible que las Partes Contratantes contemplaran fácilmente que una objeción a una reserva menor produjera tal resultado", es

24 Véase Ruiz, F.: *Sucesión de Estados y salvaguardia de la dignidad humana. La sucesión de Estados en los tratados generales sobre protección de los derechos humanos y derecho humanitario.* Servicio de publicaciones de la Universidad de Burgos, Burgos, 2001, pp. 113-183, y la bibliografía allí citada.

25 *ICJ Reports 1951*, p 23. Disponible en: https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/12/012-19510528-ADV-01-00-EN.pdf.

decir, "la completa exclusión de la Convención de uno o más Estados")[26]. En todo momento, la Corte se ocupó de los efectos de la sucesión de Estados en los tratados universales de derechos humanos en esta Opinión Consultiva.

Años más tarde, la CIJ desarrolló su propia interpretación sobre las relaciones entre la norma consuetudinaria y las disposiciones de los tratados. En su Sentencia de 27 de junio de 1986, en el caso relativo a las *Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos). Fondo, Sentencia*, la Corte declaró que:

"Incluso si la norma consuetudinaria y la norma convencional tuvieran exactamente el mismo contenido, esto no sería una razón para que la Corte sostuviera que la incorporación de la norma consuetudinaria al derecho convencional debe privar a la norma consuetudinaria de su aplicabilidad como algo distinto de la norma convencional. La existencia de normas idénticas en el Derecho internacional de los tratados y en el Derecho consuetudinario ha sido claramente reconocida por la Corte en los asuntos relativos a la plataforma continental del Mar del Norte. En gran medida, esos casos giraron en torno a la cuestión de si una norma consagrada en un tratado existía también como norma consuetudinaria, ya sea porque el tratado se había limitado a codificar la costumbre, o la había hecho «cristalizar», o porque había influido en su adopción posterior. La Corte consideró que esta identidad de contenido en el Derecho de los tratados y en el Derecho internacional consuetudinario no existía en el caso de la norma invocada, que aparecía en un artículo del tratado, pero no sugirió que dicha identidad quedara excluida como cuestión de principio: por el contrario, consideró que era evidente que algunos otros artículos del tratado en cuestión «se consideraban... como reflejo, o como cristalización, de normas recibidas o al menos emergentes del Derecho internacional consuetudinario» (*ICJ Reports 1969*, p. 39, pár. 63). En términos más generales, no hay motivos para sostener que cuando el Derecho internacional consuetudinario está compuesto por normas idénticas a las del Derecho de los tratados, este último «se sobreponga» al primero, de modo que el Derecho internacional consuetudinario no tenga en adelante una existencia propia"[27].

Sin embargo, una cuestión diferente se refiere a los efectos de la sucesión de Estados en los tratados universales de derechos humanos. Como se ha señalado anteriormente, varios estudiosos consideran que un caso de sucesión de Estados no supondría ninguna interrupción, ni en el disfrute de los derechos protegidos, ni en el nivel de protección de la población residente en el territorio. De hecho, en el marco de la ONU, el Comité de Derechos Humanos ha defendido la

26 Ibíd., p. 24.

27 *ICJ Reports 1986*, pp. 94-95, pár. 177. Disponible en: https://www.icj-cij.org/en/case/70.

idea de la continuidad de las obligaciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a pesar de cualquier caso de sucesión de Estados Partes. En su Comentario General nº 26, el Comité de Derechos Humanos afirmó que:

"Los derechos consagrados en el Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Políticos] corresponden a quienes viven en el territorio del Estado Parte de que se trate. El Comité de Derechos Humanos, tal como muestra su arraigada práctica, ha considerado sistemáticamente que, una vez que las personas tienen reconocida la protección de los derechos que les confiere el Pacto, esa protección pasa a ser subsumida por el territorio y siguen siendo beneficiarias de ella las personas, con independencia de los cambios que experimente la gobernación del Estado Parte, lo que incluye la desmembración en más de un Estado, la sucesión de Estados o cualquiera otra medida posterior que adopte el Estado Parte con objeto de despojar a esas personas de los derechos que les garantiza el Pacto.

En consecuencia, el Comité tiene el firme convencimiento de que el derecho internacional no permite que un Estado que haya ratificado el Pacto o se haya adherido a él originariamente o a título de sucesión lo denuncie ni se retire de él"[28].

Podemos preguntarnos si la tesis que afirma que los derechos consagrados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos "corresponden a quienes viven en el territorio del Estado Parte de que se trate", con plena independencia de cualquier caso de sucesión de Estados ha sido reconocida o no como norma internacional. Es cierto que un miembro de la CIJ, el juez Weeramantry, sostuvo que la sucesión automática de Estados se ha convertido en "un principio del Derecho Internacional contemporáneo". En su Opinión separada en la Sentencia del 11 de julio de 1996 sobre las objeciones preliminares en el caso relativo a la aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina contra Yugoslavia), el juez Weeramantry sostuvo que:

"Todas las razones anteriores combinadas crean lo que me parece un principio del Derecho Internacional contemporáneo de que hay una sucesión automática de los Estados en una convención de derechos humanos tan vital como la Convención sobre el Genocidio. En ninguna parte se concentra más la protección del derecho humano por excelencia -el derecho a la vida- que en esa Convención.

Sin la sucesión automática en dicha Convención, tendríamos una situación en la que el sistema mundial de protección de los derechos humanos generaría continuamente lagunas en la parte más vital de su marco, que se abrirían y cerrarían

28 Documento de la ONU. CCPR/C/21/Rev.1/Add.8/Rev.1 (8 de diciembre de 1997). Comité de Derechos Humanos. Comentario General No. 26. Comentario general sobre cuestiones relacionadas con la continuidad de las obligaciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, párrafos. 4-5.

en función de la disolución de las antiguas autoridades políticas y la aparición de las nuevas. El sistema jurídico internacional no puede consentir un principio por el cual los individuos de estos Estados viviesen en un estado de continua incertidumbre respecto a la más fundamental de sus protecciones de derechos humanos. Este punto de vista desgarraría gravemente el tejido sin fisuras de las protecciones internacionales de los derechos humanos, pondría en peligro la paz y desviaría el derecho de los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas, que todas las naciones, nuevas y antiguas, se han comprometido a perseguir''[29].

Sin embargo, la idea de la sucesión automática de un Estado en un tratado de derechos humanos no ha sido reconocida aún como norma general del Derecho Internacional. Cuando Montenegro se separó de la República Federativa de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) (RFY), se consideró que Serbia continuaba siendo un Estado -conservando así su condición de miembro de la ONU-, mientras que Montenegro fue calificado como Estado sucesor, y fue admitido como miembro de la ONU el 28 de junio de 2006, tras pasar por el procedimiento completo de admisión de nuevos Estados (Resolución 1691/2006 del Consejo de Seguridad, de 22 de junio de 2006, por la que se recomienda a la Asamblea General que admita a la República de Montenegro como miembro de la ONU. Resolución 60/264 de la Asamblea General, de 28 de junio de 2006, por la que se decide admitir a la República de Montenegro como miembro de las Naciones Unidas). Además, el Sr. Weeramantry finalizó su mandato como Juez de la CIJ en el año 2000, por lo que no pudo defender sus ideas sobre este tema cuando la Corte dictó finalmente su sentencia sobre el fondo en el caso relativo a la aplicación de la Convención sobre el Genocidio en 2007. La CIJ, principal órgano judicial de la ONU, en su Sentencia de 26 de febrero de 2007 sobre el fondo del asunto relativo a la Aplicación de la Convención *para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina contra Serbia y Montenegro)* adoptó la opinión contraria. La CIJ tuvo en cuenta que Montenegro, al separarse de Serbia, no había continuado con la personalidad jurídica internacional de la República Federativa de Yugoslavia y, por lo tanto, consideró que Montenegro no podía ser considerado un demandado en ese caso. Como declaró la Corte:

''La Corte recuerda un principio fundamental según el cual ningún Estado puede someterse a su jurisdicción sin su consentimiento; como la Corte observó en el caso de *Ciertas tierras fosfáticas en Naurú (Naurú c. Australia)*, la «jurisdicción de la Corte depende del consentimiento de los Estados y, en consecuencia, la Corte no puede obligar a un Estado a comparecer ante ella...». (Objeciones preliminares, Sentencia, *ICJ Reports 1992*, p. 260, párrafo 53). En su Sentencia

29 Opinión separada del juez Weeramantry. Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina contra Yugoslavia), Objeciones Preliminares, Sentencia, *ICJ Reports 1996*, pp. 63-64.

de 11 de julio de 1996, cuya importancia se explicará más adelante, la Corte consideró que dicho consentimiento existía, a los efectos del presente caso, por parte de la RFY, que posteriormente asumió el nombre de Serbia y Montenegro, sin que por ello cambiara su personalidad jurídica. Los hechos relatados en los párrafos 67 a 69 *supra* demuestran claramente que la República de Montenegro no continúa con la personalidad jurídica de Serbia y Montenegro; por tanto, no puede haber adquirido, sobre esa base, la condición de demandada en el presente caso. También se desprende del escrito de 29 de noviembre de 2006, citado en el apartado 72 *supra*, que la República de Montenegro no da su consentimiento a la competencia de la Corte sobre ella a efectos del presente litigio. Además, la demandante no afirmó en su carta de 16 de octubre de 2006 que Montenegro siguiera siendo parte en el presente caso, sino que se limitó a subrayar su opinión sobre la responsabilidad conjunta y solidaria de Serbia y Montenegro.

La Corte señala, por tanto, que la República de Serbia sigue siendo parte demandada en el caso, y en la fecha de la presente Sentencia es, de hecho, la única demandada. En consecuencia, las conclusiones que la Corte pueda hacer en la parte dispositiva de la presente Sentencia deben dirigirse a Serbia"[30].

De ahí que la idea de la sucesión automática del Estado en los tratados universales de derechos humanos no se haya convertido todavía en una norma de Derecho Internacional general. Si ese hubiera sido el caso, el art. IX de la Convención sobre el Genocidio hubiera sido, como cláusula compromisoria, fundamento jurídico suficiente para el reconocimiento de la competencia de la Corte por parte de la República de Montenegro. De hecho, Ruiz ha calificado la práctica de los Estados en esta materia como "una práctica diversa, incluso contradictoria"[31]. Como ha señalado Chinchón Álvarez, mientras que los antiguos Estados yugoslavos de Eslovenia, Croacia, Bosnia-Herzegovina y Macedonia se declararon continuadores de las obligaciones de la anterior Yugoslavia, los antiguos Estados soviéticos no se consideraron vinculados por los tratados celebrados por la Unión Soviética y optaron por adherirse a ellos. Así, por lo que respecta al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de los Estados surgidos desde finales del siglo X, once Estados se convirtieron en Partes Contratantes por adhesión (todos los de la antigua Unión Soviética, incluidas las tres Repúblicas Bálticas) y ocho Estados por sucesión (todos los Estados surgidos de la antigua Yugoslavia, así como de la disolución de Checoslovaquia). En cuanto al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, doce Estados expresaron su consentimiento mediante la adhesión (los mismos que arriba, más Eritrea) y los ocho Estados mencionados anteriormente mediante la notificación de sucesión.

30 Caso relativo a la aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina contra Serbia y Montenegro). Sentencia de 26 de febrero de 2007. Sentencia, *ICJ Reports 2007*, p. 76, párrs. 76-77.

31 Ruiz, F.: *Sucesión de Estados*, cit. p. 155.

Incluso en el caso más reciente de Sudán del Sur, este Estado ha consentido en obligarse por todos los tratados de derechos humanos de los que el Estado de Sudán era Parte Contratante mediante la adhesión, no a través de la sucesión de Estados[32].

Además, es evidente que la teoría de la sucesión automática del Estado en los tratados internacionales de derechos humanos no puede aplicarse a todos los casos de nuevos Estados emergentes. Esta teoría exige, al menos, que el Estado predecesor sea Parte Contratante de ese tratado para considerar la sucesión automática del Estado en ese tratado. Por ejemplo, ya he mencionado que Bangladesh declaró unilateralmente su independencia de Pakistán en marzo de 1971, pero la admisión de Bangladesh en la ONU no se produjo hasta el 17 de septiembre de 1974. Cuando Bangladesh se convirtió en un Estado Miembro de la ONU, la única forma que tuvo de quedar vinculado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue mediante su adhesión, no mediante la notificación de una sucesión de Estados. De hecho, Bangladesh se adhirió a este Pacto el 6 de septiembre de 2000, mientras que Pakistán, el Estado predecesor, ratificó este tratado varios años después, el 23 de junio de 2010[33].

IV. PRÁCTICA DE LA SUCESIÓN DE ESTADOS CON RESPECTO A LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS CELEBRADOS POR EL CONSEJO DE EUROPA

1. Pertenencia al Consejo de Europa y sucesión de Estados.

El Estatuto del Consejo de Europa[34] prevé la admisión de nuevos Estados miembros y también contempla la eventual retirada de cualquier Estado miembro de esta organización (art. 7). Sin embargo, el Estatuto no contiene ninguna disposición relativa a la sucesión de los Estados en el Consejo de Europa.

A) Pertenencia al Consejo de Europa.

De acuerdo con el art. 2 de su Estatuto "Los Miembros del Consejo de Europa son las Partes que intervienen en el presente Estatuto". El art. 3 establece los requisitos que debe cumplir cualquier Estado europeo que aspire a convertirse en Miembro del Consejo de Europa. Así:

32 Chinchón Álvarez, J.: "Responsabilidad internacional del Estado y fenómenos de secesión: régimen general y particularidades en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Especial atención a la práctica del Consejo de Europa", en: *Consecuencias jurídicas de la secesión de entidades territoriales. Una visión para España* (coord. por C. Fernández de Casadevante Romani). Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020, p. 421.

33 Véase: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&clang=_en.

34 Véase: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1978-5972.

"Cada uno de los Miembros del Consejo de Europa reconoce el principio del imperio del derecho y el principio en virtud del cual cualquier persona que se halle bajo su jurisdicción ha de gozar de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, y se compromete a colaborar sincera y activamente en la consecución de la finalidad definida en el Capítulo primero".

Estos principios se verificarán para cualquier admisión de un nuevo Estado miembro. Fernández de Casadevante ha afirmado correctamente que el frustrado intento de secesión ilegal de la "República Catalana" del Reino de España no cumplía estos criterios, lo que le habría impedido adquirir la condición de Miembro del Consejo de Europa. Este intento de secesión ilegal se llevó a cabo violando más de una docena de sentencias del Tribunal Constitucional español[35]. El 11 de marzo de 2017, la Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (también conocida como Comisión de Venecia), concluyó que:

"La Comisión de Venecia recuerda que las sentencias de los Tribunales Constitucionales son definitivas y de obligado cumplimiento. Como corolario de la supremacía de la Constitución, las resoluciones judiciales del Tribunal Constitucional deben ser respetadas por parte de todos los órganos públicos y por los particulares. Ignorar una resolución judicial del Tribunal Constitucional equivale a ignorar la Constitución y el poder constituyente que han atribuido la competencia de garantizar dicha supremacía al Tribunal Constitucional. Cuando cualquier autoridad pública rehúsa cumplir una sentencia del Tribunal Constitucional, él o ella viola los principios del Estado de derecho, la separación de poderes y la leal cooperación entre organismos estatales. Por tanto, las medidas para hacer cumplir dichas resoluciones judiciales son legítimas…"[36].

Argumentando esta conclusión en contra de los independentistas catalanes, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) también sostuvo que el cumplimiento de las sentencias de los Tribunales Constitucionales es obligatorio, siendo estos últimos competentes para tomar las medidas que consideren oportunas para lograrlo[37].

A partir de 1990, la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa empezó a exigir a todos los Estados anteriormente bajo la influencia de la Unión Soviética que solicitaban su admisión en el Consejo de Europa que se comprometieran a

35 Fernández de Casadevante Romaní, C.: "Secesión y sucesión (imposible)", cit. pp. 368-369

36 Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho (Comisión de Venecia). Dictamen 827/2015. CDL-AD (2017)003. Dictamen sobre la Ley de 16 de octubre de 2015 de reforma de la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional, aprobado por la Comisión de Venecia en su 110ª Sesión Plenaria (Venecia, 10-11 de marzo de 2017), párr. 69. Disponible en: https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaInternacional/TribunalEuropeo/Documents/1292428911935-Comision_de_VeneciaDictamen_sobre_LO_2_1979_del_TC.PDF.

37 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Decisión sobre la admisibilidad de 7 de mayo de 2019. Solicitud nº 75147/17. María Carme Forcadell i Lluís y otros c. España, pár. 36.

ratificar el Convenio Europeo de Derechos Humanos para poder recomendar su admisión al Comité de Ministros. A partir de 1993, también se exigió el compromiso de ratificar el Protocolo nº 6 sobre la abolición de la pena de muerte[38].

Si se cumplen todos estos requisitos, entonces, de acuerdo con el art. 4:

"Cualquier Estado europeo, considerado capaz de cumplir las disposiciones del artículo 3, y que tenga voluntad de hacerlo, podrá ser invitado por el Comité de Ministros a convertirse en Miembro del Consejo de Europa. El Estado así invitado tendrá la calidad de Miembro tan pronto como se remita en su nombre al Secretario General un instrumento de adhesión al presente Estatuto".

B) Sucesión de Estados en el Consejo de Europa.

El Estatuto del Consejo de Europa no contiene ninguna disposición relativa a los efectos de la sucesión de Estados ni en la condición de Miembro del Consejo de Europa, ni en los tratados de derechos humanos concluidos por el Consejo de Europa. Sin embargo, esta organización regional ha establecido una práctica relevante en dos casos recientes: la disolución de la antigua República de Checoslovaquia y la aparición de dos nuevos Estados; y la separación acordada de Montenegro de la antigua República Federal de Yugoslavia (Serbia y Montenegro).

Por una parte, la disolución de la antigua República de Checoslovaquia y la aparición de dos nuevos Estados tuvo lugar el 31 de diciembre de 1992. Sólo 8 días después, el Comité de Ministros celebró una reunión para pronunciarse sobre la particularidad de las solicitudes de adhesión presentadas por la República Checa y la República Eslovaca, ya que la antigua República de Checoslovaquia, cuya disolución el 31 de diciembre de 1992 fue el origen de estas dos solicitudes, ya era miembro del Consejo de Europa. En esta reunión, el Presidente dijo que los diputados tendrían que decidir sobre dos cuestiones importantes: "¿debía el Comité de Ministros transmitir las dos solicitudes de adhesión a la Asamblea Parlamentaria para que ésta emitiera un dictamen y, en caso afirmativo, cómo debía tratarse la solicitud de adhesión a diversos convenios del Consejo de Europa?"[39].

Durante los debates, el Presidente constató que "se había alcanzado un consenso en el Comité de Ministros sobre el procedimiento a seguir en este asunto". Los Ministros aceptaron que los dos Estados solicitantes debían pasar por las siguientes etapas: expresión de su deseo de adhesión al Consejo de

38 Véase: https://www.boe.es/boe/dias/1985/04/17/pdfs/A10196-10196.pdf.

39 Committee of Ministers. Doc. CM/Del/Concl(93) 484ter y 484quater. Conclusions of the 484ter Meeting of the Ministers' Deputies. Held in Strasbourg on 8 January 1993, p. 7. Véase: Bou Franch, V.: "El Consejo de Europa y la abolición total de la pena de muerte en Europa", *Revista jurídica del Perú*, núm. 41, 2002, pp. 207-213.

Europa, transmisión rápida de sus solicitudes a la Asamblea para que ésta emita un dictamen y, por último, decisión del Comité de Ministros y emisión de un certificado de modificación del Estatuto para tener en cuenta la nueva situación tras la disolución de Checoslovaquia. Varias delegaciones subrayaron la necesidad de tratar a ambos Estados de igual a igual[40].

Al término de esta reunión, los diputados del Comité de Ministros concluyeron que ellos:

"2. han tomado nota de las declaraciones realizadas por la República Checa y la República Eslovaca, que figuran en las cartas reproducidas en los documentos CM(93)1 y CM(93)2, en el sentido de que desean asumir la sucesión de la República Federal Checa y Eslovaca;

3. han decidido que, en relación con el Estatuto de la Organización, el estatuto de Miembro sólo podía concederse una vez que el Comité de Ministros, a la luz del dictamen de la Asamblea Parlamentaria, hubiera comprobado que se respetaban las condiciones para ser Miembro de la Organización;

4. han decidido transmitir las solicitudes de adhesión de la República Checa y de la República Eslovaca a la Asamblea Parlamentaria para que ésta emita su dictamen, y han invitado a la Secretaría a preparar, sobre la base de los debates que han tenido lugar en la presente reunión, proyectos de resoluciones a tal efecto"[41].

Tras seguir este procedimiento, tanto la República Checa como la República Eslovaca se convirtieron en nuevos Miembros del Consejo de Europa por adhesión, no por sucesión de Estados, el 30 de junio de 1993.

Por otra parte, la separación acordada de Montenegro de la antigua República Federal de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) tuvo lugar el 3 de junio de 2006. Por lo que respecta a la República de Serbia, los Diputados del Consejo de Ministros tomaron nota del contenido de las cartas del 5 de junio de 2006 en las que el Sr. *Boris Tadić*, Presidente de la República de Serbia, informó respectivamente al Sr. *Sergey Lavrov*, Presidente en ejercicio del Comité de Ministros, y al Sr. *Terry Davis*, Secretario General del Consejo de Europa, que, sobre la base del art. 60 de la Carta Constitucional de Serbia y Montenegro, activada por la Declaración de Independencia adoptada por la Asamblea Nacional de Montenegro el 3 de junio de 2006, la República de Serbia continuará con la condición de miembro del Consejo de Europa que hasta ahora ejercía la Unión de Estados de Serbia y

40 Committee of Ministers. Doc. CM/Del/Concl(93) 484ter y 484quater. Conclusions of the 484ter Meeting of the Ministers' Deputies. Held in Strasbourg on 8 January 1993, pp. 12-13.

41 Ibíd., pp. 23-24.

Montenegro, así como con las obligaciones y compromisos derivados de la misma. Por lo tanto, adoptaron la siguiente decisión:

"El Comité de Ministros del Consejo de Europa ha tomado nota hoy de que, tras la declaración de independencia de la República de Montenegro el 3 de junio de 2006, y de conformidad con el artículo 60 de la Carta Constitucional de la Unión Estatal de Serbia y Montenegro, la República de Serbia seguirá siendo el Miembro de la Unión Estatal en el Consejo de Europa y asumirá las obligaciones y compromisos correspondientes"[42].

En la misma reunión, los miembros del Comité de Ministros tomaron nota de las cartas de los días 6 y 12 de junio de 2006[43] en las que el Sr. *Miodrag Vlahovic*, Ministro de Asuntos Exteriores de la República de Montenegro, informaba al Sr. *Terry Davis*, Secretario General del Consejo de Europa, que la República de Montenegro deseaba convertirse en Miembro del Consejo de Europa; sucederla en los convenios del Consejo de Europa que habían sido firmados y ratificados por Serbia y Montenegro; y ser miembro de los acuerdos parciales en los que Serbia y Montenegro eran miembros. Afirmaron que, de conformidad con el Estatuto de la Organización, la adhesión podía concederse una vez que el Comité de Ministros, previa consulta a la Asamblea Parlamentaria, hubiera considerado que se cumplían las condiciones para la adhesión. Por lo tanto, decidieron transmitir la solicitud de adhesión de la República de Montenegro a la Asamblea Parlamentaria para que emitiera un dictamen. Por consiguiente, en relación con la solicitud de adhesión de la República de Montenegro al Consejo de Europa, los Ministros adoptaron la siguiente declaración:

"El Comité de Ministros se remite a su declaración del 24 de mayo de 2006 sobre el referéndum organizado en Montenegro el 21 de mayo, y a la declaración de independencia de la República de Montenegro del 3 de junio de 2006.

El Comité de Ministros ha tomado nota con satisfacción de la solicitud de adhesión de la República de Montenegro al Consejo de Europa y la ha transmitido -de acuerdo con el procedimiento habitual- a la Asamblea Parlamentaria para que emita su dictamen.

El Comité de Ministros se congratula de la intención expresada por las autoridades de la República de Montenegro de respetar y aplicar las obligaciones y compromisos contraídos por la Unión Estatal de Serbia y Montenegro como Estado miembro del Consejo de Europa"[44].

42 Committee of Ministers. Doc. CM/Del/Dec(2006)967 (16 June 2006): Decisions adopted by the Ministers' Deputies. 967ª meeting, 14 June 2006, pp. 15-18. Disponible en: https://rm.coe.int/16805d7c54.

43 Estas dos cartas están disponibles en inglés en: https://rm.coe.int/16805d801f.

44 Committee of Ministers. Doc. CM/Del/Dec(2006)967, *cit.*, pp. 18-19.

Además, estuvieron de acuerdo en que:

"Entre el momento en que el Consejo de Europa tome nota de la separación de Montenegro de Serbia y su adhesión como nuevo Miembro del Consejo de Europa, la República de Montenegro no será un Estado Miembro del Consejo de Europa. De acuerdo con la carta del Ministro de Asuntos Exteriores de 6 de junio de 2006, la República de Montenegro ya ha solicitado ser Miembro del Consejo de Europa. La solicitud se examinará de acuerdo con el procedimiento habitual (dictamen de la Asamblea Parlamentaria y Resolución del Comité de Ministros invitando a la República de Montenegro a convertirse en Estado Miembro)"[45].

Tras el dictamen de la Asamblea Parlamentaria[46], la República de Montenegro se convirtió en Estado Miembro del Consejo de Europa por adhesión, no por sucesión de Estados, el 11 de mayo de 2007.

2. La sucesión de Estados y los tratados de derechos humanos del Consejo de Europa.

En los dos casos anteriormente comentados, los Estados miembros y los principales órganos del Consejo de Europa han seguido la tesis de la sucesión automática de Estados respecto a los tratados sobre derechos humanos celebrados por el Consejo de Europa.

A) La disolución de la antigua República de Checoslovaquia.

En el caso de la disolución de la antigua República de Checoslovaquia y la aparición de dos nuevos Estados (República Checa y República Eslovaca) el 31 de diciembre de 1992, su carácter acordado favoreció la aplicación de la sucesión automática de Estados a los tratados de derechos humanos adoptados por el Consejo de Europa. Durante la reunión del Comité de Ministros para dar su respuesta inicial a las solicitudes de adhesión presentadas por la República Checa y la República Eslovaca, el Director de Asuntos Jurídicos dijo que "la idea que subyace en el documento preparado por la Dirección de Asuntos Jurídicos es que los dos Estados son efectivamente sucesores. Los dos Estados habían expresado su deseo de ser sucesores en sus respectivas cartas del 1 de enero". Añadió que: "corresponde al Comité de Ministros decidir si puede aceptar que los dos Estados se consideren sucesores de la República Federal Checa y Eslovaca en lo que respecta al Convenio Europeo de Derechos Humanos"[47].

45 Council of Europe. Ministers' Deputies. CM Documents. CM(2006)104-rev (14 June 2006): 967 Meeting, 14 June 2006. 2 Political questions. 2.3 State Union of Serbia and Montenegro, p. 2.

46 Political Affairs Committee. Parliamentary Assembly. Doc. 11204 (12 March 2007): Accession of the Republic of Montenegro to the Council of Europe, Report.

47 Comité de Ministros. Doc. CM/Del/Concl(93) 484ter y 484quater, *cit.*, p 21.

La conclusión de los Ministros sobre este punto fue:

"Los Ministros (...)

10. han tomado nota con satisfacción de las declaraciones de la República Checa y de la República Eslovaca por las que se consideran obligadas, a partir del 1 de enero de 1993, por el Convenio para la Salvaguardia de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y por sus Protocolos nº 1, 4, 6, 7, 9 y 10, así como por las declaraciones previstas en los artículos 25 y 46 del Convenio".

La Asamblea Parlamentaria también mantuvo la misma idea en su dictamen. Además, la Oficina de Tratados del Consejo de Europa informa de que el Convenio para la Salvaguarda de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales entró en vigor, tanto para la República Checa como para la República Eslovaca, el 1 de enero de 1993, es decir, el primer día de la independencia de ambos Estados. Además, la nota explicativa nº. 17 informa que las fechas de firma y ratificación de este Convenio para ambos Estados son las mismas realizadas "por la antigua República Federal Checa y Eslovaca"[48]. Por lo tanto, en este caso está muy claro que todas las partes interesadas querían aplicar la sucesión automática de Estados en el Convenio para la Salvaguarda de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

B) La separación de Montenegro de la antigua República Federal de Yugoslavia (Serbia y Montenegro).

Ya he mencionado que el Comité de Ministros consideró que "la República de Serbia continuará siendo miembro de la Unión de Estados en el Consejo de Europa y asumirá las obligaciones y compromisos correspondientes". Profundizando en la idea de que la República de Serbia era la continuadora de la antigua Unión de Estados de Serbia y Montenegro, los Ministros consideraron que ninguna de las tres excepciones previstas en el artículo 35 de la Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de Tratados era aplicable al presente caso y, por lo tanto, que era válida la disposición que establece que "Cuando, después de la separación de una parte del territorio de un Estado, el Estado predecesor continúe existiendo, todo tratado que en la fecha de la sucesión de un Estado estuviera en vigor respecto del Estado predecesor continuará en vigor respecto del resto de su territorio". Los Ministros añadieron que:

"Por lo tanto, dado que el Presidente de la República de Serbia ha informado que la República de Serbia continúa siendo miembro del Consejo de Europa de la Unión Estatal de Serbia y Montenegro, y tras una decisión del Comité de

48 Véase Council of Europe. Treaty Office. Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Chart of signatures and ratifications. Status as of 04/03/2021.

Ministros con respecto a esta información, Serbia seguirá siendo Parte en todos los convenios y acuerdos ratificados o que hayan sido objeto de una adhesión por parte de Serbia y Montenegro. En cuanto a los tratados firmados y no ratificados por Serbia y Montenegro, la República de Serbia podrá, en cualquier momento, ratificarlos''[49].

La situación con la República de Montenegro era un poco diferente. En dos cartas del Sr. *Miodrag Vlahovic*, Ministro de Asuntos Exteriores de Montenegro, al Secretario General del Consejo de Europa, el Sr. *Terry Davis*, fechadas el 6 y el 12 de junio de 2006, Montenegro hizo saber que, como nuevo Estado independiente, ''desearía establecer su estatus de sucesor de todos los convenios, cartas o acuerdos del Consejo de Europa de los que Serbia y Montenegro era Parte o Miembro''. En su respuesta inicial, el Comité de Ministros ''acogió con satisfacción la intención expresada por las autoridades de la República de Montenegro de respetar y aplicar las obligaciones y compromisos contraídos por la Unión Estatal de Serbia y Montenegro como Estado Miembro del Consejo de Europa''[50].

La Asamblea Parlamentaria adoptó una actitud similar:

''La Asamblea acoge con satisfacción la intención de las autoridades de la República de Montenegro de cumplir los tratados internacionales y otros acuerdos de los que la Unión Estatal de Serbia y Montenegro era Parte. La Asamblea se siente especialmente satisfecha al constatar, a este respecto, que Montenegro considera que desde el 3 de junio de 2006 está vinculado por las obligaciones derivadas del Convenio Europeo de Derechos Humanos''[51].

Por lo tanto, la Asamblea Parlamentaria requirió a la República de Montenegro:

''confirmar por escrito, a más tardar en la fecha de la adhesión, que, en virtud de la notificación de sucesión contenida en las cartas de 6 y 12 de junio de 2006 del Ministro de Asuntos Exteriores de la República de Montenegro al Secretario General del Consejo de Europa, Montenegro se considera vinculado, con efecto a partir del 6 de junio de 2006, al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y a los Protocolos nº 1, 4, 6, 7, 12, 13 y 14 del Convenio y al Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo''[52].

El Comité de Ministros sí consideró diferentes posibilidades en relación con el deseo de la República de Montenegro de considerarse vinculada por el Convenio

49 Council of Europe. Ministers' Deputies. CM Documents. CM(2006)104-rev, cit., p. 2.

50 Committee of Ministers. Doc. CM/Del/Dec(2006)967, *cit.*, p 18-19.

51 Political Affairs Committee. Parliamentary Assembly. Doc. 11204 (12 March 2007): Accession of the Republic of Montenegro to the Council of Europe, Report, point 10.

52 Ibíd., punto 19.1.1.

para la Salvaguarda de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales desde el primer día de su independencia:

"La Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de tratados establece en su artículo 16 que «Ningún Estado de reciente independencia estará obligado a mantener en vigor un tratado, o a pasar a ser Parte de él, por el solo hecho de que en la fecha de la sucesión de Estados el tratado estuviera en vigor respecto del territorio al que se refiera la sucesión de Estados». Sin embargo, de la Carta del 6 de junio de 2006 se desprende que la República de Montenegro está decidida a respetar y aplicar todos los convenios y protocolos del Consejo de Europa que la Unión Estatal de Serbia y Montenegro ha firmado y ratificado hasta ahora.

En cuanto a los tratados ratificados por Serbia y Montenegro, la misma Convención especifica (en su artículo 17) que, bajo ciertas condiciones, "un Estado de reciente independencia podrá, mediante una notificación de sucesión, hacer constar su calidad de Parte en cualquier tratado multilateral que en la fecha de la sucesión de Estados estuviera en vigor respecto del territorio al que se refiere la sucesión de Estados". Sin embargo, en la práctica esta sucesión no sería automática, y requeriría una decisión del Comité de Ministros sobre el hecho de que este Estado sí es Parte de los Tratados y los Acuerdos Parciales de los que era Parte el Estado predecesor (...)".

Por último, el Comité de Ministros optó por la sucesión automática de la República de Montenegro en este Convenio:

"En el caso de los Convenios abiertos únicamente a los Estados miembros del Consejo de Europa, el Comité de Ministros puede decidir considerar a la República de Montenegro como Parte de estos Convenios sólo en el momento de su adhesión al Consejo de Europa. No obstante, debe considerarse que la República de Montenegro ya ha manifestado su intención de considerarse vinculada por estos Convenios a partir de la fecha de la notificación de sucesión. En este caso, el Comité de Ministros puede decidir considerar a la República de Montenegro como Parte de estos Convenios, con efecto retroactivo a la fecha de la notificación de la sucesión. La ventaja de esta solución (que se adoptó en el caso de la República Checa y Eslovaquia) sería la de garantizar la aplicación ininterrumpida a uno o varios de los convenios en cuestión, que son el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y el Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo, así como el Acuerdo General sobre Privilegios e Inmunidades".

Aunque la República de Montenegro se convirtió en Estado Miembro del Consejo de Europa por adhesión, y no por sucesión de Estados, el 11 de mayo de

2007, la Oficina de Tratados del Consejo de Europa informa de que el Convenio para la Salvaguarda de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales entró en vigor para la República de Montenegro el 6 de junio de 2006, es decir, el primer día de su independencia. Además, la nota explicativa nº. 56 informa de que las fechas de firma y ratificación de este Convenio para la República de Montenegro son las mismas "fechas de firma y ratificación por la Unión Estatal de Serbia y Montenegro"[53].

De hecho, como ha señalado Chinchón Álvarez[54], el TEDH, siguiendo expresamente el Comentario General nº 26 del Comité de Derechos Humanos de la ONU: Continuidad de las obligaciones[55], ha defendido la sucesión automática tanto de la República Checa como de la República Eslovaca, así como de la República de Montenegro, respecto del Convenio Europeo para la Salvaguarda de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales:

"El Tribunal señala, por lo que respecta al presente asunto, que:

i) la única interpretación razonable del artículo 5 de la Ley Constitucional sobre la aplicación de la Constitución de la República de Montenegro, la redacción del artículo 44 de la Ley montenegrina sobre el derecho a un juicio en un plazo razonable y, de hecho, las propias observaciones del Gobierno montenegrino, es que todos ellos sugieren que Montenegro debería considerarse vinculado por el Convenio, así como por sus Protocolos, a partir del 3 de marzo de 2004, fecha en que estos instrumentos entraron en vigor respecto de la Unión Estatal de Serbia y Montenegro;

(ii) el propio Comité de Ministros había aceptado, aparentemente debido a la anterior ratificación del Convenio por parte de la Unión Estatal de Serbia y Montenegro, que no era necesario que Montenegro depositara su propia ratificación formal del Convenio;

iii) aunque las circunstancias de la creación de las Repúblicas Checa y Eslovaca como Estados separados no eran evidentemente idénticas al presente caso, la respuesta del Tribunal a esta situación es pertinente: a saber, a pesar de que la República Federal Checa y Eslovaca era Parte del Convenio desde el 18 de marzo de 1992 y de que el 30 de junio de 1993 el Comité de Ministros había admitido a los dos nuevos Estados en el Consejo de Europa y había decidido que se consideraría que habían sucedido al Convenio con carácter retroactivo

53 Véase Council of Europe. Treaty Office. Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Chart of signatures and ratifications. Status as of 04/03/2021.

54 Chinchón Álvarez, J.: "Responsabilidad internacional", cit., pp. 410 y 424-425.

55 European Court of Human Rights, Case of *Bijelić v. Montenegro and Serbia* (Application no. 11890/05). Judgment 28 April 2009, pár. 58.

a partir de su independencia el 1 de enero de 1993, la práctica del Tribunal ha sido considerar que la fecha operativa en los casos de violaciones continuas que surgieron antes de la creación de los dos Estados separados era el 18 de marzo de 1992 y no el 1 de enero de 1993 (véase, por ejemplo, *Konečný c. República Checa*, nos. 47269/99, 64656/01 y 65002/01, § 62, 26 de octubre de 2004).

A la vista de lo anterior, dados los requisitos prácticos del artículo 46 del Convenio, así como el principio de que los derechos fundamentales protegidos por los tratados internacionales de derechos humanos deben pertenecer efectivamente a los individuos que viven en el territorio del Estado Parte en cuestión, a pesar de su posterior disolución o sucesión, el Tribunal considera que tanto el Convenio como el Protocolo nº 1 deben considerarse en vigor de forma continuada respecto a Montenegro a partir del 3 de marzo de 2004, entre el 3 de marzo de 2004 y el 5 de junio de 2006, así como posteriormente"[56].

V. LA SUCESIÓN DE ESTADOS Y LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA.

Los efectos de la sucesión de Estados respecto a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (UE) dependen de los Tratados constitutivos de la UE y no de las disposiciones que constituyen el Derecho de sucesión de Estados. El art. 4 de la Convención de Viena de 1978 sobre la sucesión de Estados en materia de tratados establece que esta Convención "se aplicará a los efectos de la sucesión de Estados respecto de: a) Todo tratado que sea un instrumento constitutivo de una organización internacional, sin perjuicio de las normas relativas a la adquisición de la calidad de miembro y sin perjuicio de cualquier otra norma pertinente de la organización". Por lo tanto, merecen una especial atención las normas relativas a la adquisición de la condición de Miembro de la UE, así como cualquier otra norma pertinente de la UE.

1. Normas pertinentes de la Unión Europea distintas de las relativas a la adhesión.

Hay que tener en cuenta que la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE no tiene carácter jurídicamente vinculante como tal. La Carta de la UE se adoptó como un acuerdo político, no como un tratado internacional. De hecho, no se publicó en la serie L (Legislación) del Diario Oficial de la UE, sino en su serie C (Comunicaciones e informaciones)[57].

El Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión Europea proclamaron solemnemente la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE adaptada en

56 Ibíd., págs. 68-69.

57 Ver: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=OJ%3AC%3A2007%3A303%3ATOC.

Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007. La Carta de la UE no se incorporó al Tratado de Lisboa. De hecho, el Tratado de Lisboa se adoptó un día después, el 13 de diciembre de 2007[58]. Sin embargo, en virtud del art. 6.1 del Tratado de la UE (TUE) modificado:

"La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados".

En la medida en que esta disposición otorga valor jurídico a la Carta de la UE, es decir, el mismo valor jurídico que los Tratados constitutivos, sólo los Estados Partes de dichos Tratados pueden estar vinculados por la Carta de la UE. Esta afirmación excluye a los terceros Estados de beneficiarse de los derechos, libertades y principios establecidos en la Carta de la UE.

Pero la situación es un poco más compleja. La victoria de los derechos fundamentales reconocidos en la Carta de la UE se ha visto ensombrecida por las concesiones hechas a algunos Estados Miembros: Polonia y Reino Unido obtuvieron, en la reforma de Lisboa, una excepción a la aplicación de la Carta de la UE que se recoge en el Protocolo nº 30 y que pretende impedir que los tribunales polacos o británicos conozcan de casos relativos a derechos contenidos en la Carta de la UE si no están previstos en sus respectivas legislaciones nacionales (art. 1.2). Esta disposición refleja los temores de estos dos Estados Miembros sobre la inclusión de una mención a los derechos sociales en la Carta de la UE. Polonia incluso intentó explicar su actitud con dos Declaraciones anexas al Acta Final de la Conferencia Intergubernamental que adoptó el Tratado de Lisboa. Por un lado, en la Declaración 61 Polonia afirmaba que "La Carta no afecta en modo alguno al derecho de los Estados miembros a legislar en el ámbito de la moral pública, del Derecho de familia, así como de la protección de la dignidad humana y del respeto de la integridad humana física y moral". Por otra parte, en la Declaración 62 Polonia afirmó que "respeta plenamente los derechos sociales y del trabajo, según se establecen en el Derecho de la Unión, y en particular los que se reafirman en el título IV de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea".

Incluso la República Checa también intentó, sin éxito, profundizar en la tendencia a la flexibilización de derechos y obligaciones entre los distintos Estados miembros[59]. Como han señalado Gutiérrez Espada, Cervell Hortal y Piernas López, el Consejo Europeo celebrado en Bruselas los días 29 y 30 de octubre de

58 Véase: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=OJ:C:2007:306:TOC.

59 Bou Franch, V.: (dir.) *Introducción al Derecho de la Unión Europea*. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, p. 156.

2009, teniendo en cuenta las exigencias de la República Checa para la ratificación del Tratado de Lisboa, acordó que en el momento de la celebración del próximo tratado de adhesión de un nuevo Estado miembro (es decir, Croacia en 2013) se anexaría un protocolo al TUE y al Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE) por el que el Protocolo nº 30 se aplicaría también a la República Checa en los mismos términos en que se refiere a Polonia y al Reino Unido[60]. Sin embargo, el Parlamento Europeo se negó (por 574 votos a favor y 82 en contra) a modificar los Tratados constitutivos a este respecto[61].

Por el contrario, el Protocolo sobre las preocupaciones del pueblo irlandés con respecto al Tratado de Lisboa, adoptado el 13 de junio de 2012[62], establece en su art. 1 que nada de lo dispuesto en el Tratado de Lisboa, que atribuye estatuto jurídico a la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, afecta en modo alguno al alcance y la aplicabilidad de la protección del derecho a la vida (arts. 40.3.1, 40.3.2 y 40.3.3), la protección de la familia (art. 41) o la protección de los derechos en materia de educación (art. 42 y 44.2.4 y 44.2.5) previstos en la Constitución de Irlanda.

Por lo tanto, parece fácil concluir que la Carta de la UE no forma parte del acervo de la UE. Esto significa que cuando, en el futuro, un tercer país se adhiera a los Tratados constitutivos de la UE, seguirá siendo libre de decidir si está o no vinculado por la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE.

2. Normas relativas a la adquisición y pérdida de la condición de Miembro de la Unión Europea.

El TUE sólo contempla las posibilidades de admisión de nuevos Estados Miembros (art. 49) y, como novedad introducida por el Tratado de Lisboa, la retirada de cualquier Estado miembro (art. 50).

Para convertirse en un nuevo Estado Miembro, el art. 49 del TUE exige tres condiciones jurídicas. En primer lugar, el solicitante debe ser un "Estado" y no una entidad territorial menor. En la práctica, esto significa que si, por ejemplo, Escocia quiere acceder a la Unión Europea, primero tendría que convertirse en un Estado independiente del Reino Unido. En segundo lugar, debe ser un "Estado europeo". Debo señalar que el concepto de lo que es un Estado europeo no está claro. En la práctica, el criterio geográfico no se ha seguido estrictamente. Chipre ha sido aceptado como nuevo Estado Miembro a pesar de ser una isla mediterránea contigua a la península de Anatolia que, según el criterio de mayor proximidad

60 Véase: https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15265-2009-INIT/en/pdf%20point%201.2.

61 Gutiérrez Espada, C.; Cervell Hortal, M. J.; Piernas López, J. J.: *La Unión Europea y su Derecho*. Trotta, Madrid, 2015, p. 65.

62 Véase: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:22013A0302(01)&from=SV.

al continente, es geográficamente asiática. En 1987 se rechazó la solicitud de Marruecos, a pesar de que sólo está a menos de 12 kilómetros de España. Posteriormente, Malta, un Estado archipelágico situado a más de 100 kilómetros de Sicilia, fue considerado un "Estado europeo". El hecho de que un Estado sea sólo "mínimamente" europeo, desde el punto de vista geográfico, tampoco ha sido un obstáculo para ser considerado como Estado candidato a la adhesión a la UE. Este sería el caso de Turquía, que sólo posee una pequeña porción de su territorio, menos del cinco por ciento, en lo que se consideraría geográficamente como Europa. Por último, pero no menos importante, el Estado candidato debe respetar los valores de la UE. Incluso antes de la inclusión de este requisito legal en el TUE, la adhesión de Grecia (1979), así como la de España y Portugal (1985), se produjo bajo el requisito expreso de respetar el pluralismo democrático, el Estado de Derecho y los derechos humanos fundamentales[63].

Una vez que el acuerdo de adhesión entre en vigor, el nuevo Estado Miembro de la UE estará vinculado por la Carta de la UE, salvo que haya declarado expresamente su intención contraria y se haya adoptado un Protocolo similar al de Polonia y el Reino Unido, o al de Irlanda.

Una novedad introducida por el Tratado de Lisboa permite que cualquier Estado Miembro decida retirarse de la UE de acuerdo con sus propias exigencias constitucionales y con el art. 50 del TUE. Los Tratados constitutivos, incluida la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, dejarán de aplicarse al Estado en cuestión a partir de la fecha de entrada en vigor del acuerdo de retirada o, en su defecto, dos años después de la notificación de retirada, salvo que el Consejo Europeo, de acuerdo con el Estado Miembro afectado, decida por unanimidad prorrogar este plazo (art. 50.3). Sin embargo, el Tribunal de Justicia de la UE, en su Sentencia de 10 de diciembre de 2018[64], también reconoció la posibilidad de revocar unilateralmente la notificación de retirada. El Tribunal de Justicia declaró que:

"el artículo 50 TUE debe interpretarse en el sentido de que, mientras no haya entrado en vigor un acuerdo de retirada celebrado entre el Estado Miembro de que se trate y la Unión o, a falta de tal acuerdo, mientras no haya expirado el plazo de dos años previsto en el artículo 50 TUE, apartado 3, eventualmente prorrogado conforme a este apartado, permite que un Estado Miembro que

63 El art. 49 del TUE también establece que: "Se tendrán en cuenta los criterios de elegibilidad acordados por el Consejo Europeo". En este sentido, véanse los criterios de Copenhague en: https://www.consilium.europa.eu/media/21221/72925.pdf (punto 7.A) y el criterio de Madrid en: https://www.consilium.europa.eu/media/21173/madrid-consejo-europeo.pdf (punto III.A).

64 Sentencia del Tribunal de Justicia (Pleno) de 10 de diciembre de 2018. Andy Wightman y otros contra Secretary of State for Exiting the European Union. Petición de decisión prejudicial planteada por Court of Session, Inner House, First Division (Scotland). Caso C-621/18, pár. 75. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:62018CJ0621.

haya notificado al Consejo Europeo, conforme a dicho artículo, su intención de retirarse de la Unión revoque unilateralmente, de manera unívoca e incondicional, tal notificación mediante escrito dirigido al Consejo Europeo, una vez adoptada la decisión de revocación de conformidad con sus normas constitucionales. Esta revocación tiene por objeto confirmar la pertenencia de dicho Estado Miembro a la Unión en términos inalterados por cuanto respecta a su estatuto de Estado Miembro y pone fin al procedimiento de retirada".

El art. 50.5 también contempla la hipótesis de que un Estado, que se haya retirado de la UE, solicite su reincorporación a la misma. En el caso de esta hipótesis, altamente improbable, al menos por el momento, su solicitud se someterá al procedimiento contemplado en el art. 49. Como es sabido, el Reino Unido es el único Estado Miembro que ya se ha retirado de la UE[65]. Esta disposición significa que si el Reino Unido solicita en el futuro su reincorporación a la UE, el Reino Unido y la UE tendrían que celebrar un nuevo acuerdo de adhesión. También significa que el eventual estatus futuro de Miembro del Reino Unido no sería necesariamente el mismo (es decir, con las mismas excepciones o tratos especiales) del que disfrutaba antes de su retirada. Las condiciones de su membresía se establecerían en el nuevo acuerdo de adhesión.

El Acuerdo de retirada del Reino Unido se aplicó expresamente a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE [art. 2(a)(i)]. Este acuerdo estableció un "período de transición". De conformidad con el art. 126, este período comenzó en la fecha de su entrada en vigor y finalizó el 31 de diciembre de 2020. La Carta de la UE finalizó su aplicación en el Reino Unido en esta fecha. Además, durante el período de transición, los arts. 39 (derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo) y 40 (derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales) de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, así como los actos adoptados sobre la base de estas disposiciones, no se aplicaron en el Reino Unido [art. 127.1.b)].

3. Otros casos de sucesión de Estados y pertenencia a la Unión Europea.

Hay otros casos de sucesión de Estados no contemplados en los Tratados constitutivos. Se trata de casos como la separación de una parte de un Estado miembro o la creación de un nuevo Estado independiente. El Sr. Romano Prodi, Presidente de la Comisión Europea, fijó la actitud oficial de la UE sobre estos casos. En respuesta a una pregunta formulada en el Parlamento Europeo, el Presidente Prodi respondió el 1 de marzo de 2004, en nombre de la Comisión Europea, lo siguiente:

65 Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica. Publicado en *el DO*, L 029, 31.1.2020, p. 7, véase: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=OJ:L:2020:029:TOC.

"La Comunidad Europea y la Unión Europea se constituyeron mediante los tratados pertinentes entre los Estados Miembros. Estos tratados se aplican a los Estados Miembros (artículo 299 del Tratado CE). Cuando una parte del territorio de un Estado Miembro deja de formar parte de ese Estado, por ejemplo porque se convierte en un Estado independiente, los tratados dejarán de aplicarse a este Estado. En otras palabras, una nueva región independiente, por el hecho de su independencia, se convertirá en un tercer Estado en relación a la Unión y, desde el día de su independencia, los tratados ya no serán de aplicación en su territorio.

Según el artículo 49 del Tratado de la Unión Europea, cualquier Estado europeo que respete los principios establecidos en el apartado 1 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea podrá solicitar el ingreso como Miembro de la Unión. Una solicitud de este tipo requiere, si es aceptada por el Consejo por unanimidad, la negociación de un acuerdo entre el Estado solicitante y los Estados Miembros sobre las condiciones de admisión y las adaptaciones que esta admisión supone de los tratados. El acuerdo está sujeto a la ratificación por parte de todos los Estados Miembros y del Estado solicitante"[66].

Desde entonces se han planteado preguntas similares sobre una hipotética separación de Escocia del Reino Unido o de Cataluña del Reino de España. Las respuestas de la Comisión Europea han sido siempre las mismas. Por ejemplo, cuando se preguntó a la Comisión Europea en 2012 sobre la situación si el electorado escocés votaba efectivamente en 2014 a favor de abandonar el Reino Unido y Escocia se convertía posteriormente en un país independiente, el Presidente José Manuel Durao Barroso respondió que "el contexto jurídico no ha cambiado desde 2004, ya que el Tratado de Lisboa no ha introducido ningún cambio a este respecto". Por lo tanto, la Comisión confirmó su posición expresada en la declaración del Presidente Prodi realizada en 2004[67].

En cuanto a la situación en Cataluña, varios presidentes de la Comisión Europea han respondido a preguntas similares y siempre han insistido en ello:

"Algunos escenarios, como la separación de una parte de un Estado Miembro o la creación de un nuevo Estado, no serían neutrales en lo que respecta a los Tratados de la UE. Por lo tanto, incluso los Estados legalmente creados en el territorio actual de la UE no podrían convertirse automáticamente en nuevos Estados Miembros de la UE de forma automática. Por el contrario, dichas entidades quedarían en todo caso primero fuera de la UE, dado que los Tratados

66 Ver: Preguntas parlamentarias. 1 de marzo de 2004. Respuesta del Sr. Prodi en nombre de la Comisión. Referencia de la pregunta: P-0524/2004, disponible en: https://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=P-2004-0524&language=ES.

67 Preguntas parlamentarias. 3 de diciembre de 2012. Respuesta conjunta del Sr. Barroso en nombre de la Comisión. Preguntas escritas: P-009756/12, P-009862/12. Referencia de la pregunta: P-009862/2012 https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/P-7-2012-009756-ASW_ES.html.

habrían dejado de aplicarse a su territorio, y luego estarían sujetas a todos los procedimientos y requisitos del proceso de adhesión como lo han estado otros países candidatos, como en particular los Estados Miembros que se han incorporado a la Unión después de 2004. Entre otras cosas, la adhesión de nuevos Estados a la UE requiere la aprobación unánime de todos los Estados Miembros existentes.

(...) la citada conclusión de que «si se organizara un referéndum de acuerdo con la Constitución española significaría que el territorio que se fuera se encontraría fuera de la Unión Europea» se desprende directamente del Derecho de la UE"[68].

En resumen, en caso de separación de una parte de un Estado Miembro o de creación de un nuevo Estado independiente, habrá una situación jurídica diferente para el nuevo Estado independiente y para el resto del antiguo Estado Miembro. El resto del antiguo Estado Miembro seguirá siendo un Estado Miembro de la UE, mientras que el Estado segregado dejará de ser automáticamente un Estado Miembro. Los Tratados constitutivos, incluida la Carta de la UE, seguirán aplicándose al resto del territorio del antiguo Estado Miembro, mientras que su aplicación cesará para el nuevo Estado independiente, a menos que este Estado vuelva a solicitar la adhesión a la UE y hasta que entre en vigor un nuevo acuerdo de adhesión.

Esta actitud también fue compartida por los Presidentes de otras instituciones de la UE. Tanto el Sr. Herman Van Rompuy, Presidente del Consejo Europeo[69], como el Sr. Antonio Tajani, Presidente del Parlamento Europeo[70], han reiterado estas mismas ideas.

Incluso antes de que las preguntas relativas a Escocia y Cataluña recibieran respuesta en el Parlamento Europeo, se produjo un precedente relativo a la independencia de Argelia de Francia en 1962. Hay que tener en cuenta que el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero sólo era aplicable a los territorios europeos de los Estados Miembros (art. 79 del Tratado CECA). Sin embargo, algunas disposiciones del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, en particular las relativas a la libre circulación de mercancías, a la agricultura, a la liberalización de los servicios, a las normas de

68 Véase: *ibíd*., 12 de noviembre de 2012. Respuesta del Sr. Barroso en nombre de la Comisión. Referencia de la pregunta: E-008133/2012; *ibíd*., 20 de noviembre de 2013. Respuesta del Sr. Barroso en nombre de la Comisión. Referencia de la pregunta: E-011023/2013; *ibíd., 7 de julio* de 2017. Respuesta del Presidente Juncker en nombre de la Comisión. Referencia de la pregunta: E-003486/2017; *ibíd., 1 de diciembre* de 2017. Respuesta del Presidente Juncker en nombre de la Comisión. Referencia de la pregunta: E-006212/2017.

69 Consejo Europeo. El Presidente (Madrid, 12 de diciembre de 2013) EUCO 267/13 PRESSE 576 PR PCE 241: Observaciones del Presidente del Consejo Europeo Herman Van Rompuy, sobre Cataluña, disponible en: https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/es/ec/140779.pdf.

70 Véase la respuesta en inglés del Sr. Antonio Tajani a la carta de la Sra. Beatriz Becerra del 19 de junio de 2017, disponible en: https://elpais.com/politica/2017/09/07/actualidad/1504779972_170590.html.

competencia y a las instituciones, eran aplicables a Argelia y a los departamentos franceses de ultramar a partir de la entrada en vigor de dicho Tratado; las condiciones de aplicación de las demás disposiciones de dicho Tratado a Argelia y a los departamentos franceses de ultramar debían ser determinadas por el Consejo (apartado 2 del art. 227 del Tratado CEE). Como recordó el Presidente José Manuel Durao Barroso ante el Parlamento Europeo:

"El Tratado de la CEE dejó de aplicarse a Argelia cuando, tras su independencia el 3 de julio de 1962, su territorio dejó de formar parte del territorio de la República Francesa.

El TUE y el TFUE se aplican a los Estados Miembros (artículo 52, apartado 1, del TUE), y en los territorios de los Estados Miembros en las condiciones establecidas en los tratados, en particular el artículo 355 del TFUE. En consecuencia, cuando un territorio deja de formar parte del territorio de un Estado Miembro, los Tratados dejan de aplicarse en dicho territorio"[71].

VI. CONSIDERACIONES FINALES.

Los efectos de la sucesión de Estados respecto a los tratados sobre derechos humanos están muy condicionados por el hecho de que la mayoría de estos tratados se han adoptado en el marco de diferentes organizaciones internacionales. Este hecho exige el examen previo de las normas relativas a la adquisición de la condición de Miembro y de cualquier otra norma pertinente de cada organización internacional en cuestión.

Las organizaciones internacionales tienen normas muy diferentes en cuanto a la adhesión. En general, como ocurre en los tres casos analizados (Naciones Unidas, Consejo de Europa y UE) los tratados constitutivos de cada organización internacional establecen su propio proceso formal de admisión como nuevo Estado Miembro, y sus propios requisitos que deben cumplir los Estados candidatos a la adhesión. Normalmente, los tratados constitutivos de las organizaciones internacionales no contienen ninguna disposición que aborde los efectos de la sucesión de Estados respecto a la pertenencia a la organización. La práctica seguida por varias organizaciones internacionales establece que un nuevo Estado no tiene derecho a convertirse automáticamente en Parte Contratante del tratado constitutivo y también en Estado Miembro de la organización como Estado sucesor, simplemente porque su Estado predecesor ya era Estado Miembro en la organización en cuestión. La práctica seguida por las Naciones Unidas, el Consejo

71 Preguntas parlamentarias. 30 de septiembre de 2014. Respuesta conjunta del Sr. Barroso en nombre de la Comisión. Preguntas escritas: E-005693/14 , E-005694/14 , E-005692/14. Referencias de las preguntas: E-005692/2014, E-005693/2014, E-005694/2014, disponibles en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-8-2014-005692-ASW_EN.html.

de Europa y la UE demuestra que los nuevos Estados deben cumplir siempre los requisitos de admisión, así como seguir el proceso formal de admisión. Nunca se ha aceptado la sucesión automática en la pertenencia como Miembro a estas tres organizaciones internacionales.

Con los Estados que continúan, no ha habido ningún problema en considerarlos como Partes Contratantes de los tratados de derechos humanos, si han adquirido esta condición antes de que se produjera la sucesión de Estados. Pero una vez que los nuevos Estados adquieren la condición de Estado Miembro en cada una de estas tres organizaciones internacionales, surge la cuestión de su participación en los tratados de derechos humanos adoptados en el marco de estas organizaciones. Sobre esta cuestión, no existe una práctica común seguida por la ONU, el Consejo de Europa y la UE.

Las Naciones Unidas han seguido una práctica diversa, incluso contradictoria, sobre esta cuestión. El Comité de Derechos Humanos ha defendido desde 1997, incluso antes, la idea de la continuidad de las obligaciones con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a pesar de cualquier caso de desmembramiento en más de un Estado o sucesión de Estados. El Comité de Derechos Humanos ha considerado sistemáticamente que una vez que se concede a las personas la protección de los derechos del Pacto, dicha protección evoluciona con el territorio y sigue perteneciendo a ellas, a pesar de cualquier caso de sucesión de Estados. Sin embargo, la CIJ, principal órgano judicial de la ONU, no ha acogido esta tesis de la sucesión automática de los tratados universales de derechos humanos. En su sentencia sobre el fondo del asunto relativo a la aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina contra Serbia y Montenegro), la CIJ adoptó la opinión contraria. La CIJ tuvo en cuenta que Montenegro, al separarse de Serbia, no había continuado con la personalidad jurídica internacional de la República Federativa de Yugoslavia y, por lo tanto, consideró que Montenegro no podía ser considerado un Estado demandado en ese caso. La Corte basó esta decisión en el principio fundamental de que ningún Estado puede ser sometido a su jurisdicción sin su consentimiento. La CIJ señaló que, en la medida en que la República de Montenegro no continuaba con la personalidad jurídica de Serbia y Montenegro, no podía, por tanto, haber adquirido, sobre esa base, la condición de Estado demandado en este caso. Es obvio que, si se hubiera seguido la tesis de la sucesión automática en este caso, Montenegro habría reconocido la jurisdicción de la CIJ en virtud del artículo IX de la Convención sobre el Genocidio.

Incluso la práctica seguida por los Estados sucesores en relación con los dos Pactos internacionales de derechos humanos está muy fragmentada. Como ya se ha mencionado, el número de nuevos Estados surgidos de una sucesión de

Estados que han decidido manifestar su consentimiento en obligarse por estos dos Pactos mediante la adhesión es ligeramente superior al número de nuevos Estados que se han convertido en Partes Contratantes de los mismos mediante una notificación de sucesión. Otra cuestión distinta es que casi todos los nuevos Estados han intentado que su expresión de consentimiento sea retroactiva a la fecha de su independencia.

El Consejo de Europa ha seguido una práctica diferente en esta materia. Los Estados interesados, los principales órganos del Consejo de Europa, e incluso el TEDH, han seguido la tesis de la sucesión automática que defendió el Comité de Derechos Humanos de la ONU y, por tanto, no ha habido ningún intervalo de tiempo en el que el Convenio Europeo de Derechos Humanos no se haya aplicado a los casos de sucesión de Estados.

Por último, el caso de la práctica de la Unión Europea en esta cuestión es muy diferente de la práctica de la ONU y del Consejo de Europa. Una vez que un nuevo Estado ha adquirido la condición de Estado Miembro de la UE, y en la medida en que la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE no pertenece al acervo de la UE, este nuevo Estado Miembro estará en una posición única, en la medida en que seguirá siendo libre de decidir si está o no vinculado por la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE.

BIBLIOGRAFÍA

Armas Pfirter, F.; González Napolitano, S.: "Secession and International Law: Latin American practice", en: *Secession. International Law perspectives* (coord. por M. G. Kohen), Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

Bou Franch, V.: (dir.) *Introducción al Derecho de la Unión Europea*. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014.

Bou Franch, V.: "El Consejo de Europa y la abolición total de la pena de muerte en Europa", *Revista jurídica del Perú*, núm. 41, 2002.

Chinchón Álvarez, J.: "Responsabilidad internacional del Estado y fenómenos de secesión: régimen general y particularidades en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Especial atención a la práctica del Consejo de Europa", en: *Consecuencias jurídicas de la secesión de entidades territoriales. Una visión para España* (coord. por Fernández de Casadevante Romaní, C.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

Crawford, J.: "State Practice and International Law in Relation to Secession", *British Year Book of International Law*, núm. 69 (1), 1998.

Fernández de Casadevante Romaní, C.: "Secesión y sucesión (imposible) en la cualidad de miembro de la organización internacional", en: *Consecuencias jurídicas de la secesión de entidades territoriales. Una visión para España* (coord. por Fernández de Casadevante Romaní, C.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

Gutiérrez Espada, C.; Cervell Hortal, M. J.; Piernas López, J. J.: *La Unión Europea y su Derecho*. Trotta, Madrid, 2015.

González Campos, J. D.: "Notas sobre la práctica de las Organizaciones Internacionales respecto a los efectos de la sucesión de Estados en el estatuto de miembro de la Organización". *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 15 (3), 1962.

Juste Ruiz, J.; Castillo Daudí, M.; Bou Franch, V.: *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Tirant lo Blanch, 3ª ed., Valencia, 2018.

López Martín, A. G.; Perea Unceta J. A.: *Creación de Estados, secesión y reconocimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

Mathias, S.; Trengove, S.: "Membership and Representation", en: *The Oxford Handbook of International Organization* (coord. por J. K. Cogan; I. Hurd; I. Johnston), Oxford University Press, Oxford, 2016.

OANTA, G. A.: *La sucesión de Estados en las Organizaciones internacionales. Análisis de la práctica internacional*, Bosch editor, 2020.

O'CONNELL, D. P.: *State Succession in Municipal Law and International Law*, vol. 2. Cambridge University Press, Cambridge, 1967.

RUIZ, F.: *Sucesión de Estados y salvaguardia de la dignidad humana. La sucesión de Estados en los tratados generales sobre protección de los derechos humanos y derecho humanitario*. Servicio de publicaciones de la Universidad de Burgos, Burgos, 2001.

SHAW, M. N.: *International Law*, 8ª ed. Cambridge University Press, Cambridge, 2017.

THIO, L. A.: "International Law and secession in the Asia and Pacific regions", en: *Secession. International Law Perspective* (coord. por M. G. KOHEN), Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

DE LA PROHIBICIÓN DEL TERRORISMO ON-LINE. UNA REFLEXIÓN CONSTITUCIONAL*

ON PROHIBITING ON-LINE TERRORISM. A CONSTITUTIONAL REFLECTION

Rev. Boliv. de Derecho Nº 32, julio 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 732-757

* Publicación realizada en el marco del Proyecto de Investigación "Partidos políticos: origen, función y revisión de su estatuto constitucional" (DER2017-84733-R). IP: María Salvador Martínez y Remedios Morán Martín.

Ignacio
ÁLVAREZ
RODRÍGUEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 17 de febrero de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 30 de abril de 2021

RESUMEN: El texto es una reflexión en voz alta sobre la prohibición de difusión de mensajes terroristas en Internet, especialmente al hilo de las normas internacionales y nacionales en la materia, así como de la jurisprudencia interpretativa dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional español.

PALABRAS CLAVE: Constitución; terrorismo; Internet.

ABSTRACT: *The paper thinks out loud on the banning of the terrorist´s contents on the Internet, specifically within the international and national legal framework, with the interpretation given by the European Court´s of Human Right case-law and our Constitutional Court´s case-law.*

KEY WORDS: *Constitution; terrorism; Internet.*

SUMARIO.- I. PLANTEAMIENTO.- II. MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL.- 1. Marco jurídico de las Naciones Unidas.- 2. Marco jurídico de la Unión Europea.- 3. Marco del Consejo de Europa.- III. MARCO JURÍDICO NACIONAL.- 1. La base normativa.- 2. Los criterios jurisprudenciales.- IV. CODA: ALGUNOS ARGUMENTOS PARA SEGUIR REFLEXIONANDO.- V. CONCLUSIÓN.

I. PLANTEAMIENTO.

No caben muchas dudas al respecto: se está librando una batalla en Internet por la influencia del mensaje terrorista, ya sea para captar nuevos adeptos, ya sea para publicitar sus fines y acciones, ya sea para declarar la guerra santa al infiel, ya sea para manifestar lo inevitable de una política global que quiere (¿necesita?) ir más allá del terruño[1]. La realidad nos dice que los Estados han adoptado algunas medidas que intentan perseguir este tipo de mensajes, aunque no sin mediación de algunas polémicas que alimentan más que su contrastada toxicidad[2]. En las siguientes líneas pretendemos hacer una reflexión en voz alta al hilo de la persecución de este tipo de contenidos desde la perspectiva del Derecho Constitucional, aunque no sólo ceñiremos al mismo el análisis *stricto sensu*, máxime teniendo en cuenta que,

1 Por un lado, porque este tipo de organizaciones siguen necesitando del control de territorios concretos, a partir de los cuales puedan expandir su mensaje y sus fines, entre los cuales está el aumentar sus capacidades comunicativas. Así lo defiende Torres-Soriano, M. R.: "La presencia del terrorismo yihadista en Internet", *Cuadernos del Centro Memorial de las Víctimas del Terrorismo*, núm. 6, 2018, pp. 51 y ss. Por otro lado, porque cuando se proclama el Califato por el Daesh, los expertos detectan que la nueva estrategia global ya no se limita a zonas que controlan sino a todo Occidente. Vid. Pedrero, J. I.: "La yihad virtual", *Cuadernos del Centro Memorial de las Víctimas del Terrorismo*, núm. 6, 2018, pp. 55 y ss.

2 Parece pertinente recordar el criterio de John Rawls que diferencia entre regular y restringir. Mientras que regular es establecer las pautas para canalizar el ejercicio de un derecho (a nuestros efectos, el de la libre expresión), restringir es impedir en ciertas condiciones que tal derecho se ejerza. Es por eso por lo que nadie en su sano juicio observa que cuando se establecen, pongamos por caso, los turnos de palabra en el Parlamento bajo la batuta de una presidencia que aplica las normas pertinentes para reconducir eventuales situaciones problemáticas tales reglas sean una violación de la libertad de expresión sino, antes al contrario, su garantía (todos pueden expresar sus puntos de vista). Vid. Rawls, J.: *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1978, pp. 235 y ss.

• Ignacio Álvarez Rodríguez
Licenciado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid (2004), Licenciado en Ciencias Políticas y de la Administración por la Universidad Complutense de Madrid (2009), y Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid (2011). Tiene un Máster en Especialización en Derecho Constitucional y Ciencia Política (CEPC, 2008). Es Profesor de Derecho Constitucional desde el año 2008, habiendo prestado servicios en la Universidad de Valladolid y en el Centro Universitario de la Defensa de San Javier (Murcia). Actualmente es Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid. Está acreditado a la figura de Profesor Contratado Doctor (2013), y cuenta en su haber con más de 120 publicaciones científico-técnicas, así como de más de 1.600 horas de docencia, entre Grado, Posgrado y Doctorado, habiendo dictado más de treinta conferencias nacionales e internacionales y formando parte de varios comités editoriales científicos. Ejerce labores de Vice-Secretario de la Revista Teoría y Realidad Constitucional (2017-hoy). Correo electrónico: ialvarez@ucm.es.

tal y como la doctrina ha dicho, la realidad de estas *armas de seducción masiva* es compleja y multifacética[3].

II. MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL.

La difusión de contenidos terroristas en la Red tiene su primera barrera en el Derecho Internacional. Va de suyo que el proyecto terrorista y la difusión de sus contenidos atenta contra la misma esencia de todo el entramado normativo e institucional existente, sea de Derecho convencional, sea de Derecho consuetudinario, sea del Derecho Internacional de Derechos Humanos. Dicho con otras palabras: la actividad terrorista supone un ataque masivo e integral a los valores que la democracia constitucional representa y, en ese sentido, "una ideología y proyecto totalitario que pretende sustituir la apertura de la búsqueda del bien común por una pretensión absoluta de verdad y dominación y aniquilar en su nombre la plural libertad de los ciudadanos"[4].

No obstante, y a falta de un tratado de alcance internacional sobre el fenómeno, vamos a hacer un par de apuntes respecto al marco jurídico establecido al albur de Naciones Unidas. Posteriormente haremos lo propio con la Unión Europea, donde se negocia una de las normas que se antoja capital para la lucha contra este tipo de fenómenos en el ámbito internacional regional europeo. Finalmente, se realizarán un par de apuntes sobre el Consejo de Europa.

1. Marco jurídico de Naciones Unidas

Desde 1963, la comunidad internacional ha venido elaborando instrumentos jurídicos universales para prevenir los actos de terrorismo bajo los auspicios de las Naciones Unidas y sus organismos especializados, en particular la Organización de Aviación Civil Internacional, la Organización Marítima Internacional y el Organismo Internacional de Energía Atómica. Los instrumentos universales contra el terrorismo representan un elemento central del régimen mundial contra el terrorismo y un marco importante para la cooperación internacional. Estos instrumentos jurídicos universales abarcan actos que van desde el secuestro de

3 La evolución de este tipo de políticas, así como los problemas que plantea, pueden verse en Cano Paños, M. Á.: "Internet y terrorismo islamista: aspectos criminológicos y legales", *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 22, 2008, pp. 67-88; y Cano Paños, M. Á y Castro Toledo, F. J.: "El camino hacia la (Ciber)Yihad. Un análisis de las fases del proceso de radicalización islamista y su interpretación por parte de los tribunales españoles a partir de los datos suministrados por sentencias judiciales", *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 20, 2018, pp. 1-36. La afortunada expresión pertenece a Javier Lesaca y se toma del estudio de Fernández Rodríguez, J. J.: "¿Cómo responder a los desafíos de seguridad? Una aproximación desde la dogmática de los derechos fundamentales", en Godoy, O. (coord.): *Libertad y seguridad en un contexto global. Retos y desafíos para los sistemas de garantía de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2020, p. 31.

4 La frase se toma del profesor Denninger, libremente adaptada a este contexto porque -creemos- se ajusta cual horma a zapato en lo que hace la vis destructiva de cualquier proyecto totalitario que *se precie*. Vid. Denninger, E.: "Democracia militante y defensa de la Constitución", en Benda, Maihoffer, Vogel, Hesse; y Heyde: *Manual de Derecho Constitucional*, IVAP-Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 484.

aviones hasta el terrorismo nuclear por parte de personas y grupos y obligan a los Estados que los ratifiquen a penalizar los actos terroristas más previsibles en los ámbitos cubiertos por los convenios. Sin embargo, estos instrumentos jurídicos universales son jurídicamente vinculantes únicamente para sus firmantes, quienes también se responsabilizan de hacer cumplir en su sistema penal los mismos[5].

Ya en 1972 la Asamblea General aprueba la Resolución 3034 (XXVII), de 18 de diciembre, donde adopta, entre otras medidas, la creación del Comité Especial sobre Terrorismo Internacional y se compromete a continuar con el análisis de la materia, cosa que ha hecho puntualmente en los diferentes órdenes del día celebrados en su programa anual o bianual. Una de las principales concreciones tuvo lugar con la Resolución 60/288, de 8 de septiembre, donde se aprueba la "Estrategia global contra el terrorismo", en la que se sientan algunos principios basilares para luchar contra este.

Como resultado de la atención prestada a la lucha contra el terrorismo a raíz de la aprobación de la Resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad, en la que el Consejo instaba a los Estados Miembros a que se adhiriesen a los instrumentos jurídicos universales contra el terrorismo, el ritmo de adhesión aumentó significativamente. En junio de 2011, dos tercios de los Estados Miembros habían ratificado o se habían adherido a por lo menos 10 de los 16 instrumentos universales contra el terrorismo. Y el propio Consejo de Seguridad adoptó la Resolución 2178 (2014) en la que se incide en el compromiso de los Estados de enjuiciar la financiación, planificación, preparación o comisión de actos de terrorismo, así como prestar apoyo a estos actos[6]. El esfuerzo ha continuado, intentando hacer frente a los desafíos que plantean esas organizaciones terroristas más o menos novedosas como el *Daesh*, con la Resolución 2309 (2016); o la Resolución 2370 (2017)[7].

Actualmente no hay ningún tratado de las Naciones Unidas contra el terrorismo que sea aplicable a una lista exhaustiva de las manifestaciones de

5 Lo recuerda Díez-Picazo, L. Mª.: *Sistema de derechos fundamentales*, Aranzadi, 4ª ed., Cizur Menor, 2013: a diferencia del Derecho Consuetudinario, que es *ius cogens* de obligado cumplimiento por todos los Estados, el Derecho Convencional sólo obliga a los Estados que lo suscriben, pp. 150 y ss.

6 Vid. Fernández Rodríguez, J. J.: "¿Cómo …", cit., pp. 47 y ss.

7 Para la profesora Soriano al amparo de estas resoluciones las legislaciones penales de los Estados que restringen los derechos fundamentales de la ciudadanía se convierten en una realidad que emplea la prevención como excusa para sancionar anticipadamente la posible comisión de ilícitos terroristas. Vid. Soriano Moreno, S.: "Las reformas legislativas en los Estados miembros de la Unión Europea frente al terrorismo: análisis desde los derechos fundamentales", en Godoy, O. (coord..): *Libertad y seguridad en un contexto global. Retos y desafíos para los sistemas de garantía de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2020, pp. 89 y ss. La doctrina constitucionalista nos advierte del siempre delicado equilibrio que hay que guardar en la materia, sin caer en el ese "segurinaje" que explicaba Torres Muro, I.: "Terrorismo y derechos fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 95, 2012, p. 450. Respecto a una de las colisiones *clásicas* entre derechos véase Sánchez Navarro, Á; "Libertad religiosa y libertad de expresión en España". En Cañamares Arribas, S. y Martínez-Torrón, J. (dirs.): *Tensiones entre libertad de expresión y libertad religiosa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 193-205.

terrorismo. Del mismo modo, la comunidad internacional todavía no se ha puesto de acuerdo sobre una definición internacional jurídicamente vinculante del término "terrorismo", debido en gran parte a la dificultad de elaborar una categorización jurídica universalmente aceptable de todos esos actos violentos que a veces perpetran Estados, otras ocasiones lo hacen grupos armados, algunas los denominados movimientos de liberación o de libre determinación, o por particulares. Cuestión bastante sorprendente (o a lo peor, no tanto).

Los Estados Miembros vienen participando desde el año 2000 en las negociaciones relativas a una amplia convención contra el terrorismo, pero la carencia de una definición compartida única y aceptada en todo el mundo de lo que constituye terrorismo sigue siendo un muro infranqueable. No obstante, se han hecho progreso a través de los actuales instrumentos jurídicos universales, que se han desarrollado a lo largo de líneas sectoriales, con la penalización de determinados "actos terroristas". Los instrumentos universales no definen los delitos terroristas como delitos con arreglo al derecho internacional. Más bien, se establece la obligación para los Estados partes en los acuerdos de penalizar en su derecho interno la conducta ilícita especificada y establecer mecanismos de cooperación internacional oportunos. En la medida en que no se concluyan con éxito las negociaciones en curso sobre una definición por todos aceptada de terrorismo, los acuerdos bilaterales y multilaterales deberán servir de base para la elaboración de normas comunes para combatir el uso de Internet con fines terroristas, en aras de la promoción de la cooperación internacional.

No existe ningún convenio universal que trate específicamente de la prevención y represión del uso de Internet por terroristas. En diciembre de 2010, la Asamblea General aprobó la Resolución 65/230, en la que hizo suya la "Declaración de Salvador" sobre estrategias amplias ante problemas globales: los sistemas de prevención del delito y justicia penal y su desarrollo en un mundo en evolución y solicitó a la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal que creara un grupo intergubernamental de expertos de composición abierta para que realizara un estudio exhaustivo del problema del delito cibernético y de las respuestas de los Estados Miembros, la comunidad internacional y el sector privado ante ese fenómeno, incluido el intercambio de información sobre legislación nacional, mejores prácticas, asistencia técnica y cooperación internacional. Los resultados de este estudio, lanzado por la UNODC en febrero de 2012, permitieron evaluar los efectos del uso de las nuevas tecnologías de la información en apoyo de actividades delictivas, en particular con respecto a ciertos usos terroristas de Internet, tales como la incitación al terrorismo y a la comisión de delitos de financiación del terrorismo por medios informáticos[8].

8 Información consultada en Organización de Naciones Unidas: *El uso de internet con fines terroristas*, Geneva, 2013, pp. 25 y ss. Véase en detalle Soriano Moreno, S.: "Las reformas legislativas en los Estados miembros

2. Marco jurídico de la Unión Europea.

La Unión Europea lleva lustros dedicada a la tarea de prevenir la amenaza terrorista. Desde la creación del grupo TREVI, allá por el año 1976, hasta el borrador de Reglamento que vamos a exponer a continuación y que se encuentra en discusión en pleno 2020, son muchas las iniciativas que se han adoptado a su amparo. Estas iniciativas son de diversa índole, ora preceptos directamente incluidos en los Tratados, ora normas de soft-law, en ocasiones medidas incardinadas en la Política Común de Seguridad y Defensa, y las más de las veces Estrategias que reciben diferentes nombres, pero unidas por un mismo fin que en los últimos tiempos resulta más relevante si cabe: evitar que las personas se radicalicen y sean captadas para fines subversivos terroristas y conseguir prevenir así futuras nuevas generaciones de terroristas[9]. Esta cuestión no es en absoluto baladí y la razón es bien sencilla: según los datos contrastados en los últimos estudios, se calcula que al menos una quinta parte de las personas de origen extranjero que se han incorporado al *Daesh*, proviene de Europa occidental. Dicho con otras palabras, hablamos de una segunda generación de personas cuyas familias provienen de países en su inmensa mayoría musulmana y cuya sensación de desarraigo y desafección es palpable. Al trabajarse estas mentes, el mensaje terrorista cala en profundidad como instrumento de captación porque ofrece una cosmovisión en la que creer, un gran objetivo colectivo que lograr y, al fin, dota de sentido a vidas cuyos titulares creían perdido para siempre. Terreno abonado para el proselitismo desde las redes sociales y demás *nuevos* medios de comunicación[10].

La Unión Europea está trabajando para que tal cosa no suceda mediante una batería de medidas contra la difusión del terrorismo on-line. Esta nueva legislación está en marcha aunque no acabada (*work-in-progress*), por lo que advertimos al lector de que a partir de ahora se extracta el borrador en su última versión y no una norma jurídica en vigor[11].

---

de la Unión Europea frente al terrorismo: análisis desde los derechos fundamentales", en Godoy, O. (coord.): *Libertad y seguridad en un contexto global. Retos y desafíos para los sistemas de garantía de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2020, pp. 86 y ss.

9 La idea se toma de González-Varas Ibáñez, A.: "La posición de la Unión Europea ante la amenaza terrorista", en Godoy, O. (coord.): *Libertad y seguridad en un contexto global. Retos y desafíos para los sistemas de garantía de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2020, p. 58.

10 Vid. González-Varas Ibáñez, A.: "La posición de la Unión Europea ante la amenaza terrorista", en Godoy, O. (coord.): *Libertad y seguridad en un contexto global. Retos y desafíos para los sistemas de garantía de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2020, pp. 70 y ss. Según algunos autores se aprovecha el discurso anti-terrorista y la necesidad de seguridad para abonar una política del miedo que conduzca a aceptar por el ciudadano medio un recorte de sus derechos y libertades. Es de esta opinión Soriano Moreno, S; "Las reformas…", cit, pp. 84 y ss.

11 Vid. Urrea Corrales, Mª.: "La respuesta internacional frente al desafío terrorista. La Unión Europea y la respuesta al terrorismo internacional", *Cuadernos del Centro Memorial de las Víctimas del Terrorismo*, núm. 8, 2019, pp. 72 y ss.

La UE no es novata en estas lides y lleva luchando tiempo contra lo que algunos llaman *guerra asimétrica*; esto es, el empleo que hacen los terroristas de cualesquiera medios a su alcance para hacer proselitismo e infundir y sembrar lo que lamentablemente tan bien se les da: muerte, dolor y destrucción[12]. Un punto de partida reseñable fue el Foro de Internet, auspiciado por la propia Unión, y que concitó a las principales empresas del sector (junto a la Comisión Europea se sentaron Google, Facebook, Twitter y Microsoft). Creado en 2015, después de una serie de atentados en suelo europeo –y especialmente después de la masacre neozelandesa de Christchurch, retransmitida en directo por las redes sociales- se comprometieron a adoptar algunas medidas voluntarias que "limpiaran la red" de contenidos terroristas. Así, en 2016 aprobaron un nuevo Código de Conducta en materia de incitación ilegal al odio en Internet, con medidas como la retirada de contenidos ilegales en el plazo de 24 horas. Los cálculos más optimistas cifraron su cumplimiento en torno a un 70%. Otra medida adoptada al calor de aquel acuerdo llegó en 2017 con la creación de una lista negra con huella digital de miles de imágenes, haciendo las veces de sistema de filtrado para controlar (impedir) la difusión de imágenes con contenido de este tenor.

No obstante, había cierta preocupación. Parecía que esas medidas eran insuficientes. O parecía que se tomaban sin base legal. O que podían ser más eficaces. Así que la UE recogió el guante, se puso manos a la obra y elaboró un borrador de Reglamento en 2018, cuyo contenido sigue negociándose a día de hoy[13].

El borrador tiene enjundia propia. En primer término, el ámbito de aplicación personal se refiere a los prestadores de servicios de alojamiento de datos que operan dentro de la Unión, (independientemente de su lugar de establecimiento o de su tamaño). En segundo término, la legislación propuesta introduce una serie de medidas destinadas a evitar el uso indebido de los servicios de alojamiento de datos para la difusión de los contenidos terroristas en línea, con el fin de garantizar el correcto funcionamiento del mercado único digital, al tiempo que la confianza y la seguridad de la ciudadanía. En tercer lugar, la propuesta entiende por contenido terrorista ilícito "aquella información utilizada para incitar a la comisión de delitos de terrorismo y hacer apología de dichos delitos, animando a contribuir a estos y

12 Resulta del mayor interés la reflexión que realiza Pablo de Lora, quien no considera que detrás del fundamentalismo siempre anide una parte racional, por pequeña que sea. Entiende que las creencias fundamentalistas deben ser tomadas en serio, pero también da cuenta de que no todos los autores que las estudian abogan por hacerlo de la misma manera. Por ejemplo, para Rawls se encuentran fuera del debate de la razón precisamente porque son inasibles para la misma, son inefables, traspasando esos *burdens of judgment*. Para otros autores como Habermas o Dworkin, se deben incluir en el debate público, al foro de la razón, y cohonestarlas con el resto. Vid. De Lora, P.: "Racionalidad y fundamentalismo. Un comentario a Michael Baurmann". En Fundación Coloquio Europeo; *Los desafíos de la democracia*, Fundación Coloquio Europeo, Madrid, 2011, pp. 197 y ss.

13 Puede hacerse el seguimiento de los avances aquí: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0421_ES.html (último acceso: 20/11/2020), que es donde nos hemos basado para la exposición que se realiza seguidamente.

facilitando instrucciones para cometerlos, así como promoviendo la participación en grupos terroristas". En cuarto lugar, para garantizar que se eliminan los contenidos terroristas ilícitos, se introduce una orden de retirada, a emitir por la autoridad competente de un Estado miembro (decisión administrativa o judicial) y a cumplir en una hora. En esos casos, el prestador de servicios de alojamiento de datos está obligado a retirar el contenido o bloquear el acceso al mismo en dicho plazo. Además, la propuesta exige que los proveedores de servicios de alojamiento de datos tomen medidas proactivas proporcionadas al nivel de riesgo y retiren el material terrorista de sus servicios, mediante la utilización de instrumentos de detección automatizada (con otras palabras: mediante algoritmos y sistemas de filtrados)[14].

Las garantías para proteger los derechos fundamentales también tienen su espacio. Como parte de las medidas de protección de los contenidos que no sean terroristas frente a una retirada errónea, la propuesta establece obligaciones de poner en marcha mecanismos de reparación y reclamación para garantizar que los usuarios puedan impugnar la retirada de sus contenidos. Además, el Reglamento introduce obligaciones en relación con la transparencia de las medidas tomadas contra los contenidos terroristas por los prestadores de servicios de alojamiento de datos, garantizando así la rendición de cuentas frente a los usuarios, los ciudadanos y las autoridades. La propuesta también contempla que los Estados miembros garanticen que sus autoridades competentes tengan la capacidad necesaria para intervenir los contenidos terroristas en línea. Además, están obligados a informarse mutuamente y a cooperar entre sí, y pueden hacer uso de los canales establecidos por *Europol* para garantizar la coordinación en lo tocante a las órdenes de retirada y los requerimientos. La propuesta también impone a los prestadores de servicios de alojamiento de datos dos obligaciones adicionales; por un lado, informar con detalle sobre las medidas adoptadas, así como informar a las autoridades policiales cuando detecten contenidos que entrañen un riesgo para la vida o la seguridad; y por otro, conservar los contenidos que retiren, lo cual sirve como garantía contra la retirada errónea y asegura que no se pierdan posibles pruebas a efectos de la prevención, la detección, la investigación y el enjuiciamiento de delitos de terrorismo. Recordemos que se plantea la posibilidad de recurrir la orden de retirada, así como el reconocimiento de que en determinadas circunstancias pudiera ser imposible la retirada del contenido.

La propuesta tuvo cierta oposición del Comité Económico y Social, órgano que entiende que la propuesta debería incorporar a los proveedores de información

14 La modificación que se operó en nuestra legislación electoral en 2018 en aras de permitir que las formaciones políticas crearan bases de datos conforme a perfiles ideológicos fue declarada inconstitucional por la STC 76/2019, de 22 de mayo. Véase el pormenorizado análisis que realiza en este volumen la profesora Ferrer Martín de Vidales. También puede verse Presno Linera, M.Á.: "Algoritmos y derecho electoral", en Díaz González, G. M. (coord.) y Huergo Lora, A. J. (dir.): *La regulación de los algoritmos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 163-180.

y motores de búsqueda, así como a los sitios/redes de alojamiento. Además, las pequeñas y medianas empresas deberían tener a su disposición un plazo para adaptarse a la nueva regulación, porque adolecen de la capacidad técnica y humana de "las grandes". También llama la atención sobre la vaguedad del concepto "contenido terrorista", observando la diferencia que media entre países a la hora de saber qué comprende dicha definición. El plazo de una hora no se le antoja realista ni efectivo. Finalmente, llama la atención sobre eventuales vulneraciones de derechos fundamentales, cuestión cuyo análisis es recurrente en la doctrina académica y cuya opinión mayoritaria es que en ningún caso pueden ceder sino excepcionalmente[15].

La comunidad de expertos también se ha hecho oír. Por ejemplo, en 2019 Mitchell Baker (presidenta de Mozilla), Tim Berners-Lee (uno de los pioneros de la *world wide web*), Vint Cerf (uno de los pioneros de Internet), o Jimmy Wales (creador de Wikipedia), recordaban la definición vaga y especialmente extensa del concepto de *contenido terrorista*, sobre todo porque no incluye ninguna excepción por motivos educativos, periodísticos o investigadores, lo cual crea el peligro de *disparar por elevación* y eliminar partes vitales del debate público[16]. Además, estiman que adolece de poca proporcionalidad. A su juicio la propuesta tiene mucho de tabula rasa y puede arrastrar a contenidos que nada tienen de terroristas. Tampoco comparten los muy perentorios plazos. El margen de una hora para quitar los contenidos se antoja escasísimo, lo que producirá efectos claramente negativos (de nuevo, la posibilidad de sobre-actuación eliminando miles de contenidos que no tienen que ver con el objetivo perseguido) y claramente desfavorables para los más pequeños del sector en favor de las multinacionales. El sistema de filtrado no acaba de convencer por ser "la" solución sin reparar en que su creación y actualización sólo está al alcance de las empresas punteras. En conclusión, los firmantes consideran que cualquier norma que quiera adoptarse en estos asuntos debe proteger mucho mejor los derechos en juego y construirse en torno al criterio de la proporcionalidad, el único que permite que las compañías de diferente tamaño y posición puedan competir en el mercado europeo[17].

La comunidad de juristas también ha aportado sus consideraciones. La primera de las críticas que suele hacerse es que el terrorismo internacional ha provocado que se introduzcan límites a los derechos fundamentales que hace algunos años eran impensables, especialmente en lo que hace a la libertad de expresión[18].

15 Vid. Fernández Rodríguez, J. J.: "¿Cómo…", cit., pp. 49 y ss.

16 El origen de la *world wide web* se sitúa en el 6 de agosto de 1991. Vid. González Férriz, R.: *La trampa del optimismo. Cómo los años noventa explican el mundo actual*, Debate, Barcelona, 2020, p. 99 y ss.

17 Ver: https://www.politico.eu/wp-content/uploads/2019/04/TCO-letter-to-rapporteurs.pdf (último acceso: 23/9/2020).

18 Véase Díez Bueso, L.: "La libertad de expresión en las redes sociales", *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política*, núm. 27, 2018, pp. 5-16.

Algunos autores creen que hay razones por las que el borrador contiene trazas de inconstitucionalidad. Por un lado, al establecer límites a derechos fundamentales, debería intervenir siempre un juez. Por otro, las empresas podrían incurrir en *censura privada*, lo cual también crea dudas de juridicidad[19]. Incluso aceptando que las administraciones públicas -léase, cuerpos policiales- puedan gozar de ciertas competencias en la materia, lo que la Constitución no permite es que tengan la última palabra[20].

La UE sigue con el procedimiento legislativo adelante. El Parlamento ha aprobado en primera lectura una revisión del texto y el Consejo, por su parte, aprobó en 2019 buena parte de las enmiendas que hizo la Cámara al texto originario remitido por la Comisión. Resta esperar a que el procedimiento legislativo finalice y conocer la versión final de la norma que, como Reglamento que es, se aplica directamente en los Estados miembro.

3. Marco jurídico del Consejo de Europa.

En el ámbito regional del Consejo de Europa destacan especialmente dos instrumentos[21]. El primero es el Convenio de Prevención del Terrorismo, de 2005, cuya entrada en vigor en España se produjo en 2009 (y que ha sido ratificado por la UE en 2018). La cobertura jurídica para perseguir la difusión del mensaje terrorista reside básicamente en sus arts. 5, 6 y 7. Véase su dicción literal.

El art. 5 dirá que: "se entenderá por «provocación pública para cometer delitos terroristas» la difusión o cualquier otra forma de puesta a disposición del público de mensajes con la intención de incitar a cometer delitos terroristas, cuando ese comportamiento, ya preconice directamente o no la comisión de delitos terroristas, cree peligro de que se puedan cometer uno o varios delitos".

El art. 6, por su parte, establece que: "se entenderá por «reclutamiento con fines terroristas» el hecho de incitar a otra persona a cometer o participar en la comisión de delitos terroristas, o a unirse a una asociación o a un grupo para contribuir a que éstos cometan uno o varios delitos terroristas".

19 Véase Teruel Lozano, G; "Una lectura garantista de las nuevas tendencias en la lucha europea contra la difusión de mensajes terroristas en Internet", Asociación de Constitucionalistas de España, XVII Congreso, 2019: https://www.acoes.es/congreso-xvii/wp-content/uploads/sites/3/2019 (último acceso: 23/11/2020).

20 Doménech Pascual, G.: "La policía administrativa de la libertad de expresión", *Almacén de Derecho*, 21 de junio de 2018. En línea: https://almacendederecho.org/la-policia-administrativa-la-libertad-expresion (último acceso: 23/11/2020). A la fecha de cierre del presente trabajo, el TC dictó sentencia declarando inconstitucional la parte de la llamada Ley Mordaza que sometía a la autorización administrativa previa el empleo de imágenes o datos de las autoridades o miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, por resultar contrario a la interdicción de censura previa ex art. 20.2 CE.

21 Véase Salinas Frías, A.: "La obra convencional del Consejo de Europa en la prevención y lucha contra el terrorismo internacional", *Anuario Español de Derecho Internacional*, núm. 25, 2009, pp. 435-467; de la misma autora puede verse una versión actualizada en "Lucha contra el terrorismo internacional: no solo del uso de la fuerza pueden vivir los estados", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 68/2, 2016, pp. 229-252.

Finalmente, el art. 7 entiende por: "«adiestramiento con fines terroristas» el hecho de dar instrucciones para la fabricación o el uso de explosivos, armas de fuego u otras armas o sustancias nocivas o peligrosas, o para otros métodos y técnicas específicos con vistas a cometer delitos terroristas o a contribuir a su comisión, sabiendo que la formación facilitada tiene por objeto servir para la realización de tales objetivos".

Y los tres preceptos finalizan con la misma obligación para los Estados parte: adoptar las medidas necesarias para tipificar como delito, de conformidad con su derecho interno, las acciones que se lleven a cabo ilegal e intencionadamente en situaciones de normalidad democrática, cosa que España cumple escrupulosamente[22].

El segundo es el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la tutela que dispensa el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, especialmente de los valores protegidos por los artículos 8 CEDH (derecho a la vida privada personal y familiar) y 10 CEDH (derecho a la libertad de expresión e información)[23]. El TEDH, siquiera por vía incidental, realiza algunas interpretaciones que deben ser tenidas en cuenta cuando los Estados adopten medidas de vigilancia masiva de las comunicaciones: incluso aunque el fin esté justificado en aras de perseguir el discurso terrorista y la propaganda correspondiente deben ofrecer garantías individuales, sopena de que la medida acabe por ser declarada incompatible con el Convenio (caso *Big Brother c. Reino Unido*, STEDH 13/09/2018).

En ese sentido, el TEDH ha diferenciado recientemente entre el discurso de odio y la incitación al odio, y parece que lo hace con toda la intención, teniendo en cuenta cómo decide el caso *Stomakhin c. Rusia*, STEDH de 9/5/2018. El discurso de un periodista y activista sobre la situación chechena contra Rusia hace gala de una crítica durísima, incluyendo ciertos mensajes que glorifican el terrorismo y alientan a emplear la violencia. El Tribunal de Estrasburgo disecciona tales mensajes del resto del discurso y entiende que la incitación al odio que conllevan no queda amparada por el artículo 10 CEDH, no así el resto de mensajes, especialmente donde opina sobre la guerra y sus vicisitudes, mensajes que el TEDH comprende protegidos por el precepto[24].

22 Vid. Roca Fernández, Mª. J.: "La suspensión del Convenio Europeo de Derechos Humanos desde el Derecho español: procedimiento y control", en Godoy, O. (coord..): *Libertad y seguridad en un contexto global. Retos y desafíos para los sistemas de garantía de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2020, p. 113 y ss.

23 Puede verse García Roca, J.: *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 76 y ss; y Casadevall, J.: *El Tribunal de Estrasburgo. Una inmersión rápida*, Tibidabo, Barcelona, 2019, pp. 89 y ss.

24 Vid. Elósegui Itxaso, Mª.: "El principio de proporcionalidad, la incitación al odio y la libertad de expresión en la reciente Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: los Casos Stomakhin c. Rusia, Williamson c. Alemania y Pastörs c. Alemania", *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 51, 2020, pp. 15-54.

El TEDH también ha podido decir algo sobre la licitud convencional de cercenar el acceso a páginas web. Con carácter general, tal práctica no se atiene al Convenio y Estrasburgo suele recelar bastante de tales acciones, especialmente en contextos políticos convulsos o en el marco de sistemas donde las garantías del Estado de Derecho parecen languidecer, decretando la vulneración del artículo 10 CEDH. Así sucedió en los casos *Ahmet Yildirim c. Turquía* (STEDH 18/12/2012); *Cengiz y otros c. Turquía* (STEDH 1/12/2015); y *Vladimir Kharitonov c. Rusia* (STEDH 23/6/2020). En el segundo de ellos se hace un alegato a favor de Internet y de la importancia que tiene para el derecho contemplado en el artículo 10 CEDH, que dice así:

"Internet se ha convertido en uno de los principales medios mediante los cuales los individuos ejercitan su derecho a la libre obtención y difusión de información e ideas, proveyendo de herramientas esenciales para participar en actividades y discusiones sobre asuntos políticos y asuntos de interés general… Aun es más, debido a la importancia de los sitios de Internet en el ejercicio de la libre expresión, a la luz de la accesibilidad y capacidad para almacenar y comunicar enormes cantidades de información, Internet desempeña un papel importante en garantizar el acceso de la sociedad a las noticias y facilita la diseminación de información en general" (§ 49).

Respecto a la vigilancia de medios de correspondencia y telefónicos, el TEDH también ha insistido de largo acerca de la importancia de respetar unos mínimos garantes de las libertades convencionales. En el asunto *Klaas y otros c. Alemania*, STEDH 6/9/1978, el Tribunal recordaba que las medidas restrictivas de las comunicaciones son compatibles con el Convenio siempre que sean estrictamente necesarias para salvaguardar instituciones democráticas, especialmente teniendo en cuenta, decía entonces el Tribunal, la amenaza de formas altamente sofisticadas de espionaje y terrorismo. En el caso concreto, entiende que Alemania cumple tales garantías y por ello no declara lesionado el derecho a la vida privada. Lustros después, la vigilancia masiva de las telecomunicaciones implementada por la legislación húngara no contemplaba tales salvaguardas y, por ende, el TEDH la declaró incompatible con ese derecho a la vida privada, en el caso *Szabó y Vissy c. Hungría*, STEDH 12/1/2016.

Conviene tener presente lo que el Tribunal de Estrasburgo dijo acerca de la licitud de perseguir ciertos discursos terroristas al hilo del asunto *Leroy c. Francia*, STEDH 02/10/2008 donde sentó tres criterios de la mayor importancia. El primero es la obligación convencional positiva que los Estados tienen de combatir la loa y glorificación de la violencia y el terrorismo. El segundo entiende que el discurso del odio no está protegido por la libertad de expresión en el caso de autos por la sencilla razón de que el discurso que pretende destruir la democracia no puede

ser amparado por esta. El tercero no es menos importante: el TEDH entiende que una cosa es hacer unca crítica política y otra glorificar el terrorismo con motivo de los ataques del 11-S; así, una cosa es criticar el imperialismo de EEUU y otra muy diferente glorificar su destrucción por medio de la violencia, lo cual sitúa al infractor en una situación de solidaridad moral con los terroristas dado que celebrar un acto de violencia contra miles de civiles ofende la dignidad de las víctimas (§ 40 y ss).

III. MARCO JURÍDICO NACIONAL.

Respecto al marco jurídico nacional se va a destacar dos grandes vectores. El primero viene determinado por las normas que regulan estas conductas. El segundo trata sobre las principales sentencias dictadas por nuestros tribunales para ventilar la responsabilidad penal de los hechos de autos.

1. La base normativa.

Si se parte de la protección de la libertad de expresión en el art. 20 CE, es palmario que la filosofía que inspira la iniciativa europea y el escrupuloso cumplimiento de las obligaciones internacionales por parte de España dio como resultado que se aprobara la Ley Orgánica 2/2015, donde se establece una serie de modificaciones del Código Penal que tienen como nexo de unión la persecución de la difusión de los ilícitos terroristas en Internet[25]. Tales modificaciones introdujeron, entre otros, los nuevos arts. 577.2 CP, 578 CP y 510 *bis* CP[26]. El hilo conductor de todos es el castigo de quienes enaltezcan o ayuden a grupos terroristas.

2. Los criterios jurisprudenciales.

La jurisprudencia más reciente la tenemos en la SAN 1472/2019, de 7 de mayo y en la STS 2169/2020, de 2 de julio, que resuelve el recurso de casación

25 En España la Ley Orgánica 6/2002, de Partidos Políticos, fue la principal arma jurídica para ilegalizar al que se demostró era brazo político de la banda terrorista ETA, norma declarada constitucional por la STC 48/2003, de 12 de marzo, y confirmada en control de convencionalidad por el Tribunal de Estrasburgo. Dijo este a mayores que "los proyectos políticos del partido demandante entran en contradicción con el concepto de *sociedad democrática* y representan un gran peligro para la democracia española, siendo la sanción impuesta al interesado, proporcionada al objetivo legítimo perseguido en el sentido del artículo 11.2 (…). De lo que resulta, que la disolución puede ser considerada «necesaria en una sociedad democrática», particularmente para el mantenimiento de la seguridad pública, la defensa del orden y la protección de los derechos y libertades de terceros (…)" (STEDH *Eusko Abertzale Ekintza-Acción Nacionalista Vasca c. España*,15/01/2013, § 81). Se hizo un repaso del itinerario judicial de esta ilegalización en Álvarez Rodríguez, I.: "La ilegalización de partidos políticos", en Matia Portilla, F. J. (dir.): *Problemas actuales sobre el control de los partidos políticos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 289-340. Véase también Blanco Valdés, R.: *Luz tras las tinieblas. Vindicación de la España constitucional*, Alianza Editorial, Madrid, 2018, pp. 193 y ss.

26 La doctrina refiere la indeterminación de algunos de los preceptos, lo cual conduce a que sean los jueces quienes sea vean abocados a integrar tales carencias. Por todos, véase Cabellos Espiérrez, M. Á.: "Opinar, enaltecer, humillar: respuesta penal e interpretación constitucionalmente adecuada en el tiempo de las redes sociales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 112, 2018, pp. 53 y ss. Respecto al discurso del odio véase Valiente Martínez, F.: *La democracia y el discurso del odio. Límites constitucionales a la libertad de expresión*, Dykinson, Madrid, 2020.

interpuesto contra la primera. De especial relevancia se antoja el Fundamento de Derecho de esta última, que pasamos a extractar con la vista puesta en que hablamos de la última interpretación del alto tribunal de las normas que interesan al objeto del trabajo.

El Tribunal Supremo comienza recordando su propia jurisprudencia, más en concreto la STS 512/2017, de 5 de julio, donde se hace eco de la nueva regulación acaecida en 2015, en la que se penaliza el adoctrinamiento y la incitación al terrorismo. Recuerda también su STS 13/2018, de 16 de enero, donde ya dijo que dicha normativa pretende evitar que los terroristas puedan servirse de individuos que, sin estar incardinados en ellas, coincidan en facilitar el propósito de aquellas de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública. Es interesante resaltar que el Tribunal Supremo entiende que la misma no exige: "la adhesión ideológica del que colabora con los postulados de la organización a la que presta soporte, ni tampoco que persiga determinados objetivos políticos o ideológicos, o que el sujeto pasivo de la acción se configure de una manera determinada, limitándose el precepto a proteger que la agrupación terrorista pueda verse aventajada o asistida en el desarrollo de sus métodos violentos, de suerte que el solo conocimiento de que la acción desplegada puede posibilitar, favorecer o contribuir a alterar gravemente la paz pública, atemorizando a los habilitantes de una población o a un colectivo social, satisface la esencia de la protección penal" (F.J. 3º).

Continua el alto tribunal argumentando que: "el recurrente divulgaba un mensaje que giraba en torno a tres elementos fundamentales que configuran su responsabilidad, al contar con objetiva capacidad para que puedan germinar o potenciarse las convicciones que terminen por impulsar la determinación del instigado hacia los violentos axiomas que el acusado divulgaba: 1) La existencia de crueles e infundados ataques a los musulmanes, lo que conforme a su discurso suscita la necesidad de una reacción defensiva; 2) La obligación que tiene un buen musulmán de acabar con la vida de cuantos no compartan su fe y 3) El heroico elogio a quienes se incorporan a la yihad o a la acción de algunas de las organizaciones terroristas que la proclaman, como el Estado Islámico o Al Qaeda" (F.J. 3º).

Al Tribunal Supremo no le genera ninguna duda que: "esta actuación de difusión ideológica y violenta, responde, como también se declara probado, a distintas actividades que el Daesh despliega para la consecución de sus fines, concretamente consistente en la intensa propaganda de sus acciones y su organización, proselitismo, captación de nuevos miembros, adoctrinamiento ideológico, adiestramiento operativo; (…) siendo significativo que tuviera un blog con 113.569 seguidores, y perfiles en Facebook con 2.393 seguidores, efectuando

difusiones en Blogspot, Google +, Facebook, Twitter y Youtube, participando como administrador de varias cuentas y como simple usuario de otras". Todo ello, culminado su participación colaborativa con el adiestramiento indiscriminado de personas para la actuación terrorista, al haber difundido videos en los que facilitaba pautas de entrenamiento para la utilización en combate de machetes o cuchillos, así como de la katana japonesa" (F.J. 3º).

Se impone ahora hacer una reflexión desde la jurisprudencia constitucional, aunque obligadamente somera por razones de espacio. Recordemos que el derecho fundamental a la libertad de expresión está reconocido como un derecho limitado por los valores contemplados en el art. 20.4 CE. Unos límites que muestran tal grado de apertura e indeterminación que de ser interpretados literalmente probablemente vaciarían de contenido el derecho[27]. El Tribunal Constitucional ha dictado una valiosa y garantista jurisprudencia del precepto, muy ligada a la idea de dimensión objetiva que supone para el orden democrático en su conjunto: no solo protege la libertad de cada persona de expresarse como estime sino también entiende que estamos ante la auténtica garantía de la formación de una opinión pública libre y plural, por ende vital para la democracia[28].

En la materia que nos ocupa, la difusión de un contenido claramente terrorista -que busque subvertir el orden político mediante la violencia y el asesinato- no parece plantear especiales problemas a la hora de su prohibición legal siendo como es un atentado contra el corazón de la democracia. El problema reside mas bien cuando el mensaje es apologeta, de promoción, donde existe una duda auténtica y real de si se está haciendo proselitismo de la causa terrorista o expresando una opinión, esa siempre delgadísima línea roja. En los últimos tiempos la cuestión se ha discutido en el marco del discurso del odio, un concepto complejo y brumoso como pocos. A los efectos del objeto de este trabajo, destacaremos algunas ideas derivadas de nuestra jurisprudencia constitucional, en el bien entendido de que nos encontramos ante una casuística muy idiosincrática, por escasa y por particularmente difícil de resolver con carácter definitivo.

Dejando de lado los orígenes y el desarrollo del discurso del odio en esa jurisprudencia constitucional -límite a la libertad de expresión que, dicho sea de paso, no figura como tal dentro de la Constitución- respecto al enaltecimiento del terrorismo tenemos tres resoluciones que merece la pena comentar. Hablamos del *caso Stern Taulats*; del *caso Erkizia* y del *caso Strawberry*. La primera es la STC 177/2015 (*caso Stern Taulats y Roura Capellera*) donde se resuelve la licitud

27 Vid. Díez-Picazo, L. Mª.: *Sistema…*, cit., pp. 168 y ss. No es infrecuente que estas polémicas también se enmarquen en torno a la libertad ideológica y el orden público, límite este que ha estudiado en sus más diversos contextos y con la profundidad que acostumbra González Botija, Fernando: *Orden público y libertad*, Atelier, Barcelona, 2018.

28 Vid. Urías, J.: *La libertad de expresión. Una inmersión rápida*, Tibidado, Barcelona, 2019, *passim*.

constitucional del castigo penal a dos sujetos que quemaron públicamente las imágenes de los Reyes de España. Como sabemos, los demandantes llegaron en amparo internacional ante el TEDH y este les reconoció que se lesionó su derecho a la libertad de expresión. El Tribunal Constitucional entendió otra cosa: que el hecho de quemar fotos de los Reyes en público, con la cara tapada, incita al odio y, por ese motivo, la sanción penal impuesta a resultas de ello es una injerencia legítima en el derecho fundamental a la libertad de expresión (F.J. 4º y ss). Lo más sintomático del asunto es que esa sanción penal parecía respetar los cánones de proporcionalidad de Estrasburgo, según interpretó el propio Tribunal Constitucional. Dado que aquella se ha rebajado finalmente, y aplicando con generosidad los criterios que derivan de un acopio importante de jurisprudencia convencional, nuestro Juez de la Constitución entiende que no se lesiona la libertad de expresión ni la libertad ideológica (F.J. 5º). La minoría discrepante no comparte ese y casi ningún otro criterio de la mayoría, tal y como ejemplifican los votos particulares de los magistrados Asúa Batarrita y Valdés-Dal Ré, así como el del magistrado Xiol Ríos, donde hacen una lectura diferente de la jurisprudencia del TEDH, (especialmente a la luz del señero asunto *Feret c. Bélgica*, STEDH de 16/07/2009)[29]. No es un caso de apología del terrorismo, pero sí es una interpretación expansiva del discurso del odio que, de seguir dicha senda, quedaría amparado por éste.

La segunda resolución a la que se aludía antes es la STC 112/2016 (*caso Taso Erkizia*), de la que no tenemos todavía noticias desde Estrasburgo pero las tendremos en un futuro cercano[30]. El caso tiene que ver con un acto público de homenaje a un terrorista. El Sr. Erkizia es imputado y finalmente condenado en vía penal por un delito de enaltecimiento del terrorismo[31]. Recurre en amparo ante el TC alegando que se ha vulnerado su derecho a la libre expresión y a la libertad ideológica. El TC decide, dicho de forma muy resumida, acudiendo explícitamente a los criterios del TEDH. Citando de nuevo jurisprudencia convencional (en concreto la línea seguida en el asunto *Hogefeld c. Alemania*, STEDH de 20/01/2000) nuestro Juez de la Constitución entiende que el TEDH admitió como sanción penal compatible con el Convenio la incitación a la comisión de actos terroristas violentos (F.J. 3º). A mayor abundamiento, nuestro Juez de

29 Según la Recomendación núm. R (97) 20 del Consejo de Europa, el discurso del odio "abarca cualquier forma de expresión que propague, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia que se manifiestan a través del nacionalismo agresivo y el etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las minorías y los inmigrantes o personas de origen inmigrante". En el asunto *Feret* puede verse la reproducción literal en el § 44.

30 El *asunto Erkizia Almandoz* ha sido ya comunicado al Gobierno español, mediante decisión del TEDH de 28 de marzo de 2017 (https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22erkizia%22],%22itemid%22:[%22001-173241%22]}. Último acceso: 20/11/2020).

31 El Tribunal Supremo ha dejado claro que la interpretación del delito de enaltecimiento del terrorismo, recogido en el art. 578 CP, "no está exenta de dificultades". Un desarrollo argumentado de tales dificultades se encuentra en la STS 4/2017, de 18 de enero (FD 2º), donde condena precisamente al demandante que llega en amparo al TC en el caso Strawberry.

la Constitución lista una serie de casos decididos por el TEDH donde se dijo que sanciones penales similares a las de autos eran compatibles con el artículo 10 CEDH. Por ejemplo, si la conducta es un riesgo para la seguridad nacional, la integridad territorial, o la seguridad pública (asunto *Leroy c. Francia*, STEDH de 02/10/2008). Por ejemplo, si la sanción trae causa de mostrar apoyo moral a la actividad, a la ideología, o por realizar cualquier tipo de loa o alabanza hacia actos terroristas (por todos, asunto *Zana c Turquía*, STEDH de 08/07/1999). Tomando en cuenta estos criterios, el TC considera que la sanción penal es una injerencia legítima en la libertad de expresión, por ser "manifestaciones del discurso del odio por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades" (F.J. 4º)[32]. La resolución cuenta con el voto particular del magistrado Xiol Ríos, quien hace una lectura diametralmente opuesta de la jurisprudencia de Estrasburgo.

El último capítulo hasta la fecha ha llegado con la STC 35/2020, el llamado *caso Strawberry*, donde el Tribunal Constitucional decide que varios tuits donde su autor decía hacer humor "nihilista-surrealista" con las víctimas del terrorismo, por más que puedan ser desafortunados, entran dentro de la libertad de expresión. El Tribunal Supremo consideró probado que el acusado había cometido delito de enaltecimiento de terrorismo por incurrir en discurso del odio (STS 4/2017, de 18 de enero). El condenado recurre en amparo alegando que se ha vulnerado su derecho fundamental a la libertad de expresión, entre otros. El Tribunal Constitucional recuerda en primer término la jurisprudencia constitucional y convencional sobre el mentado derecho. Destaca en ese repaso dos aspectos cruciales. El primero es la importancia del juicio de proporcionalidad a la hora de evaluar si se ha traspasado la línea, entrando en el terreno del delito de enaltecimiento de terrorismo. El segundo es que, dentro de ese juicio, entiende que los criterios convencionales, citados profusamente en la resolución, entienden que para que estemos ante un discurso del odio deben concurrir diversos factores, como la intención comunicativa del emisor, el grado de difusión del mensaje, el medio elegido para ello, el mayor o menor impacto en la opinión pública, o las lesiones a bienes y derechos de terceros, entre otros (F.J. 4º).

Aplicados tales criterios al caso concreto, el Tribunal entiende que se ha vulnerado la libre expresión porque el Tribunal Supremo no pondera "con la intensidad exigida por la jurisprudencia constitucional las circunstancias concurrentes en el caso" (F.J. 5º). Así, especialmente, respecto de la dimensión institucional de esta libertad, fundamental para el sistema democrático en su conjunto. Al eludir este

32 Según el penalista Alcácer Guirao, R.: "Discurso del odio, protección de minorías y sociedad democrática", *Revista Crítica Penal y Poder*, núm. 18, 2019, p. 25, sólo se debe emplear la represión penal "ante la incitación directa a la violencia y a actos concretos de discriminación que constituyan delito. También ante insultos directos a personas concretas, desconectados de un discurso sobre aspectos con relevancia pública. Y, por supuesto, ante amenazas concretas que lesionen la libertad de las personas".

examen, dice el TC, el Tribunal Supremo no tiene en cuenta que las expresiones pudieran ser manifestación del pluralismo político, ni que quizá puedan soportar opiniones políticas legítimas, por más que tengan aspectos reprobables. A juicio del TC, el imperativo constitucional no permite extraer conclusiones penales de estos elementos (F.J. 5º). El Tribunal Constitucional llega a la conclusión de que: "la sentencia condenatoria no ha dado cumplimiento con la necesaria suficiencia a la exigencia de valoración previa acerca de si la conducta enjuiciada era una manifestación del ejercicio del derecho fundamental al negar la necesidad de valorar, entre otros aspectos, la intención comunicativa del recurrente en relación con la autoría, contexto y circunstancias de los mensajes emitidos. Esta omisión, por sí sola, tiene carácter determinante para considerar que concurre la vulneración del derecho a la libertad de expresión del demandante de amparo" (F.J. 5º).

El Magistrado Montoya Melgar emite voto particular donde discrepa del parecer mayoritario entendiendo que el Tribunal Supremo ponderó correctamente la conducta enjuiciada.

IV. CODA: ALGUNOS ARGUMENTOS PARA SEGUIR REFLEXIONANDO.

El terrorismo que venimos sufriendo en las últimas décadas se basa, entre otros elementos que buscan infundir terror, en una brutal espectacularidad teatral, tanto contra las personas (decapitaciones retransmitidas en directo o desmembramientos accesibles mediante la *Deep web*) como contra los bienes públicos (voladura de edificios, derribo de aviones, destrozos para siempre del demanio público calificado de Patrimonio de la Humanidad). En fin, *técnicas* sólo buscan amedrentar e infundir terror a la población, probablemente porque en lo más íntimo de sus convicciones saben que libran una guerra que no podrán ganar. Si es verdad que la mejor forma de publicitarse hoy es la Red, también vale eso para sus acciones. Así que limitar su publicidad en esta debería ayudar a combatirlo dado que le restamos la espectacularidad (o parte de ella) y así el número de adeptos disminuye, al menos potencialmente (y la población vive un poco más tranquila)[33].

Todo lo que se persiga legalmente es algo que no se perseguirá ilegalmente. Y los Estados deben mantener la cabeza muy fría a la hora de combatir esta lacra. Precisamente lo que buscan los terroristas es provocar que el Estado tenga una reacción desmedida y generar el caldo de cultivo que retroalimenta la espiral

33 Para Todorov, partiendo de que tal espectacularidad es cierta, el terrorismo islámico no es un candidato creíble a ocupar el papel de Moscú en el pasado porque ningún modelo de sociedad no democrática se presenta a día de hoy como rival de la democracia. Antes al contrario, se aspira a la misma allá donde no existe. Y eso -deducimos nosotros de su pensamiento- significa que la pulsión destructiva se agota en sí misma, sin solución de continuidad, sin que este tipo de acciones o mensajes vayan a traer jamás un modelo realmente democrático. Vid. Todorov, T.: *Los enemigos íntimos de la democracia*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2012, pp. 9 y ss.

de violencia. Los terroristas nunca han negado ni han querido esconder que *cuanto peor, mejor.* Qué duda cabe de que perseguir la difusión de los contenidos terroristas en la Red redunda en una mejor convivencia. Las buenas ideas merecen ser repetidas. Recordemos: los Estados modernos han tenido un éxito sin paliativos a la hora de erradicar la violencia política de su día a día. Por eso nos sobrecoge tanto un atentado terrorista. Porque no estamos acostumbrados al ser la vida en democracia una vida en líneas generales pacíficas.

Una de las mejores maneras de combatir el terrorismo es mediante una estrategia multifocal, en todo caso discreta y silente. Harari propone varias, como por ejemplo la acción constante de los gobiernos sin fuegos artificiales, alejar la histeria y la alarma de los medios de comunicación, o ayudar a los individuos a que pongan el asunto en perspectiva[34]. De conseguirlo es muy probable que el caldo de cultivo del que se alimenta el populismo disminuya, populismo que anida detrás de todo proyecto terrorista. Autores como David Runciman entienden que determinadas posiciones populistas se valen de la sensación de inseguridad que reina gracias a explorar la sedicente "amenaza terrorista". Es decir: nuestras sociedades experimentan cada vez menos violencia real pero simultáneamente se exponen a niveles crecientes de violencia mediática. Somos más espectadores que nunca de la violencia mientras que estamos en mínimos históricos en lo que hace a sufrirla directamente, lo cual desemboca en cierta paranoia y ansiedad[35]. Esta paranoia y ansiedad siembra el terreno para que los discursos populistas "hagan su agosto". Eliminando contenidos terroristas de la Red es muy probable que contribuyamos a reducir la diferencia entre la una y la otra y, sobre todo, consigamos ponérselo más difícil a ese discurso anti-terrorista demagogo que se aprovecha del miedo. Algunos estudios científicos demuestran que la tecnología digital -dicho así, en general- ha implicado un aumento de la violencia política en ciertas zonas del globo. Así lo asevera el politólogo de Harvard Yascha Mounk ¿El motivo? Que cierra la brecha entre los que están en el poder (Estado) y los que están fuera (rebeldes, terroristas). Si un grupo terrorista da a conocer lo que hace impunemente reduce mucho la distancia con el gobierno que democráticamente hemos elegido y acaba por disputarle su legitimidad. Que es tanto como decir al conjunto del sistema democrático, hecho que resulta muy poco justo y mucho menos limpio si se repara en que cambiar las reglas del juego exige cumplirlas y no destruirlas[36].

34 Harari, Y. N.: *21 Lecciones sobre el siglo XXI*, Debate, Barcelona, *passim*.

35 Runciman, D.: *Así termina la democracia*, Paidós, Barcelona, 2019, pp. 120 y ss.

36 Mounk, Y.: *El pueblo contra la democracia*, Paidós, Barcelona, 2019, *passim*. Estudios recientes nos informan de que el objetivo de organizaciones como Daesh o Al-Qaeda -quizá más de la primera- es realizar un "llamamiento a la población islámica mundial, una especie de territorio con el magnetismo suficiente como para provocar un cambio en el panorama político del mundo arabo-musulmán, que ese es al fin y al cabo el objetivo último". Vid. Torres Soriano, M. R.: "Del califato terrenal al califato virtual", *Cuadernos del Centro Memorial de las Víctimas del Terrorismo*, núm. 8, 2019, p. 19.

Eliminando contenidos terroristas podemos mitigar el efecto "cámara de resonancia" o "de eco". Esta idea se refiere a que las personas nos unimos cual enjambre en la Red, esto es, con personas que opinan de forma muy similar a la nuestra para ver reafirmados antes que cuestionados nuestros postulados. Evitar la propaganda y glorificación del terrorismo on-line podrá poner un ladrillo más en el muro de la prevención de la retroalimentación del caldo de cultivo terrorista[37].

En fin, esparcir y glorificar el mensaje terrorista sólo contribuye a crear lo que se denomina *sociedades del desprecio* donde la dignidad de la sociedad en su conjunto, nuestro valor más preciado e intrínseco como seres humanos, se vería puesto en tela de juicio. Si dejamos que el discurso terrorista circule libremente por la Red estaremos dejando que se introduzca una carga de muy alto voltaje en nuestra vida cotidiana que acabará por minar la moral del más paciente y polarizará los debates que se tercien. No es que con esta actitud ayudemos a normalizarlo -que también- sino que elevamos los niveles de ruido y de caos hasta extremos que hacen irrespirable la convivencia. El terrorismo, ya sea en su vertiente *off-line* u *on-line*, alimenta la única sociedad que puede: la sociedad del desprecio. ¿Quién podría y/o querría vivir en una sociedad así?[38]

Ahora vayamos -*for the sake of argument*, que diría un anglosajón- a reflexionar sobre argumentos que no son tan buenos para la persecución de estos contenidos.

Por un lado, las democracias constitucionales son bastiones para la defensa y la garantía de la libertad. Y prohibir debería estar reservado a cuestiones realmente excepcionales. Aun siendo el tema que tratamos una de esas ocasiones excepcionales, intuitivamente algo chirría al unir democracia y prohibición. Si prohibimos lo que nos repugna, máxime en los tiempos que corren, contribuimos a potenciar ese clima *neocensor* que tantos adeptos reúne en torno a la idea de la cultura de la cancelación. La fina línea que existe en la práctica entre lo que es una defensa y apología, una opinión subida de tono, o una broma o chiste, es en ocasiones tan fina que hace imposible enunciar criterios generales e incontrovertibles[39].

Por otro, si hablamos del discurso del odio en general el requisito para sancionarlo sería cumplir el criterio de Brandenburg, que se basa en la incitación clara, directa e inminente de la violencia. Como criterio jurídico es uno de los principios que más se han discutido y que menos claro resultan, lo cual Michael Sandel demuestra: dice el filósofo que si estos casos se judicializan en última instancia será el criterio moral del juez el que decida el litigio y que no puede ser

37 Lo explica Sunstein, C.: *República.com. Internet, democracia y libertad*, Paidós, Barcelona, 2003.

38 Vid. Valiente Martínez, F.: *La democracia…*, cit., *passim*.

39 Vid. Kaiser, A.: *La neoinquisición. Persecución, censura y decadencia cultural en el siglo XXI*, Deusto, Barcelona, 2020, pp. 206 y ss.

de otro modo, querámoslo o no. Es decir, para muchos, un criterio extrajurídico o metajurídico[40]. Si a eso le unimos que buena parte de estos casos suelen hacer bueno el aforismo que reza *hard cases make bad law* y, para más señas, que la moralidad es cambiante en tiempo y espacio (especialmente en tiempos y espacios donde nos la podemos permitir tal y como recuerda JOHN GRAY), volvemos a toparnos con la dificultad de proclamar reglas generales asertivamente[41].

Por último, no conviene olvidar el *efecto Streisand* en su variante terrorista: al denunciar y dar espacio a ciertas acciones terroristas, espectaculares y aterradoras, no hacemos sino ayudar a que permanezcan en nuestras cabezas y retinas y en definitiva en el debate público, dándoles un pábulo y una relevancia que a la larga sólo acaban por *engordar a la bestia*. Los medios de comunicación del siglo XXI son tan amplios y variados y los miles de conversaciones tan líquidas que quizá deberíamos plantearnos si la mejor solución pasaría por dejar que se fueran espontánea y naturalmente por el desagüe, valga la desabrida expresión. El riesgo de llevarnos por delante valores que son fundamento del orden político y la paz social en aras de combatir acciones execrables que de tener éxito destruirían ese orden político y esa paz social siempre penderá cual espada de Damocles encima de nuestras cabezas.

V. CONCLUSIÓN.

Como reflexión final, cabe decir que es posible que las labores para preservar nuestras democracias tendrán mucho que ver con el hecho de que la habiten demócratas convencidos. Si esto no sucede, las medidas de prevención no llegarán a calar y las medidas represivas serán el ínterin entre la renovación de unos cuadros terroristas por otros. Y mientras eso sucede, estos ganan expansión e influencia, con Internet como la principal forma de comunicar, adoctrinar, reclutar y animar a seguir ampliando el "espacio vital" que le corresponde a tamaño proyecto. Mucho nos tememos que se vuelve a demostrar que la única democracia realmente posible es aquella donde ciudadanos e instituciones defienden los valores sobre los que asienta. La normativa internacional y nacional intenta cortar el paso a las vías de comunicación de los terroristas y en dicho sentido los esfuerzos están encima de la mesa y habrá que hacer un análisis reposado de sus réditos y fallas. Al igual que sólo los demócratas construyen democracia, sólo los demócratas pueden defender a la democracia de sus enemigos.

40 Vid. SANDEL, M.: *Filosofía pública,* Marbot, Barcelona, 2008, p.315, argumento que confronta con dos casos límite que acaecieron en Estados Unidos, como fueron la manifestación nazi de Skokie y la marcha encabezada desde Selma a Montgomery por Martin Luther King. Para nuestro filósofo cuando los jueces deben decidir este tipo de litigios lo hacen siguiendo criterios no neutrales y sí morales que justifican el derecho a expresarse libremente, lo cual a su mejor entender sugiere que a grandes problemas mayor margen para la libertad.

41 Vid. GRAY, J.: *Perros de paja. Reflexiones sobre los humanos y otros animales*, Paidós, Barcelona, 2008, especialmente el capítulo 3 "Los vicios de la moral", pp. 91 y ss.

BIBLIOGRAFÍA

Alcácer Guirao, R.: "Discurso del odio, protección de minorías y sociedad democrática", *Revista Crítica Penal y Poder*, núm. 18, 2019.

Álvarez Rodríguez, I.: "La ilegalización de partidos políticos", en Matia Portilla, F. J. (dir.): *Problemas actuales sobre el control de los partidos políticos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

Blanco Valdés, R.: *Luz tras las tinieblas. Vindicación de la España constitucional*, Alianza Editorial, Madrid, 2018.

Cabellos Espiérrez, M. Á.: "Opinar, enaltecer, humillar: respuesta penal e interpretación constitucionalmente adecuada en el tiempo de las redes sociales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 112, 2018.

Cano Paños, M. Á.: "Internet y terrorismo islamista: aspectos criminológicos y legales", *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 22, 2008.

Cano Paños, M. Á y Castro Toledo, F. J.: "El camino hacia la (Ciber)Yihad. Un análisis de las fases del proceso de radicalización islamista y su interpretación por parte de los tribunales españoles a partir de los datos suministrados por sentencias judiciales"; *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 20, 2018.

Casadevall, J.: *El Tribunal de Estrasburgo. Una inmersión rápida*, Tibidabo, Barcelona, 2019.

De Lora, P.: "Racionalidad y fundamentalismo. Un comentario a Michael Baurmann". En Fundación Coloquio Europeo; *Los desafíos de la democracia*, Fundación Coloquio Europeo, Madrid, 2011.

Denninger, E.: "Democracia militante y defensa de la Constitución". En Benda, Maihoffer, Vogel, Hesse; y Heyde; *Manual de Derecho Constitucional*, IVAP-Marcial Pons, Madrid, 1996.

Díez Bueso, L.: "La libertad de expresión en las redes sociales", *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política*, núm. 27, 2018.

Díez-Picazo, L. Mª.: *Sistema de derechos fundamentales*, Aranzadi, 4ª ed., Cizur Menor, 2013.

Doménech Pascual, G.: "La policía administrativa de la libertad de expresión", *Almacén de Derecho*, 21 de junio de 2018. En línea: https://almacendederecho.org/la-policia-administrativa-la-libertad-expresion.

Elósegui Itxaso, Mª.: "El principio de proporcionalidad, la incitación al odio y la libertad de expresión en la reciente Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: los Casos Stomakhin c. Rusia, Williamson c. Alemania y Pastörs c. Alemania", *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 51, 2020.

Fernández Rodríguez, J. J.: "¿Cómo responder a los desafíos de seguridad? Una aproximación desde la dogmática de los derechos fundamentales", en Godoy, O. (coord.): *Libertad y seguridad en un contexto global. Retos y desafíos para los sistemas de garantía de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2020.

García Roca, J.: *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

González Férriz, R.: *La trampa del optimismo. Cómo los años noventa explican el mundo actual*, Debate, Barcelona, 2020.

González Botija, F.: *Orden público y libertad*, Atelier, Barcelona, 2018.

González-Varas Ibáñez, A.: "La posición de la Unión Europea ante la amenaza terrorista", en Godoy, O (coord.): *Libertad y seguridad en un contexto global. Retos y desafíos para los sistemas de garantía de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2020.

Gray, J.: *Perros de paja. Reflexiones sobre los humanos y otros animales*, Paidós, Barcelona, 2008.

Harari, Y. N.: *21 Lecciones sobre el siglo XXI*, Debate, Barcelona, 2018.

Kaiser, A.: *La neoinquisición. Persecución, censura y decadencia cultural en el siglo XXI*, Deusto, Barcelona, 2020.

Mounk, Y.: *El pueblo contra la democracia*, Paidós, Barcelona, 2019.

Organización de Naciones Unidas: *El uso de internet con fines terroristas*, Geneva, 2013.

Pedrero, J. I.: "La yihad virtual", *Cuadernos del Centro Memorial de las Víctimas del Terrorismo*, núm. 6, 2018.

Presno Linera, M. Á.: "Algoritmos y derecho electoral", en Díaz González, G. M. (coord.) y Huergo Lora, A. J. (dir.): *La regulación de los algoritmos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

Rawls, J.: *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1978.

Roca Fernández, Mª. J.: "La suspensión del Convenio Europeo de Derechos Humanos desde el Derecho español: procedimiento y control", en Godoy, O. (coord..): *Libertad y seguridad en un contexto global. Retos y desafíos para los sistemas de garantía de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2020.

Runciman, D.: *Así termina la democracia*, Paidós, Barcelona, 2019.

Salinas Frías, A.:

- "La obra convencional del Consejo de Europa en la prevención y lucha contra el terrorismo internacional", *Anuario Español de Derecho Internacional*, núm. 25, 2009.

- "Lucha contra el terrorismo internacional: no solo del uso de la fuerza pueden vivir los estados", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 68/2, 2016.

Sánchez Navarro, Á.: "Libertad religiosa y libertad de expresión en España", en Cañamares Arribas, S. y Martínez-Torrón, J. (dirs): *Tensiones entre libertad de expresión y libertad religiosa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

Sandel, M.: *Filosofía pública,* Marbot, Barcelona, 2008.

Soriano Moreno, S.: "Las reformas legislativas en los Estados miembros de la Unión Europea frente al terrorismo: análisis desde los derechos fundamentales", en Godoy, O. (coord.): *Libertad y seguridad en un contexto global. Retos y desafíos para los sistemas de garantía de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2020.

Sunstein, C.: *República.com. Internet, democracia y libertad*, Paidós, Barcelona, 2003.

Teruel Lozano, G.: "Una lectura garantista de las nuevas tendencias en la lucha europea contra la difusión de mensajes terroristas en Internet", *Asociación de Constitucionalistas de España*, XVII Congreso, 2019.

Todorov, T.: *Los enemigos íntimos de la democracia*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2012.

Torres Muro, I.: "Terrorismo y derechos fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 95, 2012.

Torres-Soriano, M. R.:

- "Del califato terrenal al califato virtual", *Cuadernos del Centro Memorial de las Víctimas del Terrorismo*, núm. 8, 2019.

- "La presencia del terrorismo yihadista en Internet", *Cuadernos del Centro Memorial de las Víctimas del Terrorismo*, núm. 6, 2018.

URÍAS, J.: *La libertad de expresión. Una inmersión rápida*, Tibidado, Barcelona, 2019.

URREA CORRALES, Mª.: "La respuesta internacional frente al desafío terrorista. La Unión Europea y la respuesta al terrorismo internacional", *Cuadernos del Centro Memorial de las Víctimas del Terrorismo*, núm. 8, 2019.

VALIENTE MARTÍNEZ, F.: *La democracia y el discurso del odio. Límites constitucionales a la libertad de expresión*, Dykinson, Madrid, 2020.

HACIA LA LEY EUROPEA DEL CLIMA: LAS EVALUACIONES CIENTÍFICAS Y EL FUTURO PAPEL DE LAS RESPUESTAS JURÍDICAS DE LOS ESTADOS MIEMBROS

TOWARDS THE EUROPEAN CLIMATE LAW: SCIENTIFIC ASSESSMENTS AND THE FUTURE LEGAL APPROACHES OF THE EU MEMBER STATES

Rev. Boliv. de Derecho Nº 32, julio 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 758-773

Pasquale VIOLA

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de febrero de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 30 de abril de 2021

RESUMEN: Los problemas climáticos son temas persistentes y omnipresentes dentro de las políticas y legislaciones contemporáneas, que exigen un enfoque interdisciplinario para promover soluciones jurídicas adecuadas para la complejidad del tema. Paradójicamente, las propagandas negacionistas, lejos de bloquear las acciones climáticas, las han propiciado, lo que ha llevado al establecimiento de un organismo científico super partes que reconociese las cuestiones climáticas a través de informes científicos avanzados: el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático de la ONU (IPCC). Desde entonces, muchos países han usado los hallazgos del IPCC como base científica para desarrollar políticas estratégicas y legislación con el objetivo de combinar esfuerzos de adaptación y mitigación. En este sentido, el Pacto Verde de la UE y la futura Ley Europea del Clima son un ejemplo de esta actitud actual. Este ensayo analiza los supuestos antes mencionados, centrándose principalmente en la base científica del IPCC y en la propuesta de regulación de la UE relacionada con el cambio climático y el papel que tendrán las legislaciones de los Estados miembros de la UE para afrontar los problemas climáticos.

PALABRAS CLAVE: Cambio climático; Ley Europea del Clima; Pacto Verde Europeo, IPCC; Derecho Público comparado.

ABSTRACT: *Climate issues are persistent and pervasive topics within contemporary policies and legislations, demanding an interdisciplinary approach to foster legal solutions suitable for the complexity of the subject. Paradoxically, negationist claims, instead of blocking climate actions, have fostered them, leading to the establishment of a super partes scientific body that has acknowledged climate issues through the most advanced scientific reports: the UN Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC). Since then, many countries have adopted the findings of the IPCC as scientific basis for developing strategic policies and legislation with the aim of combining adaptation and mitigation efforts. To this extent, the EU Green Deal and the future European Climate Law exemplify such contemporary attitude. This essay analyses the aforementioned assumptions, mainly focusing on the IPCC scientific basis and the proposed EU regulation related to climate change, as well as on the role that EU Members States' legislations will play in facing climate issues.*

KEY WORDS: *Climate change; European Climate Law; EU Green Deal; IPCC; Public Comparative Law.*

SUMARIO.- I. EMISIONES ANTROPOGÉNICAS Y CAMBIO CLIMÁTICO 'ANTINATURAL'.- II. EL PAPEL DE LOS ORDENAMIENTOS PARA FAVORECER ADAPTACIÓN Y MITIGACIÓN: ENTRE FUNCIÓN PEDAGÓGICA Y REGULACIÓN.- III. EL PACTO VERDE EUROPEO: HACIA LA LEY EUROPEA DEL CLIMA.- IV. CONCLUSIONES.

I. EMISIONES ANTROPOGÉNICAS Y CAMBIO CLIMÁTICO 'ANTINATURAL'.

Tras la Conferencia de Estocolmo de 1972 y el interés por las cuestiones medioambientales, la comunidad internacional expresó la necesidad de bases científicas sólidas para una posible respuesta mundial, tanto política como jurídica[1]. La Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante la Resolución 43/53 de 6 de diciembre de 1988, reconoció la "necesidad de más investigaciones científicas y estudios sobre todas las fuentes y causas del cambio climático"[2]. Basándose en estas premisas, la World Metereological Organization (WMO) y el United Nations Environment Programme (UNEP) han facilitado la creación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (Intergovernmental Panel on Climate Change, IPCC), una organización que apoya la labor de un equipo

1 A pesar de la ausencia de referencias explícitas al cambio climático y del enfoque abiertamente antropocéntrico (típico de la época) de la Declaración de Estocolmo sobre el medio ambiente humano, los problemas ambientales han jugado un papel central en el debate político y jurídico internacional.

2 UN General Assembly, A/RES/43/53: "*Concerned* that certain human activities could change global climate patterns, threatening present and future generations with potentially severe economic and social consequences, *Noting* with concern that the emerging evidence indicates that continued growth in atmospheric concentrations of 'greenhouse' gases could produce global warming with an eventual rise in sea levels, the effects of which could be disastrous for mankind if timely steps are not taken at all levels, *Recognizing* the need for additional research and scientific studies into all sources and causes of climate change, *Concerned* also that emissions of certain substances are depleting the ozone layer and thereby exposing the earth's surface to increased ultra-violet radiation, which may pose a threat to, inter alia, human health, agricultural productivity and animal and marine life, and reaffirming in this context the appeal, contained in its resolution 42/182 of 11 December 1987, to all States that have not yet done so to consider becoming parties to the Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer, adopted on 22 March 1985, and the Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer, adopted on 16 September 1987, as soon as possible, […] *Aware* that a considerable amount of valuable work, particularly at the scientific level and in the legal field, has already been initiated on climate change, in particular by the United Nations Environment Programme, the World Meteorological Organization and the International Council of Scientific Unions and under the auspices of individual States".

• Pasquale Viola
Investigador postdoctoral en la Universidad Carolina (Praga, República Checa) y Doctor en Derecho Comparado y Procesos de Integración con mención 'cum laude'. Sus áreas de investigación tienen que ver con el Derecho Público y Constitucional Comparado, el Derecho Ambiental, el Derecho Constitucional Asiático y la Filosofía Política. Ha sido investigador postdoctoral en la Universidad de Bolonia (Italia), ha sido nombrado observador internacional para las elecciones de 2017 de la Cámara de Representantes y Asambleas Provinciales en Nepal, y ha sido invitado como ponente en varios simposios internacionales. Entre otras afiliaciones profesionales, es miembro de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional (IACL-AIDC), de la Sociedad Internacional de Derecho Público (ICON-S) y de la Asociación de Estudios Constitucionales Asiáticos (AACS). Sus artículos más recientes conciernen a los ordenamientos de India y de Nepal, la justicia medioambiental en Asia, el constitucionalismo asiático y latinoamericano. Correo electrónico: violap@prf.cuni.cz.

de expertos para desarrollar una base científica adecuada para las iniciativas políticas y jurídicas internacionales, con el fin de organizar uniformemente los conocimientos científicos sobre el cambio climático y evaluar su impacto social y económico.

Éste aborda posibles estrategias de respuesta global. El órgano político del IPCC está compuesto por representantes de los 195 países que se participan[3]. Los tres grupos de trabajo *The Physical Science Basis*, *Impacts, Adaptation, and Vulnerability*, *Mitigation of Climate Change*, junto con la *Task Force on the National Greenhouse Gas Inventories* conforman el núcleo científico del IPCC que, como ya se ha indicado, proporciona los recursos necesarios a la comunidad internacional, actuando de acuerdo con las directrices establecidas por la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (*United Nations Framework Convention on Climate Change*, UNFCCC) y a petición de los gobiernos y de las organizaciones internacionales.

En sus 30 años de historia, el IPCC ha publicado numerosos informes sobre el cambio climático[4]. En particular, el Quinto Informe de Evaluación del IPCC (AR5) ofrece una visión general de los conocimientos científicos sobre el tema. Según los datos analizados, desde la década de los 50 ha habido alteraciones sin precedentes y anormalmente transformadas en comparación con el pasado. Las emisiones de gases de efecto invernadero antropogénicos también han superado los niveles preindustriales. Además, este aumento produce concentraciones atmosféricas de dióxido de carbono, metano y óxido nitroso "que han sido sin precedentes en los últimos 800.000 años"[5], lo que demuestra la influencia de las actividades humanas en el sistema climático y el proceso de calentamiento global que se está desarrollando desde mediados del siglo veinte.

El cambio climático no es un fenómeno nuevo en la historia de nuestro planeta. Se estima que hace cincuenta millones de años la Tierra comenzó su proceso de enfriamiento, pasando del Eoceno al Oligoceno, resultando en variaciones en el clima que van desde glaciaciones de hielo hasta períodos de calor en la Edad media[6].

La naturalidad de las variaciones más o menos extensas del clima llevó, en la primera mitad del siglo veinte, a considerar el impacto de las actividades humanas de manera marginal y, en consecuencia, a interpretar con escepticismo

3 Cada representante designa un Punto Focal Nacional, mientras que el Panel elige a un Buró responsable del trabajo científico y técnico. Ver https://www.ipcc.ch/ (ultimo acceso: Julio 2020).

4 https://www.ipcc.ch/reports/ (ultimo acceso: Julio 2020).

5 IPCC, *Climate Change 2014: Synthesis Report*, cit, p. 4.

6 Acot, P.: *Histoire du climat: du Big Bang aux catastrophes climatiques*, Tempus Perrin, París, 2009; Maslin, M.: *Climate Change: A Very Short Introduction*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

las afirmaciones que asocian las emisiones antropogénicas con un cambio climático 'antinatural'[7]. Sin embargo, a pesar de la desconfianza inicial en el campo científico, se observó que el impacto del comportamiento humano es una de las principales causas del cambio climático en curso. Los expertos reconocen que las temperaturas se han disparado en las últimas dos décadas en comparación con el promedio del siglo pasado[8] y los efectos de este proceso son múltiples: variaciones considerables en los patrones de precipitación atmosférica, aumento del nivel del mar que van de diez a veinte centímetros por encima de los datos de 1900, fusión de los glaciares, casquetes polares que se van derritiendo, desertificación[9].

En este escenario, las evidencias científicas "sugiere[n] una clara influencia humana en el clima mundial", debido a la acumulación de dióxido de carbono y a la propagación de metano, óxido de nitrógeno y clorofluorocarbonos"[10]. Como se señaló en el conocido estudio de 1972 *The Limits to Growth*, el crecimiento constante de las actividades de producción es irreconciliable con los recursos del planeta y con la idea de una ilimitada resiliencia de la tierra que garantiza las condiciones de vida para la especie humana[11].

Con respecto a las actividades presentes y futuras, el escenario climático contemporáneo no es nada estático. De hecho, a pesar de la resiliencia de los ecosistemas, las políticas de adaptación no son el único ámbito de acción, teniendo en cuenta que la intensificación de las emisiones de gases de efecto invernadero, que depende principalmente del desarrollo socioeconómico y de la política climática, influye en "todos los componentes del sistema climático, aumentando la probabilidad de efectos graves, generalizados e irreversibles sobre las personas y los ecosistemas"[12]. Por lo tanto, la aplicación de políticas encaminadas a una reducción sustancial y constante de las emisiones de gases de efecto invernadero

7 Según Maslin, M.: *Climate Change*, cit., p. 86: "The key reasons for the delay in recognizing the climate change were, first, the power of the global mean temperature (GMT) data set and, second, the need for the emergence of global environmental awareness. The GMT data set is calculated using the land-air and sea-surface temperatures. From 1940 until the mid-1970s, the global temperature curve seems to have had a general downward trend. This provoked many scientists to discuss whether the Earth was entering the next great ice age. This fear developed in part because of increased awareness in the 1970s of how variable global climate had been in the past".

8 IPCC: *Climate Change 2014: Synthesis Report*, Contribution of Working Groups I, II and III to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change [Core Writing Team, Pachauri, R.K. and Meyer, L.A. (eds.)], Ginebra, 2014.

9 Meadows, D., Randers, J., Meadows, D.: *Limits to Growth. The 30-Year Update*, Chelsea Green, Londres, 2004, p. 114: "It has been known for more than 100 years that carbon dioxide traps heat and increases the temperature of the earth, like a greenhouse that lets the sun's energy in but hinders it from going out. And over the past 30 years it has become ever more obvious that other greenhouse gases emitted by human activity are also building up exponentially in the atmosphere: methane, nitrous oxide, and the same chlorofluorocarbons that are threatening the ozone layer".

10 Íbid., p. 116, donde se refiere a Watson, R.T. *et al.: Climate Change 2001: Synthesis Report*, Geneva, 2001: "The balance of evidence suggests a discernible human influence on global climate. As economists, we believe that global climate change carries with it significant environmental, economic, social, and geopolitical risks, and that preventive steps are justified".

11 Meadows, D.H., Meadow, D.L., Randers, J., Behrens III, W.W., *The Limits to Growth*, Nueva York, 1972.

12 Íbid., p. 8.

es un objetivo esencial para la comunidad internacional. Como ha señalado el IPCC, en este conjunto de elementos, la tarea principal para hacer frente al cambio climático es encontrar la interacción correcta entre la adaptación y la mitigación, destinadas a medidas complementarias.

II. EL PAPEL DE LOS ORDENAMIENTOS PARA FAVORECER ADAPTACIÓN Y MITIGACIÓN: ENTRE FUNCIÓN PEDAGÓGICA Y REGULACIÓN.

Aunque la idea de repensar el desarrollo económico como 'sostenible' puede, en algunas vertientes atraer consensos, en la práctica la explotación de los recursos materiales del planeta sigue siendo una de las principales cuestiones abiertas que impulsan la política internacional de los países industrializados y en desarrollo, que reivindican su derecho al crecimiento económico con métodos ya adoptados en el pasado. Sobre el punto, piénsese en la posición de Canadá sobre el Protocolo de Kyoto, en las políticas adoptadas por los Estados Unidos durante la administración Trump con respecto al Acuerdo de París de 2015 o en la oposición de los países emergentes en las Conferencias de las Partes (COPs)[13].

El papel de los ordenamientos, que favorece la función pedagógica o reglamentaria de la ley, no es nada pasivo. Teniendo en cuenta la literatura sobre la relación entre medio ambiente, impacto del comportamiento humano y cambio climático, queda claro que la evidencia científica desarrolla una base adecuada para las ciencias jurídicas. Desde estas premisas, el derecho y el clima están inextricablemente unidos por el objeto propio del derecho: la conducta.

Aunque las ciencias duras están preparadas ontológicamente para el estudio de los acontecimientos naturales, cuando se les pregunta si puede haber un espacio adecuado para el cambio climático en las humanidades, se plantean dos consideraciones. Debido a que el ser humano tiene un gran impacto en la vida del planeta, en parte causando "la pérdida de resiliencia e integridad funcional de la Tierra y sus sistemas"[14], existe un vínculo inseparable entre la acción humana, los efectos producidos y la voluntad de realizar ciertas acciones. La segunda consideración reside en la interconexión que caracteriza a los ecosistemas, que encuentra una conducta variable, es decir, humana, que afecta a sus equilibrios de manera transversal y consciente, en el caso de impacto tanto directo como indirecto[15].

13 Sobre este tema, cf. Meyer, B.: *The International Law on Climate Change*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018. Véase además Lázaro Touza, L.: "Cambio climático 2020. Ciencia, tras el maratón COP 25, el Pacto Verde Europeo y legislación climática en España", *Análisis del Real Instituto Elcano* (ARI), núm. 14, 2020.

14 Woodwell, G.M.: "On Purpose in Science, Conservation and Government: The Functional Integrity of the Earth is at Issue not Biodiversity", *Ambio*, vol. 31, núm. 5, 2002, pp. 432-436, p. 433.

15 Sobre el concepto de antropoceno, véase Kotzé, L.J.: *Reimagining Global Environmental Law and Governance in the Anthropocene*, Inaugural Address held on 27 September 2012, North West University, Potchefstroom, South Africa; Id., Marauhn, T. (eds): *Transboundary Governance of Biodiversity*, Brill, Leiden-Boston, 2014.

Sólo la práctica simultánea y constante a largo plazo de adaptación y mitigación puede, por lo tanto, reducir los riesgos impuestos por el cambio climático actual, produciendo circunstancias más adaptativas y reduciendo los costes de mitigación, al tiempo que ayuda a restablecer un equilibrio entre el clima, el desarrollo sostenible y la resiliencia del planeta. Con este fin, una toma de decisiones eficaz y un sistema jurídico que también pueda adaptarse a las contingencias son cruciales para hacer frente al cambio climático en curso a fin de integrar "la gobernanza, las dimensiones éticas, la equidad, los juicios de valor, las evaluaciones económicas y las diferentes percepciones y respuestas al riesgo y la incertidumbre"[16].

Como se ha mencionado anteriormente, la presencia de sustancias antropogénicas en la atmósfera ha subido como consecuencia de un desarrollo económico no regulado e hipotéticamente ilimitado, que ha progresivamente erosionado los recursos naturales. La cuestión, sin embargo, no afecta sólo al plan económico y a los enfoques capitalistas y extractivos, sino también a los culturales, con respecto a los cuales el patrimonio colonial, el oscurantismo ambiental y las percepciones antropocéntricas todavía influyen en las políticas nacionales e internacionales[17].

III. EL PACTO VERDE EUROPEO: HACIA LA LEY EUROPEA DEL CLIMA.

La posición de la Unión Europea sobre cuestiones ambientales y climáticas parece reflejar los *Sustainable Development Goals* de las Naciones Unidas para el 2030[18], además de las decisiones adoptadas en las *Conferences of the Parties* de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. A diferencia de otros sistemas, cuyas políticas económicas han sido antepuestas a las

Véase Amirante, D.: "Aspettando la catastrofe. L'emergenza climatica fra storia della scienza e filosofia", en AA.VV.: *Il pudore delle cose, la responsabilità delle azioni* (coord. por G. Limone), FrancoAngeli, Milán, 2019, pp. 143-151.

16 IPCC, *Climate Change 2014*, cit., p. 31: "Strategies and actions can be pursued now which will move towards climate-resilient pathways for sustainable development, while at the same time helping to improve livelihoods, social and economic well-being and effective environmental management. In some cases, economic diversification can be an important element of such strategies. The effectiveness of integrated responses can be enhanced by relevant tools, suitable governance structures and adequate institutional and human capacity (medium confidence). Integrated responses are especially relevant to energy planning and implementation; interactions among water, food, energy and biological carbon sequestration; and urban planning, which provides substantial opportunities for enhanced resilience, reduced emissions and more sustainable development (medium confidence)". Sobre la idea de emergencia de la situación climática-ambiental actual y la crítica de un enfoque técnico-jurídico por una percepción que se desarrolla dentro de una imagen "normal" de la realidad, véase Carducci, M.: "Doppia emergenza e ritorno all'Ecocene?", *Rivista di Diritti comparati*, núm. 2, pp. 383-392, 2020, que se refiere, con respecto al Ecoceno, a De Siena, S.: *Ecocene. Per un postumano tecnopolitico o ecopolitico?*, Orthotes Editrice, Nápoles-Salerno, 2019.

17 Ver Gosh, A.: *The Great Derangement. Climate Change and the Unthinkable*, University of Chicago Press, Chicago, 2016.

18 https://sustainabledevelopment.un.org/ (ultimo acceso: Julio 2020). Véase Griggs, D. *et al.*: "Sustainable development goals for people and planet", *Nature*, núm. 495, 2013, pp. 305-307; Le Blanc, D.: "Towards Integration at Last? The Sustainable Development Goals as a Network of Targets", *Sustainable Development*, vol. 3, núm. 23, 2015, pp. 176-187; Fukuda-Parr, S., Muchhala, B.: "The Southern origins of sustainable development goals: ideas, actors, aspirations", *World Development*, núm. 126, 2020, pp. 1-11.

medioambientales, la Unión Europea está repensando sus paradigmas financieros, estableciendo una serie de iniciativas que llevarían a Europa a ser el primer continente con cero emisiones del mundo para el 2050. El principal instrumento por el que se espera esta reversión es el Pacto Verde Europeo, una nueva agenda política proyectada hacia un futuro ecológico y sostenible[19]. Como ha señalado expresamente la Comisión Europea, el plan de acción se centrará en tres puntos cruciales: 1) inversión de los paradigmas económicos; 2) mejora de la salud y la calidad de vida; 3) protección del medio ambiente[20].

Los sectores económicos más afectados son las tecnologías de transporte, energía, agricultura, construcción, industria, información y comunicación. Son particularmente importantes las inversiones anuales adicionales (260.000 millones de euros, es decir, el 1,5 % del PIB en 2018), la coordinación público-privada y la creación del *Just Transition Fund*[21]. El objetivo es reducir el impacto económico y social de la transición energética, con especial referencia a aquellas regiones con una alta concentración de emisiones de gases de efecto invernadero y un nivel significativo de actividades que dependen del uso de los combustibles fósiles.

En el ámbito económico, el proceso hacia esta transición adquiere características precisas, como lo demuestran las numerosas políticas de incentivos orientadas a un enfoque ecológico. En términos jurídicos, el Pacto Verde Europeo se traduce en el Reglamento Europeo del Clima (*European Climate Law*). La propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, que establece el marco para lograr la neutralidad climática y las reformas al Reglamento (UE) 2018/1999, encuentra su base jurídica en los artículos 191 y 192 § 1 TFUE, con el fin de garantizar la intervención de la Unión en "la conservación, la protección y la mejora de la calidad del medio ambiente", así como "el fomento de medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales del medio ambiente, y en particular a luchar contra el cambio climático"[22]. Este conjunto de materias implica la necesaria aplicación del principio de subsidiariedad para las competencias no exclusivas, habida cuenta de las características transfronterizas del cambio climático, lo que implica una acción nacional y local coordinada entre los países de la UE.

19 COM (2019) 640 *Annex to the Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. The European Green Deal*. Véase también la sección dedicada en el sitio web de la Comisión: https://ec.europa.eu/clima/policies/eu-climate-action/law_en (ultimo acceso: Julio 2020). Sobre las posibilidades y las medidas económica que el Pacto Verde Europeo puede ofrecer además teniendo en cuenta la crisis económica causada por el CIVID-19, véanse las consideraciones de Martín Pascual, E.: "El pacto verde europeo. ¿posible salida verde de la crisis de la Covid-19?", *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 51, 2020.

20 COM (2020) 80, 2020/0036 (COD).

21 COM (2019) 640; https://ec.europa.eu/clima/policies/eu-climate-action/law_en (ultimo acceso: Julio 2020). Véase Cavaliere, S.: "Il progetto Green New Deal e gli incentivi verdi: è tutto oro quello che luccica?", *Diritto pubblico europeo Rassegna Online*, núm. 1, 2020, pp. 1-10.

22 COM (2020) 80, 2020/0036 (COD), p. 4.

El Reglamento propuesto define en primer lugar el objeto y el alcance, a saber, "garantizar que la transición hacia la neutralidad climática sea irreversible, lograr una reducción gradual a lo largo del tiempo y ayudar a evaluar la coherencia de las medidas y los avances con el objetivo de neutralidad climática"[23], y tiene la finalidad de reducir las emisiones antropogénicas y conseguir una neutralidad climática en la UE para 2050, habida cuenta del objetivo de temperatura a largo plazo establecido en el art. 2 del Acuerdo de París. Establece asimismo un marco para avanzar en la consecución del objetivo global de adaptación establecido en el art. 7 del mismo Acuerdo.

El logro de la neutralidad climática implica una acción no sólo a nivel europeo, sino también a nivel nacional y local, con la coordinación de la Comisión. El art. 2 dispone que las instituciones pertinentes de la Unión y los Estados miembros deben actuar sobre la base de sus propias competencias. Presumiblemente para septiembre de 2020, la Comisión evaluará los resultados obtenidos sobre la base de los objetivos climáticos de 2030. Sin embargo, a más del 30 de junio de 2021, la evaluación de la Comisión abarcaría los cambios legislativos necesarios, tanto en relación con la neutralidad climática como con la reducción de las emisiones antropogénicas con respecto a los niveles de 1990.

Muy interesante para la relación entre la Unión, el nivel internacional y la base científica es el art. 3, trazando el camino legal hacia la neutralidad climática. En primer lugar, cabe señalar que, de acuerdo con el art. 9, la Comisión podrá adoptar actos delegados para complementar el Reglamento, incluso de conformidad con el art. 14 del Acuerdo de París. La lista en el art. 3 § 3 establece los elementos que la Comisión debe evaluar para especificar la trayectoria común hacia los objetivos del art. 2. Entre ellos, además de los elementos relativos a la eficiencia económica, la competitividad del mercado y otros parámetros relacionados con el desarrollo y el suministro de energía, a los puntos i) y j) el texto hace referencia explícita a la evolución internacional "para alcanzar los objetivos a largo plazo del Acuerdo de París y el objetivo último de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático", así como a "la mejor y más reciente información científica, incluidos los últimos informes del IPCC"[24].

Por referencia expresa al art. 7 del Acuerdo de París, el art. 4 detalla la necesidad de acciones de adaptación al cambio climático, recordando la resiliencia y vulnerabilidad de los ecosistemas, en previsión del desarrollo de planes de riesgo "fundamentados en bases de referencia sólidas en materia de clima y vulnerabilidad"[25], centrados en el principio de acción preventiva. Los artículos

23 Íbid, p. 15.

24 Íbid, p. 17.

25 Íbid.

5 a 7 contienen disposiciones heterogéneas sobre la evaluación de las medidas nacionales, en la que participan la Agencia Europea de Medio Ambiente y se recuerda al IPCC en busca de pruebas científicas.

Por último, cabe señalar dos aspectos esenciales: 1) la participación de la sociedad civil; 2) el diálogo multinivel sobre clima y energía. Las nuevas formas de participación de la sociedad civil en las políticas ambientales han sido reconocidas convencionalmente desde la Declaración de Río de 1992 y la Convención de Aarhus[26], a través de los principios de acceso a la información, de participación del público en la toma de decisiones y de justicia ambiental; mientras que, políticamente, el surgimiento de formas de participación ha llevado a algunos a proponer el concepto de 'democracia ambiental'[27].

Para este fin, el art. 8 de la propuesta de reglamento examinado impone a la Comisión la obligación de favorecer la posibilidad y la responsabilidad de los componentes sociales, a fin de facilitar "procesos inclusivos y accesibles a todos los niveles, incluidos los nacionales, regionales y locales", con el objetivo de involucrar tanto a la sociedad civil en su conjunto como a ciudadanos individuales. Además, la ley establece que la Comisión puede utilizar las herramientas ya descritas en el art. 11 del Reglamento (UE) 2018/1999 – en el que intervendría el artículo 10 de la misma Ley Europea del Clima – para los diálogos multinivel sobre cuestiones climáticas y energéticas establecidas por los Estados miembros.

IV. CONCLUSIONES.

Los desarrollos ambientales internacionales, además de proporcionar un conjunto de principios jurídicos relevantes[28], han favorecido la creación de grupos de expertos para remediar la incertidumbre científica, respondiendo a la necesidad de usar bases sólidas para el desarrollo político-jurídico en asuntos ambientales, tanto a nivel nacional como supranacional. Como se ilustra arriba, por lo tanto, el escepticismo ha llevado a la necesidad de acciones concretas para reducir el impacto del cambio climático y actuar sobre las causas de este fenómeno, para facilitar la mitigación y la adaptación.

26 Véase Adede, A. O.: "The Treaty System from Stockholm (1972) to Rio de Janeiro (1992)", *Pace Environmental Law Review*, vol. 13, núm. 1, 1995, pp. 33-48; Wates, J.: "The Aarhus Convention: a driving force for Environmental Democracy", *Journal for European Environmental & Planning Law*, vol. 2, núm 1, 2005, pp. 2-11.

27 Mason, M.: *Environmental Democracy*, Routledge, Londres-Nueva York, 1999; Jasanoff, S.: "The Dilemma of Environmental Democracy", *Issues in Science and Technology*, 1996, vol. 13, núm. 1, pp. 63-70; Wates, J.: *The Aarhus Convention*, cit. Sobre el derecho a recibir información medioambiental véase por lo menos Climent Gallart, J.A.: "El reconocimiento internacional del derecho a recibir información medioambiental en caso de amenaza para la salud o el medio ambiente. Especial Referencia al Consejo de Europa", *Rev. Boliv. de Derecho*, núm. 29, 2020, pp. 406-429.

28 Sands, P., Peel, J., Fabra, A., MacKenzie, R.: *Principles of International Environmental Law*, Cambridge university Press, Cambridge, 2018.

La Unión Europea, tomando como punto de partida actividades que han afectado la esfera política internacional desde la década de 1970[29], ha emprendido políticas concretas a través del Pacto Verde Europeo y, específicamente a nivel jurídico, con la propuesta de una regulación climática. Sobre este punto, surgen algunas preguntas: 1) ¿qué papel desempeña la UE a nivel mundial? 2) ¿Por qué elegir el reglamento como herramienta de implementación jurídica? 3) ¿Cuál es la referencia científica y, en general, las referencias necesarias? 4) ¿Surge alguna cuestión significativa para investigaciones de derecho público comparado?

Con respecto al papel de la UE a nivel mundial, en primer lugar, cabe señalar que la Unión se encuentra entre las instituciones supranacionales más comprometidas con la realización de intervenciones incisivas y rápidas en el ámbito ambiental, no solo a través de *soft law*s -que a veces han producido más efectos que la denominada *hard law*[30]-, pero con una *leadership* en el campo económico que pretende demostrar la capacidad de ser ecológico y, al mismo tiempo, sostenible y competitivo. A raíz de estos elementos, la Unión tiene la intención de asumir un papel de liderazgo al involucrar a otros países en la adopción de medidas similares y en el desarrollo de un proceso de emulación global.

En cuanto a la segunda pregunta, es decir, la elección del reglamento, ello podría plantear algunas dudas, considerando también la participación necesaria de los Estados miembros con base en el art. 11 del Reglamento (UE) 2018/1999 que, además, involucra a legisladores y ejecutivos nacionales con amplios márgenes de discreción con respecto a las medidas a adoptar (el control de la Comisión, de hecho, tiene lugar *ex post*). Esto llevaría a pensar en la directiva como una herramienta suficiente para lograr los objetivos de conformidad con el art. 2 del reglamento propuesto. De hecho, la armonización indispensable de las intervenciones es una de las razones que llevaron a la Comisión a elegir una herramienta que garantizara la aplicabilidad directa. Además, como se explica en la propuesta misma, muchas disposiciones vinculantes se dirigen a la propia Comisión y a la Agencia Europea del Medio Ambiente, por lo que la intervención

29 Entre otros, nos referimos a: Stockholm Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment, (16 June 1972), Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer (22 March 1985), The Rio Declaration on Environment and Development (12 agosto 1992), United Nations Framework Convention on Human Rights of 1992; Paris Agreement under the United Nations Framework Convention on Climate Change (12 dicembre 2015). Véase Adede, A. O.: "The Treaty System from Stockholm (1972) to Rio de Janeiro (1992)", cit.; Wates, J.: "The Aarhus Convention", cit.; Wirth, D.A.: "The Rio Declaration on Environment and Development: Two Steps Forward and One Back, or Vice Versa", *Georgia Law Review*, núm. 95, 1995, pp. 599-653; Morel, R., Shishlov, I.: *Ex-post evaluation of the Kyoto Protocol: four key lessons from the 2015 Paris Agreement*, Climate Report, Research on the economics of climate change, núm. 44, 2014, pp. 1-37; Bodansky, D.: "The Legal Character of the Paris Agreement", *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, vol. 25, núm. 2, 2016, pp. 142-150.

30 Ver Bodansky, D., Brunnée, J., Rajamani, L.: *International Climate Change Law*, Oxford university Press, Oxford, 2017; Sands, L., Peel, J., Fabra, A., MacKenzie, R.: *Principles of International Environmental Law*, cit.; Lees, E., Viñuales, J.E.: *The Oxford Handbook of Comparative Environmental Law*, Oxford University Press, Oxford, 2019.

se tenía que llevar a cabo necesariamente mediante reglamento y no directiva seguida por la transposición nacional.

Acerca de la contribución científica, este aspecto ya se ha subrayado en el desarrollo interdisciplinario de cuestiones ambientales y climáticas. A este respecto, el reglamento propuesto no solo se refiere explícitamente al IPCC, sino que también otorga a la Comisión un papel de control similar al de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. En otras palabras, el sistema definido por la regulación propuesta parece cambiar el enfoque de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático a nivel continental, en particular en lo que respecta a la forma de evaluar y gestionar los datos de emisiones antropogénicas.

Con respecto al interés comparativo en asuntos ambientales, que ha suscitado importantes debates doctrinales[31], la aplicabilidad directa de la regulación no implica que las leyes nacionales estén al margen; por el contrario, la intervención legislativa nacional en varios niveles se vuelve indispensable precisamente para lograr los objetivos establecidos en el art. 2. Por lo tanto, dada la complejidad e interdisciplinariedad del asunto, así como el reciente nacimiento de estudios jurídicos sobre el tema -solo unas pocas décadas en comparación con otras ramas milenarias del derecho- para comprender a nivel comparativo los desarrollos futuros de las leyes nacionales, con referencia particular a las introducidas sobre la base de la eventual Ley Europea del Clima, una ruta de investigación no se podrá centrar solo en datos nacionales, sino tendrá que rastrear en perspectiva diacrónica todo el "camino áspero"[32] que condujo a la sedimentación del régimen jurídico objeto de estudio.

31 La doctrina ha dedicado numerosos estudios a proyecciones comparativas del derecho ambiental; por lo tanto, sin pretensión de exhaustividad, véase algunos de los textos que marcaron la evolución o hicieron contribuciones significativas: Amirante, D.: *Diritto ambientale italiano e comparato. Principi*, Jovene, Nápoles, 2003; Greco, N.: *La Costituzione dell'ambiente*, il Mulino, Bolonia, 1996; Cordini, G.: *Diritto ambientale comparato*, CEDAM, Padua, 2002; Grassi, S., Cecchetti, M., Andronio, A. (coords): *Ambiente e diritto*, vol. I, Olschki, Florencia, 1999; Caravita, B.: *Diritto dell'ambiente*, il Mulino, Bolonia, 2005; Cecchetti, M.: *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Giuffrè, Milán, 2000; Mezzetti, L. (coord.): *Manuale di diritto ambientale*, CEDAM, Padua, 2001; Crosetti, A. *et al.*, *Diritto dell'ambiente*, Laterza, Roma-Bari, 2007; Di Plinio, G., Fimiani, P.: *Principi di diritto ambientale*, Giuffrè, Milán, 2008; Grassi, S.: "Tutela dell'ambiente (Diritto amministrativo)", en *Encicl. dir.*, Annali, I, Giuffrè, Milán, 2007, p. 1114 ss.; Bagni, S. (coord.): *Dallo Stato del bienestar allo Stato del buen vivir. Innovazione e tradizione nel costituzionalismo latino-americano*, Filodiritto, Bolonia, 2013; Porena, D.: *La protezione dell'Ambiente tra Costituzione italiana e "Costituzione globale"*, Giappichelli, Turín, 2017; Id., *Il principio di sostenibilità. Contributo allo studio di un programmacostituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Giappichelli, Turín, 2017; Dell'Anno, P., Picozza, E. (coord.), *Trattato di diritto dell'ambiente*, CEDAM, Padua, 2012; Sandulli, M.A., Ferrara, R. (coords), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Giuffrè, Milán, 2014; Capra, F., Mattei, U.: *Ecologia del diritto. Scienza, politica, beni comuni*, Aboca, Sansepolcro, 2017; D'Ignazio, G.: *Il governo dell'ambiente fra Unione europea, Stato, regioni ed autonomie locali*, Maggioli, Rimini, 1996; Baldin, S.: *I diritti della natura: i risvolti giuridici dell'ética ambiental exigente in America Latina*, 2014, www.forumcostituzionale.it (ultimo acceso: Julio 2019); Carducci, M.: "Natura (diritti della)", *Digesto delle Discipline Giuridiche*, UTET, Turín, 2017, pp. 486-521.

32 Amirante, D.: "L'ambiente «preso sul serio». Il percorso accidentato del costituzionalismo ambientale", *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, Special Issue, 2019, pp. 1-32.

BIBLIOGRAFÍA

ACOT, P.: *Histoire du climat: du Big Bang aux catastrophes climatiques*, Tempus Perrin, París, 2009.

ADEDE, A.O.: "The Treaty System from Stockholm (1972) to Rio de Janeiro (1992)", *Pace Environmental Law Review*, vol. 13, núm. 1, 1995.

AMIRANTE, D.:

- "Aspettando la catastrofe. L'emergenza climatica fra storia della scienza e filosofia", en AA.VV.: *Il pudore delle cose, la responsabilità delle azioni* (coord. por G. LIMONE), FrancoAngeli, Milán, 2019.

- *Diritto ambientale italiano e comparato. Principi*, Jovene, Nápoles, 2003.

- "L'ambiente «preso sul serio». Il percorso accidentato del costituzionalismo ambientale", *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, Special Issue, 2019.

BAGNI, S. (coord.): *Dallo Stato del bienestar allo Stato del buen vivir. Innovazione e tradizione nel costituzionalismo latino-americano*, Filodiritto, Bolonia, 2013.

BALDIN, S.: *I diritti della natura: i risvolti giuridici dell'ética ambiental exigente in America Latina*, 2014, www.forumcostituzionale.it (ultimo acceso: Julio 2019).

BODANSKY, D.: "The Legal Character of the Paris Agreement", *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, vol. 25, núm. 2, 2016.

BODANSKY, D., BRUNNÉE, J., RAJAMANI, L.: *International Climate Change Law*, Oxford university Press, Oxford, 2017.

CAPRA, F., MATTEI, U.: *Ecologia del diritto. Scienza, politica, beni comuni*, Aboca, Sansepolcro, 2017.

CARAVITA, B.: *Diritto dell'ambiente*, il Mulino, Bolonia, 2005.

CARDUCCI, M.:

- "Doppia emergenza e ritorno all'Ecocene?", *Rivista di Diritti comparati*, núm. 2, 2020.

- "Natura (diritti della)", *Digesto delle Discipline Giuridiche*, UTET, Turín, 2017.

CAVALIERE, S.: "Il progetto Green New Deal e gli incentivi verdi: è tutto oro quello che luccica?", *Diritto pubblico europeo Rassegna Online*, núm. 1, 2020.

Cecchetti, M.: *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Giuffrè, Milán, 2000.

Climent Gallart, J. A.: "El reconocimiento internacional del derecho a recibir información medioambiental en caso de amenaza para la salud o el medio ambiente. Especial Referencia al Consejo de Europa", *Rev. Boliv. de Derecho*, núm. 29, 2020.

Cordini, G.: *Diritto ambientale comparato*, CEDAM, Padua, 2002.

Crosetti, A. *et al.*, *Diritto dell'ambiente*, Laterza, Roma-Bari, 2007.

D'Ignazio, G.: *Il governo dell'ambiente fra Unione europea, Stato, regioni ed autonomie locali*, Maggioli, Rimini, 1996.

De Siena, S.: *Ecocene. Per un postumano tecnopolitico o ecopolitico?*, Orthotes Editrice, Nápoles-Salerno, 2019.

Dell'Anno, P., Picozza, E. (coord.): *Trattato di diritto dell'ambiente*, CEDAM, Padua, 2012.

Di Plinio, G., Fimiani, P.: *Principi di diritto ambientale*, Giuffrè, Milán, 2008.

Fukuda-Parr, S., Muchhala, B.: "The Southern origins of sustainable development goals: ideas, actors, aspirations", *World Development*, núm. 126, 2020.

Gosh, A.: *The Great Derangement. Climate Change and the Unthinkable*, University of Chicago Press, Chicago, 2016.

Grassi, S.: "Tutela dell'ambiente (Diritto amministrativo)", en *Encicl. dir.*, Annali, I, Giuffrè, Milán, 2007.

Grassi, S., Cecchetti, M., Andronio, A. (coords): *Ambiente e diritto*, vol. I, Olschki, Florencia, 1999.

Greco, N.: *La Costituzione dell'ambiente*, il Mulino, Bolonia, 1996.

Griggs, D. *et al.*: "Sustainable development goals for people and planet", *Nature*, núm. 495, 2013.

IPCC: *Climate Change 2014: Synthesis Report*, Contribution of Working Groups I, II and III to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change [Core Writing Team, Pachauri, R.K. and Meyer, L.A. (eds.)], Ginebra, 2014.

JASANOFF, S.: "The Dilemma of Environmental Democracy", *Issues in Science and Technology*, vol. 13, núm. 1, 1996.

KOTZÉ, L.J.: *Reimagining Global Environmental Law and Governance in the Anthropocene*, Inaugural Address held on 27 September 2012, North West University, Potchefstroom, South Africa.

KOTZÉ, L.J., MARAUHN, T. (eds): *Transboundary Governance of Biodiversity*, Brill, Leiden-Boston, 2014.

L. LÁZARO TOUZA, "Cambio climático 2020. Ciencia, tras el maratón COP 25, el Pacto Verde Europeo y legislación climática en España", *Análisis del Real Instituto Elcano* (ARI), núm. 14, 2020.

LE BLANC, D.: "Towards Integration at Last? The Sustainable Development Goals as a Network of Targets", *Sustainable Development*, vol. 3, núm. 23, 2015.

LEES, E., VIÑUALES, J.E.: *The Oxford Handbook of Comparative Environmental Law*, Oxford University Press, Oxford, 2019.

E. MARTÍN PASCUAL, "El pacto verde europeo. ¿posible salida verde de la crisis de la Covid-19?", *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 51, 2020.

MASLIN, M.: *Climate Change: A Very Short Introduction*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

MASON, M.: *Environmental Democracy*, Routledge, Londres-Nueva York, 1999.

MEADOWS, D., RANDERS, J., MEADOWS, D.: *Limits to Growth. The 30-Year Update*, Chelsea Green, Londres, 2004.

MEADOWS, D.H., MEADOW, D.L., RANDERS, J., BEHRENS III, W.W., *The Limits to Growth*, Nueva York, 1972.

MEYER, B.: *The International Law on Climate Change*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018.

MEZZETTI, L. (coord.): *Manuale di diritto ambientale*, CEDAM, Padua, 2001.

MOREL, R., SHISHLOV, I.: *Ex-post evaluation of the Kyoto Protocol: four key lessons from the 2015 Paris Agreement*, Climate Report, Research on the economics of climate change, núm. 44, 2014.

Porena, D.:

- *Il principio di sostenibilità. Contributo allo studio di un programmacostituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Giappichelli, Turín, 2017.

- *La protezione dell'Ambiente tra Costituzione italiana e "Costituzione globale"*, Giappichelli, Turín, 2017.

Sands, P., Peel, J., Fabra, A., MacKenzie, R.: *Principles of International Environmental Law*, Cambridge university Press, Cambridge, 2018.

Sandulli, M.A., Ferrara, R. (coords), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Giuffrè, Milán, 2014.

Viola, P., "La contribución científica del *Intergovernmental Panel on Climate Change* al Pacto Verde Europeo: introducción a la *European Climate Law*", *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, vol. 20, núm. 81, 2020.

Wates, J.: "The Aarhus Convention: a driving force for Environmental Democracy", *Journal for European Environmental & Planning Law*, vol. 2, núm 1, 2005.

Watson, R.T. *et al.*: *Climate Change 2001: Synthesis Report*, Geneva, 2001.

Wirth, D.A.: "The Rio Declaration on Environment and Development: Two Steps Forward and One Back, or Vice Versa", *Georgia Law Review*, núm. 95, 1995.

Woodwell, G.M.: "On Purpose in Science, Conservation and Government: The Functional Integrity of the Earth is at Issue not Biodiversity", *Ambio*, vol. 31, núm. 5, 2002.

CUESTIONES DE INTERÉS JURÍDICO

LA TEMPORALIDAD DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

THE TEMPORALITY OF THE MAINTENCE ALLOWANCE IN THE CASE LAW OF THE SPANISH SUPREME COURT

Rev. Boliv. de Derecho Nº 32, julio 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 776-797

José Ramón
DE VERDA y
Álvaro BUENO

ARTÍCULO RECIBIDO: 24 de mayo de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 31 de mayo de 2021

RESUMEN: En el presente trabajo se estudian los criterios jurisprudenciales en orden a determinar si una pensión compensatoria debe tener carácter indefinido o temporal.

PALABRAS CLAVE: Pensión compensatoria; divorcio; temporalidad. pensión compensatoria; divorcio; temporalidad.

ABSTRACT: *This paper examines the case law criteria in order to determine whether a maintenance allowance should be of an indefinite or temporary nature.*

KEY WORDS: *Maintenance allowance; divorce; temporality.*

SUMARIO.- I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.- II. LA CONVICCIÓN DEL JUZGADOR DE QUE EL ACREEDOR DE LA PENSIÓN PODRÁ SUPERAR EL DESEQUILIBRIO EN UN TIEMPO CONCRETO COMO CRITERIO DE DECISIÓN PARA ESTABLECER UNA PENSIÓN DE CARÁCTER TEMPORAL.- 1. La posibilidad de vender una casa en un futuro no puede fundamentar un juicio prospectivo favorable a la temporalidad de la pensión, si no se aporta un estudio de mercado específico.- 2. La expectativa de la futura liquidación de la sociedad de gananciales no es una circunstancia que, por sí misma, permita establecer la temporalidad de la pensión, siendo necesario concretar en qué medida la liquidación permitirá superar el desequilibrio económico al perceptor en el plazo determinado.- 3. La previsible percepción de una pensión de jubilación permite limitar el cobro de la pensión compensatoria hasta el momento en que aquella tenga lugar.- 4. La mera expectativa de percibir una pensión por invalidez no autoriza a establecer una pensión de carácter temporal, si no se acredita con la suficiente certidumbre la posibilidad de percibirla y su cuantía.- III. CIRCUNSTANCIAS VALORADAS EN ORDEN AL ESTABLECIMIENTO DE PENSIONES INDEFINIDAS.- 1. La avanzada edad y la falta de cualificación profesional del perceptor.- 2. El mal estado de salud del perceptor.- 3. La cualificación profesional del perceptor, que tiene cierta edad y carece de experiencia laboral.- 4. La falta de cualificación de un perceptor joven.- IV. CIRCUNSTANCIAS VALORADAS EN ORDEN AL ESTABLECIMIENTO DE PENSIONES TEMPORALES.- 1. La edad, no excesivamente avanzada, unida a la cualificación profesional del perceptor.- 2. La disminución de intensidad de la dedicación futura del perceptor a la familia.- V. LA REVISIÓN CASACIONAL DEL CARÁCTER TEMPORAL O INDEFINIDO DE LA PENSIÓN.- VI. LA APLICACIÓN DE LAS CAUSAS DE MODIFICACIÓN Y EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA A LAS CONCEDIDAS CON CARÁCTER TEMPORAL.- VII. LA POSIBILIDAD DE CONVERSIÓN EN TEMPORAL DE LA PENSIÓN INDEFINIDA A TRAVÉS DE UN JUICIO DE MODIFICACIÓN DE MEDIDAS.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.

El art. 97.1 CC, tal y como fue redactado por la Ley 30/1981, de 7 de julio, contemplaba la compensación como una pensión periódica de carácter indefinido, lo que era una consecuencia lógica de una regulación basada en la idea de la

• José Ramón de Verda y Beamonte

Catedrático de Derecho Civil en la Universidad de Valencia, en la que se graduó, obteniendo el Premio Extraordinario de Licenciatura. Doctor en Derecho por las Universidades de Bolonia y de Valencia, encontrándose en posesión del Premio Extraordinario de Doctorado de esta última. Director del Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Valencia. Director de la Revista Boliviana de Derecho (rBD) y de Actualidad Jurídica Iberoamericana (AJI). Director, por parte de la Universidad de Valencia, de los Proyectos de Investigación "Governing Inheritance Statutes after the Entry into Force of EU Succession Regulation" (764204 GoinEu)", "Justice Programme" (2014-2020), "Integration, migration, transnational relationships. Governing inheritance statutes after the entry into force of EU succession regulations" (796041 GoInEUPlus), "Justice Programme" (2014-2020), y "Adaptation of rights in rem in cross-border successions within EU" (101007501 EU-ADAPT), JUST-JCOO-AG-2020; Director del Grupo de Investigación Permanente de la Universidad de Valencia "Research Group Person and Family" (GIUV2013-101)

• Álvaro Bueno Biot

Doctorando en Derecho en la Universidad de Valencia, en la que se graduó y ha obtenido la titulación del Máster de Acceso a la Abogacía y del Máster en Derecho de la empresa, con la especialidad en Derecho mercantil con la calificación de sobresaliente. También ha cursado un Máster MBA en el Instituto Superior Europeo de Barcelona (ISEB) habiendo obtenido la calificación "cum laude". Ha participado como ponente en varias jornadas y congresos de carácter nacional e internacional, así como también ha formado parte de comités de organización de congresos y jornadas organizadas por la Universidad de Valencia y el Instituto de Derecho Iberoamericano (IDIBE). Es autor de varios artículos, publicados en revistas españolas y americanas. Miembro del consejo de redacción de la Revista de Actualidad Jurídica Iberoamericana.

solidaridad postconyugal, conforme a la cual la obligación de auxilio y ayuda mutua, que se extinguía en el caso de disolución del matrimonio por divorcio (quedando en suspenso en la separación legal), tenía una proyección ulterior en el deber de satisfacer una pensión compensatoria cuando se dieran los requisitos previstos en el párrafo primero del precepto.

El tenor del precepto era, en efecto, el siguiente: "El cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tiene derecho a una pensión que se fijará en la resolución judicial".

La doctrina y la jurisprudencia han llevado a cabo una reinterpretación del precepto, que excluye que la función de la compensación sea la de permitir al cónyuge más desfavorecido por la ruptura seguir disfrutando del mismo nivel económico que tenía durante el matrimonio. Se ha acabado, así, por entender que con la compensación se trata de reparar el desequilibrio que tiene su causa en la dedicación exclusiva (o prioritaria) de uno de los cónyuges al cuidado de la familia o en su coloración desinteresada en la actividad profesional o empresarial del otro, siempre que, como consecuencia de ello, haya sufrido una pérdida de expectativas económicas o de desarrollo profesional o laboral[1].

Esta misma idea, que partía de un nuevo contexto social de plena igualdad entre los cónyuges y de la posibilidad de acceso de la mujer al mundo laboral, es la que hizo también (incluso, con anterioridad a la consagración jurisprudencial de dicha interpretación) que, tanto los autores, como la jurisprudencia de instancia, más allá del tenor literal del entonces vigente art. 97.I CC, fueran proclives a

1 Esta interpretación fue consagrada por la emblemática STS 19 enero 2010 (RAJ 2010, 417), que ha declarado que las circunstancias del art. 97.II CC tienen una doble función: "a) actúan como elementos integrantes del desequilibrio (…), y b) una vez determinada la concurrencia del mismo, actuarán como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión". Ha integrado, así, los dos párrafos del precepto, afirmando que "la pensión compensatoria pretende evitar que el perjuicio que puede producir la convivencia recaiga exclusivamente sobre uno de los cónyuges y para ello habrá que tenerse en consideración lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial y básicamente, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge; el régimen de bienes a que han estado sujetos los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios, e incluso, su situación anterior al matrimonio para poder determinar si este ha producido un desequilibrio que genere posibilidades de compensación".
En el concreto caso, se consideró improcedente la concesión de la pensión compensatoria solicitada, por entender que la mujer "no ha sufrido ningún perjuicio por el hecho de haber contraído matrimonio, ya que su capacidad de trabajo se ha mantenido intacta a lo largo del mismo", ya que la dedicación a la familia "no le ha impedido trabajar cuando así lo ha considerado conveniente o cuando ha encontrado oportunidades laborales en el mercado de trabajo". Se evidenció también que "El régimen económico matrimonial que ha regido las relaciones patrimoniales entre los cónyuges ha sido el de gananciales, lo que ha permitido que tuvieran lugar las transferencias económicas equilibradoras consiguientes entre los patrimonios de los esposos, de modo que los dos inmuebles de que son titulares lo son por mitad".
Hay que observar que la integración propugnada por la jurisprudencia no afecta por igual a todas las circunstancias del art. 97.II CC, sino que, como ella misma dice, se centra, básicamente, en "la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge" (además de en el régimen económico matrimonial, circunstancia esta no prevista expresamente por el precepto, pensándose, sin duda, en los regímenes de comunidad y, en particular, en la sociedad de gananciales), por lo que esta interpretación ha derivado en una identificación del desequilibrio con la pérdida de oportunidades, económicas y profesionales.

propugnar que la pensión compensatoria se pudiera conceder con carácter temporal, en los casos en que pudiera alcanzarse la convicción razonable de que el desequilibrio originado por la ruptura pudiera superarse con el propio esfuerzo en un plazo determinado.

Se trataba, en definitiva, que la pensión compensatoria se convirtiera en un mecanismo automático de perpetuación del nivel de vida del que disfrutaba durante el matrimonio, desincentivando la búsqueda de una autonomía económica a través del desarrollo de una profesión u oficio por parte de quien la percibe.

Esta tesis fue asumida por el Tribunal Supremo.

La emblemática STS 10 febrero 2005 (Rec. 1876/2002) señala, en efecto, que "la normativa legal no configura, con carácter necesario, la pensión como un derecho de duración indefinida", sino que "el contexto social permite y el sentir social apoya una solución favorable a la pensión temporal, por lo que la misma cuenta con un soporte relevante en una interpretación del art. 97 CC adecuada a la realidad social actual, prevista como elemento interpretativo de las normas en el art. 3.1 CC".

Precisa, no obstante, que, para que pueda concederse una pensión compensatoria con carácter temporal, "Es preciso que conste una situación de idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico que haga desaconsejable la prolongación de la pensión. Se trata de apreciar la posibilidad de desenvolverse autónomamente. Y se requiere que sea posible la previsión *ex ante* de las condiciones o circunstancias que delimitan la temporalidad; una previsión, en definitiva, con certidumbre o potencialidad real determinada por altos índices de probabilidad, que es ajena a lo que se ha denominado *futurismo o adivinación*. El plazo estará en consonancia con la previsión de superación de desequilibrio, para lo que habrá de actuarse con prudencia y ponderación -como en realidad en todas las apreciaciones a realizar–, sin perjuicio de aplicar, cuando sea oportuno por las circunstancias concurrentes, plazos flexibles o generosos, o adoptar las medidas o cautelas que eviten la total desprotección".

En el caso concreto, revocó la sentencia recurrida, que, su vez, había estimado el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia[2], que había establecido un plazo de duración de 2 años y tres meses respecto de una pensión compensatoria, previamente establecida en sentencia de separación. El TS consideró "ponderada y razonable la solución a la que había llegado la sentencia

2 La Audiencia argumentó que "la pensión no aparece configurada ni contemplada en el Código Civil como una prestación de carácter temporal y limitado, sino, al contrario, como indefinida y sin sujeción a plazo ni término, todo ello sin perjuicio, claro es, de que, ex artículos 100 y 101, pueda ser la misma modificada en caso de alteración sustancial de las circunstancias o resultar extinguida por desaparición del desequilibrio económico que justificó su creación".

de primera instancia, "teniendo en cuenta la edad de la perceptora, 40 años, y que "su capacitación profesional justifican presumir que la misma no haya de tener dificultades para acceder al mercado laboral en un futuro más o menos próximo, máxime cuando la edad del hijo ya no exige un cuidado tan inmediato y aun cuando pueda precisar de una actividad de reciclaje de conocimientos para recuperar los varios años de alejamiento de su actividad profesional"[3].

A su vez, esta solución jurisprudencial, fue recogida en la actual dicción del art. 97.I CC, debida al art. 1.9 de la Ley 15/2005, de 8 de julio, conforme a la cual la pensión "podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido".

Obviamente, ambas modalidades de prestación de la pensión presuponen la existencia de un desequilibrio económico compensable en los términos en que se han expuesto en el capítulo precedente de esta obra.

II. LA CONVICCIÓN DEL JUZGADOR DE QUE EL ACREEDOR DE LA PENSIÓN PODRÁ SUPERAR EL DESEQUILIBRIO EN UN TIEMPO CONCRETO COMO CRITERIO DE DECISIÓN PARA ESTABLECER UNA PENSIÓN DE CARÁCTER TEMPORAL.

Para decidir la forma de prestación de la pensión, habrá que valorar la aptitud del perceptor de la misma "para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto, y alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción" (por la certeza de que va a ser factible la superación del desequilibrio), atendiendo a las circunstancias del art. 97.II CC, que, de este modo, se convierten no solo en criterios para determinar la existencia de un desequilibrio compensable y de su cuantía, sino también decidir si debe ser vitalicia o temporal; y ello, mediante un "juicio prospectivo", que debe realizarse "con prudencia, ponderación y con criterios de certidumbre", es decir, "con certidumbre o potencialidad real determinada por altos índices de probabilidad, que es ajena a lo que se ha denominado futurismo o adivinación"[4].

La jurisprudencia ha realizado una serie de precisiones a este respecto.

3 La STS 28 abril 2005 (Rec. 2180/2002), recogiendo la misma doctrina, casó también la sentencia recurrida, considerando razonable la fijación de un plazo de 2 años para la percepción de la pensión compensatoria, teniendo en cuenta la edad de la perceptora, 37 años, que la misma era Diplomada en Técnicas de Comunicación y que el matrimonio había durado 3 años.

4 *Vid.* en este sentido, entre otras muchas, SSTS 2 junio 2015 (Rec. 507/2014), 11 mayo 2016 (Rec. 8/2015), 24 marzo 2017 (Rec. 2606/2016), 11 diciembre 2018 (Rec. 2543/2018), 3 junio 2020 (Rec. 2543/2019) y 13 julio 2020 (Rec. 4850/2019).

1. La posibilidad de vender una casa en un futuro no puede fundamentar un juicio prospectivo favorable a la temporalidad de la pensión, si no se aporta un estudio de mercado específico.

Se ha rechazado que exista certidumbre acerca de la probabilidad de la superación del desequilibrio en un plazo determinado por la mera circunstancia de que la mujer propietaria de una casa, que ella misma reconoce que es muy grande para sus necesidades, pueda venderla, una vez superada la crisis inmobiliaria, con el fin de adquirir otra menor y, así, obtener una liquidez que le ayude en la satisfacción de sus necesidades económicas.

La STS 2 junio 2015 (Rec. 507/2014) casó la sentencia recurrida, que no había establecido una limitación temporal al pago de la pensión, sino dos tramos sucesivos de cuantía diversa. Había, así, fijado, 400 euros mensuales durante los cinco primeros años, reduciéndola a 250 euros en los años posteriores, por entender que el período de cinco años era un tiempo razonable para que la perceptora, propietaria del piso donde habitaba, pudiera venderlo con la finalidad de adquirir otro menor y, así, obtener liquidez.

El TS afirma que debe aplicarse a este supuesto la misma doctrina sentada respecto del juicio prospectivo que permite establecer una pensión con carácter temporal, afirmando que la sentencia recurrida operaba "sin unos elementos fácticos sólidos para poder llevar a cabo ese juicio prospectivo, pues, con independencia del futurible o adivinación de la superación de la crisis económica e inmobiliaria, aunque así fuese se echa en falta un estudio de mercado singular de la vivienda en cuestión que justifique esa operación a cinco años que se aventura". En el caso juzgado la mujer tenía 68 años y se había dedicado al cuidado de la familia de manera exclusiva durante los 35 años en que había durado el matrimonio. Estas circunstancias -dice el TS- "lejos de conducir a una previsión favorable de una fácil reinserción en la función reequilibradora de la pensión en el modo decidido, indican más bien lo contrario".

2. La expectativa de la futura liquidación de la sociedad de gananciales no es una circunstancia que, por sí misma, permita establecer la temporalidad de la pensión, siendo necesario concretar en qué medida la liquidación permitirá superar el desequilibrio económico al perceptor en el plazo determinado.

La jurisprudencia ha admitido que la futura y previsible liquidación de la sociedad de gananciales es una circunstancia que aumentará la liquidez del perceptor, por lo que puede ser tenida en cuenta en orden a la fijación de una pensión durante un

plazo, dentro del cual se entiende razonable esperar que dicha liquidación tendrá lugar[5].

La STS 11 mayo 2016 *(Tol 5728503)* ha revocado, sin embargo, la sentencia recurrida, que había limitado la percepción de la pensión compensatoria a un plazo de 7 años, teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, la de hallarse pendiente la liquidación de la sociedad de gananciales, la cual, una vez realizada, "supondrá un importante refuerzo de su situación económica". Reconoce que, en orden a la concesión de la compensación, "podría ser factor relevante el relativo a la liquidación del régimen económico matrimonial y las potenciales adjudicaciones que pudiese recibir" de quien la solicita. No obstante, observa que en la sentencia impugnada "no se concreta en qué medida se verá afectada la economía de la actora tras la citada liquidación del régimen económico matrimonial, por lo que tan poco adquirimos certidumbre sobre la superación de su desequilibrio". Por ello, el TS entiende que hay que conceder la pensión con carácter indefinido.

Ahora bien, la mera expectativa de que se lleve a cabo la liquidación en un plazo razonable, por sí sola, no permite establecer una pensión con carácter temporal, siendo necesario que la sentencia que la establezca concrete en qué medida dicha liquidación permitirá superar el desequilibrio económico al perceptor en el plazo determinado.

La STS 3 junio 2020 (Rec. 2546/2019) casó la sentencia recurrida, que había sujetado a un plazo de 7 años la pensión compensatoria de 500 euros mensuales, concedida a una mujer sin cualificación profesional, dedicada al cuidado de la familia, la cual tenía reconocido un grado de discapacidad del 40%, sufriendo un proceso crónico-depresivo sin solución quirúrgica, irreversible e incapacitante, llegando a ser invalidante en fase de crisis. El matrimonio había durado 25 años y de él habían nacido dos hijas, la mayor, que padecía una escoliosis dorsal y la menor, de 14 años, por lo que ambas precisarían de los cuidados de la madre.

La Audiencia había establecido el plazo de 7 años, considerándolo prudencial, pues, según ella, vencido este, la perceptora podría transformar en dinero "el amplio patrimonio inmobiliario heredado" (consistente en el 25% de una finca urbana valorado en 1.000.000 de euros y de 4 fincas rústicas con una superficie total 25.749 m. cuadrados), respecto del cual tenía solamente la nuda propiedad, correspondiendo el usufructo a su madre (como también el de la cantidad de 90.662,13 euros). Sin embargo, el TS no aprecia "con certidumbre, o índice alto de probabilidad, que en el plazo de 7 años obtenga la recurrente liquidez

5 *Vid.*, en este sentido, por ejemplo, SAP Jaén 15 noviembre 2013 (*Tol 5380400)*, que estableció un plazo de 4 años.

del patrimonio hereditario y, en su caso, del quantum, pues se carece de datos concluyentes para llevar a cabo ese juicio prospectivo".

Respecto de la hipotética superación del desequilibrio a través de la liquidación de la sociedad de gananciales en dicho plazo (aspecto que ahora nos interesa), observa que en la sentencia recurrida "no se concreta en qué medida se verá afectada la economía de la actora tras la citada liquidación del régimen económico matrimonial, por lo que tan poco adquirimos certidumbre sobre la superación de su desequilibrio". "Por todo ello –concluye- no tiene sentido fijar el límite de 7 años, pues si las actuales condiciones no se hubiesen alterado al llegar esa fecha, la recurrente se vería con grandes dificultades económicas, sobre todo si tiene en cuenta que el recurrido percibirá una pensión contributiva en su momento, mientras que la recurrente, por no cotizar al dedicarse al hogar e hijos, se va a ver privada de disfrutarla".

Esta solución jurisprudencial presupone la existencia de un lapso de tiempo considerable entre la disolución y la liquidación de la sociedad de gananciales, lo que puede privar al cónyuge que carezca de ingresos periódicos de medios económicos con los que poder subsistir. Esta es la razón de que, en ocasiones, se considere la liquidación de la sociedad de gananciales como una circunstancia que puede ayudar a superar el inicial desequilibrio al perceptor de la pensión cuando se lleve a cabo, lo que lleva a fijarla con carácter temporal, lo que –desde nuestro punto de vista- desvirtúa la naturaleza de la compensación, que, en este caso, pasa a cumplir la función propia de una pensión de alimentos, al paliar una situación de necesidad provisional de quien la recibe.

Pero es que, además, si la existencia de un régimen de sociedad de gananciales no ha excluido la existencia de un desequilibrio (por no ser suficiente dicho régimen para eliminar el perjuicio derivado para uno de los cónyuges de la pérdida de expectativas de desarrollo profesional o de la dificultad o imposibilidad de acceder a un puesto de trabajo después de la separación o del divorcio), no es lógico entender que dicho desequilibrio, cuya existencia se determina al tiempo de la ruptura, pueda ser superado a través de la liquidación, la cual no es más que una mera concreción de la parte que al perceptor le correspondía en la sociedad[6].

En realidad, a nuestro parecer, lo que sucedía en los casos resueltos por las sentencias expuestas, no era que hubiera existido una falta de concreción en las resoluciones recurridas sobre el modo en que la liquidación permitiría superar el desequilibrio económico en el plazo determinado (que, ciertamente, lo había) sino que lo que acaecía era, sobre todo, que el TS tenía la convicción de que la

6 Es, por ello, que como dice reiterada jurisprudencia, recogida, entre otras, por la STS 27 junio 2011 (Rec. 599/2009), la liquidación de la sociedad de gananciales no es causa de extinción de la pensión compensatoria.

liquidación no eliminaría el desequilibrio constatado, razón por la cual decide fijar la compensación con carácter indefinido.

3. La previsible percepción de una pensión de jubilación permite limitar el cobro de la pensión compensatoria hasta el momento en que aquella tenga lugar.

Se ha admitido que pueda fijarse como plazo final de percepción de la pensión compensatoria el momento en que se adquiera el derecho al cobro de una pensión de jubilación.

En este sentido se ha pronunciado la STS 29 junio 2020 (*Tol 8000209*), que ha confirmado la sentencia que había concedido a una mujer de 62 años, que se hallaba en situación de baja laboral y que trabajaba en una empresa común, administrada por el marido, el derecho a percibir una pensión compensatoria mensual de 700 euros condicionada a la circunstancia de que, una vez que cesara de percibir la prestación por baja laboral, se le denegara la reincorporación a la empresa y hasta el momento en que percibiese una pensión por jubilación o una prestación de una cuantía igual o superior. Se trataba, pues, de una sentencia sujeta a condición (denegación de reincorporación a la empresa) y, de cumplirse esta, a plazo.

4. La mera expectativa de percibir una pensión por invalidez no autoriza a establecer una pensión de carácter temporal, si no se acredita con la suficiente certidumbre la posibilidad de percibirla y su cuantía.

Se ha negado que sea posible establecerse el carácter temporal de una pensión ante la mera eventualidad de que el perceptor de la misma pueda obtener una pensión de invalidez, si no se aportan prueban que permitan llegar a esta conclusión con certidumbre, la cual debe también alcanzar a la probable cuantía de la misma.

La STS 11 diciembre 2018 (Rec. 2543/2018) casó la sentencia recurrida, que había establecido un plazo temporal de cinco años para la percepción de la pensión compensatoria, por entender que en ella se había llevado a cabo un juicio prospectivo con falta de certidumbre y con índices de probabilidad, cuya relevancia no constaban, por cuanto se refería a la posibilidad de que la acreedora superara el desequilibrio, precisamente, en cinco años.

Dice, así, que la afirmación de que fuera a tener una fuente de ingresos, mediante la tramitación de una pensión por invalidez era probable, "pero sin prueba documental que le dé suficiente certidumbre, ni, en su caso, sobre su cuantía, a fin de ponderar la superación del desequilibrio"; que la aseveración de que su fuente de ingresos se incrementara, por atender en el domicilio al padre

y hermano del obligado, "no es ni futurismo ni adivinación sino un milagro, si se tiene en cuenta que las pensiones que perciben estos son de subsistencia y uno de ellos por padecer una discapacidad"; y, respecto a la liquidación de la sociedad legal de gananciales y a las correspondientes adjudicaciones, que no existía la necesaria certidumbre, "pues se ignora qué va a percibir y frutos que pueda obtener".

III. CIRCUNSTANCIAS VALORADAS EN ORDEN AL ESTABLECIMIENTO DE PENSIONES INDEFINIDAS.

Las circunstancias comúnmente valoradas por la jurisprudencia para establecer pensiones indefinidas son la avanzada edad del perceptor, su mal estado de salud y su falta de cualificación profesional.

Son estas circunstancias que, en no pocas ocasiones, suelen apreciarse conjuntamente, las cuales dificultan extraordinariamente el acceso al mercado laboral, lo que impide fijar un límite temporal a la pensión compensatoria, al ser imposible predecir con cierto grado de certidumbre cuando el perceptor podrá (si es que puede) superar el desequilibrio producido tras la ruptura matrimonial.

1. La avanzada edad y la falta de cualificación profesional del perceptor.

El supuesto típico que da lugar a la concesión de una pensión indefinida es la existencia de una mujer de elevada edad, dedicada a la familia durante un largo período de matrimonio, carente de cualificación profesional.

La STS 14 marzo 2011 (Rec. 2114/2007) consideró procedente la concesión de una pensión vitalicia, teniendo en cuenta la duración del matrimonio (26 años), la edad de la mujer (50 años), la exclusiva dedicación a la familia y el tiempo en que estuvo apartada del mundo laboral, lo que permite concluir "que son razonablemente escasas las posibilidades reales de la esposa de obtener en un plazo concreto un empleo que le permita gozar de medios propios para obrar autónomamente, de manera que la función de restablecer el equilibrio consustancial a la pensión compensatoria solo puede entenderse cumplida fiándola con carácter vitalicio".

La STS 8 septiembre 2015 (Rec. 2591/2013) revocó la sentencia que temporalizaba una pensión compensatoria, desconociendo la persistencia del desequilibrio, al ser la acreedora de la misma una mujer de 53 años, dedicada durante 25 años al cuidado del hogar y de los hijos, sin trabajo ni cualificación profesional.

La STS 18 julio 2019 (Rec. 6086/2018) igualmente entendió que había que atribuir carácter vitalicio a la pensión de una mujer de 54 años, dedicada durante

los 27 años del matrimonio, de manera exclusiva, al cuidado de los dos hijos, salvo el último año en que había trabajado con contratos temporales, siendo sus ingresos brutos 323,75 euros, una vez que finalizara el contrato vigente, mientras que el marido tenía un trabajo estable, por el que percibía un salario medio de 1.500 euros mensuales.

2. El mal estado de salud del perceptor.

En ocasiones, el supuesto típico, al que nos acabamos de referir, puede estar agravado por el mal estado de salud del perceptor.

La STS 10 enero 2011 (Rec. 247/2010) consideró, así, pertinente atribuir la pensión compensatoria con carácter vitalicio a una mujer, teniendo en cuenta la duración del matrimonio, su edad (57 años) y su estado de salud, por sufrir síndromes depresivos.

La STS 8 mayo 2018 (Rec. 3156/2017) revocó igualmente la sentencia recurrida, que había sujetado la pensión compensatoria a un plazo de seis años, dado que, siendo su perceptora una mujer de 50 años, carente de formación y con delicado estado de salud (neuralgia de trigémino), podía predecirse su más que dificultosa inserción en el mercado laboral. El matrimonio había tenido una duración superior a 20 años, sin que la mujer hubiera trabajado fuera de casa y su único patrimonio estaba constituido por la mitad de la vivienda ganancial.

3. La cualificación profesional del perceptor, que tiene cierta edad y carece de experiencia laboral.

La existencia de una cualificación profesional no es óbice a la concesión de una pensión con carácter indefinido si el perceptor es de cierta edad y no tiene una experiencia laboral previa, por haberse dedicado al cuidado de la familia.

La STS 11 mayo 2016 (Rec. 8/2015) revocó la sentencia recurrida, que había fijado un plazo de 7 años a la pensión compensatoria a una persona con una edad cercana a los 60 años, licenciada en Bellas Artes. Observa que, teniendo en cuenta la edad de la recurrente, que su matrimonio había durado más de 30 años, que durante ese tiempo había sido ella quien de forma principal se había ocupado del cuidado de la familia y de la hija, habiendo trabajado solo esporádicamente, a pesar de tener la licenciatura en Bellas Artes, y que en la actualidad carece de ingresos "la conclusión, con alta probabilidad y certidumbre es que no supere el desequilibrio, pues por edad, según máximas de experiencia, le va a ser sumamente difícil acceder al mercado laboral, cuando precisamente comparten también tal dificultad las personas más jóvenes".

La STS 7 noviembre 2019 (Rec. 1543/2019) consideró procedente conceder con carácter indefinido una pensión compensatoria a una mujer, nacida en 1965, que terminó la carrera de Derecho 14 años después de casada y que, si bien estaba colegiada como abogada, nunca había ejercido la profesión, habiéndose dedicado durante 25 años al cuidado de la familia, que tenía tres hijos, uno de ellos con discapacidad desde su nacimiento.

4. La falta de cualificación de un perceptor joven.

Un supuesto atípico, en orden a la concesión de una pensión compensatoria indefinida es el de un perceptor de joven edad, que, sin embargo, no tiene una cualificación profesional que le permita una inserción cierta en el mercado laboral.

La STS 30 noviembre 2020 (Rec. 5169/2020) contempló un supuesto de este tipo, confirmando la sentencia recurrida, que había concedido una pensión compensatoria indefinida a una mujer de 41 años, dedicada durante el matrimonio al cuidado de los dos hijos comunes, observando que, mientras el marido tenía unos ingresos de 100.000 euros mensuales, la perceptora solo había trabajado de manera temporal y esporádica, hallándose, exclusivamente, en posesión del graduado escolar, por lo que tenía escasas posibilidades de promoción laboral; y ello, a pesar de que se había establecido un régimen de custodia compartida.

El TS entendió procedente establecer la pensión compensatoria con carácter indefinido, con el fin de compensar el desequilibrio de la perceptora, "que, con su dedicación a la familia, posibilitó el desarrollo profesional del que fue su esposo, no apreciándose posibilidades ciertas de inserción en la vida laboral, al menos con la entidad que se requeriría, todo ello sin perjuicio de valorar, en su momento, futuras alteraciones que evidenciaran una mayor potencialidad económica".

No cabe duda de que este supuesto no es el que comúnmente da lugar a una pensión indefinida y, desde luego, se corre el riesgo de fomentar una pasividad del perceptor en la búsqueda de una independencia económica.

De hecho, la STS 5 noviembre 2019 (Rec. 4793/2018) confirmó la atribución de una pensión compensatoria de carácter temporal (por dos años) de 400 euros mensuales en favor de la mujer, que se había dedicado a la familia durante cinco años, tenía un puesto de trabajo ficticio en la empresa del marido (se le había dado de alta como jefa de facturación, por motivos fiscales, puesto del que fue despedida, como consecuencia del divorcio) y, siendo bachiller, carecía de titulación que le facultase para una rápida inserción laboral. No obstante, había recibido 60.000 euros como consecuencia de la liquidación de la sociedad de gananciales.

En supuestos de este tipo, hay que recordar que la jurisprudencia ha reconocido la posibilidad de convertir en temporal una pensión inicialmente establecida con carácter indefinido en caso de injustificada pasividad o absoluta desidia en la búsqueda de un empleo[7].

IV. CIRCUNSTANCIAS VALORADAS EN ORDEN AL ESTABLECIMIENTO DE PENSIONES TEMPORALES.

Las circunstancias generalmente valoradas por la jurisprudencia para establecer pensiones temporales son la edad, no excesivamente elevada, del perceptor, unida a su cualificación profesional, y la disminución de intensidad de su futura dedicación a la familia, bien porque los hijos son ya mayores de edad, bien porque se encuentran en una edad cercana a los 18 años.

Son estas circunstancias, que permiten llegar a la convicción del juzgador, con un alto grado de "certidumbre o potencialidad real determinada por altos índices de probabilidad", de que podrá accederse a un puesto de trabajo y, por lo tanto, superar el desequilibrio en un plazo determinado.

Las mencionadas circunstancias son la que, precisamente, tuvo en cuenta la emblemática STS 10 febrero 2005 (Rec. 1876/2002), para (aun antes de la reforma del art. 97 CC llevada a cabo en 2005), conceder temporalmente una pensión compensatoria (de 2 años y tres meses) a una mujer de 40 años, con capacitación profesional y con un hijo, cuya edad ya no exigía "un cuidado tan inmediato", "aun cuando pueda precisar de una actividad de reciclaje de conocimientos para recuperar los varios años de alejamiento de su actividad profesional".

1. La edad, no excesivamente avanzada, unida a la cualificación profesional del perceptor.

El supuesto típico de concesión de la prestación temporal, es el de una mujer, relativamente joven, que tiene una cualificación profesional, razón por la cual puede preverse su posible incorporación al mercado de trabajo en un tiempo razonable.

La STS 28 abril 2005 (Rec. 2180/2002) (recaída antes de la reforma del art. 97 CC del 2005) casó la sentencia recurrida, considerando razonable la fijación de un plazo de 2 años para la percepción de la pensión compensatoria, teniendo en cuenta la edad de la perceptora, 37 años, que la misma era Diplomada en Técnicas de Comunicación y que el matrimonio había durado 3 años.

7 *Vid.* en particular STS 15 junio 2011 (Rec. 1387/2009).

La STS 16 diciembre 2015 (RAJ 2015, 5887, Rec. 1888/2014) consideró procedente establecer una pensión compensatoria temporal en favor de una mujer que, durante el matrimonio y en el periodo previo de convivencia *more uxorio*, había abandonado su actividad como titular de una empresa de publicidad por internet para dedicarse al hogar y, sobre todo, colaborar en el desarrollo de la carrera profesional de su marido, realizando gestiones de administración de su patrimonio e inversiones, así como una serie de actuaciones complementarias de apoyo a las actividades profesionales y mercantiles de aquel, a través de la utilización de portales web para promocionar su figura como matador de toros y del mantenimiento de relaciones con entidades bancarias, agentes inmobiliarios, asesores financieros o periodistas. Confirmó, en este punto, la sentencia recurrida, que había fijado un límite temporal de 3 años a la pensión compensatoria, teniendo en cuenta "la juventud de los cónyuges, la cualificación de los mismos en sus respectivas esferas profesionales y la inexistencia de hijos" y destacando que la mujer gozaba "de cualificación profesional y de amplias perspectivas laborales".

2. La disminución de intensidad de la dedicación futura del perceptor a la familia.

Otra circunstancia que lleva a conceder pensiones de carácter temporal es la previsión de que la dedicación del perceptor a la familia sea menos intensa como consecuencia de la edad de los hijos.

La STS 25 septiembre 2019 (*Tol 7515249*) concedió una pensión compensatoria temporal a una mujer de 43 años, que no sufría enfermedad incapacitante alguna, que era bióloga y se encontraba trabajando desde antes de contraer matrimonio para una firma de control de plagas, con contrato indefinido y sueldo digno. Durante el matrimonio había pedido una reducción de jornada laboral de 2 horas pedida por la demandante para atender a los hijos menores, cuya custodia obtuvo en la sentencia de divorcio. Dice el TS que la "dedicación futura a la familia existe, dada su condición de cónyuge custodio, si bien en atención a la edad actual de los hijos de 16 y 13 años de edad, su implicación ya no es tan intensa por requerir menos atención personal".

V. LA REVISIÓN CASACIONAL DEL CARÁCTER TEMPORAL O INDEFINIDO DE LA PENSIÓN.

Según reiterada jurisprudencia, es posible la revisión casacional de las decisiones acerca de fijar un límite temporal a la pensión compensatoria o bien de establecer su carácter vitalicio, únicamente, "cuando el juicio prospectivo sobre la posibilidad de superar el inicial desequilibrio en función de los factores concurrentes se

muestra como ilógico o irracional, o cuando se asienta en parámetros distintos de los declarados por la jurisprudencia"[8].

Aun así, es considerable el número de sentencias en las que se estima el recurso de casación en el sentido de considerar que la pensión no debe ser temporal, sino vitalicia, en particular, cuando se trate de cónyuges que se encuentran en la franja de los 50 años de edad, lo que parece estar en estrecha relación con la dificultad que dichas personas experimentan actualmente para poder incorporarse al mercado de trabajo.

La STS 24 marzo 2017 (Rec. 2606/2016) también revocó la sentencia que había establecido una pensión compensatoria temporal, teniendo en cuenta la edad de la recurrente (56 años al momento de presentar la demanda), que su matrimonio había durado más de 30 años, que durante ese tiempo había sido ella quien de forma principal se había ocupado del cuidado de la familia y de los hijos, que solo había trabajado esporádicamente en el negocio del marido y que como único ingreso tenía 425 euros mensuales, durante dos años, correspondientes a una ayuda como víctima de violencia de género. Dice, así, que "la conclusión, con alta probabilidad y certidumbre es que no supere el desequilibrio, pues por edad, según máximas de experiencia, le va a ser sumamente difícil acceder al mercado laboral, cuando precisamente comparten también tal dificultad las personas más jóvenes".

La STS 21 junio 2018 (Rec. 3991/2017) tampoco consideró procedente sujetar a un plazo la pensión compensatoria de 100 euros mensuales reconocida a una mujer de 57 años, cuyo matrimonio había durado 17 años, habiendo existido una previa convivencia entre los cónyuges. La sentencia recurrida había establecido un plazo de cinco años, argumentando que, si bien la edad de la perceptora le dificultaba el acceso al mercado laboral, sin embargo, no le impedía que pudiera realizar trabajos no especializados, demandados en la sociedad actual, como cuidado de ancianos o enfermos o labores de limpieza, sin perjuicio, además, "de obtener en su día una pensión no contributiva". Frente a ello el TS afirma que, dada la edad de la mujer, "no cabe considerar que la misma tenga una clara probabilidad de superar el desequilibrio económico actual que únicamente en parte queda paliado con la exigua cantidad mensual concedida, cuando además consta que el obligado satisface otra pensión por desequilibrio por una relación anterior por más del doble de dicha cantidad".

La STS 13 julio 2020 (Rec. 4850/2019) casó la sentencia recurrida, la cual había concedido a la mujer la pensión compensatoria por un plazo de 3 años,

8 *Vid.*, por ejemplo, en otras muchas, SSTS 8 de septiembre 2015 (Rec. 2591/2013), 11 mayo 2016 (Rec. 8/2015) y 3 febrero de 2017 (Rec. 2098/2016).

entendiendo que se debía conceder con carácter indefinido, "toda vez que cuenta con más de 55 años de edad, perteneciendo, en consecuencia, a un colectivo en el que se centra el mayor número de parados de larga duración y tasas de desempleo más elevadas, así como la falta de actualización de sus conocimientos, tras no haberse dedicado a actividad profesional alguna en los últimos 25 años, si dejamos a salvo un lapso temporal de unos días"; y añade que "Las dificultades de reciclaje profesional, preparándose para el ejercicio de otra profesión o empleo, tampoco gozan de probabilidad razonable de éxito dado el actual mercado laboral".

VI. LA APLICACIÓN DE LAS CAUSAS DE MODIFICACIÓN Y EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA A LAS CONCEDIDAS CON CARÁCTER TEMPORAL.

El hecho de que la pensión tenga carácter temporal no significa que la misma no puede ser objeto de modificación o extinción antes del cumplimiento del plazo pactado, conforme a lo dispuesto en los arts. 100 y 101 CC

La STS 20 diciembre 2012 (Rec. 2043/2010) afirma, así, que "Constituye doctrina jurisprudencial que el reconocimiento del derecho, incluso de hacerse con un límite temporal, no impide el juego de los artículos 100 y 101 CC"[9].

VII. LA POSIBILIDAD DE CONVERSIÓN EN TEMPORAL DE LA PENSIÓN INDEFINIDA A TRAVÉS DE UN JUICIO DE MODIFICACIÓN DE MEDIDAS.

En línea de continuidad con lo dicho en el epígrafe precedente, hay que tener en cuenta que la jurisprudencia ha entendido que es posible una modificación del carácter vitalicio de la pensión, si se produce un cambio sobrevenido de circunstancias, que justifique convertirla en temporal, por la posibilidad del perceptor de superar el desequilibrio en un plazo determinado.

La STS 20 diciembre 2012 (Rec. 2043/2010) afirma, así, que "Es el cambio de circunstancias determinantes del desequilibrio que motivaron su reconocimiento, el mismo que también puede convertir una pensión vitalicia en temporal, tanto porque lo autoriza el artículo 100 del CC, como porque la normativa legal no configura, con carácter necesario, la pensión como un derecho de duración indefinida-vitalicia", observando que "esta transformación de la pensión vitalicia en temporal puede venir dada por la idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico, y, alcanzarse por tanto la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación de este desequilibrio"[10].

9 En el mismo sentido se pronuncia la anterior STS 3 octubre 2008 (Rec. 2727/2004)

10 La misma doctrina repite la STS 24 septiembre 2018 (Rec. 4977/2017), si bien hay que tener en cuenta que en este caso el demandante no pretendía la conversión de una pensión indefinida en temporal, sino la

Sin embargo, en el caso enjuiciado entendió que era improcedente la pretensión del deudor de una pensión compensatoria indefinida de que la misma se declarara extinguida o, subsidiariamente, se le fijara un límite temporal a su percepción, confirmando la sentencia recurrida, que, simplemente, había reducido su cuantía, por entender que, si bien existía "una variación en la situación que dio lugar a acordar la medida", ya que, aunque la demandada realizaba un trabajo por cuenta ajena, no obstante, dicho trabajo no suponía una incorporación plena al mercado laboral, ya que prestaba sus servicios en un negocio familiar, recibiendo una remuneración limitada, que no superaba los 400,00 euros mensuales.

Se ha considerado, así, procedente la posibilidad de fijar un límite temporal a una pensión inicialmente concedida con carácter indefinido, cuando el perceptor ha demostrado una evidente falta de interés en la búsqueda de un empleo, si, por su edad y formación académica, es razonable pensar que podría haberlo conseguido.

La STS 15 junio 2011 (Rec. 1387/2009) confirmó la sentencia recurrida, que, al igual que la de primera instancia, había convertido en temporal una pensión indefinida, a los cinco años de la percepción de la misma. En este caso, se daba la circunstancia de que en la sentencia de divorcio se había acordado fijar la pensión compensatoria sin limitación temporal, pero contemplando la revisión de las circunstancias tomadas en cuenta para su concesión, una vez pasados cinco años, teniendo en cuenta, en particular "el interés y empeño de la esposa en la búsqueda y obtención de trabajo".

La Audiencia, como antes había hecho el Juzgado, fijó un plazo de 3 años a la pensión, argumentando que la perceptora se había limitado a inscribirse como demandante de empleo en el INEM y a realizar cursos de formación por un tiempo no superior a 6 meses, lo que era insuficiente en orden apreciar un auténtico interés y empeño en superar el desequilibrio. Este argumento es compartido por el TS, que insiste en las circunstancias de la edad y de la cualificación profesional de la perceptora, considerando acertado limitar a 3 años el cobro de la pensión,

---

extinción de una pensión indefinida, pactada como tal en el convenio regulador hasta el momento en que la mujer percibiera ingresos.

En primera instancia se desestimó la pretensión, por no quedar probado que la perceptora hubiese accedido al mercado laboral u obtenido algún tipo de ingresos. En segunda instancia, en cambio, la Audiencia, la acogió, declarando extinguida la pensión compensatoria, al entender que había existido desidia por parte de la mujer en la búsqueda de empleo durante el tiempo transcurrido desde la separación, por la circunstancia de que solo había estado apuntada a la lista del paro durante dos años y medio, sin que se acreditara la realización de cursos de preparación, trabajos esporádicos o temporales, cuando, con anterioridad, había trabajado, al menos, durante 10 años.

El TS casó la sentencia de segunda instancia, sosteniendo la doctrina de que no procede la extinción de la pensión compensatoria por el mero hecho de que el perceptor haya accedido a un trabajo, sino que es necesario acreditar "una verdadera desidia y desinterés respecto del acceso al mercado laboral", lo que en el caso enjuiciado no había quedado probado (la mujer tenía 55 años, carecía de especialización profesional y había abandonado su trabajo "para dedicarse a la familia y en particular al cuidado de uno de los hijos habidos del matrimonio que requería de cuidados especiales").

afirmando que "era un plazo más que suficiente para conseguir un trabajo, no siendo jurídicamente aceptable repercutir en el esposo pagador de la pensión las consecuencias negativas derivadas de la falta de acceso al mismo por la pasividad de la esposa en su búsqueda y obtención".

En realidad, se da aquí una paradoja, porque estamos en una modificación de medidas, que, en sentido estricto, no presupone un cambio sobrevenido de circunstancias, sino la perpetuación de las que dieron lugar al otorgamiento de la pensión o, dicho de otro modo, el mantenimiento de una situación de desequilibrio económico por un comportamiento imputable al propio perceptor, consistente en su injustificada pasividad o absoluta desidia en la búsqueda de un empleo que le permita superarlo.

No queremos decir que seamos contrarios a la posibilidad de que el comportamiento claramente negligente en orden al acceso al mercado laboral (si existe una real posibilidad de acceso al mismo) pueda ser considerado una circunstancia para convertir una pensión indefinida en temporal, sino, simplemente, que estamos ante una causa de modificación de medidas no prevista expresamente en el art. 100 CC, aunque pueda apoyarse en principios generales, como el de prohibición del abuso de Derecho (art. 7.II CC), ya que prolongar la percepción de la pensión indefinidamente en esta tesitura supone imponer una carga injustificada al deudor de la misma y desincentivar la búsqueda de la autonomía económica del perceptor.

En cualquier caso, en los últimos tiempos se observa en la jurisprudencia una posición contraria a entender que quepa convertir en temporal una pensión pactada con carácter indefinido en convenio regulador, con apoyo en el principio de autonomía privada, desde la consideración del respeto a los pactos libremente alcanzados por las partes.

La STS 10 enero 2018 (Rec. 1140/2017) revocó, así, la sentencia recurrida, que había fijado un plazo de 5 años a una pensión inicialmente establecida con carácter indefinido, en virtud de lo pactado por los cónyuges en convenio regulador, con el argumento de que la perceptora, que llevaba cobrando la pensión durante 6 años, tenía una formación universitaria cualificada, que le permitía el ejercicio de la profesión de abogada, y de que el hijo era mayor de edad, por lo que no precisaba las atenciones y cuidados que requiere un menor, de manera que "goza de plena disponibilidad horaria y por su edad se halla en plena capacidad laboral, pues goza de buena salud".

Para la estimación del recurso se emplean dos argumentos: de un lado, el principio de autonomía de la voluntad, pero, de otro, la inexistencia de un cambio sobrevenido de las circunstancias que llevaron a las partes a pactar la pensión con

carácter indefinido. Se observa, así que la posibilidad de la pensión temporal "se incorporó al artículo 97 CC por Ley 15/2005, de 8 de julio, mucho antes de que se celebrara el convenio entre los hoy litigantes que, en consecuencia, pudieron tener en cuenta dicha posibilidad legal y no lo hicieron"; y se añade: "Se trata por ello de un acuerdo libremente establecido que sólo una posible alteración de circunstancias –que no se pudieron tener en cuenta en aquel momento- debe provocar su modificación. Dicha alteración no se ha considerado producida por la sentencia recurrida que, en consecuencia, no debe modificar en este punto lo que fue común acuerdo de las partes".

Por lo tanto, la razón de la decisión no estriba en la mera consideración de que las partes, pudiendo pactar una pensión temporal, hubieran llegado al acuerdo de establecerla con carácter indefinido, sino, también en el hecho de que no había existido una modificación de las circunstancias que fueron tenidas en cuenta para pactar una pensión indefinida, porque la mujer, al tiempo de firmarse el convenio regulador ya ejercía la profesión de la Abogacía; de hecho, la había compatibilizado con la dedicación de la familia.

A nuestro parecer, no es posible sostener la inviabilidad de una pretensión de conversión de una pensión indefinida en temporal por el mero hecho de haber sido pactado su carácter indefinido en un convenio regulador con el argumento de que en el convenio podía haberse previsto (y no se hizo) la posibilidad de que la pensión se convirtiera en temporal en el momento en que existiera la convicción de que el perceptor de la pensión pudiera superar el desequilibrio en un plazo determinado.

Para excluir la viabilidad de la pretensión, es necesario que en el convenio se haya desvinculado, expresa o tácitamente, la percepción de la pensión de la circunstancia de que quien la recibe pudiera acceder en un futuro a un puesto de trabajo. En caso contrario, no puede excluirse la posibilidad de instar la conversión de la pensión indefinida en temporal con fundamento en la falta de interés del perceptor en alcanzar la propia autonomía económica mediante el acceso al mercado de trabajo; siempre –claro está- que se halle en condiciones de llegar a ella, pues, como ha declarado reiterada jurisprudencia, el mero paso del tiempo no es causa para instar un juicio de modificación de medidas de una pensión de carácter vitalicio[11].

11 La STS 3 octubre 2008 (Rec. 2727/2004) observa que "las circunstancias determinantes del desequilibrio y de la subsistencia del mismo más allá de un plazo determinado, que condujeron al reconocimiento de una pensión compensatoria vitalicia, no pueden verse alteradas por el mero transcurso del tiempo en la medida que lo relevante no es el dato objetivo del paso del mismo, sino la superación de la situación de desequilibrio que justificó la concesión del derecho".

La presuposición tácita de que la percepción de la pensión pactada con carácter indefinido no se vincula al futuro acceso al mercado de trabajo puede derivar de las circunstancias del caso concreto, por ejemplo, la edad, el estado de salud y la falta de cualificación profesional del perceptor, que hacen ya previsible al tiempo de la firma del convenio regulador que el mismo no accederá a un puesto de trabajo en un plazo determinado.

La STS 3 febrero 2017 (Rec. 2098/2016) revocó, justamente, la sentencia recurrida que había estimado la pretensión del marido de que la pensión pactada con carácter vitalicio en el convenio regulador, recogido en la sentencia de separación, se convirtiera en temporal.

El demandante argumentaba que, durante los 11 años en que había cobrado la pensión, la mujer había tenido tiempo suficiente para superar, total o parcialmente el desequilibrio, por lo que pedía su extinción o, subsidiariamente, su conversión en temporal. La pretensión fue desestimada en primera instancia y (la subsidiaria) estimada en segunda instancia, observando la Audiencia que no constaba que la perceptora hubiera buscado empleo o hubiera llevado a cabo una actividad formativa, salvo un intento de trabajar en el servicio doméstico, que había tenido que abandonar por motivos de salud. Concretamente, constató el padecimiento de trastornos de angustia, taquicardias e insuficiencia mitral leve, así como haber sufrido un tumor renal y un cáncer objeto de nefrectomía, sin recurrencia.

El TS revocó la sentencia, afirmando que "las circunstancias determinantes del desequilibrio y de la subsistencia del mismo ya venían analizadas en el convenio regulador recogido en la sentencia de separación matrimonial, justificando las circunstancias de la concesión del derecho y fijándose su cuantía y la duración indefinida, sin que nada se dijese o contemplase de la posibilidad que tenía entonces la esposa de superar en un tiempo determinado el desequilibrio que le generaba la ruptura". Observa que "Lo que en su día no se previó no puede traerse ahora a colación, reprochando a la demandada desidia en la búsqueda de empleo, sobre todo si se tiene en cuenta las dificultades que tiene el mercado laboral para personas de esa edad"; y concluye: "No tiene sentido que lo que no se contempló cuando la recurrida tenía 44 años (limitación temporal de la pensión) se imponga ahora que tiene 57".

Hay que tener en cuenta que la mujer había dejado de trabajar al contraer matrimonio, para dedicarse al hogar y a la familia, de modo que, al separarse el matrimonio, teniendo ella 44 años, llevaba 23 años sin trabajar fuera del hogar, sin formación y con un delicado estado de salud, lo que explicaba que se hubiese pactado el reconocimiento de una pensión compensatoria con carácter indefinido a su favor.

LA PREFERENCIA DE LA VÍA CIVIL A LA PENAL PARA RECOBRAR LA POSESIÓN EN LAS OCUPACIONES PACÍFICAS DE INMUEBLES

THE PREFERENCE OF THE CIVIL PROCEDURES OVER THE CRIMINAL PROCEEDING TO RESOLVE PEACEFUL OCCUPATIONS OF REAL ESTATE

Rev. Boliv. de Derecho Nº 32, julio 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 798-827

Federico
ARNAU MOYA

ARTÍCULO RECIBIDO: 26 de abril de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 30 de abril de 2021

RESUMEN: En el presente artículo se analizar los motivos por los que en las ocupaciones pacíficas de inmuebles sin consentimiento el recurso a la vía civil es más eficaz que la penal para la recuperación de la posesión. Dos son las causas por los que estimamos preferible la vía civil: la negativa de un sector de la judicatura para aplicar el delito de usurpación de inmuebles del art. 245.2 CP en los casos que no son graves y la no aplicación de la medida cautelar de devolución anticipada de los inmuebles ocupados a sus dueños. La vía civil es la más efectiva para la recuperación de la vivienda ocupada desde que se modificó el interdicto de recobrar la posesión mediante la Ley 5/2018

PALABRAS CLAVE: Incidente de recuperar la posesión; ocupación ilegal; okupa; titular legítimo; viviendas; delito de usurpación de inmuebles.

ABSTRACT: *The purpose of this article is to analyse the reasons why recourse to civil law is more effective than that of criminal law in recovering possession in peaceful occupations of property. Two are the reasons why we consider the civil procedure preferable: the refusal of a sector of the judiciary to apply the offense of usurpation of property (art. 245.2 CP) in non-serious cases and the non-application of the precautionary measure for the return of occupied property to its owners. The civil proceeding is the most effective for the recovery of occupied housing since the amendment of the injunction to recover possession through Law 5/2018..*

KEY WORDS: *Incident delivers immediate possession; illegal occupation; squatter; legitimate holder; housing; offence of usurpation of possession.*

SUMARIO.- I. LAS CAUSAS DE LA "OKUPACIÓN".- II. LA APLICACIÓN DEL CÓDIGO PENAL EN MATERIA DE OCUPACIONES.- 1. Los allanamientos de morada.- 2. Las ocupaciones violentas de otros inmuebles.- III. LOS INCONVENIENTES DE LA VÍA PENAL PARA SOLUCIONAR LAS OCUPACIONES PACÍFICAS DE INMUEBLES.- 1. La limitada aplicación del art. 245.2 CP para las ocupaciones pacíficas graves.- 2. La inoperante medida cautelar de desalojo de vivienda ocupada.- IV. EL DESALOJO EXPRÉS COMO ALTERNATIVA A LA VIA PENAL.

I. LAS CAUSAS DE LA "OKUPACIÓN".

La expresión "okupar" ha sido definida en el diccionario de la RAE como el hecho de "tomar una vivienda o un local deshabitados e instalarse en ellos sin el consentimiento de sus propietarios". Este concepto amplio de la "okupación" coincide con la percepción que tiene el ciudadano medio sobre este fenómeno. Por el contrario, la solución que ofrece el ordenamiento jurídico frente a este problema es harto compleja, puesto que dentro del género "okupación" existen tres diferentes especies, y cada una de ellas recibe una diferente solución legal. En el primer grupo de ocupaciones de inmuebles, se encuentran las que tienen por objeto una vivienda que constituye la morada de una o varias personas físicas. En este grupo el reproche legal se produce con independencia de que exista o no violencia en el acto de la ocupación. Se trata de los supuestos que integran el delito de allanamiento de morada del art. 202 CP. En el segundo grupo se encuentran aquellas ocupaciones violentas (o realizadas con intimación) de inmuebles que no tienen la condición de morada. Se trata del delito de usurpación violenta de inmuebles del art. 245.1 CP. En el tercer grupo se encuentran las ocupaciones pacíficas de inmuebles que no constituyen morada. En este caso, como veremos más adelante, la reacción del ordenamiento jurídico es más compleja, de modo que en ocasiones estas conductas pueden ser calificadas como constitutivas de un delito de usurpación pacífica de inmuebles ex art. 245.2 CP y en otras, solo cabrá acudir a la vía civil para recuperar la posesión del inmueble ocupado. A su vez, dentro del ámbito civil, también hay que distinguir entre varios procedimientos recuperatorios de la posesión cuya utilización dependerá de los particulares supuestos de hecho concurrentes en cada caso.

El común denominador a todas las modalidades de "okupación" es la ilicitud de la entrada y/o de la permanencia en un inmueble ajeno, es decir realizada sin el consentimiento o tolerancia del dueño o de quien tenga cualquier derecho que

• Federico Arnau Moya
Profesor Contratado Doctor Derecho civil de la Universitat Jaume I de Castellón (España). Correo electrónico: arnauf@uji.es.

lleve aparejada la posesión sobre el inmueble. Como hemos visto la respuesta del legislador frente a la apropiación posesoria de un inmueble ajeno se encuentra en ordenamientos tan separados como el penal y el civil. A grandes rasgos podemos decir que en el Código penal se encuentra la respuesta para todos aquellos casos en los que el inmueble ocupado tenga la condición de morada de una persona o en aquellos casos en los que los inmuebles son ocupados con violencia o intimidación sobre las personas[1].

Nuestro trabajo va a recaer principalmente en aquellos supuestos del tercer grupo, la ocupación pacífica de inmuebles, en los que la respuesta legal frente la "okupación" en algunos casos es difusa. En ocasiones puede recuperarse la posesión a través del art. 245.2 CP, pero sólo cuando se cumplan los requisitos que la jurisprudencia viene exigiendo para que una ocupación pueda ser reputada como delito de "usurpación pacífica de inmuebles", mientras que en la mayoría de las veces lo más aconsejable será la aplicación de las medidas propias del Derecho civil.

Una vez acotado el objeto sobre el que va a recaer nuestro trabajo -las ocupaciones pacíficas de inmuebles- se hace necesario un breve análisis de las causas que están en el origen del fenómeno de la "okupación" de inmuebles. El primer motivo se refiere a la particular situación inmobiliaria de España que se caracteriza por la existencia de un extenso parque de edificios, viviendas y locales de carácter principalmente privado que están vacíos y por lo tanto susceptibles de ser ocupados. La gran mayoría de estos inmuebles vacíos son propiedad de bancos y de empresas dedicadas a la especulación inmobiliaria como los conocidos "fondos buitre". En mucha menor medida, también existen viviendas de particulares que están vacías por distintos motivos: unas lo están con carácter temporal como las segundas viviendas. Otros inmuebles también están temporalmente vacíos porque existen procesos judiciales sobre su titularidad por cuestiones hereditarias o derivadas de procedimientos concursales. Finalmente, algunos inmuebles están vacíos por el miedo de algunos pequeños propietarios a ponerlos en alquiler y otros simplemente están abandonados como sucede con algunos edificios industriales en las grandes ciudades. En el otro lado de la moneda, se encuentra la

1 Rodríguez Almirón, F. J.: "Estudio jurisprudencial de las cuestiones más controvertidas en relación con el delito de usurpación del art. 245 CP", *Cuadernos de Política Criminal,* núm. 132, III, Época II, diciembre 2020, pp. 191-223. Disponible en: https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/estudio-jurisprudencial-cuestiones-controvertidas-857503800. (Consultado el 4-04-2020), p. 193, señala que el significado corriente de ocupación no coincide con el concepto penal de esta por ser autónomo y estar limitado jurisprudencialmente. Además, destaca que la ocupación que interesa al Derecho penal es aquella que "surge del apoderamiento de un bien inmueble o la usurpación de un derecho real sin traer causa de una situación de precario o de un escenario de tolerancia o liberalidad del propietario o poseedor legítimo. Situaciones estas que serán objeto de protección por otros cauces como la LEC".

vivienda social de la que España es altamente deficitaria en comparación con otros países de nuestro entorno[2].

El primer grupo de personas dispuestas a ocupar esos inmuebles vacíos está conformado por personas que simplemente se aprovechan de la situación. Se trata de un grupo que provoca una gran alarma social, dentro del que se encuentran quienes practican la ocupación como una forma de disponer de inmuebles donde dedicarse a toda una serie de actividades ilícitas, como el tráfico de drogas, como sucede con los conocidos como "narco-pisos" de las grandes ciudades. Incluso se puede hablar de mafias y profesionales de la "okupación" que se dedican a propiciar la ocupación para exigir rescates a los propietarios de los inmuebles ocupados para dejarlos libres o incluso para alquilarlos a terceros como sucede con las "inmobiliarias okupa"[3]. A los integrantes de este primer grupo se les ha denominado "ocupas con animus delictivo"[4]. Dentro de los que se aprovechan de la situación también estarían quienes ocupan inmuebles por convicciones personales o motivaciones políticas como los integrantes del movimiento "okupa", a los que se ha definido como "ocupas con animus político" por lo que no tienen

2 Según el periódico CincoDías "España tiene menos de una vivienda social por cada 100 habitantes, lejos de las cuatro de la UE", 24-09-2020. Disponible en: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/09/24/economia/1600970058_119777.html (Consultado el 26-04-2021). España tiene menos de una vivienda social (0,9) por cada 100 habitantes, lo que sitúa al país en uno de los últimos puestos de la Unión Europea, que de media cuadruplica a la tasa española, con un total de cuatro residencias protegidas por cada centenar de ciudadanos. Los datos, recopilados en el Boletín Especial de Vivienda Social, que fue presentado este jueves por el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana (Mitma), confirman la grandísima brecha que separa a España no ya de la media de la UE, sino de los países punteros en protección social a través de la vivienda. Así, y siempre por cada 100 habitantes, Países Bajos se sitúa sin ninguna duda a la cabeza comunitaria, con más de 12 inmuebles sociales por centenar. Le siguen, también por encima de la media, Austria, con 10 viviendas, Dinamarca (9,5), Suecia (8), y Reino Unido y Francia, ambos con algo más de 7,5 por cada grupo de 100.

3 El preámbulo de la Ley 5/2018 dice que "han aparecido también fenómenos de ocupación ilegal premeditada, con finalidad lucrativa, que, aprovechando de forma muy reprobable la situación de necesidad de personas y familias vulnerables, se han amparado en la alta sensibilidad social sobre su problema para disfrazar actuaciones ilegales por motivaciones diversas, pocas veces respondiendo a la extrema necesidad. Incluso, se han llegado a ocupar ilegalmente viviendas de alquiler social de personas en situación económica muy precaria o propiedad de ancianos con pocos recursos y para abandonarlas se les ha exigido el pago de cantidades a cambio de un techo inmediato, o se ha extorsionado al propietario o poseedor legítimo de la vivienda para obtener una compensación económica como condición para recuperar la vivienda de su propiedad o que legítimamente venía poseyendo (…). Están identificadas verdaderas actuaciones organizadas, muy lucrativas y de carácter mafioso, que perturban y privan de la posesión de viviendas a las personas físicas a las que legítimamente corresponde, o dificultan e imposibilitan la gestión de aquellas viviendas en manos de organizaciones sociales sin ánimo de lucro y de entidades vinculadas a Administraciones públicas, que están dedicadas a fines sociales en beneficio de familias en situación de vulnerabilidad, pero que su ocupación ilegal impide que puedan ser adjudicadas a aquellas personas o familias a las que correspondería".

4 Bastante Granell, V.: "Ocupación ilegal de viviendas: la necesaria delimitación jurídico-social de los sujetos "ocupa" y "ocupado"". *Revista de Derecho Patrimonial,* num. 47/2018. Disponible en: https://insignis.aranzadidigital.es/ (Consultado el 19-04-2021), dentro de este grupo también se encuentran aquellos que ocupan viviendas vacías con la intención de alquilarlas a otras personas. Sería lo que se conoce con el nombre de inmobiliarias "okupas". Pérez Daudí, V.: "La okupacion de bienes inmuebles y la protección efectiva del poseedor legítimo", Diario La Ley, num. 10716, 2020, señala que en Holanda la Corte Suprema reconoció del derecho a la vivienda a los ocupantes ilegales de un bien inmueble, lo que impedía que en adelante la policía los pudiera desalojar tal como había venido sucediendo hasta ese momento. Asimismo, indica que existe cierta protección legal en el Reino Unido, por el contrario, ésta no existe ni en Alemania ni en Italia.

porqué ser asimilados con la delincuencia organizada[5]. También estarían dentro del grupo de quienes se aprovechan de la situación algunos cuidadores de ancianos que habiendo fallecido aquellos continúan ocupando el piso del fallecido[6].

El segundo motivo o causa de la ocupación se encuentra en la existencia de un gran número de personas que se ven en la necesidad de ocupar esos inmuebles que están vacíos por necesidades habitacionales. En este caso se habla de "ocupas con animus social" en el que se ocupa un inmueble ajeno por necesidad de vivienda. [7] No obstante, dentro del perfil de los ocupas sociales podemos encontrar dos modalidades diferenciadas. En el primer grupo se encuentran aquellas personas que ha sufrido directamente las consecuencias de las distintas crisis de la vivienda que han venido sucediéndose desde 2008[8]. Hasta esa crisis muchas de estas personas contaban con empleo y vivienda y como consecuencia de la misma se han visto abocadas al desempleo. Al encontrarse sin empleo y con falta de recursos económicos han habido personas de las que vivían en régimen de alquiler que no han podido atender al pago de las rentas, y paralelamente, muchos de los quienes vivían en viviendas de su propiedad no han podido atender al pago de los plazos de los préstamos hipotecarios que gravaban las mismas[9]. En consecuencia, bastantes de estas personas y sus familias han sido objeto de procesos de desahucio. No obstante, algunos de ellos se niegan a abandonar las viviendas que estaban ocupando como arrendatarios o propietarios ante la falta de alternativa habitacional. En estos casos ha desaparecido el título (derecho de propiedad o contrato de arrendamiento) que justificaba su inicial derecho a poseer, de modo que se han convertido en "okupas" de la que incluso había venido siendo una casa de su propiedad de la que se han visto privados tras un procedimiento de

5 Bastante Granell, V.: "Ocupación ilegal", cit., estima que el "movimiento okupa" surgido en los años sesenta en el Reino Unido, bajo el nombre de Squatters, criticaba la política urbanística a inmobiliaria considerando lícita la ocupación de toda clase inmuebles deshabitados. Este movimiento aparece en España en la década de los 80 del siglo pasado. En el Código Penal de 1995 se introduce el delito usurpación no violenta de inmuebles para combatir este tipo de ocupaciones de sesgo político. Este tipo de ocupa puede calificarse como "okupa" con animus político.

6 Este es el caso contemplado por la SAP Madrid (Sec.10ª) 29 enero 2020 (AC 2020,531) en el que la demandada en un juicio de desahucio por precario alega la existencia de un pacto verbal de arrendamiento para que la demandada Doña Flora, quien ha cuidado de Don Rodolfo, usufructuario de la vivienda, hasta su fallecimiento, la ocupara indefinidamente.

7 Bastante Granell, V.: "Ocupación ilegal", se refiere a este tipo de personas como el "ocupa" (ahora con c) con animus social que busca cubrir una necesidad habitacional. Son motivos de pobreza y vulnerabilidad social la que empuja a determinados ciudadanos a la posesión ilegítima de inmuebles ajenos para cubrir su falta de vivienda.

8 Gener, A. y González, E.: "Diálogo social tripartito en la nueva Ley de Vivienda", *El País, 18 de marzo 2021,* señalan que hemos sufrido tres crisis de vivienda consecutivas: la gran crisis inmobiliaria que arrancó en 2007, las fuertes escaladas en los precios de alquiler a partir de 2014 y, finalmente, la nueva emergencia habitacional, causada por la crisis de la covid-19. Disponible en: https://elpais.com/opinion/2021-03-18/dialogo-social-tripartito-en-la-nueva-ley-de-vivienda.html

9 Bastante Granell, V.: "Ocupación ilegal", se refiere a un subgrupo dentro de los "ocupas sociales", se trata de las situaciones de posesión degenerada. Se trata de aquellos otros sujetos que de forma previa tenían un título (arrendatario o comodatario) o el beneplácito del dueño (posesión tolerada o precario) que amparaba su posesión. Con el tiempo puede cesar el título (impago del arrendamiento o revocación del uso del comodato) o el dueño manifiesta su voluntad de no continuar tolerando el uso de la vivienda. A partir de ese momento la posesión deviene ilegítima por carecer de título.

ejecución hipotecaria. Así pues, este primer grupo de potenciales "okupas" está conformado por personas sin recursos, verdaderamente necesitados de vivienda y, en consecuencia, son acreedores de medidas sociales que les garanticen el derecho a una vivienda digna, estable y de carácter legal[10]. La crónica falta de vivienda social y de alquileres baratos en nuestro país ha dejado mucha de estas personas ante la tesitura de "okupar" (o continuar ocupando) o vivir en la calle[11]. En realidad, en esta modalidad de ocupación no es sino una muestra del fracaso de las administraciones públicas a la hora de proporcionar vivienda social suficiente.

La existencia de dos perfiles opuestos de ocupantes, a los que nos podríamos referir con una simplista calificación de "okupas buenos" (los ocupas con animus social) y "okupas malos" (el resto de ocupas) dificulta la adopción de medidas para combatir el fenómeno de la ocupación. Al mismo tiempo, los sujetos ocupados también se encuentran estereotipados, diferenciándose entre "ocupados buenos", dignos de compasión, como son las personas físicas que disponen de una segunda vivienda con cuyo alquiler que pueden completar sus ingresos. Al lado de estos estarían aquellos a los que legalmente se les trata como si fueran "ocupados malos", como son los bancos y los grandes tenedores de vivienda. Empleamos este término desde la ironía, pero lo cierto es que ha sido el propio legislador el que ha diferenciado entre sujetos ocupados que pueden utilizar (y otros que no) el nuevo procedimiento para la recuperación de la vivienda ocupada sido introducido por la Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación a la ocupación ilegal de viviendas. Además, es de todos conocido que en ciertos sectores de nuestra sociedad se ve con cierta simpatía la ocupación de las viviendas pertenecientes a estos colectivos conocidos como "grandes tenedores de vivienda", sin embargo, no se es consciente de que esas viviendas ya han podido venderse a personas que también necesitan satisfacer su necesidad habitacional o incluso lo han sido a entidades públicas para ser destinadas a vivienda social. Por otro lado, también se olvida, que el hecho de que sean viviendas incluso pertenecientes a los denominados "fondos buitre" en muchas ocasiones no se trata de edificios enteros de viviendas sino de apartamentos o pisos situados en edificios en régimen de propiedad. En este último caso la ocupación ilegal suele generar muchísimos problemas de

10 Perarnau Moya, J.: "Desalojo de 'okupas'", *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios*, núm. 5. Desahucios y arrendamientos, mayo 2019, p. 60. Disponible en: https://app.vlex.com/#vid/desalojo-okupas-783754245.

11 En el supuesto contemplado por la SAP Madrid (Sec. 17ª) 17 octubre 2014 (JUR 2014,297608) tenemos un ejemplo de una ocupación por necesidad: "los acusados Sonsoles y Ignacio, ambos mayores de edad, encontrándose en una situación de indigencia, y percibiendo una renta mínima de 500 euros al mes como único ingreso y teniendo dos hijos de 9 y 6 años de edad a su cargo, después de encontrarse la madre viviendo en la calle con ellos, rompió el cristal de la ventana de la casa situada en […] ocupó la vivienda con sus hijos a la que luego se trasladó su marido, pasando posteriormente a introducir algunos muebles en ella, procediendo a cambiar la cerradura de la puerta. Llevan permaneciendo en ella 20 meses en el momento de dictarse esta sentencia. Tienen luz y agua que pagan sin que les den recibo alguno". En este caso el tribunal estimo la eximente de estado de necesidad.

convivencia y de perjuicios económicos al resto de habitantes del inmueble[12]. Así pues, la existencia de un gran sesgo político a la hora de contemplar el fenómeno de la ocupación provoca propuestas tan alejadas entre sí como las que pretenden la eliminación del delito de usurpación pacífica de inmuebles o las que persiguen acrecentar la dureza de las penas que ahora se proponen en el Código penal[13]. Encontrar el punto de equilibrio se hace difícil, no obstante, en el caso de los excluidos sociales por cuestiones económicas, parte de la solución al fenómeno de la ocupación pasaría por un aumento en la promoción de vivienda social por las autoridades junto con la intervención estatal de los alquileres. La ocupación es un fenómeno complejo de resolver puesto que se trata de una situación donde confluyen por una parte del derecho a la propiedad privada contemplado por el art. 33 de la Constitución Española y por otra el derecho de las personas a disfrutar de una vivienda digna establecido en el art. 47 CE. Este derecho a la vivienda digna ha sido invocado en numerosas ocasiones por los ocupantes ilegales de viviendas para evitar el desahucio, sin embargo, la jurisprudencia ha estimado que el mandato del art. 47 CE no impone a los poderes públicos el deber de proporcionar directa y físicamente una vivienda[14]. En todo caso el citado precepto

12 En nuestra opinión, la Ley 5/2018, al haber creado un cauce de protección de la posesión que solo puede ser utilizado por un determinado grupo de sujetos ocupados también está colaborando, en cierto modo a distinguir entre ocupados de primera, merecedores de una especial protección y de segunda categoría a los que no les cubre aquel paraguas protector.

13 Rodríguez Almirón, F. J.: "Estudio jurisprudencial", cit., p. 2, señala como en nuestro país en el año 2020 se han realizado cuatro proposiciones de ley y una no de ley: Así, la Proposición de Ley de garantías para la seguridad y convivencia ciudadanas frente a la ocupación ilegal de viviendas. Presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos. Núm. 122/000066 Boletín Oficial De Las Cortes Generales. Núm. 97.1, de 17 de julio de 2020. Proposición de Ley Orgánica contra la ocupación ilegal y para la convivencia vecinal y la protección de la seguridad de las personas y cosas en las comunidades de propietarios. Presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso. Núm. 122/000066 Boletín Oficial De Las Cortes Generales. Núm. 96.1, de 17 de julio de 2020.Proposición de Ley Orgánica relativa a la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para modificar el art. 245 a fin de agravar las penas a los delitos de usurpación de inmuebles, ofrecer mejores herramientas a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y ampliar la protección de los legítimos titulares de derechos reales. Presentada por el Grupo Parlamentario VOX. Núm. 162/000386. Boletín Oficial De Las Cortes Generales Núm. 100, de 7 de septiembre de 2020. Proposición de Ley relativa a la modificación del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a fin de introducir los delitos de usurpación de inmuebles dentro de los recogidos en el art. 795 y para modificar el art. 553, en relación con esos mismos delitos. Presentada por el Grupo Parlamentario VOX. Boletín Oficial De Las Cortes Generales Núm. 101, de 7 de septiembre de 2020. Proposición no de Ley del Grupo Parlamentario Ciudadanos, sobre medidas encaminadas a prevenir y atajar el fenómeno de la "okupación". Núm. 162/000386. Boletín Oficial De Las Cortes Generales Núm. 147, de 25 de septiembre de 2020.

14 Ibarra Sánchez, J. L.: "La reforma procesal de la Ley 5/2018, de 11 de junio: la nueva tutela sumaria de la posesión de viviendas del artículo 250.1.4º LEC y el desalojo cautelar inmediato de los ocupantes", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10/2018. Disponible en: https://insignis.aranzadidigital.es/ (Consultado el 3-04-2021), señala que el derecho a la vivienda no se encuentra regulado entre los derechos fundamentales de la Constitución (CE) -Título I, Capítulo II, art. 14 y Sección primera, De los derechos fundamentales y de las libertades públicas, arts. 15 a 29 CE-, derechos cuya infracción supone la ilicitud de la prueba y que deben ser desarrollados a través de Ley orgánica. Derechos cuya violación podrá ser protegida a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Por el contrario, el derecho a la propiedad privada está establecido en el art. 33, donde también se menciona su función social, mientras que el derecho a la vivienda se encuentra, como principio informador de la actuación de las Administraciones públicas, en el art. 47 CE. Ambos preceptos están situados fuera del primer bloque constitucionalidad de derechos fuertes y nucleares, dotados de una especial protección. El derecho a la propiedad privada se encuentra incluido en el segundo bloque de constitucionalidad, arts. 30 a 38 CE, mientras que el derecho a la vivienda, lo está en el tercer bloque, arts. 39 a 52 CE. Ambos derechos tienen menor entidad que los del primer bloque, y por ello el Estado no asegura a los ciudadanos su pleno disfrute.

constituye un principio rector de las política social y económica y un explícito mandato a los poderes públicos para hacer efectivo el derecho con los deberes de promover y regular que se contienen en el citado precepto constitucional[15]. De modo que una cosa es el derecho a disfrutar de una vivienda y otra la vulneración del derecho a la propiedad que en el caso de las moradas además están protegidas por el derecho a la inviolabilidad del domicilio ex art. art. 18.2 CE. Así pues, el derecho a la vivienda ha de ser procurado por los poderes públicos estableciendo los mecanismos adecuados, pero no puede ser satisfecho a través de la ocupación de viviendas ajenas que en ocasiones se ha intentado justificar como una autorrealización del derecho a la vivienda. En la doctrina predominante se ha mantenido que la ocupación ilegal no puede ampararse ni tolerarse bajo pretexto alguno ni aun en los casos en que los inmuebles tengan la condición de edificios públicos[16].

II. LA APLICACIÓN DEL CÓDIGO PENAL EN MATERIA DE OCUPACIONES.

1. Los allanamientos de morada.

La inviolabilidad del domicilio está protegida por el art. 18.2 CE que establece que "ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito" lo que supone que nadie puede entrar en una morada ajena sin el consentimiento de su titular o sin una orden judicial. En aquellos casos en los que la ocupación sin consentimiento tenga lugar sobre una morada ajena el Código penal estima este hecho como constitutivo de allanamiento de morada del art. 202 CP. Este delito se encuentra dentro del Capítulo II "allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público" que a su vez está dentro del Título X "Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio". En el delito de allanamiento de morada se trata de proteger el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE) tanto de los particulares, en lo que se refiere a la morada (art. 202 CP), como de las personas jurídicas (art. 203 CP). En el art. 204 CP se contiene un tipo cualificado para la autoridad o funcionario público que cometiere estos delitos[17].

Dentro del delito de allanamiento nos encontramos con dos subtipos que están castigados con pena de prisión. En el apartado 1º se contempla el supuesto de hecho en el que un particular entra en una morada ajena o se mantiene en

15 Así se ha repetido por las SSAP Barcelona (Sec. 13ª) 19 febrero 2021 (JUR 2021,99731), Barcelona (Sec.13ª) 11 diciembre 2020 (JUR 2021,5373), Barcelona (Sec.4ª) 30 noviembre 2020 (JUR 2021,9436) y Madrid (Sec.10ª) 29 enero 2020 (AC 2020,531) entre muchas otras.

16 Rodríguez Almirón, F. J.: "Estudio jurisprudencial", cit., p.195, muestra su preocupación con la sensación de tolerancia o permisividad cuando los inmuebles ocupados son propiedad de bancos, promotoras o fondos de inversión.

17 Muñoz Conde, F.: *Derecho Penal Parte Especial,* 22ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 271 y 272.

ella en contra de la voluntad de su morador. En este caso el tipo penal no exige la concurrencia de ningún género de violencia (en las personas o en las cosas) o intimidación para entrar o permanecer en casa ajena[18]. Este sería el supuesto de la anciana que se va de vacaciones y cuando regresa a su casa se encuentra con unos desconocidos que han aprovechado que la puerta estaba mal cerrada y, sin utilizar ningún tipo de violencia sobre las cosas ni sobre las personas, se han instalado dentro y se niegan a abandonar la vivienda. En el apartado 2º del art. 202 CP se regula el denominado subtipo agravado del delito de allanamiento de morada[19]. La diferencia con el anterior reside en que la entrada o permanencia en la morada ajena se produce con violencia o intimidación. Volviendo al ejemplo de la anciana se trataría del supuesto en el que mientras la mujer va a comprar al mercado un grupo de personas fuerza la puerta de su casa, entra y se instala en ella cambiando las cerraduras.

Así pues, para el Código penal la entrada en morada ajena, así como la permanencia en ella en contra la voluntad de quien reside en ella es suficiente para merecer reproche legal con independencia de la existencia o no de violencia o intimidación. La existencia de esta circunstancia lo es a los efectos de agravar la pena. Cuando el allanamiento se realiza sin violencia la pena es de prisión de 6 meses a 2 años (art. 202.1 CP), por el contrario, cuando se realiza con violencia -sobre las personas o las cosas- o intimidación el allanamiento está castigado con prisión de 1 a 4 años y multa de 6 a 12 meses.

La respuesta que ofrece el Código penal frente al allanamiento de morada no ofrece ningún género de duda en cuanto a su aplicación cuando concurren los requisitos del tipo legal de cualquiera de ambos subtipos. Con el delito de allanamiento se produce la paradoja de que lo que para el ciudadano medio constituye el supuesto de la "okupación" por excelencia, tal vez influenciado por unas agresivas campañas televisivas de ventas de alarmas[20], o incluso por

18 La STS (2ª) 7 marzo 2007 (2007, 3248) establece que este subtipo agravado también comprende "supuestos en que la violencia o intimidación se hayan ejercitado para entrar o mantenerse en la morada ajena". Por lo está equiparando la violencia o intimidación que se ejerce sobre las personas, con la que violencia material que se ejercita sobre las cosas siempre que esta suponga el medio de ejecución del allanamiento.

19 En el art. 203 CP se regula el allanamiento de domicilio de personas jurídicas: "1. Será castigado con las penas de prisión de seis meses a un año y multa de seis a diez meses el que entrare contra la voluntad de su titular en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público fuera de las horas de apertura. 2. Será castigado con la pena de multa de uno a tres meses el que se mantuviere contra la voluntad de su titular, fuera de las horas de apertura, en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público. 3. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, el que con violencia o intimidación entrare o se mantuviere contra la voluntad de su titular en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento, mercantil o local abierto al público".

20 En la página web de una conocida empresa de alarmas podemos encontrar el siguiente slogan publicitario "Evita la ocupación en tu vivienda con la alarma de XX, actuamos de inmediato". Disponible en: https://www.securitasdirect.es/lp/g/alarma-okupas.php?keyword=&gclid=CjwKCAjw6qqDBhB-EiwACBs6x-kQfiPqd3qzBYtYItnVh_6LGjHtUNkJck2raS8zZ_jheaPXLwNkcxoCe-wQAvD_BwE&gclsrc=aw.ds (Consultado el 5-04-2021).

la utilización del supuesto de la anciana cuya vivienda es okupada mientras va a la compra en una reciente campaña electoral, sin embargo, no constituye un supuesto de ocupación para la doctrina que lo limita a los delitos de usurpación de inmuebles. Desde un punto de vista técnico jurídico en el Código Penal el allanamiento de morada y la usurpación de inmuebles se consideran como delitos perfectamente diferenciados puesto que afectan bienes jurídicos diferentes y comportan penas asimismo diferenciadas[21]. En el caso del delito de allanamiento el bien jurídico protegido es el derecho a la vivienda y a la intimidad del hogar[22]. Derecho que también se extiende a las segundas residencias[23]. En el caso del delito de usurpación el bien jurídico protegido no tiene ningún tipo de relación con la intimidad de la morada sino que se trata del patrimonio inmobiliario[24]. No obstante, la doctrina estima que, si bien la relación entre el delito de allanamiento de morada y los delitos de ocupación del art. 245 CP es de exclusión, sin embargo, en ocasiones puede producirse entre ellos un concurso ideal de delitos[25]. Así sucede cuando concurra la usurpación del art. 245.1 CP con el allanamiento de

21 La ubicación sistemática de ambos delitos dentro del CP es diferente: el delito de allanamiento de morada se regula en el art. 202 de C.P., que está situado en el "Libro II del Código Penal, Título X. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, Capítulo II". En el caso del delito de usurpación de inmuebles, regulado por el art. 245 CP aparece ubicado dentro del "Título XIII del Libro II del Código Penal, que lleva por rúbrica "Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico".

22 Muños de Dios Sáez, A.: "La ocupación ilegal de inmuebles, una visión desde el Derecho penal", *El Notario del Siglo XXI*, núm. 93, septiembre-octubre 2020. Disponible en: https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-93/opinion/opinion/10175-la-ocupacion-ilegal-de-inmuebles-una-vision-desde-el-derecho-penal. (Consultado el: 14-04-2021), señala que el bien jurídico protegido en el delito de allanamiento de morada es la intimidad mientras que el caso del delito de usurpación es el patrimonio inmobiliario. Para Muñoz Conde, F.: *Derecho Penal, cit.,* p. 272, el bien jurídico protegido en el delito de allanamiento de vivienda particular es "dentro del amplio campo que cubre la intimidad, el derecho a la intimidad de la morada que, más que en el art. 18.2 de la Constitución, encuentra reconocimiento, como una emanación específica del derecho a la intimidad, en el art. 18.1, en el que debe incluirse el derecho a la intimidad de la morada, que es un elemento común tanto al tipo básico, como al cualificado y que no se confunde con el domicilio, concepto más restringido que, como veremos, se protege directamente en relación con las personas jurídicas, despachos u oficinas y establecimientos mercantiles en el art. 203 CP".

23 Navarro Massip, J.: "La insoportable levedad de la ocupación", *El notario del Siglo XXI*, núm. 93, septiembre-octubre 2020. Disponible en: https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-93/opinion/opinion/10176-la-insoportable-levedad-de-la-ocupacion. (Consultado: 14-04-2021), estima que: "No olvidemos que esta lesión antijurídica se predica también en el caso de las segundas residencias -incluso durante el período en que las mismas no se encuentren habitadas, siempre y cuando conserven aquella condición-, tal y como refiere repetidamente nuestro Tribunal Supremo. No tiene relevancia que el lugar constituya su primera o segunda vivienda, sino si, aunque sea ocasionalmente, la vivienda se utiliza como un espacio en el que desarrollan aspectos de su privacidad".

24 En la STS 12 noviembre 2014 (RJ 2014, 6179) se establece que en los delitos de usurpación el bien jurídico protegido es el patrimonio inmobiliario, y como delitos patrimoniales la lesión del bien jurídico requiere que se ocasione un perjuicio al titular del patrimonio afectado, que es el sujeto pasivo del delito.

25 La STC (10,2002) 17 enero 2002 (RTC 2002, 10) señala que "El rasgo esencial que define el domicilio delimita negativamente los espacios que no pueden ser considerados domicilio: de un lado, aquellos en los que se demuestre de forma efectiva que se han destinado a cualquier actividad distinta a la vida privada, sea dicha actividad comercial, cultural, política, o de cualquier otra índole; de otro, aquellos que, por sus propias características, nunca podrían ser considerados aptos para desarrollar en ellos vida privada, esto es, los espacios abiertos […]. El propio carácter instrumental de la protección constitucional del domicilio respecto de la protección de la intimidad personal y familiar exige que, con independencia de la configuración física del espacio, sus signos externos revelen la clara voluntad de su titular de excluir dicho espacio y la actividad en él desarrollada del conocimiento e intromisiones de terceros". Desde esa perspectiva se estima que las habitaciones de los hoteles pueden considerarse domicilios y "constituyen ámbitos sobre los que se proyecta la tutela que la Constitución garantiza en su art. 18.2: su inviolabilidad y la interdicción de las entradas o registros sin autorización judicial o consentimiento de su titular, fuera de los casos de flagrante delito".

morada del art. 202.2 CP o la entrada en el domicilio de una persona jurídica no previstas en el art. 203.2 CP. También nos encontraríamos ante un concurso ideal de delitos entre el delito de ocupación del art. 245.2 CP y el allanamiento previsto en el art. 203.1 CP cuando se produjese la ocupación sin autorización debida de un inmueble que constituya el domicilio de una persona jurídica pública o privada despacho profesional u oficina, o local abierto al público fuera de las horas de apertura[26].

2. Las ocupaciones violentas de otros inmuebles.

En el Título XIII del Código Penal dentro de los "Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico" se incluye un Capítulo V dedicado a la "usurpación" dentro del cual se regula la usurpación de derechos y la ocupación de inmuebles en el art. 245. A su vez dentro de este precepto se regulan dos conductas diferentes en sendos apartados. En el apartado 1º, se protege al titular frente a la ocupación de una cosa inmueble o la usurpación de un derecho inmobiliario ajeno con violencia o intimidación[27]. La ocupación se refiere a la voluntad de instalarse en un inmueble ajeno o poseerlo. La usurpación está referida a los derechos reales como el usufructo, uso, etc. y supone una intención de hacerse con ese derecho. La violencia y la intimidación a la que se refiere es similar a la utilizada en otros tipos penales y puede abarcar tanto la violencia física como la psíquica, si bien referida únicamente a las personas[28]. La fuerza en las cosas se entiende implícita en el tipo básico de la usurpación. En alguna sentencia se ha exigido que esa violencia se realice al tiempo de efectuar la ocupación puesto que de efectuarse en un momento posterior no integraría el tipo penal[29]. Esta violencia no tiene que realizarse exclusivamente sobre el titular del inmueble o derecho sino que también cabe sobre cualquier persona que se encuentre en el inmueble en el momento de realizarse la ocupación[30]. El denominado delito de usurpación violenta está castigado en el art. 245.1 CP con una pena de prisión de uno a dos años que

26 Barber Burusco, S.: "La ocupación de inmuebles del artículo 245.2 del Código Penal", *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales vol. V parte Comentario,* Aranzadi, Cizur Menor, 1999 (BIB 1999\793). Disponible en: https://insignis.aranzadidigital.es (consultado del 22-04-2021),

27 Art. 245.1 CP establece que "Al que con violencia o intimidación en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real inmobiliario de pertenencia ajena, se le impondrá, además de las penas en que incurriere por las violencias ejercidas, la pena de prisión de uno a dos años, que se fijará teniendo en cuenta la utilidad obtenida y el daño causado".

28 Rodríguez Almirón, F. J.: "Estudio jurisprudencial", cit., p.200.

29 Rodríguez Almirón, F. J.: "Estudio jurisprudencial", cit., p.200, señala el caso de la SAP Granada (Sec. 1ª) 30 octubre 2013(ARP 2014,289) en la que delito de usurpación ya se había consumado cuando se produjo la agresión al propietario y a su hija, por ello y, al margen de que se castiguen las lesiones sufridas, esa agresión no transmuta el delito del art. 245.2 en un delito del 245.1.

30 Rodríguez Almirón, F. J.: "Estudio jurisprudencial", cit., p.201. Muños de Dios Sáez, A.: "La ocupación ilegal", cit.; señala que en ocasiones los delitos de allanamiento de morada y los de usurpación, vienen acompañados de comportamientos que pueden ser constitutivos de delitos de daños, coacciones, defraudaciones del fluido eléctrico e incluso organización criminal a la vista del incremento de las mafias que actúan como profesionales de la ocupación con fines lucrativos.

se determinará teniendo en cuenta la utilidad obtenida y el daño causado[31]. Lo anterior supone que la posibilidad de entrar en prisión sea relativamente escasa y que dependa de los delitos a los que dé lugar la violencia ejercida[32].

El sujeto activo del delito de usurpación puede ser cualquier persona excepto el propietario del inmueble o el titular del derecho real que recae sobre el mismo. Piénsese en el propietario que forzando la cerradura de un local que tiene alquilado toma posesión del mismo. Esta perturbación de la posesión legítima del arrendatario por parte del propietario no daría lugar a esta figura delictiva, sin embargo, podría constituir un delito de coacciones o un delito de la realización arbitraria del propio delito[33]. El sujeto pasivo del delito es la persona propietaria del bien o el titular del derecho real perturbado.

El objeto material de las distintas modalidades de usurpación está constituido por bienes inmuebles, si bien en la usurpación violenta también se refiere a los derechos reales inmobiliarios en el caso de la usurpación. En todo caso los inmuebles deben ser de pertenencia ajena y no han de constituir morada[34]. Así pues, sujetos pasivos del delito pueden ser tanto el propietario como quienes disfruten de los mencionados derechos reales. Sin embargo, el propietario -como ya hemos señalado- no puede ser sujeto activo del delito de usurpación en ninguna de sus dos modalidades, puesto que no concurre la nota de la ajeneidad del inmueble que exige el tipo penal. En consecuencia, al propietario no se le podrá aplicar este delito aunque existan otros derechos constituidos sobre el inmueble, como un usufructo o un arrendamiento, en estos casos la conducta del propietario sería constitutiva de un delito de coacciones o en todo caso de un ilícito civil[35].

El sujeto activo del delito de usurpación violenta deberá actuar movido por el propósito de apropiarse y desposeer al legítimo propietario o titular del bien inmueble o derecho real de los mismos, y asimismo de obtener un beneficio

31 Hasta la reforma del CP operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal no se impuso la pena de prisión por la comisión del delito de usurpación violenta de bienes inmuebles; hasta entonces la pena que se imponía existiendo violencia o intimidación en este delito, además de las penas en que se incurriere por las violencias ejercidas era la de multa de 6 a 18 meses.

32 Rodríguez Almirón, F. J.: "Estudio jurisprudencial", cit., p.201.

33 Muñoz Conde, F.: *Derecho Penal, cit.,* p. 387, estima que el sujeto activo sólo puede serlo el no propietario o no titular de los inmuebles o derechos reales. La turbación de la posesión legítima por parte del propietario no está, por tanto, comprendida en este delito, aunque pueda constituir otro de amenazas o coacciones (arts. 169 y ss. y 172), contra la integridad moral (art. 173.1) o de realización arbitraria del propio derecho (art. 455).

34 Barber Burusco, S.: "La ocupación", cit., entiende que lo que verdaderamente distingue entre ambas modalidades de delito de usurpación "son los medios empleados en uno y otro caso: violencia e intimidación en las personas en el apartado primero, cualquier otra modalidad con exclusión de la violencia o intimidación en el segundo".

35 Barber Burusco, S.: "La ocupación", cit.

económico o utilidad de su acción[36]. Este propósito es lo que distingue el delito de usurpación de otros delitos similares como las coacciones, el allanamiento de morada o los daños. La pena que lleva aparejada la usurpación violenta de inmuebles es de prisión de uno a dos años que se fijará teniendo en cuenta la utilidad obtenida y el daño causado. Además, también puede castigarse la violencia en la que se incurre para lograr la usurpación[37]. La aplicación de la vía penal con la denominada "usurpación violenta" no ha sido cuestionada por la doctrina ni por la jurisprudencia a diferencia del controvertido apartado 2º del art. 245 CP referido al delito de usurpación pacífica de inmuebles.

El inmediato desalojo por la policía de los ilegales ocupantes es nota común en los delitos de ocupación ilegal de viviendas ocupadas cuando son constitutivas de delitos menos grave como el allanamiento de morada (incluso de segunda residencia) en cualquiera de sus dos modalidades del art. 202 CP, en el de allanamiento de domicilio de persona jurídica (art. 203) e incluso en la ocupación violenta (violencia sobre las persona) de otros inmuebles que constituye el delito menos grave de ocupación o usurpación de inmuebles (art. 245.2 CP)[38]. Es de destacar que en ninguno de los anteriores casos es de aplicación el supuesto plazo de 24 horas a partir del cual se entiende que el inmueble ocupado se convierte en vivienda del okupa y que por lo tanto ya no puede ser desalojado si no es con mandato judicial. Esta cuestión se trata de un bulo o "fake new" puesto que no está recogida en norma alguna que la vivienda ocupada se convierta en morada del okupa por el transcurso del citado lapso de tiempo y que por lo tanto se convierta en inviolable por aplicación del art. 18.2 CE[39].

36 Señala la la SAP Granada (Sec. 1ª) 30 octubre 2013(ARP 2014,289) que. "la conducta descrita en el artículo 245.1 se castiga teniendo en cuenta la utilidad obtenida y el daño causado y la descrita en el artículo 245.2 no atiende a esos parámetros, lo que ha llevado a afirmar a ciertos sectores doctrinales que en el primer caso es necesaria la concurrencia del ánimo de lucro como elemento subjetivo del injusto en tanto que no es preciso en el segundo".

37 Este precepto fue modificado por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Con anterioridad a la reforma la pena era una multa de seis a dieciocho meses.

38 Pérez Daudí, V.: "La okupacion", cit.

39 Pérez Daudí, V.: "La okupacion", cit., señala que en nuestro ordenamiento jurídico el legislador no indica cuándo se consolida una vivienda como habitual. Sin embargo, el TEDH (Sentencia TEDH de 11 de octubre de 2016, asunto Badgonavicius) sí que estima que existe domicilio habitual cuando el afectado por el desalojo ha establecido relaciones suficientes y continuadas en un lugar determinado. En consecuencia, el legislador debería de cubrir esta laguna legal, puesto que la falta de regulación está siendo aprovechada por los ocupantes ilegales para dilatar del desalojo de la vivienda. Los ocupantes aplican las instrucciones de los manuales de okupación que circulan por internet que aconsejan a crear unos indicios de que la vivienda es la habitual de los ocupantes. Estos incluso llegan a autoinculparse de la ocupación indicando que la fecha de la misma es anterior a la real. También llegan a denunciar por allanamiento al propietario que intenta acceder a la misma, cambian la cerradura de la puerta de entrada, decoran la vivienda ocupada con objetos personales, llegando incluso a alojar a colectivos vulnerables como menores de edad o ancianos para impedir o retrasar el desalojo inmediato.

III. LOS INCONVENIENTES DE LA VÍA PENAL PARA SOLUCIONAR LAS OCUPACIONES PACÍFICAS DE INMUEBLES.

Como ya hemos dicho la vía penal es la vía efectiva para la recuperación de la posesión de un inmueble en todos aquellos casos en los que la "okupación" pueda ser constitutiva de un delito menos grave como sucede con los allanamientos de morada o la usurpación violenta de inmuebles. Así pues, en todos esos casos una vez presentada la denuncia, la policía puede proceder a la detención de los "okupas", o, de no ser así, el denunciante puede solicitar ante el juzgado de guardia una medida cautelar para el desalojo inmediato de los ocupantes de su casa[40].

Entre la zona en la que, por la gravedad de los hechos, procede la aplicación de la vía penal sin ningún género de duda y la zona en la que corresponde la aplicación de la vía civil para aquellas ocupaciones que no son constitutivas de delito se encuentra una zona de transición del Derecho penal al civil cuyos perfiles son difíciles de trazar. Todo ello aun a pesar del tenor literal del art. 245.2 donde se contempla el delito de usurpación de inmuebles al decir que "El que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses". Dentro de este tipo penal se contemplan aquellos supuestos en los que la ocupación ilegal se realiza sin utilizar violencia ni intimidación en las personas. Además, no recae sobre moradas, sino que se trata de cualquier tipo ocupación pacífica, pero sin autorización, recayente sobre inmuebles, viviendas o edificios ajenos que no tengan la condición de vivienda habitual. No obstante, dentro del tipo penal del de la usurpación pacífica art. 245.2 CP, aun cuando parezca un contrasentido sí que tiene cabida el empleo de la fuerza en las cosas como el rompimiento de puertas o cerraduras para acceder dentro de los inmuebles[41]. De modo que aun concurriendo fuerza sobre las cosas no produce el agravamiento del tipo básico de la usurpación y se considera que es una ocupación pacífica. También se incluye dentro de este delito la conducta consistente en mantenerse en el inmueble contra la voluntad del titular[42]. Lo anterior presupone que la entrada en el inmueble ha sido consentida o al menos desconocida por el propietario o el titular de un derecho real que lleve aparejada la posesión. Entre los inmuebles a que se refiere este delito están las otras viviendas que pueda tener de un particular (además de su morada) y las que son propiedad

40 Perarnau Moya, J.: "Desalojo de 'okupas'", cit. 60.

41 Muñoz Conde, F.: *Derecho Penal, cit.,* p. 387, estima el tipo del art. 245.2 lo constituye la usurpación empleando fuerza en las cosas (rompiendo la cerca o alambrada que rodea la finca, violentando la cerradura, etc.). En parecidos téminos, Gallego Soler, J.I.: "Comentario del art. 245 CP" en: AA.VV.: *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 172015 y LO 2/2015* (Dirs. M. Corcoy Bidasolo y S. Mir Puig. Coord J.B, Vera Sánchez), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 840, estima que "la conducta típica de ocupación implica la entrada en el inmueble, con independencia del modo en que se produzca el acceso, siendo irrelevante que se emplee fuerza en las cosas, que en su caso se podrá castigar como daños".

42 Muñoz Conde, F.: *Derecho Penal, cit.,* p. 388, seña la que a la ocupación se equipara el mantenerse ilícitamente en el inmueble cuando se ha entrado correctamente en él, como tipo alternativo.

o sobre las que tienen derecho a poseer los bancos y otros grandes tenedores de viviendas. También hay que tener en cuenta que en el delito de usurpación pacífica el objeto material son los inmuebles, viviendas o edificios ajenos de modo que a diferencia de la usurpación violenta quedan excluidos los derechos reales inmobiliarios[43]. Se trata de una zona difusa aun a pesar de que la ocupación ilegal pacífica de inmuebles que no son morada está contemplada como delito leve de "usurpación pacífica de bienes inmuebles" en el art. 245. 2 CP y que está castigado con la pena de multa[44]. En nuestro país la incriminación de la ocupación pacífica de inmuebles ha estado sujeta a vaivenes, puesto que durante la vigencia del anterior Código Penal de 1973 estuvo despenaliza. Siendo reintroducido este delito, como ya hemos indicado, por el vigente CP/1995[45].

Este delito, a diferencia de lo que sucede con el de allanamiento de morada, se encuentra sometido a una fuerte carga ideológica que se ha polarizado hasta el extremo de que por una parte se ha llegado a solicitar su desaparición y por otra se ha solicitado el aumento de sus penas[46]. En ocasiones ha sido la propia jurisprudencia la que se ha manifestado crítica con el mantenimiento del delito de usurpación pacífica de inmuebles[47]. En la doctrina también se observa esta

43 Barber Burusco, S.: "La ocupación", cit., entiende que "con la mención a la expresión inmueble hubiese bastado. Se entiende, que este detalle no amplía ni delimita el concepto de cosa inmueble del párrafo primero, porque ambos objetos, vivienda y edificio coinciden con el reconocimiento que en el artículo 334. 1 del CC se hace de "edificios y construcciones de todo género adheridas al suelo".

44 Muños de Dios Sáez, A.: "La ocupación ilegal", cit., dice que este delito se introduce por primera vez en el Código penal de 1995 como consecuencia de que el movimiento okupa iba extendiéndose.

45 Barber Burusco, S.: "La ocupación", cit., señala que la ocupación sin violencia o intimidación tuvo carácter delictivo durante la vigencia de los Códigos Penales de 1848 y 1928. Sin embargo, esta figura delictiva desaparece del Código Pena de 1973, lo que se justificó por la doctrina al entender que la mayor parte de los agravios que las personas pueden sufrir en sus cosas inmuebles son reparables por los medios que las Leyes Civiles ponen en sus manos.

46 Rodríguez Almirón, F. J.: "Estudio jurisprudencial", cit., pp. 193 y 201, mantiene que el tipo penal de la usurpación -de modo similar a como sucede con el aborto- tiene una fuerte carga ideológica que es la que produce fluctuaciones entre intentos de su supresión hasta peticiones de aumento de sus penas. Mantiene este autor que en alguna ocasión se ha solicitado la derogación de este delito. Cita la Proposición de Ley la Proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, 122/000133, presentada por el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida donde entre otros argumentos se alega que no es procedente "criminalizar conductas que conductas, que tienen meros efectos civiles y que pueden ser resueltos por esta vía. Lo contrario, sería realizar una política extensiva de la tipificación penal, cuando el derecho penal es un derecho restrictivo y limitado, de carácter excepcional y debe ser usado como un instrumento bajo un estricto control y mesura, y amparado en el criterio fundamental de equidad que a todas luces se quiebra tipificando y penalizando una conducta que no tiene relevancia criminal sino civil". También cita este autor como en 1996, un manifiesto de "Jueces para la Democracia" solicitaba de modo expreso la despenalización de la ocupación y uso de las viviendas vacías. En 1999, el Defensor del Pueblo también solicitó su despenalización al Ministerio de Justicia, haciéndose eco de una iniciativa de la Comisión de Defensa de los Derechos de la Persona, del Colegio de Abogados de Barcelona.

47 Así el AAP Barcelona (Sec. 6ª) 9 abril 2020 (JUR 2020,190448) estima la validez del Auto de primera instancia en la que no se admite la concurrencia de delito de usurpación ex art. 245.2 porque la entidad financiera que mantiene que varias personas que han accedido a un inmueble de su propiedad, sin contar con su autorización, para residir en él. El rechazo de la denuncia se produce porque la entidad no ha acreditado en ningún momento el ejercicio efectivo de la posesión, remitiéndole al ámbito civil. El Tribunal manifiesta que el art. 245.2 CP "se trata de un precepto penal controvertido, bajo el ángulo de la política criminal, en la medida en que supone, para un sector relevante de la doctrina, la criminalización de una conducta a la que puede darse una respuesta menos invasiva a través de los distintos procesos civiles que

polarización, puesto que desde un sector se ha mantenido que este delito no debería de haberse incorporado al vigente Código Penal[48]. Al tiempo que desde otros sectores se mantienen duras críticas a las laxas respuestas que ofrece el sistema español, o incluso frente a cierta tolerancia en algún sector de la judicatura[49].

La vía penal para obtener la pronta recuperación de la posesión del inmueble que ha sido ilegalmente ocupado se encuentra con dos graves inconvenientes que la hacen desaconsejable: en primer lugar, la jurisprudencia reserva la aplicación del art. 245.2 únicamente para aquellas ocupaciones pacíficas que revistan una cierta gravedad. De modo que tras haberse iniciado la vía penal el sujeto que ha sufrido una ocupación puede ver desestimada su pretensión de modo que se verá obligado a iniciar la vía civil para recuperar la posesión del inmueble. De modo que la supuesta rapidez que caracteriza al proceso penal no sólo no le habrá reportado ninguna utilidad, sino que le provocará un importante retraso para la recuperación de su inmueble ocupado. El segundo gran inconveniente de la vía penal reside en que en los delitos leves -como la usurpación pacífica de inmuebles- no se suelen aplicar por los jueces la medida cautelar del desalojo de la vivienda o inmueble ocupado. De modo que hay que esperar hasta la firmeza de la sentencia. Sin embargo, esta ventaja de la recuperación anticipada de la posesión de la vivienda ocupada sí que es posible (para ciertos colectivos) en la vía civil tras

permiten el desalojo, especialmente en una época en la que las desigualdades sociales son más patentes y la brecha respecto de los más desfavorecidos se va abriendo de modo perceptible".

48 Barber Burusco, S.: "La ocupación", cit., Baucells i Lladós, J.: *La ocupación de inmuebles en el código Penal de 1995,* Tirant lo Blanch, Valencia 1998, pp. 132-145, estima que el delito de usurpación pacífica del art. 245.2 CP no puede aplicarse en el caso en que la ocupación se haga de forma pública y pacífica. Los antecedentes históricos y legislativos, de las dos modalidades de usurpación del art. 245 CP exige la concurrencia de violencia o intimidación como un requisito típico en ambas normas. En consecuencia, la ocupación pacífica, en la que sólo concurre "fuerza en las cosas", ha de ser impune salvo que concurran otras circunstancias que hagan entrar en juego otros tipos delictivos como daños, coacciones, manifestación ilegal, atentado a la autoridad, desórdenes públicos, etc. Muñoz Conde, F.: *Derecho Penal, cit.,* p. 388, estima que "Esta criminalización no tiene en cuenta, sin embargo, que ya por la vía de los interdictos civiles y de las Leyes de Arrendamientos se les da a los titulares de los inmuebles ocupados suficientes medios para acabar con la ocupación y que, en principio, el problema se debe situar en esta vía, sin necesidad de reforzar los derechos legítimos, cuando lo son, de los titulares por la vía penal".

49 Navarro Massip, J.: "La insoportable", cit., en un duro artículo manifiesta que "El actual problema de la ocupación expresa esa impotencia y obedece a una Justicia "laxa". La sensación, por parte de la ciudadanía, ante una falta de respuesta al problema de la ocupación, está generando problemas de convivencia social. No podemos criminalizar todas las conductas que caben en la denominada ocupación. No todas son delito. En ocasiones la respuesta de los Juzgados del orden civil debe ser la respuesta adecuada y proporcionada. En cualquier caso, y sobre todo frente a conductas manifiestamente delictivas, el ciudadano tiene derecho a exigir del Estado una respuesta eficaz, e inmediata, a sus problemas […]. La situación actual obedece a la enorme inoperancia del Estado que facilita estas prácticas: la tolerancia de una buena parte de la judicatura, la mayoritaria inactividad de la Fiscalía, la falta de criterio policial, así como la reforma del Código Penal en el 2015 que rebajó a delito leve determinadas conductas. En este sentido, ya con anterioridad a estas Instrucciones, desde la Comisión de normativa del Consell de l´Advocacia Catalana y del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona se presentó una propuesta de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para dar una herramienta específica y singular a los jueces a fin de que en los supuestos de ocupación -delictiva- en un plazo de 48 horas el órgano judicial pueda acordar el desalojo, sin perjuicio de la necesaria protección asistencial por parte de los Servicios Sociales competentes de las personas especialmente vulnerables. Sí, 48 horas, plazo hasta ahora no regulado, pese a la leyenda urbana al respecto. […]. Esa propuesta, partiendo del título de propiedad o posesión del denunciante-víctima y sin que el ocupante puede justificar título válido es similar a la previsión legal de Francia e Italia, que faculta a las fuerzas policiales a desalojar (48 horas y 24 horas, respectivamente). Pérez Daudí, V.: "La okupacion", cit., manifiesta que "uno de los problemas fundamentales es que existe cierta benevolencia en el tratamiento de la okupación.

la entrada en vigor de la Ley 5/2018 también conocida como ley anti-okupación. La herramienta utilizada por el legislador ha sido la creación de un incidente cautelar para lo cual se ha redactado un nuevo art. 441.1.bis II LEC[50].

1. La limitada aplicación del art. 245.2 CP para las ocupaciones pacíficas graves.

El problema respecto al delito de usurpación pacífica de inmuebles se encuentra en que algunas sentencias consideran que no toda ocupación ilícita de inmuebles constituye un delito de usurpación del art. 245.2 CP. Así pues, la ocupación pacífica de inmuebles que no tengan la condición de morada, dependiendo de las particulares circunstancias de cada caso podrían constituir un ilícito penal o uno de naturaleza civil. La jurisprudencia penal durante bastante tiempo ha sido vacilante respecto de la aplicación del delito usurpación pacífica de inmuebles[51]. En consecuencia, en todos estos casos que se encuentran a caballo entre la vía penal, hay que estar muy seguro de que concurren las circunstancias necesarias para que la ocupación sea delictiva. Ese sería el caso en que los "okupas" que han entrado pacíficamente en un inmueble que no tiene la condición de morada además estén realizando otras actividades claramente delictivas (tráfico de drogas; daños, coacciones, ruidos excesivos y continuados, defraudación de fluido eléctrico o de los suministros de agua, gas, internet, etc.) al margen de la ocupación ilícita[52]. En estas circunstancias la vía penal también sería la adecuada para conseguir un cese

50 Rodríguez Achútegui, E.: "Una visión judicial", del "interdicto de recobrar la posesión" de la Ley 5/2018 frente a la ocupación ilegal de vivienda*", Revista Aranzadi Doctrinal,* num. 10/2018. Disponible en: https://insignis.aranzadidigital.es/ (Consultado el 3-04-2021), estima que se trata de una petición cautelar que denomina incidental que recoge la "inmediata entrega de la posesión de la vivienda" que es precisamente el objeto de la pretensión principal. Constituye un trámite incidental, en primer lugar, porque sólo puede tener lugar si se solicita por el actor. Además, el plazo de 5 día para aportar el demandado el título es distinto de los 10 previstos en el art. 438.1 LEC para contestar a la demanda. Finalmente, en el art. 441.1 bis II LEC así lo considera al indicar que "contra el auto que decida sobre el incidente no cabrá recurso alguno... ". Por su contenido se trata de un incidente de naturaleza cautelar, puesto que anticipa una parte del fallo mediante la entrega inmediata de la posesión.

51 En algunos casos, como en los de ocupaciones de fincas militares con finalidades reivindicativas no ha habido ningún problema en calificar como delictiva esa ocupación. En este sentido Muñoz Cuesta, F. J.: "Delito de usurpación por ocupación de finca militar con finalidad reivindicativa", *Actualidad Jurídica Aranzadi* num. 900/2015. Disponible en (https://insignis.aranzadidigital.es/) Consultado: 5-04-2021, manifiesta que tanto la STSJ de Andalucía de 21 de noviembre de 2013 (PROV 2015, 23792) como la STS de 12 de noviembre de 2014 (RJ 2014, 6179), al apreciar el delito de usurpación no violenta de inmueble del art. 245.2 CP, son correctas, en tanto que ese delito se comete cuando se produce la ocupación, sin violencia o intimidación, de un inmueble, que no constituya morada, realizada con vocación de permanencia, lo que se hace durante dieciocho días; se carece de título jurídico que legitime esa posesión, no hay autorización para ello, ni en calidad de precarista. Además, concurre la tácita voluntad contraria del titular de la finca en la ocupación que se convierte en expresa cuando se insta a los miembros del sindicato a que procedan a su desalojo. Finalmente, en ambas sentencias se ha apreciado que los ocupantes tenían perfecto conocimiento de la ajeneidad del inmueble y de la ausencia de autorización, además de la voluntad de perturbación de la posesión del titular de la finca ocupada. En consecuencia, al concurrir todos los elementos citados la aplicación del art. 245.2 CP, se ha hecho de forma correcta y que los componentes anímicos que guiaban a los autores son irrelevantes a efectos penales.

52 No obstante, como mantiene Muñoz Conde, F.: *Derecho Penal, cit.,* p. 388, el delito de usurpación del art. 245.2, "no es reconducible a otros tipos de delitos como las coacciones o amenazas, ya que, por definición, si la ocupación es pacífica faltan estos elementos; o al allanamiento demorada, porque precisamente se parte de que los inmuebles ocupados no lo son (casas deshabitadas, fincas, etc.)".

inmediato de tales actividades cuando estas sean muy graves, puesto que cabe obtener la detención de los ocupantes e incluso la clausura del piso o local[53].

En la STS (S. 2ª) 12 noviembre 2014 (RJ 2014, 6179) dictada con ocasión de una ocupación pacífica de una finca rústica militar durante dieciocho días por el Sindicato Andaluz del Campo se establecen los requisitos necesarios para que pueda aplicarse el delito de usurpación pacífica de inmuebles del art. 245.2 CP. Para ello el Alto Tribunal parte de que el delito de usurpación está regulado dentro de los patrimoniales que tutelan específicamente los derechos reales sobre bienes inmuebles. Como quiera que en esos delitos el bien jurídico protegido es el patrimonio inmobiliario, para que éste resulte lesionado se requiere que se ocasione un perjuicio al titular del patrimonio afectado que es el sujeto pasivo del delito[54]. Partiendo de esta premisa para la comisión del delito de usurpación pacífica de inmuebles se exige la concurrencia de los siguientes elementos: "a) La ocupación, sin violencia o intimidación, de un inmueble, vivienda o edificio que en ese momento no constituya morada de persona alguna. Además, la ocupación tiene que haber sido realizada con cierta vocación de permanencia[55] [56]. b) Que esta perturbación posesoria puede ser calificada penalmente como ocupación, ya que la interpretación de la acción típica debe realizarse desde la perspectiva del bien jurídico protegido y del principio de proporcionalidad que informa el sistema penal (Art 49 3º de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea). Desde ambas perspectivas la ocupación inmobiliaria tipificada penalmente es la que conlleva un riesgo relevante para la posesión del sujeto pasivo sobre el inmueble afectado, que es lo que dota de lesividad y significación típica a la conducta, por lo

53 Perarnau Moya, J.: "Desalojo de 'okupas'", cit., p. 61.

54 Baucells i Lladós, J.: *La ocupación,* cit., pp. 145 y ss., estima que en ninguna de las dos modalidades de usurpación de inmuebles del art. 245 CP cabe identificar el bien jurídico protegido con la propiedad; entiende que también se refiere a otros derechos reales como el usufructo, uso, etc. que incluso podría darse el caso de ser atacados por el nudo propietario del inmueble. El único bien jurídico protegido por los dos apartados del art. 245 es el tranquilo disfrute de las cosas inmuebles, la ausencia de perturbación en el ejercicio de la posesión u otros derechos reales. En consecuencia, allí donde no exista posesión, uso ni disfrute, ni aprovechamiento económico a través de relaciones jurídicas (contratos de alquiler, usufructo, habitación, u otros), no existirá bien jurídico protegido. Tampoco, en aquellos casos en los que el inmueble no reúne condiciones mínimas de habitabilidad, por su deterioro, desuso y abandono.

55 Herranz Castillo, R.: "Desobediencia civil, ocupación y derecho a la vivienda, Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 435, año 2000". Disponible en: https://insignis.aranzadidigital.es/ (consultado el 3-04-2021), estima que las expresiones "ocupar" y "usurpar" del art. 245 CP son sinónimas. En ambos casos, la ocupación penalmente perseguida implica desposeer a alguien de bienes y derechos reales que le pertenecen legítimamente, a través del apoderamiento físico del inmueble. Esta desposesión para ser penalmente relevante ha de ser continuada, permanente, estable en el tiempo. Esto supone que, si al titular del inmueble no se le priva o impide el ejercicio de su derecho a la posesión, si no se le despoja de sus bienes, no se dan los elementos del tipo.

56 Se determina la inexistencia de delito de usurpación por no haber probado la intención de permanencia del denunciado en la SAP Barcelona (Secc. 6ª) 16 noviembre 2020 (JUR 2021,47237) ocupación transitoria sin aparente vocación de permanencia ni depósito de muebles o enseres, desalojando el inmueble tras la mera presencia policial: meros actos preparatorios impunes. SAP Barcelona (Sec. 6ª) 12 noviembre 2020 (JUR 2021,46454), SAP Madrid (Sec.7ª) 13 octubre 2020 (JUR 2021,1129), SAP Madrid (Sec. 7ª) 14 septiembre 2020 (JUR 2020,312462) que estima que se trató de una ocupación puntual, esporádica, y el denunciado abandonó el inmueble al primer requerimiento. En parecidos términos la SAP Barcelona (Sec. 5ª) 9 septiembre 2020 (JUR 2020,321410).

que las ocupaciones ocasionales o esporádicas, sin vocación de permanencia o de escasa intensidad, son ajenas al ámbito de aplicación del tipo. c) Que el ocupante carezca de título jurídico que legitime esa posesión, pues en el caso de que hubiera sido autorizado para ocupar el inmueble, aunque fuese temporalmente o en calidad de precarista, la acción no debe reputarse como delictiva, y el titular deberá acudir al ejercicio de las acciones civiles procedentes para recuperar su posesión. d) Que conste la voluntad contraria a tolerar la ocupación por parte del titular del inmueble, bien antes de producirse, bien después, lo que especifica este artículo al contemplar el mantenimiento en el edificio "contra la voluntad de su titular", voluntad que deberá ser expresa". e) Que concurra dolo en el autor, que abarca el conocimiento de la ajeneidad del inmueble y de la ausencia de autorización, unido a la voluntad de afectación del bien jurídico tutelado por el delito, es decir la efectiva perturbación de la posesión del titular de la finca ocupada.

Antes de tan clarificadora sentencia del Tribunal Supremo un importante sector de la doctrina de las audiencias provinciales ya había venido estimando como regla general que no debía de aplicarse el delito de usurpación del art. 245. 2 CP a todas las ocupaciones pacíficas de inmuebles. En consecuencia, para esta línea jurisprudencial la vía penal debe de reservarse exclusivamente para aquellas ocupaciones que supongan un riesgo para el bien jurídico protegido y por lo tanto el art. 245.2 debe de ser interpretado restrictivamente[57]. Los principales argumentos utilizados por estas sentencias restrictivas son el recurso a los principios de intervención mínima y de *ultima ratio* del Derecho Penal, considerando que los perjudicados por la ocupación ilícita ya disponen de los procedimientos recuperadores en la vía civil e incluso de la vía administrativa de la LOSC[58]. También se ha negado la existencia de un delito del art. 245.2

57 En la SAP Valencia (Sec. 3ª) 22 diciembre 2015 (JUR 2016,138048) señala que es "reiterado el criterio de la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales en entender que no toda perturbación de la posesión es subsumible en dicho precepto penal, de tal forma que la intervención penal solo puede quedar reservada para los casos más graves en que la perturbación de la posesión tenga mayor significación". Criterio que ya se había mantenido en la SSAP Valencia (Sec. 3ª) 7 enero 2014 (JUR 2014,80690) y 29 mayo 2003 (JUR 2004,2070). Este criterio ha sido mantenido entre otras muchas sentencias en las SAP Toledo (Sec. 1ª) 16 noviembre 2020 (JUR 2021, 34767), SAP Barcelona (Sec. 10ª) 20 octubre 2020 (ARP 2021,95), SAP Las Palmas (Sec. 1ª) 20 septiembre 2020 (JUR 2020,275570); la SAP Tarragona (Sec. 4ª) 19 mayo 2015 (JUR 2015,234727) mantiene que "El Código Penal no puede estar al servicio de exclusivos intereses recuperatorios de la posesión de la cosa cuando el titular del derecho posesorio, "ius possidendi", durante un período significativo de tiempo no lo ha ejercido en términos materiales y directos, sin perjuicio, obviamente, de las facultades de exclusión y de recuperación posesoria que le ofrecen el Código Civil y las leyes procesales". La SAP Zaragoza (Sec 3ª) 22 julio 2013 (JUR 2013,281073) se señala que "La intervención penal solo puede quedar reservada —en los términos del precepto penal-, para los casos más graves. Esto es, para los casos en que la perturbación de la posesión tenga mayor significación". En parecidos términos la SAP Badajoz (Sec. 1ª) 3 diciembre 2002 (ARP 2002,833).

58 Rodríguez Mesa, A.: Necesidad de la reforma operada en la Ley de Enjuiciamiento Civil por la Ley 5/2018, de desahucio exprés frente a los "okupas". Disponible en: http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/13081-necesidad-de-la-reforma-operada-en-la-ley-de-enjuiciamiento-civil-por-la-ley-5-2018-de-desahucio-expres-frente-a-los-laquo;okupasraquo;/ (Consultado el 25-03-2020) y Muños de Dios Sáez, A.: "La ocupación ilegal", cit., estiman que las ocupaciones que no reúnan los requisitos señalados por la STS 12 noviembre 2014, especialmente las ocasionales, sin intención de permanencia y con poca intensidad son las que podrán ser sancionadas por la vía administrativa por el art. 37.7 de la Ley 4/2015, de Protección de Seguridad Ciudadana, que considera infracción leve la ocupación de un

CP cuando el legítimo titular del derecho a poseer (propietario, arrendatario o usufructuario) en el momento de la ocupación no se encontraba ocupando el inmueble de manera material y directa (por ejemplo, por tratarse de una segunda residencia, o por tenerlo cerrado y desocupado, o por tenerlo en mal estado de conservación)[59]. También ha llegado a negarse la existencia de un delito de usurpación cuando quien ha adquirido recientemente la propiedad del inmueble en subasta, dación en pago o compra no ha llegado a poseer físicamente la cosa antes de que esta fuera ocupada. Finalmente, tampoco se ha admitido la existencia de delito de usurpación en las ocupaciones ocasionales donde no existe vocación de permanencia o estas revisten escasa entidad[60]. De este modo quedan fuera del Código Penal la mayoría de los casos de ocupación pacífica que más habitualmente se producen[61]. No obstante, otro sector jurisprudencial, que en cierto modo ha quedado desautorizado por la doctrina del Supremo, ha venido defendiendo la aplicación sin restricciones del delito de usurpación para las ocupaciones pacíficas de inmuebles[62]. Finalmente, el Tribunal Supremo en la citada sentencia de 12 de

inmueble, vivienda o edificio ajeno o la permanencia en ellos, en ambos casos en contra de la voluntad de su propietario, arrendatario o titular de otro derecho sobre el mismo cuando no sean constitutivos de infracción penal.

59 Así sucede con el AAP Barcelona (Sec. 6ª) 9 abril 2020 (JUR 2020,190448) en el que el SAREB presenta una denuncia por usurpación inmobiliaria ex art. 245.2 CP de un piso que nunca ha llegado a poseer. Manifestándose en el Auto que "No se ha justificado, ni siquiera indiciariamente, que la entidad apelante venga realizando un ejercicio efectivo de la titularidad dominical que ostenta que justifique la aplicación preferente de la vía penal sobre las vías interdictales de recuperación de la posesión". No se admite la existencia del delito por falta de posesión en la SAP Barcelona (Sec.5ª) 25 noviembre 2020 (JUR 2021,46093), ni en la SAP Toledo (Sec.1ª) 16 noviembre 2020 (JUR 2021,34767) puesto que la entidad propietaria del inmueble no ha estado ejerciendo su derecho de posesión sobre la vivienda, al mantenerla en estado de abandono. También se deniega en el de las SSAP Toledo (Secc.1ª) 11 noviembre 2020 (JUR 2021,37003) y 11 septiembre 2020 (JUR 2020,301256) en la que se dice que "teniendo el propietario del inmueble ocupado la sociedad holding de inversiones no cotizada, la cual carece respecto del inmueble de una posesión socialmente manifiesta.

60 Rodríguez Almirón, F. J.: "Estudio jurisprudencial", cit., p.203.

61 Perarnau Moya, J.: "Desalojo de 'okupas'", cit., p. 61.

62 En algunas sentencias, sin embargo, se mantiene una línea dura contra la ocupación al entenderse que el art. 245. 2 CP es aplicable siempre que se reúnan los requisitos objetivos y subjetivos del tipo penal, en base al principio de legalidad. Este es el caso de la SAP Barcelona (Sec. 10ª) 26 enero 2021 (JUR 2021, 113722) estima de aplicación del art. 245.2 sin restricciones. Por estimar que "la voluntad del legislador de dar respuesta jurídico penal al fenómeno sociológico de los denominados "okupas", y para dar mayor protección a los propietarios de viviendas desocupadas que tienen que hacer frente a este tipo de situaciones […] estimando que "no es función de los Tribunales de Justicia pronunciarse sobre la oportunidad o los motivos de política criminal por los que el legislador ha decidido tipificar determinadas conductas […]. El delito de usurpación de inmuebles, introducido en el nuevo CP, en su modalidad no violenta del núm. 2 del art. 245, para dar cobertura penal específica a la ocupación de viviendas o edificios en contra de la voluntad de sus propietarios o poseedores, requiere para su comisión los siguientes elementos: a) La ocupación, sin violencia o intimidación, de un inmueble, vivienda o edificio que en ese momento no constituya morada de alguna persona, realizada con cierta vocación de permanencia. b) Que el realizador de esa ocupación carezca de título jurídico alguno que legitime esa posesión, pues en el caso de que inicialmente hubiera sido autorizado para ocupar el inmueble, aunque sea temporalmente o en calidad de precarista, el titular de la vivienda o edificio deberá acudir al ejercicio de las acciones civiles para recuperar su posesión. c) Que conste la voluntad contraria a tolerar la ocupación por parte del titular del inmueble, bien antes de producirse, bien después, lo que especifica este artículo al contemplar el mantenimiento en el edificio "contra la voluntad de su titular". d) Que concurra dolo en el autor, que abarca el conocimiento de la ajenidad del inmueble y de la ausencia de autorización o de la manifestación de la oposición del titular del edificio. Esta sección ya ha venido manteniendo esta postura en varias sentencias, como las 11 diciembre 202 (JUR 2021,76435), 26 noviembre (JUR 2021,49424) entre muchas otras. Esta tesis también es seguida por la SAP Badajoz (S. 3ª) 26 octubre 2020 (JUR 2020,341491), SAP Granada (Sec. 1ª) 8 mayo 2020 (JUR 2020, 299111), SAP Córdoba (Secc. 3ª) 9 marzo 2020 (JUR 2020,206303), SAP Zaragoza (Sec. 6ª) 12 marzo

noviembre de 2014 parece haber zanjado la cuestión al establecer que queda reservada la intervención penal para los casos más graves. Esta tesis ha sido acogida favorablemente por un sector de la doctrina[63].

2. La inoperante medida cautelar de desalojo de vivienda ocupada.

La preferencia en la utilización de la vía penal por los perjudicados por las ocupaciones ilegales de inmuebles ha sido motivada por la expectativa de una mayor celeridad en la resolución de su conflicto y una más pronta restitución del inmueble ocupado que por la vía civil. De ahí que frecuentemente se hayan presentado denuncias penales que no buscaban tanto el reproche penal sino la pronta restitución de la posesión[64]. La vía penal del delito de usurpación pacífica de inmuebles ha sido utilizada con gran profusión habida cuenta de la tradicional insuficiencia de los procedimientos civiles para dar una respuesta rápida al fenómeno de la ocupación de viviendas que no son constitutivas de morada[65]. No obstante, esta vía empieza a dejar de tener eficacia superior a la vía civil para la pronta recuperación de inmueble cuando el delito de usurpación pacífica de inmuebles sufre una degradación sobrevenida con la modificación del art. 13 CP (clasificación funcional de las infracciones punibles en graves, menos graves y leves) que tuvo lugar en 2015[66]. Tras la reforma este delito pasó de menos grave a leve, lo que a su vez produjo varias consecuencias: en primer lugar, su plazo de prescripción se redujo a un año, por lo que muchos procedimientos por ocupaciones ilegales pendientes de enjuiciamiento tuvieron que archivarse[67]. En

2009 (JUR 2009,314307) establece que "En lo referido al principio de intervención mínima de las normas penales, que también se invoca, ha de tenerse en cuenta que el legislador ha querido sancionar penalmente la ocupación inmobiliaria sin violencia ni intimidación, respecto de inmuebles que no constituyan la morada del propietario, por lo que es evidente la exigencia de que éstas conductas deban ser castigadas, conforme al principio de legalidad, y ello sin perjuicio de la protección civil del derecho de propiedad, cuyos instrumentos previstos al efecto (procedimientos interdictales) permiten recuperar con rapidez la posesión invadida ilegítimamente, pero en modo alguno son de obligatoria utilización por el propietario del inmueble ocupado cuando, como es el caso, se ha producido la usurpación penalmente reprobable". Una de las más resoluciones más antiguas que mantiene esta tesis es la SAP Barcelona (Sec. 5ª) 16 enero 2003 (ARP 2003,61).

63 En la doctrina predomina la opinión de que la intervención del Derecho penal ha de quedar reservada para los casos más graves en los que la perturbación de la posesión tenga mayor significación. Esto deber ser así puesto que este derecho se inspira en los principios de proporcionalidad e intervención mínima y última ratio. Así se manifiestan Muños de Dios Sáez, A.: "La ocupación ilegal", cit.; Perarnau Moya, J.: "Desalojo de 'okupas'", cit., p. 61; Rodríguez Almirón, F. J.: "Estudio jurisprudencial", cit., p.195; Rodríguez Mesa, A.: "Necesidad de la reforma", cit.

64 Rodríguez Achútegui, E.: "Una visión judicial", cit., estima que se trata de una petición cautelar que denomina incidental que recoge la "inmediata entrega de la posesión de la vivienda" que es precisamente el objeto de la pretensión principal, además estima que el escaso reproche legal del art. 245 CP sea la pretensión perseguida por los denunciantes.

65 Ibarra Sánchez, J. L.: "La reforma procesal", cit.

66 Esta reforma tuvo lugar mediante la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

67 Muños de Dios Sáez, A.: "La ocupación ilegal", señala que esta situación de archivos trató de paliarse mediante la Circular 1/2015 la Fiscalía General del Estado por la que se dio instrucción a los fiscales de interesar la prosecución de la causa y la celebración de juicio en estos delitos leves, impidiéndose la posibilidad de solicitar la terminación anticipada del procedimiento y su archivo.

segundo lugar, como en los procedimientos por delito leve no hay investigación, empezaron las dificultades para obtener material probatorio, puesto que en estos procedimientos de apreciarse la existencia del delito de manera inmediata ha de convocarse el juicio[68]. En realidad, en este tipo de procedimientos se produce un efecto "pescadilla que se muerde la cola" -si se me permite la licencia -, puesto que como no hay investigación no puede probarse en muchos casos la existencia del delito al mismo tiempo que la invocación que realiza la parte de que ha de investigarse el delito tampoco puede admitirse[69]. Finalmente, la consecuencia más perjudicial de la "degradación" ha sido la gran dificultad para que en un procedimiento de estas características se admita como medida cautelar ex art. 13 LECrim el desalojo de los ocupantes antes de la celebración del juicio[70]. También hay que tener en cuenta que la aplicación de este precepto exige que solicite por la parte perjudicada, con postulación integrada, es decir que comparezca al procedimiento con abogado y procurador[71]. En la práctica esta medida cautelar de desalojo anticipado no suele adoptarse de modo que el legítimo poseedor del inmueble no podrá obtener su restitución hasta la finalización del proceso judicial mediante sentencia firme condenatoria. En la doctrina se es consciente de que la aplicación de la medida cautelar pasa inexorablemente por elevar el delito de usurpación pacífica de inmuebles a la categoría de delito menos grave[72]. Desde la eficiente Comisión de Normativa del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona (ICAB) y del Consejo de Ilustres Colegios de Abogados de Catalunya (CICAC), que fue la que propuso la reforma de la LEC para incorporar un mecanismo ágil para la recuperación de posesión de viviendas ocupadas que dio lugar a la Ley 5/2018, se ha efectuado una nueva propuesta para posibilitar, ahora en el ámbito penal una medida que permita el desalojo cautelar en plazo máxima de 48 horas desde que se conozca la comisión de un delito del art. 245 CP. Para lo cual se

68 Así se establece en el AAP Barcelona (Sec. 6ª) 9 abril 2020 (JUR 2020,190448) que muestra su rechazo al empleo de la vía penal en todo caso para las ocupaciones de inmuebles: "El artículo 245.2 […] lo hemos analizado en otras ocasiones, señalando que se trata de un precepto penal controvertido, bajo el ángulo de la política criminal, en la medida en que supone, para un sector relevante de la doctrina, la criminalización de una conducta a la que puede darse una respuesta menos invasiva a través de los distintos procesos civiles que permiten el desalojo, especialmente en una época en la que las desigualdades sociales son más patentes y la brecha respecto de los más desfavorecidos se va abriendo de modo perceptible. Así las cosas, tal situación de base y los términos en que se encuentra redactado el precepto hacen exigible un especial esfuerzo interpretativo".

69 En el citado AAP Barcelona (Sec. 6ª) 9 abril 2020 (JUR 2020,190448) se dice que: "cabe señalar que en el procedimiento por delito leve no hay investigación, y de apreciarse la existencia del delito, de forma inmediata ha de convocarse el juicio. Así lo dispone el art. 962 y 963 de la Lecrim, siendo que el apartado 2º a) de este último establece los casos en que puede acordarse el sobreseimiento. Por tanto, la invocación a que ha de investigarse, que efectúa la parte en el recurso el hecho no puede aceptarse".

70 Perarnau Moya, J.: "Desalojo de 'okupas'", cit., p. 62. Precisa Ibarra Sánchez, J. L.: "La reforma procesal", cit., que esta medida cautelar queda totalmente al arbitrio del Juez de instrucción, de modo que este no está obligado a acordar el desalojo de los ocupantes aun cuando se le solicite esta medida a través del art. 13 Lecrim, por lo que el desalojo se deferirá -en su caso- hasta la firmeza de la sentencia.

71 Bonet Navarro, J.: *Los juicios por desahucio,* Aranzadi, 5ª ed., Cizur Menor, 2021. Disponible en: https://insignis.aranzadidigital.es/ (Consultado el 24-04-2021). Además, señala este autor, que aun a pesar de instarse esta medida cautelar "siempre se estará a expensas de lo que decida el órgano jurisdiccional".

72 Pérez Daudí, V.: "La okupacion", cit., estima que la solución pasa por elevar el delito a la categoría de menos grave e incorporar medidas cautelares urgentes.

propone un incorporar a la Lecrim un nuevo art. 544 *sexies* y la modificación del art. 13 Lecrim[73].

Frente a esta situación del empeoramiento de la protección que garantizaba el art. 245.2 CP se ha publicado la Instrucción 1/2020, de 15 de septiembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios de actuación para la solicitud de medidas cautelares en los delitos de allanamiento de morada y usurpación de bienes inmuebles[74]. Es de destacar que en la citada instrucción ya se señala como un importante número de casos dentro de ocupaciones se realiza dentro del fenómeno conocido como "delincuencia organizada"[75]. Asimismo, en esta instrucción se hace especial hincapié en la adopción de la medida cautelar de desalojo del inmueble y su restitución al legítimo poseedor, tanto para los delitos de allanamiento de morada como en las dos modalidades de usurpación de inmuebles[76]. Asimismo, se imparten instrucciones a los efectos de evitar el archivo de las actuaciones penales.

Otro cauce legal para luchas contra la ocupación de viviendas se encuentra en el art. 37.7 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (en adelante LOSC) que recoge como infracción leve "La ocupación de cualquier inmueble, vivienda o edificio ajenos, o la permanencia en ellos, en ambos casos contra la voluntad de su propietario, arrendatario o titular de otro derecho sobre el mismo, cuando no sean constitutivas de infracción penal […][77]". En la doctrina se ha dicho que este precepto de la LOSC tiene como finalidad castigar aquellas ocupaciones no constitutivas de ilícito penal que no tengan vocación de permanencia y que no afecten o lo hagan levemente al hecho posesorio al tiempo que se trata de un mecanismo que facilita la protección del orden público[78]. No obstante, la LOSC tampoco permite la recuperación cautelar del inmueble ocupado, aún a pesar de que el art. 49 LOSC establece la posibilidad de adoptar medidas provisionales. En la práctica la policía solo procede a la detención y evita la consumación del delito flagrante, pero remiten a la vía judicial cuando la ocupación pacífica ya se ha llevado a término, especialmente cuando hay

73 El contenido de tales modificaciones, que excede el objeto de este trabajo, puede consultarse en Pérez Daudí, V.: "La okupacion", cit.

74 Publicada en el BOE núm. 255 de 25 de septiembre de 2020.

75 Rodríguez Almirón, F. J.: "Estudio jurisprudencial", cit., p.193.

76 Muños de Dios Sáez, A.: "La ocupación ilegal", cit., añade que estas medidas cautelares se adoptan al amparo del art. 13 Leccrim. Pueden solicitarse desde el momento en que se tenga constancia de los hechos que den lugar a los delitos de allanamiento de morada o de usurpación. O durante la tramitación de cualquier procedimiento judicial o en la celebración del juicio oral por delito leve de usurpación, siempre que concurran los requisitos de *fumus bonis iuris, periculum in mora, periculum in mora* y proporcionalidad.

77 La Sentencia TC (Pleno) 13/2021, 28 enero 2021 (RTC 2021,13) declara que el art. 37.7 no es inconstitucional siempre que se interprete en el sentido del Fundamento jurídico 2 d).

78 Rodríguez Almirón, F. J.: "Estudio jurisprudencial", cit., p.199. Este autor también dice que el art. 37.7 LOSC ha generado una polémica sobre si ha producido la derogación tácita del delito de usurpación pacífica del art. 245.2 CP. Si bien el se estima que el citado precepto del CP continúa vigente. Si bien contribuya a vaciar cada vez más el contenido del art. 245.2 CP.

indicios de que en la que en cierto modo ya se ha convertido en vivienda habitual de los ocupas conviven personas vulnerables[79].

Finalmente existen otros factores, que desaconsejan el empleo de la vía penal para la reclamación de las viviendas ocupadas sin violencia o intimidación, incluso en los casos de cierta gravedad: cuando existan dificultades probatorias que impidan que el procedimiento penal pueda tener éxito y, que por el contrario, termine en sobreseimiento[80]. Así sucede cuando no pueden identificarse a los ocupantes contra los que se tiene que seguir el procedimiento penal; también cuando no puede acreditarse debidamente la permanencia o continuidad en la ocupación. Tampoco debería utilizarse la vía penal cuando la causa tuviera peligro de prescribir[81]. En este caso lo más adecuado sería el recurso al procedimiento del desahucio por precario del art. 250.1.2 LEC cuya aplicación ha sido ampliamente reconocida por la jurisprudencia para los casos de ocupación inconsentida[82]. Otro peligro circunstancia que desaconseja el empleo de la vía penal, al menos con los ocupas sociales -aquellos que actúan por motivos estrictamente habitacionales- es la posibilidad de que el juez aplique como eximente el "estado de necesidad" ex art. 20.5º CP por determinados colectivos de personas como los "sin techo"[83]. No

79 Pérez Daudí, V.: "La okupacion", cit., añade que por ese motivo se hace necesario que el legislador español apruebe una norma en la que de manera objetiva se indique a partir de que plazo a partir de ocupación una vivienda se convierte en habitual para sus ocupantes. Señala también este autor que el plazo de 24 horas a partir de la ocupación para determinar su condición de vivienda habitual es un error puesto que no existe norma alguna que así lo establezca.

80 Rodríguez Achútegui, E.: "Una visión judicial", cit.

81 La SAP Sevilla (Sec. 1ª) 19 septiembre 2018 (JUR 2019, 9301) recae en un mediático caso en la ciudad de Sevilla conocido con el nombre del caso de la Corrala Alegría, en el que unas familias ocupan unas viviendas vacías del centro de Sevilla en agosto de 2012. Tras ser desalojadas a las pocas semanas, sin embargo, no tuvieron juicio hasta marzo de 2016. En el ínterin entra en vigor la LO 10/1995 que produce la degradación del delito de usurpación a delito leve. En consecuencia, el Tribunal tiene que aplicar la nueva norma por ser más favorable al reo reconoce que "existirían esos lapsus temporales de más del año previsto por el art. 131 del CP como plazo de prescripción para los delitos leves como el que ha sido condenado finalmente en esta causa" por lo que absuelve a los acusados del delito leve de usurpación.

82 En la jurisprudencia se admite la aplicación del desahucio por precario en el caso de las ocupaciones ilegales de inmuebles. Se parte para ello del concepto amplio de precario que está plenamente admitido por las SSTS 4 noviembre 2020 (RJ 2020,4574) y 1 marzo 2021 (RJ 2021,83148) que siguen una consolidad línea jurisprudencial. Para esta última existe el precario: (i) cuando hay una situación de tolerancia sin título; (ii) cuando sobreviene un cambio de la causa por cesar la vigencia del contrato antes existente, (iii) o incluso la posesión gratuita sin título y sin la voluntad del propietario". En la mayoría de la Audiencias Provinciales se admite el desahucio por precario para poner fin a las ocupaciones ilegales. Entre muchísimas otras la SAP Barcelona (Sec. 13ª) 14 diciembre 2020 (JUR 2021,5343) y la SAP Madrid (Sec.9ª) 10 septiembre 2020 (JUR 2021,778) que estima suficiente para la procedencia del desahucio por precario que una vivienda esté ocupada "sin título alguno y sin pagar ningún tipo de contraprestación, esto es, en situación de precario". En la doctrina se apoya prácticamente sin fisuras la concepción amplia del precario que permite la aplicación del desahucio por precario a las ocupaciones ilegales de inmuebles. Así, Bastante Granell, V.: "Ocupación ilegal", cit.; Bonet Navarro, J.: "II especialidades en función de una particular relación entre título y poseedor*", en Los juicios por desahucio,* cit.; Ibarra Sánchez, J. L.: "La reforma procesal" critica la manifestación del legislador en el preámbulo de la Ley 5/2018; Perarnau Moya, J.: "Desalojo de 'okupas'", cit., p. 66.

83 Herranz Castillo, R.: "Desobediencia civil", cit., dice que existe un estado de necesidad como causa de justificación (art. 20.5º CP) y "por tanto, hay excepciones, previstas en el orden jurídico, a la prescripción contenida en el art. 245.2. CP. Cuando se produce colisión de bienes jurídicos no existe obligación de sacrificar uno de ellos en beneficio del otro […] La causa de justificación de "estado de necesidad" puede darse, en la práctica, allí donde la entrada, ocupación, y uso de una vivienda vacía se deba a circunstancias de falta absoluta de techo, carencia de vivienda para alojarse y dormir". Se ha estimado el estado de necesidad

obstante, en este caso aun cuando se absuelve a los denunciados de la comisión del delito de usurpación de bienes igualmente se les obliga a desalojar la vivienda.

IV. EL DESALOJO EXPRÉS COMO ALTERNATIVA A LA VIA PENAL.

La reforma realizada por la Ley 5/2018 supone la creación, por fin, de un procedimiento rápido, ágil y efectivo para poder recuperar las viviendas ilegalmente ocupadas[84]. Es de destacar la manifestación del legislador en el Preámbulo de la Ley 5/2018 al decir que el Derecho penal, como última ratio, no comporta ni puede comportar una solución general que trascienda o sustituya los mecanismos civiles para la tutela de los derechos posesorios. Lo anterior supone un respaldo al sector partidario de la aplicación del delito de usurpación pacífica de inmuebles sólo en los casos muy graves.

A grandes rasgos, la Ley 5/2018 ha modificado ha adecuado y actualizado el tradicional interdicto de recobrar la posesión" con el fin de lograr la pronta recuperación de la posesión de una vivienda de la que el demandante ha sido ilegalmente despojado (con violencia sobre la cosa misma o de manera clandestina)[85].

A este efecto la reforma provocada por la conocida como ley antiokupación es todo un acierto. Para lo cual se ha añadido un segundo párrafo al art. 250.1.4 LEC y además ha modificado los arts. 150, 437, 441 y 444 que afectan al procedimiento de la tutela sumaria interdictal[86]. La principal medida ha sido la de instaurar un incidente en el inicio del proceso el momento en el que el Juez tiene que determinar si los okupas tienen título suficiente para continuar ocupando la vivienda (art. 441.1 bis II)[87]. En el caso de no se presente título alguno, o que el presentado sea de

de los ocupantes ilegales de vivienda en la SAP Barcelona (Sec.7ª) 23 octubre 2020 (JUR 2021,50591), SAP Madrid (Secc. 3ª) 23 marzo 2016 (JUR 2016, 114528) y en la SAP Madrid (Sec. 17ª) 17 octubre 2014 (JUR 2014,297608) en este caso los acusados no tienen recursos económicos, tienen dos hijos y la madre está embarazada de un tercero. No saben leer ni escribir, encontrándose muy limitados a la hora de acceder a un trabajo. Los niños están escolarizados y han conseguido beca de comedor.

84 Perarnau Moya, J.: "Desalojo de 'okupas'", cit., p. 68.

85 Hinojosa Segovia, R.: "La defensa de los derechos de los titulares legítimos frente a las ocupaciones ilegales", *Notario del siglo XXV,* núm. 80, julio-agosto 2018. Disponible en: https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-80/opinion/opinion/8787-la-defensa-de-los-derechos-de-los-titulares-legitimos-frente-a-las-ocupaciones-ilegales. (Consultado: 14-04-2021), estima que la reforma operada por la Ley 5/2018, se centra en medidas de carácter procesal civil referentes al tradicional interdicto de recobrar la posesión que ha sido adecuado y actualizado. Ibarra Sánchez, J.L.: "La reforma procesal", cit., estima que se trata de una remodelación sustancial del juicio verbal sumario de tutela sumaria de la protección ex art. 250.1.4ª, el antiguo interdicto de recobrar la posesión.

86 La Ley 5/2018 también ha añadido un nuevo apartado 4 al art. 150; modifica el numeral 4° del apartado 1 del art. 250 LEC; adiciona un nuevo apartado 3 bis al art. 437; añade un nuevo apartado 1 bis al art. 441 y, finalmente, incluye un nuevo apartado 1 bis al art. 444.

87 Rodríguez Achútegui, E.: "Una visión judicial", cit.; estima que se trata de una petición cautelar que denomina incidental que recoge la "inmediata entrega de la posesión de la vivienda" que es precisamente el objeto de la pretensión principal. Constituye un trámite incidental, en primer lugar, porque sólo puede tener lugar si se solicita por el actor. Además, el plazo de 5 días para aportar el demandado el título es distinto de los 10 previstos en el art. 438.1 LEC para contestar a la demanda. Finalmente, en el art. 441.1

peor condición que el que ha acompañado el demandante, el juez decretará la entrega inmediata de la posesión de la vivienda al actor, que no hay que olvidar que es la pretensión principal de la demanda que ahora se anticipa con la nueva regulación. De este modo se evidencia que es más eficiente para el propietario o legítimo poseedor de una vivienda que ha sido ocupada pacíficamente acudir a la vía civil que a la penal. En la parte negativa de este procedimiento está el que solo puede utilizarse en viviendas y que los legitimados activos se reducen "las personas físicas que sean propietarias o poseedoras legítima por otro título, las entidades sin ánimo de lucro con derecho a poseerla y las entidades públicas propietarias o poseedoras legítimas de vivienda social" (art. 250.1.4 LEC). Así pues, el legislador ha dejado fuera de este procedimiento, y sin duda con toda la intención, a los mayores afectados y perjudicados por las ocupaciones ilegales de inmuebles, los bancos y otras entidades[88]. Estos quedan abocados a seguir utilizando los antiguos procedimientos para poder obtener, en meses o años, el desalojo de los que han ocupado ilegalmente sus inmuebles o aventurarse en la incierta aventura de presentar un procedimiento penal ex art. 245.2 CP.

La doctrina desaconseja la vía penal en el caso de las usurpaciones pacíficas de inmuebles, reservándose esta para los allanamientos de morada o usurpaciones violentas de inmuebles. En las ocupaciones pacíficas de inmuebles el factor rapidez propio del procedimiento penal ya no compensa habida cuenta de la alta probabilidad de no obtener una sentencia condenatoria que a su vez comporta el tener iniciar otro procedimiento de naturaleza civil. Los elementos necesarios para que concurra el delito del 245.2 CP son tan exigentes que la vía penal se ha convertido en un inconveniente: su escasa penalidad y la falta de la fase de instrucción por tratarse de un delito leve no solo dificulta sino que impide la obtención de las pruebas necesarias para la condena e incluso la obtención de la identidad de los okupas[89].

En consecuencia, la vía penal ha de quedar restringida a los supuestos de allanamiento de morada en los que se ocupa una vivienda realmente habitada por su titular, o cuando la ocupación de cualquier inmueble sea violenta contra las personas, la vía penal es la adecuada[90]. Fuera de estos casos, es decir, cuando se

bis II LEC así lo considera al indicar que "contra el auto que decida sobre el incidente no cabrá recurso alguno...". Por su contenido se trata de un incidente de naturaleza cautelar, puesto que anticipa una parte del fallo mediante la entrega inmediata de la posesión.

88 Perarnau Moya, J.: "Desalojo de 'okupas'", cit., p. 68.

89 Bonet Navarro, J.: *Los juicios por desahucio.* 5ª Ed, Aranzadi, Cizur Menor, 2021. Disponible en: https://insignis.aranzadidigital.es/ (Consultado el 24-04-2021). Este autor en el Capítulo III de esta obra "Especialidades procesales por motivos diversos: desahucios por precario, de vivienda okupada, y arbitral", también dice que no es aconsejable la vía del art. 245.2 CP puesto que los cuerpos y fuerzas de seguridad no actúan para restituir la situación posesoria previa, ni aun cuando es patente la ocupación y la intención de permanencia.

90 En el Preámbulo de la Ley 5/2018, de 11 *de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación a la ocupación ilegal de viviendas* ya se advierte que el recurso a la vía penal por la vía del delito de usurpación ha de constituir la "última ratio" puesto que no puede comportar una solución general que sustituya a los mecanismos civiles para la tutela de los derechos posesorios.

ocupan pacíficamente viviendas cerradas y desocupadas, o locales, la vía penal es totalmente desaconsejable y debemos acudir a la vía civil[91]. En la vía civil la posesión para ser protegida no requiere que el propietario o el legítimo poseedor tenga la posesión material sobre la cosa, en consecuencia, es protegible el señorío sobre la cosa en que la posesión consiste por cualesquiera de las vías civiles de tutela de la posesión o mediante el ejercicio de la acción reivindicatoria[92].

91 Perarnau Moya, J.: "Desalojo de 'okupas'", cit., p. 62.

92 Bastante Granell, V.: "Ocupación ilegal de viviendas: la necesaria delimitación jurídico-social de los sujetos "ocupa" y "ocupado"". *Revista de Derecho Patrimonial,* num. 47/2018. Disponible en: https://insignis.aranzadidigital.es/ (Consultado el 19-04-2021), estima que las viviendas vacías, como las que tienen los bancos o los particulares como segundas residencias o como inversión son supuestos de posesión mediata o espiritual. En estos casos aun a pesar de que no se tenga la posesión material sobre las mismas, sino espiritual, el dueño o título de un derecho real sobre la finca tiene la presunción de posesión sobre la misma que deriva del art. 38 LH [principio de legitimación registral].

BIBLIOGRAFÍA

Bastante Granell, V.: "Ocupación ilegal de viviendas: la necesaria delimitación jurídico-social de los sujetos "ocupa" y "ocupado"". *Revista de Derecho Patrimonial,* núm. 47/2018.

Baucells i Lladós, J.: *La ocupación de inmuebles en el código Penal de 1995,* Tirant lo Blanch, Valencia 1998.

Barber Burusco, S.: "La ocupación de inmuebles del artículo 245.2 del Código Penal", *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales vol. V parte Comentario,* Aranzadi, Cizur Menor, 1999.

Bonet Navarro, J.: *Los juicios por desahucio,* Aranzadi, 5ª ed., Cizur Menor, 2021.

Gallego Soler, J. I.: "Comentario del art. 245 CP" en: AA.VV.: *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 172015 y LO 2/2015* (dirs. M. Corcoy Bidasolo y S. Mir Puig; coord J. B. Vera Sánchez), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

Gener, A. y González, E.: "Diálogo social tripartito en la nueva Ley de Vivienda", *El País, 18 de marzo 2021*.

Herranz Castillo, R.: "Desobediencia civil, ocupación y derecho a la vivienda, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 435, 2000.

Hinojosa Segovia, R.: "La defensa de los derechos de los titulares legítimos frente a las ocupaciones ilegales", *Notario del siglo XXV,* núm. 80, julio-agosto 2018.

Ibarra Sánchez, J. L.: "La reforma procesal de la Ley 5/2018, de 11 de junio: la nueva tutela sumaria de la posesión de viviendas del artículo 250.1.4º LEC y el desalojo cautelar inmediato de los ocupantes", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10/2018.

Muños de Dios Sáez, A.: "La ocupación ilegal de inmuebles, una visión desde el Derecho penal", *El Notario del Siglo XXI*, núm. 93, septiembre-octubre 2020.

Muñoz Conde, F.: *Derecho Penal Parte Especial,* 22ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.

Muñoz Cuesta, F. J.: "Delito de usurpación por ocupación de finca militar con finalidad reivindicativa", *Actualidad Jurídica Aranzadi,* núm. 900/2015.

Navarro Massip, J.: "La insoportable levedad de la ocupación", *El notario del Siglo XXI*, núm. 93, septiembre-octubre 2020.

PERARNAU MOYA, J.: "Desalojo de 'okupas'", *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios,* núm. 5. Desahucios y arrendamientos, mayo 2019.

PÉREZ DAUDÍ, V.: "La okupacion de bienes inmuebles y la protección efectiva del poseedor legítimo", *Diario La Ley*, núm. 10716, 2020.

RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E.: "Una visión judicial del "interdicto de recobrar la posesión" de la Ley 5/2018 frente a la ocupación ilegal de vivienda", *Revista Aranzadi Doctrinal,* núm. 10/2018.

RODRÍGUEZ ALMIRÓN, F. J.: "Estudio jurisprudencial de las cuestiones más controvertidas en relación con el delito de usurpación del art. 245 CP", *Cuadernos de Política Criminal,* núm. 132, III, Época II, diciembre 2020.

RODRÍGUEZ MESA, A.: "Necesidad de la reforma operada en la Ley de Enjuiciamiento Civil por la Ley 5/2018, de desahucio exprés frente a los okupas".

DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN: EL DESAFÍO DE UNA SOCIEDAD GUIADA POR LA TRANSPARENCIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

RIGHT OF ACCESS TO INFORMATION: THE CHALLENGE OF A SOCIETY GUIDED BY TRANSPARENCY IN THE SPANISH LEGAL SYSTEM

Rev. Boliv. de Derecho Nº 32, julio 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 828-861

Mª Nieves
ALONSO
GARCÍA

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de febrero de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 30 de abril de 2021

RESUMEN: En este estudio se abordarán dos de las vertientes de derechos vinculados a la información, el derecho de la información y el derecho a la información, para finalizar con la formulación de unas conclusiones que, distanciándose de un mero resumen, persiguen incentivar el debate doctrinal y político sobre presupuestos que, hallándose pacíficamente asentados, convendrá reformular a la luz de la reiterada crisis de la transparencia. Para ello, se articulará abordando, en primer lugar, los aspectos más significativos del derecho de la información y su vinculación con el derecho a la libertad de expresión, así como a los nuevos retos que se enfrentan estos derechos en la era digital, para seguidamente analizar el derecho a la información, su regulación en el ordenamiento jurídico español y el debate doctrinal en torno a su consideración como derecho fundamental. Como último punto de esta contribución, se hará mención expresa a la transparencia desde la perspectiva de la información política.

PALABRAS CLAVE: Transparencia; libertad de expresión; derecho a/de la información; buen gobierno.

ABSTRACT: *This study will address the two aspects of rights linked to information, the right to information and the right to information, to end with the formulation of some conclusions that, distancing themselves from a mere summary, seek to encourage doctrinal and political debate on assumptions that, being peacefully settled, should be reformulated in light of the repeated crisis of transparency. For this, it will be articulated by addressing, first, the most significant aspects of the right to information and its link with the right to freedom of expression, as well as the new challenges that these rights face in the digital age, to then analyze the right to information, its regulation in the Spanish legal system and the doctrinal debate about its consideration as a fundamental right. As the last point of this contribution, express mention will be made of transparency from the perspective of political information.*

KEY WORDS: *Transparency; freedom of expression; right to information; good governance.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN: LA DELIMITACIÓN ENTRE EL DERECHO DE LA INFORMACIÓN Y EL DERECHO A LA INFORMACIÓN.- II. CONTEXTUALIZACIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO DE LA INFORMACIÓN.- 1. La protección de los derechos a la libertad de expresión e información en los textos internacionales.- 2. La Constitución Española de 1978: el art. 20 como adalid de la defensa de los derechos a la información y a la libertad de expresión.- 3. Los nuevos desafíos a los derechos humanos en la era digital.- III. EL DERECHO A LA INFORMACIÓN: LA LEY 19/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO.- 1. Consideraciones iniciales.- 2. El Consejo de transparencia y buen gobierno. 3. La ausencia de un derecho constitucional a la transparencia.- IV. LA TRANSPARENCIA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA INFORMACIÓN POLÍTICA.- 1. El deber de hacer público lo que debe ser público.- 2. Las funciones y disfunciones del Parlamento en los medios de comunicación.- 3. Hacia la utilización positiva de los medios de comunicación.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN: LA DELIMITACIÓN ENTRE EL DERECHO DE LA INFORMACIÓN Y EL DERECHO A LA INFORMACIÓN.

Ante de dar inicio al desarrollo de esta contribución procede conceder las primeras líneas a delimitar la distinción entre el "derecho de la información" y el denominado "derecho a la información". El primero, el derecho de la información es el que tiene por objeto el estudio de las normas jurídicas que regulan el alcance y los límites del ejercicio de las libertades de expresión e información. El segundo, derecho a la información[1], es el derecho de toda persona a buscar, recibir y difundir información en poder de las Administraciones Públicas en general y del Gobierno en particular. Este derecho incluye también el derecho a ser informado y a recibir noticias fidedignas.

1 "La transparencia se convierte así en un objetivo a alcanzar, un fin y no un medio en sí mismo, lo que se logra a través del ejercicio del derecho de acceso, el derecho de información, la participación en el procedimiento, la motivación de los actos, la identificación del personal al servicio de la Administración con quien el ciudadano entabla sus relaciones o el deber de difusión, y demás actividades de comunicación institucional; todo un conjunto de derechos y obligaciones sin los cuales el principio de transparencia, tal y como ha quedado enunciado en la LRJPAC quedaría vacío de contenido al carecer, por sí mismo, de un significado autónomo suficientemente expresivo". Gallardo Castillo, M. J.: "Transparencia, poder público y derecho a la información", *Revista "Cuadernos Manuel Giménez Abad",* núm. 8, 2014, p. 161.

• Mª Nieves Alonso García
Profesora Contratada Doctora de Derecho Constitucional y Coordinadora del Grado en Derecho de la Universidad Isabel I. Responsable de la línea de investigación Derecho y TIC englobada dentro del GIR "Tecnologías Digitales Aplicadas a las Ciencias Jurídicas y Económicas". Miembro de la Asociación de Constitucionalistas de España, del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y de la Associação Portuguesa de Direito Intelectual. Miembro colaborador del Grupo de Investigación BB218 Derecho Constitucional, Universidad de León (DERECONS), colaboradora del Grupo de Innovación docente "Enseñar Derecho Constitucional", GID 2016-3, UNED y Colaboradora Honorífica del Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de León. Autora de dos monografías, más de una veintena de artículos científicos y seis capítulos de libro. Ha realizado estancias de investigación en el Institute of Advanced Legal Studies, IALS, University of London, en la Universidade de Lisboa, en el Instituto Universitario Europeo de Florencia, en la Libera Università Maria SS. Assunta (LUMSA) y en el University College of Dublin. Correo electrónico: marianieves.alonso@ui1.es.

Las libertades de expresión y de información son derechos fundamentales. El Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos[2]. Asimismo, garantiza a todas las personas y colectividades, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio de estos derechos.

En nuestro ordenamiento jurídico, la libertad de expresión[3] se proclama en el art. 20.1. a. de nuestra Carta Magna como un derecho fundamental del que gozan por igual todos los ciudadanos. En el apartado d del citado precepto se señala que se reconoce y protege el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, y está centrado en el derecho de todos a conocer los hechos que puedan tener trascendencia pública, pero que se concreten en la recepción de una información veraz. El texto recogido en el apartado 1.a. del art. 20 de la CE, alude a la libertad de expresión y se refiere al derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. El derecho recogido en el apartado 1.d. del mismo art. 20 de la CE, se refiere a la libertad de información.

El derecho a la información es el derecho de toda persona a buscar, recibir y difundir información en poder de las Administraciones públicas en general y del Gobierno en particular. Este derecho incluye también el derecho a ser informado y a recibir noticias fidedignas.

A este respecto, el art. 105.b de la Constitución Española[4] señala que la ley regulará "el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas". Este derecho a la información exige una ley de acceso a la información que, en el caso de España, es la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno[5].

Podemos destacar, como característica especial del derecho a la información, que el acceso a la información es un derecho de toda persona que debe poder

2 *Vid.* Ortega Gutiérrez, D.: "Libertades. Libertad de expresión y de información", en *Comentarios a la Constitución Europea*, (coord. por V. Garrido Mayol, S. García Couso, E. Álvarez Conde), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 379-408.

3 Para un análisis de la jurisprudencia sobre la libertad de expresión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a partir de los casos que le llegan de los Estados miembros del Consejo de Europa, *Vid.* Presno Linera, M. A.: "La libertad de expresión según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 276, 2020, pp. 461-492.

4 Con la Ley 19/2013 de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno se subyuga el derecho de acceso a la información pública a la escala de derecho instrumental desarrollado desde el art. 105.b) de la Constitución Española. El derecho de acceso a la información pública pone de manifiesto lo comprendido en algunos derechos fundamentales imprescindibles en un Estado de derecho, como la libertad de informarse, derecho fundamental integrado en el art. 20.1.d) CE. Palomares Herrera, M.: "La reciente tendencia iusfundamental del derecho de acceso a la información pública en el derecho español", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Vol. 50, núm. 152. 2018, p. 741-764.

5 BOE núm. 295, de 10/12/2013.

ejercerse sin necesidad de justificar razón alguna. Este derecho se aplica a toda la información elaborada o en posesión de las entidades públicas. En el caso de que la información se encontrara en formato electrónico, deberá ser entregada del mismo modo a todo aquel que lo solicite sin poner ninguna condición o restricción a la reutilización de la información recibida.

Los solicitantes de información podrán realizar la solicitud dando solamente el nombre, una dirección postal o de correo electrónico, y la descripción de la información buscada, sin que se les exija justificar el motivo y debe realizarse la solicitud y recibir la información de forma gratuita excepto que se soliciten copias de documentos, en cuyo caso se podrá cobrar una tasa que no podrá exceder el coste real en el que incurra la autoridad pública, que deberá ser, en todo caso, razonable. Si la información se entrega en soportes como CD, DVD, vídeos o similares, se podrá cobrar únicamente el coste del soporte.

Es posible que la información sea secreta y se deniegue la solicitud, pero esto solo puede ocurrir en casos excepcionales debidamente justificados, como pueden ser la seguridad nacional, protección de datos personales, la protección de secretos comerciales, o la prevención o investigación de delitos.

Esta distinción será el punto de partida desde el que se aborde este trabajo. En la primera parte, se analizarán los aspectos más relevantes del derecho de la información y su vinculación con el derecho a la libertad de expresión, así como a los nuevos retos que se enfrentan estos derechos en la era digital. En la segunda parte se estudiará el derecho a la información, su regulación en el ordenamiento jurídico español y el debate doctrinal en torno a su consideración como derecho fundamental[6].

II. CONTEXTUALIZACIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO DE LA INFORMACIÓN.

1. La protección de los derechos a la libertad de expresión e información en los textos internacionales.

El derecho de acceso a la información pública ha adquirido una importancia fundamental en el desarrollo de los derechos humanos, directamente vinculado a otros derechos fundamentales, como lo son el derecho de acceso a la justicia, el derecho a la verdad, el derecho a tomar decisiones ciudadanas y políticas

6 La defensa iusfundamentalista, desde la dogmática jurídica de Alexy se define como aquella que tiene como misión el "intento de dar una respuesta racionalmente fundamentada a cuestiones valorativas que han quedado pendientes de solución respecto a un material". Alexy, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 32.

debidamente informados, al desarrollo democrático y a la transparencia en la gestión pública[7].

Sobre este sustrato, y desde una visión sucinta de la regulación internacional se mencionarán aquellos textos normativos con especial incidencia en los derechos a la libertad de expresión e información.

En primer lugar, es especialmente significativo mencionar la Declaración Universal de Derechos Humanos[8] en cuyo art. 19, en referencia directa a las libertades de expresión y de información, señala que "todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión"[9].

Es significativo a este respecto, que se está haciendo referencia directa y expresa a las libertades de expresión, de opinión y de información, y al poder difundirlas sin limitación alguna.

Añade la declaración en el art. 29 que en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará "solamente sujeta a las limitaciones

7 Torres Manrique, F.: "Una mirada crítica a los derechos a la transparencia, información pública y rendición de cuentas", *Derecho y Cambio Social*, núm. 35, 2013, p. 8.

8 https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/.

9 La Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada en 1948 por la Naciones Unidas incluye en su art. 19 al derecho de acceso a la información. El Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos aprobado en 1966 por la Asamblea General de las Naciones Unidas establece también en su art. 19 la misma protección al derecho de acceso a la información. En 1993 la Comisión para los derechos humanos de las Naciones Unidas creó la oficina del Relator Especial para la Libertad de Opinión y de Expresión, de cuyo mandato era parte esencial la definición del contenido de dichos derechos. Ya en 1995 este Relator anotó que "el derecho de buscar información o de tener acceso la información es uno de los elementos esenciales de la libertad de expresión". Desde entonces referencias al derecho de acceso a la información se pueden encontrar en cada Informe anual de dicho Relator. - American Convention on Human Rights - Article 13 – European Convention on Human Rights - Article 10 - Declaration of Principies on Freedom of Expression in Africa - Article IV-. Las diferentes y numerosas menciones a este derecho coinciden en resaltar la creciente importancia que está cobrando, ya que el mismo supone una herramienta indispensable para adquirir aquellos conocimientos que permiten controlar la actuación de los gobiernos y prevenir y luchar contra la corrupción, así como contrarrestar la violación de derechos. De estos preceptos se desprende que el derecho de acceso a la información debe ser destacado como un valor intrínseco al concepto de democracia. En la actualidad más de noventa países en todo el mundo cuentan con una ley de acceso a la información. En Europa 40 de los 47 miembros del Consejo de Europa cuentan con una ley de acceso a la información. El Convenio del Consejo de Europa sobre Derecho de Acceso a la Información fue adoptado el 27 de noviembre del 2008 y constituye el primer instrumento jurídico internacional vinculante que reconoce un derecho general de acceso a documentos públicos en manos de las autoridades públicas. Después de años de activismo por parte de la sociedad internacional, este Convenio fue llamado a ratificar el 18 de junio del 2009. Para firmar este convenio los países deberán incluir la protección mínima establecida en él, hasta ahora sólo 12 países lo han firmado. La Convención para el Acceso a Documentos Oficiales establece las garantías mínimas que los Estados miembros del Consejo de Europa deben integrar en sus leyes nacionales de acceso a la información. Aunque este Convenio es un acuerdo de mínimos y por ello no recoge todas las demandas de la sociedad civil europea, consigue establecer las condiciones básicas para la buena puesta en práctica del derecho de acceso a la información (sintetizadas en los nueves principios citados anteriormente). STS núm. 46/2017, de 22 de junio de 2017, del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo nº2 de Madrid, FJ 5º.

establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática".

Recordemos, no obstante, que la Declaración Universal de los Derechos Humanos es una declaración y, consecuentemente, contiene una serie de principios y normas que se comprometen a cumplir las partes, pero quienes la firman no adquieren la obligación de incluirla en su ordenamiento jurídico[10].

El Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950[11], es el siguiente texto para considerar en el devenir del reconocimiento de las libertades de expresión y de información en el ámbito internacional. El art. 10 del Convenio, bajo el epígrafe de libertad de expresión, señala que "toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades y sin consideración de fronteras".

A tenor de los textos internacionales aludidos hasta el momento, es preciso destacar que se encuentran implantadas en un mismo texto la libertad de expresión y la libertad de información.

El Pacto internacional de derechos civiles y políticos[12] que, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, entró en vigor el 23 de marzo de 1976, reconoce derechos civiles y políticos estableciendo un sistema para su protección. Este pacto es consecuencia de la no imposición de obligaciones vinculantes de la Declaración Universal de Derechos Humanos y, consecuentemente, se consideró necesario un pacto que tuviera como fin imponer obligaciones a las partes en este contexto.

El día 28 de septiembre de 1976, España firmó en Nueva York este Pacto internacional de derechos civiles y políticos, cuyo texto fue aprobado y ratificado mediante instrumento de ratificación, que fue publicado en el Boletín Oficial del Estado número 103, de 30 de abril de 1977. El art. 19 del pacto, señala que "toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin

10 Beneyto Berenguer, R.: *Derecho y libertades fundamentales. Análisis transversal*, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2018.

11 https://www.derechoshumanos.net/Convenio-Europeo-de-Derechos-Humanos-CEDH/

12 Un interesante estudio sobre el Pacto puede verse en: BELTRÁN VERDES, E.: "El pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales", en *Derecho internacional de los derechos humanos su vigencia para los estados y para los ciudadanos,* (coord. por M. Ollé Sesé, L. Acebal Monfort, y N. García Sanz), Asociación Pro Derechos Humanos de España, Madrid, 2009, pp. 72-77.

consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección".

Añade el texto que el ejercicio de este derecho "entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás y la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas".

De nuevo, cabe señalar la unión y el reconocimiento de los derechos de la libertad de expresión y la libertad de información, tal como venimos señalando.

La Convención de los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989[13] en su art. 13 reconoce los derechos a la libertad de expresión y la libertad de información del niño, y se señala que el niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño[14].

El ejercicio de estos derechos se añade, podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias: para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas.

La Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 21 de diciembre de 1965, aunque no entró en vigor hasta el 4 de enero de 1969[15], fecha en la que se logró el número de ratificaciones que fueron consideradas como necesarias. En su primer artículo la convención define el concepto de "discriminación racial" adoptando un criterio amplio que alcanza a diferentes modalidades de discriminación, distinción, restricciones o preferencias, ya sea por motivo de "raza, color, linaje u origen nacional o étnico". Sin embargo, el tratado se cuida de aclarar que el mismo no puede ser utilizado de ningún modo para afectar las normas internas de los Estados en materia de ciudadanía e inmigración, en tanto no se establezcan discriminaciones en contra de ciertas nacionalidades[16].

13 *BOE* núm. 313, de 31/12/1990.

14 A este respecto, *Vid*. Amich Elías, C.: "Derecho a la protección de la infancia versus libertad de expresión en internet: Unión Europea y Brasil", *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 17, 2007, pp. 171-198

15 https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cerd.aspx.

16 Sobre este particular, *Vid*.: Álvarez Molinero, N.: "La convención para la eliminación de todas las formas de discriminación racial", en *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*

En su art. 4, los Estados parte condenan toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial[17], cualquiera que sea su forma, y se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación, y, con ese fin, teniendo debidamente en cuenta los principios incorporados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como los derechos expresamente enunciados en el art. 5 de la convención, tomarán, entre otras, las siguientes medidas: declararán como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación y declararán ilegales y prohibirán las organizaciones, así como las actividades organizadas de propaganda y toda otra actividad de propaganda, que promuevan la discriminación racial e inciten a ella, y reconocerán que la participación en tales organizaciones o en tales actividades constituye un delito penado por la ley[18].

En el ámbito de esta contribución, es preciso señalar que el art. 5 de la Convención indica que los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes, destacando, bajo el epígrafe de "Otros derechos civiles", en particular, el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, y el derecho a la libertad de opinión y de expresión, comprometiéndose los Estados partes, según señala el art. 7, a tomar medidas inmediatas y eficaces, especialmente en las esferas de la enseñanza, la educación, la cultura y la información, para combatir los prejuicios que conduzcan a la discriminación racial y para promover la comprensión, la tolerancia y la amistad

(coord. por F. Gómez Isa y J. M Pureza), Universidad de Deusto, 2004.

17 *Vid*. Marugán, N.: "La lucha contra los delitos de odio en el ámbito supraeuropeo: los instrumentos de la Convención para la eliminación de la discriminación racial de Naciones Unidas", *Cuadernos de análisis*, núm. 60, 2017, pp. 59-76.

18 El Tribunal de Justicia de la Unión Europea señala que, en relación con los servicios de comunicación audiovisual, a petición, los Estados miembros podrán adoptar medidas que restrinjan esa normativa general. En concreto la Directiva de servicios de comunicación audiovisual establece que dichas medidas han de ser necesarias y proporcionadas al objetivo que legítimamente persiguen por unos de los motivos siguientes: orden público, en particular la prevención, investigación, descubrimiento y procesamiento de delitos, incluidas la protección de menores y la lucha contra la instigación al odio por motivos de raza, sexo, religión o nacionalidad, así como las violaciones de la dignidad de personas individuales, protección de la salud pública, seguridad pública, incluidas la salvaguarda de la seguridad y la defensa nacionales, protección de los consumidores, incluidos los inversores. Ortiz Vidal, M.: "La libertad de expresión convertida en discurso de odio: la responsabilidad extracontractual del prestador del servicio de comunicación audiovisual en asuntos transfronterizos, en *Libertad de expresión y prevención de la violencia y discriminación por razón de religión*, (coord., por Z. Combalía Solís, Mª.P. Diago Diago y A. González-Varas Ibáñez), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p.177.

entre las naciones y los diversos grupos raciales o étnicos, así como para propagar los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial y de la presente convención.

El Parlamento Europeo en su Resolución, de 25 de noviembre de 2020, sobre el refuerzo de la libertad de los medios de comunicación: protección de los periodistas en Europa, discurso del odio, desinformación y papel de las plataformas condena todo tipo de incidentes de delitos de odio, discurso del odio y acusaciones infundadas o formuladas de mala fe motivados por la discriminación por cualquier razón, como el sexo, la raza, el color, los orígenes étnicos o sociales, las características genéticas, la lengua, la religión o las convicciones, las opiniones políticas o de cualquier otro tipo, la pertenencia a una minoría nacional, el patrimonio, el nacimiento, la discapacidad, la edad o la orientación sexual. A este respecto, solicita a los Estados miembros que condenen y sancionen con dureza los delitos y discursos de odio a todos los niveles y en cualquier medio de comunicación. Deben aplicar y hacer cumplir nuevas medidas para prevenir, condenar y combatirlos.

En esta misma línea, indica que los Estados miembros deben garantizar que los medios de comunicación, incluidos los medios en línea y sociales, así como la publicidad, no contengan incitación alguna a la violencia o al odio contra cualquier persona o grupo de personas y expresa su preocupación por el hecho de que las víctimas de delitos de odio no denuncien tales actos debido a la falta de garantías adecuadas y a la incapacidad de las autoridades para investigar adecuadamente dichos casos y poner fin a la impunidad por los delitos de odio[19].

Los nuevos desafíos a los derechos humanos no significan una pérdida de vigencia de las Declaraciones mencionadas, sino más bien estimulan a ampliar y actualizar su contenido. Implican, en suma, que los derechos humanos y las declaraciones que los enuncian son categorías históricas.

2. La Constitución Española de 1978: el art. 20 como adalid de la defensa de los derechos a la información y a la libertad de expresión.

En nuestro ordenamiento jurídico, la libertad de expresión se proclama el art. 20.1. a. de la Constitución Española como un derecho fundamental del que gozan por igual todos los ciudadanos.

19 https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2020-0205_ES.html.

Debemos distinguir esta libertad de expresión del derecho recogido en el art. 20.1. d. de la CE, en el que se señala que se reconoce y protege el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, y que está centrado en el derecho de todos a conocer los hechos que puedan tener trascendencia pública, pero que se concreten en la recepción de una información veraz[20]. El texto recogido en el apartado 1.a. del art. 20 de la CE, alude a la libertad de expresión y se refiere al derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. El derecho recogido en el apartado 1.d. del mismo art. 20 de la CE, se refiere a la libertad de información[21].

Distingamos, por tanto, la libertad de expresión, recogida en el apartado 1.a, del art. 20 de la CE, de la libertad de información que se recoge en el apartado 1.d) del mismo artículo. La libertad de expresión que reconoce el art. 20.1.a CE, es un derecho fundamental del que gozan por igual todos los ciudadanos y que los protege frente a cualquier injerencia de los poderes públicos que no esté apoyada en la ley, e incluso frente a la propia ley en cuanto esta intente fijar otros límites que los que la propia Constitución admite (STC 6/1981, de 16 de marzo, FJ, 3º)[22].

20 García Morales, V. Y.: "Donde habitan las mentiras: libertades de expresión e información en tiempos de odio e hiperinformación", *Revista CIDOB d'afers internacionals*, núm. 124, 2020, pp. 25-47.

21 "En este sentido, Droguett González afirma que tanto el derecho a la libertad de expresión en sentido estricto como a la libertad de información poseen la naturaleza de derechos fundamentales que garantizan una comunicación pública libre -y como tal forma parte de la idea de libertad de expresión en sentido amplio-, sin embargo, se trata de derechos distintos. Entender el derecho a la libertad de expresión en un sentido genérico o bajo la premisa de la libertad de comunicar, es concebir que éste puede manifestarse de distintas formas específicas, entre ellas, la libertad de expresión en sentido estricto y la libertad de información". Droguett González, C.G.: *El interés público de la información en el ejercicio del derecho de acceso a la información pública: Análisis de su reconocimiento, naturaleza jurídica y de las circunstancias que determinan que un interés sea público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p.32.

22 3. El art. 20 de la Constitución, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas hueras las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el art. 1.2 de la Constitución, y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política. La preservación de esta comunicación pública libre sin la cual no hay sociedad libre ni, por tanto, soberanía popular, exige la garantía de ciertos derechos fundamentales comunes a todos los ciudadanos, y la interdicción con carácter general de determinadas actuaciones del poder (verbi gratia las prohibidas en los apartados 2 y 5 del mismo art. 20), pero también una especial consideración a los medios que aseguran la comunicación social y, en razón de ello, a quienes profesionalmente los sirven. La libertad de expresión que proclama el art. 20.1 a) es un derecho fundamental del que gozan por igual todos los ciudadanos y que les protege frente a cualquier injerencia de los poderes públicos que no esté apoyada en la Ley, e incluso frente a la propia Ley en cuanto ésta intente fijar otros límites que los que la propia Constitución (arts. 20.4 y 53.1) admite. Otro tanto cabe afirmar respecto del derecho a comunicar y recibir información veraz (art. 20.1 d), fórmula que, como es obvio, incluye dos derechos distintos, pero íntimamente conectados. El derecho a comunicar que, en cierto sentido, puede considerarse como una simple aplicación concreta de la libertad de expresión y cuya explicitación diferenciada sólo se encuentra en textos constitucionales recientes, es derecho del que gozan también; sin duda, todos los ciudadanos, aunque en la práctica sirva, sobre todo, de salvaguardia a quienes hacen de la búsqueda y difusión de la información su profesión específica; el derecho a recibir es en rigor una redundancia (no hay comunicación cuando el mensaje no tiene receptor posible), cuya inclusión en el texto constitucional se justifica, sin embargo, por el propósito de ampliar al máximo el conjunto de los legitimados para impugnar cualquier perturbación de la libre comunicación social. Son estos derechos, derechos de libertad frente al poder y comunes a todos los ciudadanos. STC 6/1981, de 16 de marzo, *BOE* núm. 89, de 14 de abril de 1981, ECLI:ES:TC:1981:6

También como derecho fundamental, encontramos la libertad de información recogida en el art. 20.1.d. de la CE, que reconoce y protege el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, y está centrado en el derecho de todos a conocer los hechos que puedan tener trascendencia pública pero que se concreten en la recepción de una información veraz.

Estas libertades, reza el apartado 4 del referido art. 20 de la CE, tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

Señala la STC 168/1986[23] que los sujetos de este derecho no son solamente los titulares del órgano o medio difusor de la información o los profesionales del periodismo o quienes, aun sin serlo, comunican una información a través de tales medios, sino primordialmente "la colectividad y cada uno de sus miembros". Al incluir estos derechos en el art. 20, la Constitución tiene en cuenta ciertamente la posición jurídica subjetiva de quienes comunican la información, pero protege también, con la garantía reforzada que otorga a los derechos fundamentales y libertades públicas, la facultad de cada persona y de la entera colectividad de acceder libremente al conocimiento, transmitido por los medios de comunicación, de los hechos de relevancia realmente acaecidos.

Añade el referido art. 20 de la CE, en su apartado 2, que "el ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previo". A este respecto, cabe indicar que solamente podrá acordarse el secuestro de una publicación si media una resolución judicial, como así se contempla expresamente en el apartado 5, del referido artículo, al señalar que solo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial.

Ahora bien, debemos señalar que el apartado 4, de este art. 20, indica que estas libertades tienen su límite, como así lo tienen todos los derechos. Y estos límites están en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

3. Los nuevos desafíos a los derechos humanos en la era digital.

El siglo XXI parte de una realidad incuestionable en el marco del ejercicio de los derechos humanos: la existencia de una sociedad donde las nuevas tecnologías

23 STC 168/1986, de 22 de diciembre, *BOE* núm. 17, de 20 de enero de 1987, ECLI:ES:TC:1986:168.

han devenido como símbolo emblemático de nuestra cultura. La revolución tecnológica ha supuesto una mutación de las relaciones del ser humano que incide en la esfera de los derechos humanos[24].

La evolución digital conlleva la aparición de nuevas necesidades humanas, así como el surgimiento de nuevos fenómenos de agresión a los derechos y libertades, que exigen ser tenidas en cuenta y remediadas[25].

En esta era, los derechos a la información y a la libertad de expresión cobran especial importancia, así como su principal instrumento de garantía, el Habeas Data[26], es decir, la facultad de las personas de conocer y controlar las informaciones que les conciernen procesadas en bancos de datos informatizados.

El devenir histórico, conlleva un tránsito desde el Habeas Corpus[27] al Habeas Data, es decir el deber de aceptar, de forma implícita, que existe una evolución de los derechos y libertades, o, si se prefiere, que estamos asistiendo a un proceso de sucesivas generaciones de derechos humanos.

En este contexto, y poniendo de manifiesto que las variables históricas, políticas y culturales confluyen en la necesaria actualización y dinamización del ordenamiento jurídico, se produce un tránsito desde el Habeas Corpus al Habeas Data. Es decir, el devenir histórico supone aceptar que existe una evolución de los derechos y libertades, que genera un proceso de sucesivas generaciones de derechos humanos[28].

El Habeas Data constituye un cauce procesal para salvaguardar la libertad de la persona en la esfera informática, que cumple una función paralela, en el seno de los derechos humanos de la tercera generación, a la que en los de la primera generación correspondió al Habeas Corpus respecto a la libertad física o de movimientos de la persona.

Las distintas libertades se fundamentan históricamente en situaciones de violación o carencia de derechos, a cuyo remedio precisamente se dirigen. De ahí, que desde un sector doctrinal se abogue por defender el nexo inmediato

24 Teruel Lozano, G. M., Pérez Miras, A. y Raffiotta, E. (dirs.): *Desafíos para los derechos de la persona ante el siglo XXI: Internet y nuevas tecnologías,* Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2013.

25 Rallo Lombarte, A. "Una nueva generación de derechos digitales", *Revista de estudios políticos*, núm. 187, 2020, pp. 101-135.

26 Toscano, S. y Galmarini, L.: "Derecho a la información, habeas data e Internet, Informática y Derecho", *Revista Iberoamericana de Derecho Informático (segunda época)*, núm. 1, 2016, pp. 77-90.

27 *Vid* a este respecto, Gude Fernández. A.: "El Habeas Corpus", en *La tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios,* (coord. por P. Murillo de la Cueva y e. Carmona Cuenca), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 301-324.

28 Pérez Luño, E.: "Del habeas Corpus al Habeas Data", *Informática y derecho: Revista iberoamericana de derecho informático*, núm. 1, 1992, pp. 153-161.

de fundamentación antropológicas de los derechos y libertades en el sistema de necesidades humanas básicas o radicales.

Atendiendo a esta concepción, el Habeas Corpus surge corno réplica frente a los fenómenos abusivos de privación de la libertad física de la persona, que habían perturbado la Antigüedad y el Medievo proyectándose, a través del absolutismo, hasta las diversas manifestaciones del totalitarismo de nuestros días.

El Hábeas Corpus es un procedimiento especial como garantía procesal en las detenciones con privación de libertad, incorporado en la Constitución Española en su art. 17.4, donde se recoge que la ley regulará un procedimiento de hábeas corpus para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. La Ley Orgánica 6/1984 de 24 de mayo, fue el resultado del mandato constitucional[29].

Si comparamos el Habeas Corpus y el Habeas Data, se observa una relación en cuanto a su naturaleza jurídica. Se caracterizan por ser instrumentos o garantías procesales de defensa de los derechos a la libertad personal, en el caso del Habeas Corpus, y de la libertad informática en lo concerniente al Habeas Data.

Por tanto, ambas figuras representan dos garantías procesales de aspectos diferentes de la libertad. Así, mientras el primero se circunscribe a la dimensión física y externa de la libertad; el segundo tiende a proteger prioritariamente aspectos internos de la libertad: la identidad de la persona, su autodeterminación, su intimidad ...

Una concepción generacional de los derechos humanos supone reconocer que el catálogo de las libertades nunca será una obra cerrada y acabada. Una sociedad libre y democrática deberá mostrarse siempre sensible y abierta a la aparición de nuevas necesidades, que fundamenten nuevos derechos.

III. EL DERECHO A LA INFORMACIÓN: LA LEY 19/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO.

1. Consideraciones iniciales.

En el Boletín Oficial del Estado del 10 de diciembre de 2013, se publicó la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y

29 Esta garantía hunde sus raíces en el Recurso de Manifestación de Personas en lo Criminal del Derecho Aragonés. Su origen se remonta al Privilegio I de Aragón del 28 de diciembre de 1287, sancionado por el Rey Alfonso III, que otorgó en la Corona de Aragón protección al derecho a la libertad personal por medio del reconocimiento de recursos forales aragoneses. Desde una perspectiva de constitucionalismo histórico, a partir de la Constitución de 1812 todas las Constituciones Españolas hicieron referencia de una manera más o menos extensa a la institución del hábeas corpus.

buen gobierno[30] , que, tal y como señala en el tercer párrafo del primer apartado de su preámbulo, tiene un triple alcance: por un lado, incrementa y refuerza la transparencia en la actividad pública[31]; por otro, reconoce y garantiza el derecho a la información[32] regulado como un derecho de amplio ámbito subjetivo y objetivo, y, en tercer lugar, establece las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos, así como las consecuencias jurídicas derivadas de su incumplimiento, lo que se convierte en una exigencia de responsabilidad para todos los que desarrollan actividades de relevancia pública.

No se trata de la primera norma que contempla el acceso a la información en el sector público, ya que, en el ámbito del acceso electrónico en general a la información pública, podemos señalar la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público[33], que, de acuerdo con lo dispuesto en la Directiva 2003/98/CE, de 17 de noviembre de 2003, del Parlamento Europeo y del Consejo[34], relativa a la reutilización de la información del sector público, presenta un marco general mínimo para las condiciones de reutilización de los documentos del sector público promoviendo la puesta a disposición de los documentos por medios electrónicos, propiciando el desarrollo de la sociedad de la información o, desde otra óptica, la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos[35], que, teniendo como enfoque el empleo de los medios electrónicos por los ciudadanos, persigue facilitar la participación, la transparencia y el acceso a la información.

En este aspecto, el preámbulo de la referida Ley 37/2007 indica que las diferentes Administraciones y los organismos del sector público recogen, producen, reproducen y difunden documentos para llevar a cabo la misión de servicio público que tienen encomendada, y la utilización de dichos documentos por otros motivos, ya sea con fines comerciales o no comerciales, constituye una reutilización que persigue armonizar la explotación de la información en el sector público, en especial la información en soporte digital, recopilada por sus distintos

30 *Vid*. Guichot, E.: "El sentido, el contexto y la tramitación de la ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno", en *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno: estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, (coord. por E. Guichot), Tecnos, Madrid, 2014, pp. 17-34.

31 "El término más amplio y flexible de transparencia pública incluye tanto el acceso a la información pública, cuanto otras querencias variadas inspiradas por un mismo principio: evitar el alejamiento de la administración por opacidad, mostrar la apertura de la administración a sus ciudadanos. A partir de estos principios de la transparencia pública se deriva la exigencia de claridad en el lenguaje tanto administrativo como normativo e, incluso, la construcción arquitectónica de los espacios administrativos en aras de la proximidad, transparencia y apertura física con el ciudadano administrado". Cotino Hueso, L.: "Transparencia y derecho a la información pública en la Unión Europea. De «valor en alza» a derecho, *Jornadas Internacionales sobre "Derechos Humanos y Libertades Fundamentales,* celebrada los días 7 y 8 de noviembre de 2002, Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, disponible en: http://www.unizar.es/ derecho/doctorado_humanos/cotinohueso11.doc, p. 5.

32 Pérez Royo, F. J.: "Derecho a la información", *Boletín de la ANABAD*, núm. 3-4, 1999, pp. 19-34.

33 *BOE* núm. 276, de 17 de noviembre de 2007.

34 *DOUE* núm. 345, de 31 de diciembre de 2003.

35 *BOE* núm. 150, de 23 de junio de 2007.

organismos, relativa a numerosos ámbitos de interés como la información social, económica, jurídica, geográfica, meteorológica, turística, sobre empresas, patentes y educación, etc., al objeto de facilitar la creación de productos y servicios de información basados en documentos del sector público, y reforzar la eficacia del uso transfronterizo de estos documentos por parte de los ciudadanos y de las empresas privadas para que ofrezcan productos y servicios de información de valor añadido.

La Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno tiene, como ya hemos indicado y como bien se deduce de su propio título, un triple alcance: incrementar la transparencia en la actividad pública, reconocer y garantizar el derecho de acceso e información pública por el ciudadano[36], y establecer las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos, así como las consecuencias jurídicas derivadas de su incumplimiento.

Pero estos tres pilares básicos de la ley, junto con determinadas técnicas basadas en el desarrollo de las tecnologías de la información y las comunicaciones, y el acceso, posiblemente indiscriminado y con diferentes fines, a los datos e informaciones públicas, pueden generar muchos problemas que hay que abordar, aunque solamente sea de una forma teórica, para poder identificarlos y preparar su estudio y desarrollo posterior.

2. El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.

Respecto a la transparencia, la ley contempla la creación y el desarrollo de un portal de la transparencia al señalar que, las nuevas tecnologías permiten hoy día incentivas herramientas de extraordinaria utilidad para el cumplimiento de las disposiciones de la ley cuyo uso permita que, a través de un único punto de acceso, el ciudadano pueda obtener toda la información disponible.

En lo que respecta al buen gobierno, se indica en el citado preámbulo de la ley de transparencia que la ley supone un avance de extraordinaria importancia. Principios meramente programáticos y sin fuerza jurídica se incorporan a una norma con rango de ley y pasan a informar de la interpretación y aplicación de un régimen sancionador al que se encuentran sujetos todos los responsables públicos entendidos en sentido amplio que, con independencia del Gobierno del que formen parte o de la Administración en la que presten sus servicios, y

36 Sobre este particular, *Vid.* Sánchez de Diego Fernández de la Riva, M.: "El derecho de acceso a la información pública", en *Administración electrónica: la Ley/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos y los retos jurídicos del e-gobierno en España,* (coord. por L. Cotino Hueso y J. Valero Torrijos), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 325-347.

precisamente por las funciones que realizan, deben ser un modelo de ejemplaridad en su conducta[37].

A estos efectos, la ley crea y regula el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno[38], un órgano independiente al que se le otorgan competencias de promoción de la cultura de transparencia en la actividad de la Administración pública, de control del cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa, así como de garantía del derecho de acceso a la información pública y de la observancia de las disposiciones de buen gobierno. Se crea, por lo tanto, un órgano de supervisión y control para garantizar la correcta aplicación de la ley[39].

El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno[40] se configura como un órgano independiente, con plena capacidad jurídica y de obrar, y cuenta con una composición sencilla que, a la vez que garantiza su especialización y operatividad, evita crear grandes estructuras administrativas[41]. La independencia y autonomía en el ejercicio de sus funciones vendrá garantizada, asimismo, por el respaldo parlamentario con el que deberá contar el nombramiento de su presidente. Como ya hemos indicado, su finalidad es promover la transparencia de la actividad pública, velar por el cumplimiento de las obligaciones de publicidad, salvaguardar el

37 Desde esta perspectiva, adquiere especial importancia cuestionarse quién nos representa. Atendiendo a la teoría de las élites y trasladable a las élites parlamentarias del siglo XXI, nuestra postura es meridianamente clara. Necesitamos élites y éstas han de ser las mejores. En la actualidad, las élites políticas se distancian de ese ideal y frente a esas capacidades brillantes han priorizado habilidades y competencias "populísticas" que parecen ser efectivas, tanto a nivel estatal, autonómico, como internacional. En conclusión, las élites ya no son las mejores, pero coadyuvan a bloquear el acceso a los mejores y se autoalimentan desde la satisfacción ejemplar de necesidades que ellos mismos han contribuido a crear. Esas aptitudes son todo lo contrario a lo que necesitamos para solventar problemas y para liderar el trabajo de las instituciones, en particular el Parlamento. *Vid,* Alonso García, M.N.: *Retos jurídico-políticos de las funciones parlamentarias y los novedosos instrumentos de participación en la democracia del siglo XXI*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 170.

38 *Vid*. Guichot, E.: "El consejo de transparencia y buen gobierno",.), en *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno: estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, (coord. por E. GUICHOT), Tecnos, Madrid, 2014, pp. 331-352.

39 En su última Resolución emitida al cierre de esta contribución, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno ha instado al Ministerio de Sanidad a que, en el plazo máximo de 10 días hábiles, remita al reclamante la siguiente información: Número, nombre y apellidos de los expertos pertenecientes a la Dirección General de Salud Pública a los que se aludió en la comparecencia del 6 de mayo de 2020 del Director del Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias del Ministerio de Sanidad. Asimismo, le insta a que, en el mismo plazo máximo, remita a copia de la información enviada al reclamante. De acuerdo con el art. 23, número 110, de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, la Reclamación prevista en el art. 24 de la misma tiene la consideración de sustitutiva de los recursos administrativos, de conformidad con lo dispuesto en el art. 112.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Contra la presente Resolución, que pone fin a la vía administrativa, se podrá interponer Recurso Contencioso-Administrativo, en el plazo de dos meses, ante los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo de Madrid, de conformidad con lo previsto en el art. 9.1 c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. https://www.consejodetransparencia.es/ct_Home/Actividad/Resoluciones/resoluciones_AGE/AGE_2020/11.html.

40 A través de la página web: https://www.consejodetransparencia.es/ct_Home/index.html puede accederse a toda la información relativa a este órgano.

41 El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno se estructura en la presidencia y en cuatro subdirecciones: la subdirección de Transparencia y Buen Gobierno, la de Reclamaciones, la Oficina de Reclamaciones de Administraciones Territoriales y la unidad de Apoyo.

ejercicio de derecho de acceso a la información pública y garantizar la observancia de las disposiciones de buen gobierno[42].

Para respetar al máximo las competencias autonómicas, expresamente se prevé que el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno solo tendrá competencias en aquellas comunidades autónomas con las que haya firmado convenio al efecto, y quedarán, en otro caso, en manos del órgano autonómico que haya sido designado las competencias que a nivel estatal asume el Consejo.

3. La ausencia de un Derecho constitucional a la transparencia.

Con el avance de las tecnologías de la información, la Ley de Transparencia y Buen Gobierno como punto de inflexión y en un contexto marcado por la corrupción y la irrupción de la transparencia y el acceso libre desde ámbitos transversales, surge la reivindicación del derecho de acceso como derecho fundamental.

Resulta paradójico que en casi la totalidad de los sistemas constitucionales contemporáneos de tradición occidental no exista la mención expresa ni a un principio ni a un derecho constitucional a la transparencia, a pesar de ser el instituto jurídico más esgrimido, exigido y manido en el derecho público actual[43]. Sin embargo, es habitual apelar a los principios democrático y del Estado de derecho, a la libertad de información y a los principios constitucionales que articulan jurídicamente la acción de la Administración pública (interdicción de la arbitrariedad, eficacia y objetividad) para deducir de ellos un principio constitucional de transparencia, y en algunos casos un derecho fundamental a la transparencia o, en su versión restringida, un derecho fundamental de acceso a la información

42 Las funciones del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno vienen recogidas en el art. 38 de la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y en el art. 3 del Real Decreto 919/2014, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno y son las siguientes: Adoptar recomendaciones para el mejor cumplimiento de las obligaciones contenidas en la ley de transparencia, asesorar en materia de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, informar preceptivamente los proyectos normativos de carácter estatal que desarrollen la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, o que estén relacionados con su objeto, evaluar el grado de aplicación de la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Para ello, elaborará anualmente una memoria en la que se incluirá información sobre el cumplimiento de las obligaciones previstas y que será presentada ante las Cortes Generales, promover la elaboración de borradores, de recomendaciones y de directrices y normas de desarrollo de buenas prácticas en materia de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, promover actividades de formación y sensibilización para un mejor conocimiento de las materias reguladas por la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, colaborar con órganos de naturaleza análoga en las materias que le son propias y aquellas otras que le sean atribuidas por norma de rango legal o reglamentario.

43 Desde el punto de vista jurídico-normativo y en general, Iberoamérica es una de las regiones mundiales más avanzadas en materia de transparencia y acceso a la información pública; más que Europa. Y ello es así en doble perspectiva tanto en el ámbito supranacional de los derechos humanos, cuanto desde el ámbito interno nacional. La naturaleza y extensión del presente estudio obliga a centrarse en la primera perspectiva supranacional. *Vid:* Cotino Hueso, L.: "El avanzado reconocimiento y regulación del derecho acceso a la información pública y la transparencia en Iberoamérica (y su brecha con la realidad)", *Revista "Cuadernos Manuel Giménez Abad,* núm.14, 2017, pp. 129-140.

pública[44]. Operación interpretativa que no está exenta de una gran dificultad en la inmensa mayoría de los casos por la inexistencia de una mención expresa a la transparencia en los textos constitucionales. Ese es el caso español[45].

El derecho de acceso a la información pública se ha conformado internacionalmente como un derecho fundamental[46], no obstante, no se ha consolidado en Europa y especialmente en España.[47].

La Constitución Española no hace referencia expresa a lo largo de su articulado a la transparencia. Desde un sector doctrinal, se defiende que "la contribución del valor de la transparencia de cara a la modernización y actualización de nuestra Constitución resulta ya incuestionable", y añaden que la transparencia "constituye hoy en día una exigencia de cara a la necesaria actualización e implementación del contenido de los valores tradicionales o fundacionales, esto es, para reforzar su «consenso histórico», facilitar su «interpretación evolutiva» y, sobre todo, renovar su compromiso y aceptación social como exponente de «razonabilidad» moral y política … En definitiva, para "renovar" la confianza y optimismo en nuestra Nación como proyecto válido de vertebración y cohesión social"[48].

A este respecto, confluyen dos corrientes doctrinales, la iusfundamentalista[49] que defiende el reconocimiento del derecho de acceso a la categoría de derecho fundamental amparándose en argumentos de derecho comparado, internacional y

44 "La introducción de la transparencia como principio constitucional puede hacerse en el art. 103.1 CE dentro de los principios de actuación de la Administración Pública: eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración, coordinación y sometimiento al Derecho", Orduña Moreno, F. J., Sánchez Martín, C. y Guillén Catalán, R.: *La transparencia como valor del cambio social: su alcance constitucional y normativo*, Aranzadi, Navarra, 2018.

45 Villaverde Menéndez, I.: "El marco constitucional de la transparencia", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 116, 2019, pp. 167-191.

46 La STS núm. 46/2017, de 22 de junio de 2017, del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Madrid en su fundamento jurídico cinco estableció que "El derecho de acceso a la información es un derecho fundamental reconocido a nivel internacional como tal, debido a la naturaleza representativa de los gobiernos democráticos; es un derecho esencial para promover la transparencia de las instituciones públicas y para fomentar la participación ciudadana en la toma de decisiones. Además, las Administraciones Públicas se financian con fondos procedentes de los contribuyentes y su misión principal consiste en servir a los ciudadanos por lo que toda la información que generan y poseen pertenece a la ciudadanía. Pueden distinguirse dos aspectos en cuanto al derecho al acceso a la información: Transparencia proactiva, como aquella obligación de los organismos públicos de publicar y dar a conocer la información sobre sus actividades, presupuestos y políticas y la Transparencia reactiva: Es el derecho de los ciudadanos de solicitar a los funcionarios públicos cualquier tipo de información de y el derecho a recibir una respuesta documentada y satisfactoria".

47 Cotino Hueso, L.: "El reconocimiento y contenido internacional del acceso a la información pública como derecho fundamental", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 40, 2017, pp. 279-316.

48 *Vid.* el llamamiento de expertos en transparencia solicitando que se reconozca en España el derecho de acceso a la información como un derecho fundamental: https://www. access-info.org/es/frontpage-es/27052

49 La fundamentalidad del acceso a la información pública en España se deriva del reconocimiento del derecho de acceso a los documentos en el art. 42 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE). Ello tiene una importante, aunque limitada proyección interna en nuestro país. Cotino Hueso, L.: "El reconocimiento y contenido internacional del acceso a la información pública como derecho fundamental", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 40, 2017, pp. 279-316.

constitucional[50] y, por el otro, una corriente más conservadora y negacionista que no contempla un cambio constitucional en materia de derechos fundamentales[51].

El basamento sobre el que se postulan estas posturas doctrinales pivota sobre la idea de que el derecho de acceso debería ser considerado un derecho fundamental por su vinculación con el derecho a la información (art. 20 CE y a tenor del art. 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales)[52].

La vinculación de la transparencia con el ya citado derecho a la libertad de información debería ser suficiente para que en la interpretación jurisprudencial se considere que ocupa una posición prevalente cuando existe un interés público de la información[53].

Asimismo, se defiende la conexión del derecho de acceso a la información con el derecho que tienen todas las personas de formar parte de la vida política de un país, así como de la discusión de todos los asuntos públicos en los que desee participar, previsto en el art. 23 de nuestra Carta Magna. La participación sólo es viable con un libre acceso a los documentos oficiales, como medida de una mejor transparencia de la administración que ofrece a todos los ciudadanos la información sobre asuntos de interés público en una sociedad participativa.

El reconocimiento constitucional del derecho de acceso a la información pública puede hacerse a través de la reforma constitucional, pero también por la vía jurisprudencial constitucional, a través de los llamados derechos fundamentales de configuración jurisprudencial[54].

---

50 En este sentido: "El derecho de acceso a la información pública es, sin duda, un nuevo derecho fundamental que emerge tanto del derecho internacional de los derechos humanos como de una comprensión sistemática de nuestro propio texto constitucional. Por ello, lo deseable sería que, en la primera oportunidad que se presente se reconociera expresamente en la Constitución, Rey Martínez, F. "Quod omnes tangit ab omnibus cognitum esse debet: el derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental", *Revista Jurídica de Castilla León*, núm. 33, 2014, pp. 1-19.

51 De Diego Fernández de la Riva, M., Sierra Rodríguez, J.: "Retos para una agenda de la transparencia", en *Transparencia y participación para un Gobierno abierto*, (coord. por M. de Diego Fernández de la Riva y J. Sierra Rodríguez), Wolters Kluwer, Madrid, 2020, pp. 28-48.

52 A este respecto, *Vid*. Cotino Hueso, L.: "El derecho fundamental de acceso a la información, la transparencia de los poderes públicos y el Gobierno Abierto", en *Régimen Jurídico de la transparencia en el sector público (*coord. por J. Valero Torrijos, y M. Fernández Salmerón), Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 37-71.

53 Merece especial mención la STEDH de 28 de noviembre, caso Österreichische Vereinigung v. Austria. UNED en la que el Tribunal considera y afirma que ha habido una interferencia o restricción del art. 10 CEDH. Obviamente todo derecho tiene límites y a partir de esta protección cualificada es cuando procede examinar si las restricciones practicadas superan las exigencias para ser admisibles (§ 181-200), esto es, analizar "si la injerencia estaba justificada" (§ 181 y ss.), si contaba con un "fin legítimo" (§ 186) y era "necesaria en una sociedad democrática" (§ 187). Y por cuanto al caso concreto, se concluye que las justificaciones del gobierno "no eran suficientes para demostrar que la interferencia se quejó era «necesaria en una sociedad democrática» […] a pesar de margen de apreciación del Estado demandado, no había una relación razonable de proporcionalidad entre la medida de denuncia y la finalidad legítima perseguida" (§ 200)48. Esta sentencia asienta nuevas bases para abordar la protección fundamental o no del acceso a la información pública.

54 Álvarez Conde, E.: *Curso de Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1992.

Asimismo, y tal y como se llevó a cabo con el derecho a la protección de datos personales, cabría realizarse mediante la ratificación de tratados internacionales, o incluso por medio de la técnica legislativa, empleando una Ley Orgánica que vincule el derecho de acceso a la libertad de información [55].

IV. LA TRANSPARENCIA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA INFORMACIÓN POLÍTICA.

Sobre la base de la normativa mencionada y la especial protección de los derechos de información y de libertad de expresión en los textos internacionales y en nuestra Carta Magna, es preciso poner de manifiesto la información que se transmite por los medios de comunicación sobre la actuación de los órganos políticos[56]. A este respecto, se percibe una tendencia a implicarse en poner siempre el acento en la búsqueda de la exageración, el escándalo y la descalificación institucional permanente[57].

55 Sánchez de Diego Fernández de la Riva, M.: "De la libertad de expresión al derecho de acceso a la información pública", *Comunicación y Pluralismo*, núm. 9, 2010, p. 242.

56 La STC 161/1988 matiza que el derecho de los parlamentarios a recabar datos, informes y documentos que obren en poder de la Administración viene garantizado por el art. 23.2 CE puesto que la privación denunciada supondría impedir el ejercicio de una facultad que una norma con fuerza de ley en su sentido material les atribuye en su condición de titulares del cargo público de diputados. Se trata por lo tanto de un derecho fundamental si bien tiene un carácter instrumental… se inserta y forma parte del derecho fundamental que garantiza el art. 23 CE.

57 Hoy en día, la función básica de los medios de comunicación -la de informar- sigue siendo su referente, pero de forma ampliada y con connotaciones diferenciadoras muy notables. Por otro lado, la demanda de información, una información cada vez más compleja, al sectorializarse y ser requerida por un público con mayor capacidad adquisitiva y más tiempo para el ocio, es mucho mayor que lo que era hace un siglo. Además, el factor de "agentes de socialización", que desempeñaron la familia, la escuela o la iglesia, de modo casi exclusivo, hace unas décadas, ha ido dejando espacio a unos medios de comunicación que han adquirido un protagonismo social impensable. En efecto, no es sólo que nos informen, es que se han convertido en "niñeras mediáticas" (así, la TV), en un parlamento bis, "el parlamento de papel", en la cancha de los grandes juicios de la sociedad ("los juicios paralelos") y, en suma, en elementos de influencia formidable. Esta influencia creciente coincide con una sensación generalizada de un público más informado, pero peor formado, incluso "analfabetos funcionales", al haberse generalizado la prensa rosa o amarilla, dirigida a grandes capas sociales que devoran, como narcotizadas, toneladas de información-cotilleo, en un ejemplo claro de lo que se denomina la "manipulación de las masas". Así las cosas, se asiste a una "clientelización" de grupos sociales por parte de "grupos mediáticos" que imponen sus gustos, tanto en materia de libros como objetos de consumo o formaciones políticas o sindicales. La aparición de las "grandes corporaciones mediáticas" ha transformado los aguerridos periódicos solitarios en potentes grupos de comunicación -*mass media*- que engloban diarios, revistas, editoriales, radios y cadenas de televisión, implantadas a nivel nacional o regional, vinculadas a capital extranjero, imponiendo en definitiva unas pocas y dudosamente representativas voces, opiniones e incluso estilos de vida. Este "poder", denominado "cuarto" poder, en cuanto critica y vigila a los otros tres poderes clásicos es un poder informal, de hecho, e incluso un poder que no es "público", sino "privado", y por tanto defiende intereses, por muy respetables que sean, de una parte, o sector de la sociedad, más o menos amplio. Porque los "poderes informativos" de hoy suelen ser grandes empresas, con una cadena regional de periódicos, revistas de información general y sectorializada, amén de emisoras radiofónicas y televisiones, que configuran un "grupo" mediático. Por otro lado, se detectan abusos de "cierta prensa", que ha ocupado el espacio público con contenidos y mensajes que no merecen especial protección. Antes, al contrario, han vehiculizado lo que algún autor ha denominado "agresiones informativas" (4) con las cuales se han perpetrado violaciones de otros derechos constitucionales, como la intimidad o el honor.
Por eso el importante papel que desempeña el Juez en los conflictos de la sociedad de la información al resolver esas colisiones de derechos fundamentales, ponderando en el caso las razones e intereses de cada parte, lo cual debe realizar en su resolución mediante un juicio de calidad y suficiencia de la controversia, que incluya los razonamientos en que apoya su decisión. De Urbano Castrillo, E.: "Sobre los límites de los derechos de expresión e información (Consideraciones sobre su problemática actual)", *Diario La Ley*, núm. 6720, 2007, versión on-line.

1. El deber de hacer público lo que debe ser público.

Lo fundamental de los Parlamentos es hacer público lo que debe ser público, arrojando publicidad sobre los actos del Gobierno y contrastando ante la opinión los planteamientos de los distintos actores.

Stuart Mill resumía las funciones del Parlamento en "vigilar y controlar al gobierno, y arrojar publicidad sobre sus actos, obligar a la correcta exposición y justificación de los cuestionables y censurar los condenables"[58].

Sería de la mano de Bentham de la que se obtiene una las primeras aportaciones doctrinales y prácticas a la publicidad parlamentaria en la que muestra las virtudes que puede aportar para el fortalecimiento de la democracia representativa. La primera de las virtudes que destaca en este sentido es el valor que genera para la pedagogía política, en tanto en cuento, mediante la publicidad parlamentaria, las ideas y los proyectos buenos se difunden y penetran en la sociedad, mientras que los prejuicios pueden ser combatidos y aniquilados. En segundo lugar, defiende que la publicidad es el mejor instrumento para combatir la corrupción y la arbitrariedad, el poder se siente observado y limitado por el ojo público. Otro de sus virtudes es la contribución a romper, en parte, la distancia que separa en los sistemas representativos al representante y los representados, de manera que esta forma se contribuye a que los ciudadanos puedan interiorizar las medidas legislativas como propias. En último lugar, sostiene que la publicidad contribuye al buen funcionamiento del sistema electoral[59].

Aranda Álvarez introduce factores de cautela a esta exaltación de virtudes. Este autor defiende que los excesos de publicidad en algunos casos pueden llegar a ser contraproducentes para la deliberación parlamentaria[60]. Basa su argumentación ejemplificando que, en un contexto de lucha entre partidos, la publicidad puede ser un incentivo para una retórica plebiscitaria, una retórica donde lo único que se pretende con el discurso es quedar mejor ante los medios que el adversario político y donde existe nula voluntad de negociación y acuerdo. Por ello, considera que en ciertos procedimientos parlamentarios no se debe despreciar la posibilidad de que las negociaciones entre los representantes se desarrollen sin la presencia

58 Stuart Mill, J.: *Del Gobierno representativo*, Tecnos, Madrid, 1985, p. 185.

59 Bentham, J.: *Tácticas parlamentarias*, Congresos de los Diputados, Madrid, 1991, p. 71.

60 "La transparencia en el ámbito público guarda una íntima relación con la democracia, en la medida en que es un derecho esencial para promover la transparencia de las instituciones públicas y para fomentar la participación ciudadana en la toma de decisiones. Pero tampoco podemos olvidar, como afirma esta misma sentencia, que las Administraciones Públicas se financian con fondos procedentes de los contribuyentes y su misión principal consiste en servir a los ciudadanos por lo que toda la información que generan y poseen pertenece a la ciudadanía. De ahí que podamos concluir (como ha hecho también el Tribunal Supremo en su reciente sentencia 306/2020 de 3 de marzo de 2020 en la línea de su sentencia 75/2017 de 16 de octubre de 2017) que debe de hacerse una interpretación extensiva de la transparencia y una interpretación estricta de sus límites". De la Nuez Sanchez-Cascado, E.: "Inteligencia artificial y transparencia", *Derecho Digital e Innovación, Diario La Ley*, núm.5, 2020, versión on-line.

de los medios de comunicación, por ejemplo, la fase de ponencia en la actividad legislativa[61].

No obstante, es indispensable abogar por que el debate parlamentario sea abierto y plural y que sus protagonistas se sientan estimulados para celebrarlo.

2. Las funciones y disfunciones del Parlamento en los medios de comunicación.

La relación parlamento-medios encuentra su fundamento en dos preceptos constitucionales. El primero de ellos, el art. 20.1 a) en virtud del cual se reconoce y protege, en primer lugar, el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción y en segundo lugar y conforme al apartado d) del citado precepto se contempla el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión.

El apartado 3 contempla esta previsión matizando que la ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España.

Asimismo, se añade una serie de límites a estas libertades vinculados al respeto a los derechos reconocidos en este Título I de la Constitución, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

El constituyente abogó por la protección constitucional a las libertades de expresión, y comunicación, activa y pasiva, veraz, sólo limitadas por los derechos del Título I de la Constitución, sus normas reguladoras, y los específicos derechos del art. 18, protegidos, en el ámbito civil, por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen[62]; en el ámbito penal, por determinados tipos delictivos como calumnias e injurias y en el administrativo, por el derecho de rectificación y el secuestro judicial de medios[63].

61 Aranda Álvarez, E.: "<Parlamento abierto>: una visión desde los principios de funcionamiento de las cámaras parlamentarias", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 111, 2017, pp. 29-30.

62 *BOE* núm. 115, de 14 de mayo de 1982.

63 Ripollés Serrano, M.R.: "Parlamento y medios de comunicación social", *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 29, 2006, p. 137.

La jurisprudencia constitucional[64] tiende a pronunciarse en favor del derecho de comunicación veraz frente al propio derecho personalísimo al honor y a la intimidad y a la propia imagen de los personajes públicos, precisamente sobre la base de la consideración de la información como requisito consustancial al régimen democrático.

Una vez realizada una visión sucinta de la regulación constitucional de la divulgación de información, procede vincularla concretamente al ámbito parlamentario.

A este respecto, nuestra Carta Magna en su art. 80 establece que las sesiones plenarias de las Cámaras serán públicas, salvo acuerdo en contrario de cada Cámara, adoptado por mayoría absoluta o con arreglo al Reglamento.

Este predicado constitucional de publicidad de las sesiones de Pleno, que se refiere no sólo a éstas, sino también a las de las Comisiones para los medios de comunicación social, tiene diferentes aspectos. Conforme a la literalidad del precepto se refiere a la asistencia del público a las sesiones del Pleno y no a las de Comisión.

No obstante, también en Comisión, se facilita ese acceso del público a mediante el circuito interno de televisión. A esta manifestación del principio de publicidad[65] se ha de incorporar la publicidad proporcionada por los Diarios de Sesiones del Pleno y de las Comisiones tanto del Congreso y como del Senado, y por el resto de las publicaciones oficiales.

Conforme al art. 63 del Reglamento del Congreso las sesiones serán secretas cuando se traten cuestiones concernientes al decoro de la Cámara o de sus miembros, o de la suspensión de un Diputado; cuando se debatan propuestas,

64 STEDH (Sección 3ª) de 14 de junio de 2016 (Caso Jiménez Losantos contra España), AP Madrid (Sección 12º), núm. 165/2014 de 31 de marzo, ECLI:ES:TS:2014:1216; STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 486/2014 de 22 septiembre, ECLI:ES:TS:2017:4499; STS (Sala de lo Civil), núm. 545/2015, de 15 de octubre, ECLI:ES:TS:2015:4132; STS (Sala de lo Civil), núm. 210/2016 de 5 de abril; STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 35/2017 de 19 enero, ECLI: ES:TS:2017:4671; STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 426/2017 de 6 de julio, ECLI: ES:TS:2017:2675.

65 Afirmar que la publicidad de la actividad parlamentaria forma parte integrante de la nueva concepción del Parlamento que se forja con el Estado Liberal de Derecho, obliga a cuestionar los posibles contenidos y significados de esa publicidad. Dicho en otras palabras: ¿Qué es lo que, básicamente, quiere darse a conocer a través de la publicidad? En su versión más simple la respuesta al interrogante se podría resolver indicando que lo que con la publicidad se pretende precisamente asegurar es que se conozcan, extramuros de las Asambleas, los motivos y circunstancias que determinan sus decisiones. Ahora bien, habida cuenta de que la decisión parlamentaria debe ser siempre producto de una discusión, lo que la publicidad garantiza a fin de cuentas es el conocimiento de las discusiones y deliberaciones parlamentarias. Si el Parlamento actúa como un órgano público es porque, previamente, se ha configurado como un órgano deliberante. "El Parlamento del Estado burgués de derecho -escribe Schmitt- es según la idea que lo informa un lugar donde se realiza la discusión pública de las opiniones políticas. Mayorías y minorías, partidos del Gobierno y de la oposición buscar, el acuerdo acertado discutiendo argumentos y contraargumentos". De Vega García, P.: "El principio de publicidad parlamentaria y su proyección constitucional", *Revista de estudios políticos*, núm. 43, 1985, p. 54.

dictámenes, informes o conclusiones elaboradas en el seno de la Comisión del Estatuto de los Diputados que no afecten a las incompatibilidades parlamentarias; cuando lo acuerde el Pleno por mayoría absoluta de sus miembros, a iniciativa de la Mesa del Congreso, del Gobierno, de dos Grupos Parlamentarios o de la quinta parte de los miembros de la Cámara. Asimismo, y en virtud del art. 64 las sesiones de las Comisiones no serán públicas. No obstante, podrán asistir los representantes debidamente acreditados de los medios de comunicación social, excepto cuando aquéllas tengan carácter secreto. En segundo lugar, las sesiones de las Comisiones, incluidas las de Investigación, serán secretas cuando lo acuerden por mayoría absoluta de sus miembros, a iniciativa de su respectiva Mesa, del Gobierno, de dos Grupos Parlamentarios o de la quinta parte de sus componentes. En tercer lugar, serán secretas, en todo caso, las sesiones y los trabajos de la Comisión del Estatuto de los Diputados. En cuarto lugar, las sesiones de las Comisiones de Investigación preparatorias de su plan de trabajo o las decisiones del Pleno, o de deliberación interna, o las reuniones de las Ponencias que se creen en su seno, no serán públicas. Serán también secretos los datos, informes o documentos facilitados a estas Comisiones para el cumplimiento de sus funciones, cuando lo disponga una Ley o cuando así lo acuerde la propia Comisión. Por el contrario, se ajustarán a lo previsto en el apartado 1 de este artículo las sesiones que tengan por objeto la celebración de comparecencias informativas ante las Comisiones de Investigación, salvo que concurra alguno de los supuestos siguientes: cuando la comparecencia verse sobre materias que hayan sido declaradas reservadas o secretas conforme a la legislación vigente o cuando a juicio de la Comisión los asuntos a tratar coincidan con actuaciones judiciales que hayan sido declaradas secretas.

En el caso del Senado, la cuestión está contemplada en los arts. 72 y 75 de su Reglamento conforme a los cuales las sesiones plenarias del Senado serán públicas, a no ser que a petición razonada del Gobierno o de cincuenta Senadores se acuerde lo contrario por la mayoría absoluta de la Cámara. Se establece, no obstante, que serán secretas las sesiones de las Comisiones o aquellos puntos de las mismas que tengan por objeto el estudio de incompatibilidades, suplicatorios y cuestiones personales que afecten a Senadores. Asimismo, se otorga la posibilidad de que las Comisiones celebren reuniones a puerta cerrada cuando, sin afectar a los temas antes expuestos, sea acordado por la mayoría absoluta de sus miembros.

Es preciso poner de manifiesto la tendencia de los medios de comunicación a implicarse en poner siempre el acento en las disfunciones y no en las funciones del Parlamento, así como en la búsqueda de la exageración, el escándalo y la descalificación institucional permanente[66].

66 *Vid*. Gómez Gómez, F. J.: "El papel de los medios de comunicación en la política", *Temas para el debate*, núm. 245, 2015, pp. 10-12.

Asimismo, se aprecia el interés de los gobernantes de centrar y propiciar la información con la finalidad de obtener rédito político. A esta tendencia cabría denominarla "legislación a golpe de titular de prensa" y es especialmente visible en los ámbitos más sensibles a los ciudadanos, como son el penal[67] o el laboral.

La democracia se rige por los sondeos de opinión, o por las manifestaciones y sus contramanifestaciones, lo que deriva en políticas impredecibles, pendulares que abrazan la inestabilidad y el descrédito.

3. Hacia la utilización positiva de los medios de comunicación.

En el siglo XXI nos hallamos inmersos, en lo que Bernard Manin denominaba la democracia de audiencia, en la que prima la relevancia mediática de los candidatos dando protagonismo a los expertos en medios de comunicación y a los candidatos con mayor repercusión mediática[68].

En íntima conexión con esta concepción se refleja la existencia de una propaganda electoral en la que predomina la imagen del cabeza de lista y aspirante a Presidente del Gobierno. Los aspirantes a parlamentarios no son foco de repercusión mediática, quedando relegados a un segundo plano.

Los medios de comunicación y especialmente los criterios con los que la prensa da cobertura de los actos y mensajes de la campaña, y los criterios para decidir qué es noticia fomentan la "personalización" de la información. El candidato destaca sobre los temas que se quieren comunicar, "es más fácil comunicar la información a través de la proyección de personalidades que a través de ideas complejas o abstractas".[69]

Una visión positiva de la utilización de los medios de comunicación es defendida por Rodríguez Morillo[70] quien se cuestiona cómo pueden utilizarse los medios de comunicación online y demás soportes digitales para fomentar el empoderamiento político. Siguiendo su razonamiento sobre las potencialidades y riesgos de este modelo, establece el formato que debería tener un medio online que mejore el empoderamiento. Se basa en el estudio del INJUVE sobre jóvenes, política y TICs[71] el cual acredita que la falta de confianza de la población entre 18 y 30 años hacia canales de participación tradicionales no es incompatible con el

67 Este fenómeno es denominado por penalistas como Luzón Peña como "derecho penal simbólico". Luzón Peña, D. M.: *Lecciones de Derecho Penal,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

68 Manin, B.: *Los principios del gobierno representativo*, Alianza, Madrid, 1998, p. 72.

69 Paniagua Soto, J.L.: "Sobre la forma de gobierno parlamentario en España: un parlamentarismo racionalizado de corte presidencial", *Fundación Manuel Giménez Abad*, 2010, versión on-line.

70 Rodríguez Morillo, M. J.: "Medios de comunicación online y empoderamiento ciudadano: oportunidades y riesgos", *Revista Internacional de Pensamiento Político*, núm. 11, 2016, pp. 105-112.

71 http://www.injuve.es/observatorio/infotecnologia/jovenes-y-nuevas-tecnologias.

interés de la política. De hecho, es el segundo tema más consultado en blogs, sólo por detrás del deporte y por delante de trabajo u ocio.

Por ello propone incluir los siguientes extremos: información accesible, veraz y de calidad; las propias instituciones públicas deben poner al servicio de la ciudadanía datos relevantes, presentados de manera comprensible e interesante cuidando el lenguaje y los canales según el segmento de público al que vaya dirigido. De esta forma se harán más útiles, legitimándose y punteando a los medios de comunicación, y, por tanto, evitando su posible sesgo o distorsión del mensaje original. Espacios de debate, discusión y participación: posibilidad de implicarse en el debate público a través de las redes sociales, foros y espacios destinados al efecto. Esto ya funciona a través de plataformas como Twitter[72] o Appgree, tanto en procesos políticos como de entretenimiento.

Es preciso velar porque sean los medios de comunicación los que informen de los temas tratados en el Parlamento, en lugar de que el Parlamento centre sus debates en los temas que se tratan en los medios de comunicación.

V. CONCLUSIONES.

El derecho de acceso a la información pública debe concebirse como presupuesto para el ejercicio del control del poder y garantía de la rendición de cuentas de los representantes públicos en aras de velar por una idónea gestión de los gobernantes en pro de la ciudadanía.

Puede considerarse que el derecho de acceso a la información pública por su estrecha vinculación con el derecho a recibir información veraz previsto en el art. 20.1.d CE y por su conexión de modo instrumental con el derecho a participar directamente en los asuntos públicos reconocido en el art. 23.1 CE, es un derecho fundamental.

El derecho a recibir información veraz prohíbe que los poderes públicos impidan indebidamente a los ciudadanos y grupos el acceso a la información que pueda servir para crear foros de debate público sobre asuntos de interés general.

72 Por ejemplo, los legisladores modifican sus prioridades políticas para ajustarse a cambios en la atención que el público presta a temas concretos cuando los ciudadanos los expresan a través de Twitter. Cuando estos incrementaban el número de mensajes publicados sobre asuntos como inmigración, gasto público o cambio climático, los miembros del Congreso en Estados Unidos respondían dedicando un mayor porcentaje de su tiempo a hablar públicamente, tanto en redes sociales como en intervenciones en el Parlamento, sobre esos mismos temas. Sin embargo, sin un mejor entendimiento de qué voces reciben mayor difusión en estos procesos participativos, se corre el riesgo de incrementar la desigualdad política: el hecho de que las redes sociales ofrezcan nuevas posibilidades para expresarse políticamente no quiere decir que todos los grupos sociales se vean representados de igual manera. De hecho, los legisladores prestan mayor atención a ciudadanos que son más activos en las redes sociales, especialmente cuando son de su misma orientación política. BARBERÁ, P.: "Internet y política: consecuencias políticas y sociales de la revolución digital", *Revista de las Cortes Generales,* núm. 108, 2020, p. 237.

Uno de los retos del legislador es asentar las bases para el tratamiento del acceso a la información como derecho fundamental en el ordenamiento jurídico español. Como pilar de esta argumentación, el reconocimiento internacional y en el ámbito europeo del acceso a la información y la obligatoriedad de interpretación constitucional en virtud del art. 10. 2º CE.

Asimismo, como se ha apuntado a lo largo de estas líneas, el acceso a la información se halla implícito en los derechos a la libertad de expresión e información, reconocidos como fundamentales en nuestra Carta Magna. A mayor abundamiento sobre su carácter fundamental, es preciso tener en consideración el reconocimiento del derecho de acceso a los documentos previsto en el art. 42 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

El optimismo tras el nacimiento de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno, y una vez desarrolladas las principales estructuras de transparencia, parece desvanecer ante una realidad caracterizada por la falta de voluntad política y de inversión pública para apoyar las políticas de transparencia y la actuación de los órganos garantes.

El derecho de acceso a la información pública y la transparencia supone un plus de calidad de los ordenamientos jurídicos, especialmente en el caso español, en donde se debe potenciar el aumento de la confianza de los ciudadanos en los poderes públicos.

La democracia se rige por los sondeos de opinión, o por las manifestaciones y sus contramanifestaciones, lo que deriva en políticas impredecibles, pendulares que abrazan la inestabilidad y el descrédito.

El desarrollo de la tecnología pone a prueba la capacidad de adaptación de las sociedades a los cambios tecnológicos. La tecnología ha premiado la interconectividad en detrimento de la seguridad. Mantener el equilibrio de esta balanza representa un desafío para los Gobiernos y los ciudadanos.

A modo de reflexión final, es preciso abogar por una concepción amplia de los derechos fundamentales, en tanto en cuanto, la democracia se concibe como el gobierno de lo visible. Una sociedad democrática necesita transparencia para acceder a la actuación de sus autoridades y, con ello, ser capaz de opinar, fiscalizar y supervisar. No podemos hablar de democracia sin posibilidad real de acceder a aquella información que es de interés público.

Al hilo de estas dos últimas reflexiones, el Parlamento Europeo en la Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de noviembre de 2020, sobre el refuerzo de la libertad de los medios de comunicación: protección de los periodistas en

Europa, discurso del odio, desinformación y papel de las plataformas, destaca la necesidad de potenciar una cultura de alfabetización mediática. A este respecto, el Parlamento Europeo insta a la Comisión y a los Estados miembros a redoblar sus esfuerzos para reforzar las políticas educativas que promuevan la alfabetización mediática y en materia de información, capaciten a los ciudadanos para pensar de forma crítica y los ayuden a reconocer la desinformación; a que la Comisión aumente la financiación de la Unión para programas de alfabetización mediática y a que se implique activamente en la promoción de información fiable, basada en hechos y contrastada. Asimismo, solicita a las instituciones de la Unión que velen por una comunicación reforzada y proactiva en todas las lenguas oficiales cuando se produzcan importantes emergencias públicas, a fin de garantizar que los ciudadanos europeos tengan acceso a una información precisa, fácilmente accesible y verificada.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

ALONSO GARCÍA, Mª. N.: *Retos jurídico-políticos de las funciones parlamentarias y los novedosos instrumentos de participación en la democracia del siglo XXI*, Dykinson, Madrid, 2019.

ÁLVAREZ CONDE, E. *Curso de Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1992.

ÁLVAREZ MOLINERO, N.: "La convención para la eliminación de todas las formas de discriminación racial", en *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, (coord. por F. GÓMEZ ISA y J. M. PUREZA), Universidad de Deusto, 2004.

AMICH ELÍAS, C.: "Derecho a la protección de la infancia versus libertad de expresión en internet: Unión Europea y Brasil", *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 17, 2007.

ARANDA ÁLVAREZ, E.: "Parlamento abierto: una visión desde los principios de funcionamiento de las cámaras parlamentarias", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 111, 2017.

BARBERÁ, P.: "Internet y política: consecuencias políticas y sociales de la revolución digital", *Revista de las Cortes Generales,* núm. 108, 2020.

BELTRÁN VERDES, E.: "El pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales", en *Derecho internacional de los derechos humanos su vigencia para los estados y para los ciudadanos, (*coord. por M. OLLÉ SESÉ, L. ACEBAL MONFORT, y N. GARCÍA SANZ), Asociación Pro Derechos Humanos de España, Madrid, 2009.

BENTHAM, J.: *Tácticas parlamentarias*, Congresos de los Diputados, Madrid, 1991.

BENEYTO BERENGUER, R.: *Derecho y libertades fundamentales. Análisis transversal*, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2018.

COTINO HUESO, L.:

- Transparencia y derecho a la información pública en la Unión Europea. De «valor en alza» a derecho, *Jornadas Internacionales sobre "Derechos Humanos y Libertades Fundamentales,* celebrada los días 7 y 8 de noviembre de 2002, Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza. Disponible en: http://www.unizar.es/ derecho/doctorado_humanos/cotinohueso11.doc.

- "El derecho fundamental de acceso a la información, la transparencia de los poderes públicos y el Gobierno Abierto", en *Régimen Jurídico de la transparencia en el sector público* (coord. por J. Valero Torrijos y M. Fernández Salmerón), Aranzadi, Navarra, 2014.

- "El avanzado reconocimiento y regulación del derecho acceso a la información pública y la transparencia en Iberoamérica (y su brecha con la realidad)", *Revista "Cuadernos Manuel Giménez Abad,* núm.14, 2017.

- "El reconocimiento y contenido internacional del acceso a la información pública como derecho fundamental", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 40, 2017.

De la nuez Sanchez-Cascado, E.: "Inteligencia artificial y transparencia", *Derecho Digital e Innovación, Diario La Ley*, núm. 5, 2020, versión on-line.

De Urbano Castrillo, E.: "Sobre los límites de los derechos de expresión e información (Consideraciones sobre su problemática actual)", *Diario La Ley*, núm. 6720, 2007, versión on-line.

De Vega García, P.: "El principio de publicidad parlamentaria y su proyección constitucional", *Revista de estudios políticos*, núm. 43, 1985.

Droguett González, C. G.: *El interés público de la información en el ejercicio del derecho de acceso a la información pública: Análisis de su reconocimiento, naturaleza jurídica y de las circunstancias que determinan que un interés sea público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

Gallardo Castillo, M. J.: "Transparencia, poder público y derecho a la información", *Revista "Cuadernos Manuel Giménez Abad",* núm. 8, 2014.

García Morales, V. Y.: "Donde habitan las mentiras: libertades de expresión e información en tiempos de odio e hiperinformación", *Revista CIDOB d'afers internacionals*, núm. 124, 2020.

Gómez Gómez, F. J.: "El papel de los medios de comunicación en la política", *Temas para el debate*, núm. 245, 2015.

Gude Fernández. A.: "El Habeas Corpus", en *La tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*, (coord. por P. Murillo de la Cueva, y E. Carmona Cuenca), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

Guichot, E.:

- "El consejo de transparencia y buen gobierno", en *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno: estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, (coord. por E. Guichot), Tecnos, Madrid, 2014.

- "El sentido, el contexto y la tramitación de la ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno", en *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno: estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre,* (coord. por E.Guichot), Tecnos, Madrid, 2014.

Luzón Peña, D.M.: *Lecciones de Derecho Penal,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

Orduña Moreno, F. J., Sánchez Martín, C. y Guillén Catalán, R.: La transparencia como valor del cambio social: su alcance constitucional y normativo, Aranzadi, Navarra, 2018.

Manin, B.: *Los principios del gobierno representativo*, Alianza, Madrid, 1998.

Marugán, N.: "La lucha contra los delitos de odio en el ámbito supraeuropeo: los instrumentos de la Convención para la eliminación de la discriminación racial de Naciones Unidas", *Cuadernos de análisis*, núm. 60, 2017.

Ortega Gutiérrez, D.: "Libertades. Libertad de expresión y de información", en *Comentarios a la Constitución Europea*, (coord. por V. Garrido Mayol, S. García Couso y E. Álvarez Conde), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

Ortiz Vidal, M.: "La libertad de expresión convertida en discurso de odio: la responsabilidad extracontractual del prestador del servicio de comunicación audiovisual en asuntos transfronterizos, en Libertad *de expresión y prevención de la violencia y discriminación por razón de religión,* (coord. por Z. Combalía Solís, Mª.P. Diago Diago, y A. González-Varas Ibáñez), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

Palomares Herrera, M.: "La reciente tendencia iusfundamental del derecho de acceso a la información pública en el derecho español", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 50, núm. 152, 2018.

Paniagua Soto, J. L.: "Sobre la forma de gobierno parlamentario en España: un parlamentarismo racionalizado de corte presidencial", *Fundación Manuel Giménez Abad*, 2010, versión on-line.

Pérez Luño, E.: Del habeas Corpus al Habeas Data, *Informática y derecho: Revista iberoamericana de derecho informático*, núm. 1, 1992.

Pérez Royo, F. J.: "Derecho a la información", Boletín de la ANABAD, núm. 3-4, 1999.

Presno Linera, M. A.: "La libertad de expresión según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 276, 2020.

Rallo Lombarte, A. "Una nueva generación de derechos digitales", *Revista de estudios políticos*, núm. 187, 2020.

Rey Martínez, F. "Quod omnes tangit ab omnibus cognitum esse debet: el derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental", *Revista Jurídica de Castilla León*, núm. 33, 2014.

Ripollés Serrano, M. R.: "Parlamento y medios de comunicación social", *Cuadernos de Derecho Público,* núm. 29, 2006.

Rodríguez Morillo, M. J.: "Medios de comunicación online y empoderamiento ciudadano: oportunidades y riesgos", *Revista Internacional de Pensamiento Político*, núm. 11, 2016.

Sánchez de Diego Fernández de la Riva, M.:

- "De la libertad de expresión al derecho de acceso a la información pública", *Comunicación y Pluralismo*, núm. 9, 2010.

- "El derecho de acceso a la información pública", en *Administración electrónica: la Ley/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos y los retos jurídicos del e-gobierno en España* (coord. por L. Cotino Hueso, y J. Valero Torrijos), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

Sánchez de Diego Fernández de la Riva, M. y Sierra Rodríguez, J.: "Retos para una agenda de la transparencia", en *Transparencia y participación para un Gobierno abierto*, (coord. por M. Sánchez de Diego Fernández de la Riva y J. Sierra Rodríguez,), Wolters Kluwer, Madrid, 2020.

Stuart Mill, J.: *Del Gobierno representativo*, Tecnos, Madrid, 1985.

Teruel Lozano, G. M, Pérez Miras, A. y Raffiotta, E.: *Desafíos para los derechos de la persona ante el siglo XXI: Internet y nuevas tecnologías,* Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2013.

Torres Manrique, F.: "Una mirada crítica a los derechos a la transparencia, información pública y rendición de cuentas", *Derecho y Cambio Social*, núm. 35, 2013, versión on-line.

TOSCANO, S. y GALMARINI, L.: "Derecho a la información, habeas data e Internet, Informática y Derecho", *Revista Iberoamericana de Derecho Informático (segunda época)*, núm. 1, 2016.

VILLAVERDE MENÉNDEZ, I.: "El marco constitucional de la transparencia", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 116, 2019.

¿EL ESTADO DE DERECHO EN PELIGRO? EL JUEZ CONSTITUCIONAL CONTRA LA CONSTITUCIÓN Y A FAVOR DE LA REELECCIÓN PRESIDENCIAL INDEFINIDA: CASO BOLIVIA

THE RULE OF LAW IN JEOPARDY? THE CONSTITUTIONAL JUDGE AGAINST THE CONSTITUTION AND IN FAVOR OF INDEFINITE PRESIDENTIAL RE-ELECTION: BOLIVIAN CASE

Rev. Boliv. de Derecho Nº 32, julio 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 862-899

Michael Juan
RAMÓN VEGA
QUEVEDO

ARTÍCULO RECIBIDO: 30 de enero de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 30 de abril de 2021

RESUMEN: En Bolivia, el tercer mandato y la habilitación del Expresidente Evo Morales a las elecciones presidenciales del 2019 fue permitido con aquiescencia del Tribunal Constitucional Plurinacional. Pese a que la Constitución lo prohibía y existía un referendo que rechazó la reelección presidencial indefinida. Esto ocurrió a través de la judicialización de la política que produjo una reforma no formal de la Constitución produciéndose un caso de constitucionalismo abusivo y la desestabilización del Estado de Derecho.

PALABRAS CLAVE: Reelección presidencial indefinida; Estado de Derecho; democracia; Derechos Humanos; judicialización de la política; constitucionalismo abusivo.

ABSTRACT: *In Bolivia, the third term and the habilitation of former President Evo Morales to the 2019 presidential elections was allowed with the acquiescence of the Plurinational Constitutional Court. Despite the fact that the Constitution prohibited it and there was a referendum that rejected indefinite presidential re-election. This occurred through the judicialization of politics that produced a non-formal reform of the Constitution producing a case of abusive constitutionalism and the destabilization of the rule of law.*

KEY WORDS: *Indefinite presidential re-election; Rule of Law; democracy; Human Rights; judicialization of politics; abusive constitutionalism.*

SUMARIO.- Introducción.- I. LA REELECCIÓN PRESIDENCIAL INDEFINIDA Y DERECHOS HUMANOS ¿ES LA REELECCIÓN PRESIDENCIAL UN DERECHO HUMANO?- 1. Reelección presidencial indefinida y derechos humanos ¿es la reelección presidencial un derecho humano?- II. LA JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA, LOS TRIBUNALES SUPREMOS DE JUSTICIA COMO MECANISMOS DE DISTRIBUCIÓN DE PODER Y LAS REFORMAS A LOS LÍMITES CONSTITUCIONALES DE LA REELECCIÓN PRESIDENCIAL POR VÍA JUDICIAL.- III. BOLIVIA DOS CASOS DE CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO.- IV. EL ESTADO DE DERECHO EN PELIGRO.- V. CONCLUSIÓN.

INTRODUCCIÓN.

La reelección Presidencial ha sido un tema controversial ampliamente debatido y ha logrado la manifestación de dos posturas, la primera a favor de un segundo mandato que puede ser de manera continua o después de un lapso de tiempo, y la segunda a favor de la no reelección presidencial, y se podría incluir una tercera postura en la cual se defiende la reelección presidencial indefinida "[e]n este cometido y haciendo gala de la diversidad institucional, algunos Presidentes han eliminado las restricciones que proscribían la reelección, otros han adoptado la reelección inmediata y, los más osados, han eliminado todas las restricciones para postularse indefinidamente"[1]. La incidencia de la reelección presidencial termina por lograr la ruptura de las instituciones democráticas y por ende el Estado de Derecho, poniendo en un grave peligro la protección de los derechos humanos[2].

En el contexto latinoamericano existe una nueva tendencia por la cual los altos mandatarios de los Estados buscan la reelección presidencial indefinida en la región, es por ello notable en el panorama constitucional de toda la región la adopción de medidas más permisivas para la reelección presidencial[3]. Esta tendencia no ha excluido a Bolivia, en la cual el (ex)Presidente Evo Morales Ayma (en adelante Evo Morales) estuvo 13 años en el poder, sus dos primeros mandatos legalmente, el tercero a través de la intervención e interpretación del Tribunal Constitucional Plurinacional (en adelante Tribunal Constitucional), y finalmente fue habilitado para postularse a un cuarto mandato por medio del mismo mecanismo,

1 Treminio Sanchez, I.: "Las Reformas a la Reelección Presidencial del Nuevo Siglo en América Central, Tres Intentos de Reforma y Un Golpe de Estado", *Rev. Política y Gobierno*, vol. 22 núm. 1, 2009, p. 149.

2 Ver Jerez Moreno R.: "La reelección presidencial no es un derecho humano. La Comisión de Venecia puso el punto sobre las íes", *Rev. Envío*, núm. 55, 2018, p. 22.

3 Ver Treminio Sanchez, I.: "Las Reformas", cit., p. 149.

• Michael Juan Ramón Vega Quevedo
Activista por los Derechos Humanos. Lic. en Ciencias Jurídicas y Políticas por la Universidad Mayor de San Simón; egresado de la Diplomatura en Derechos Económicos, Sociales y Ambientales por la Universidad de Buenos Aires; y de la Maestría en Derechos Humanos por la Universidad Nacional de La Plata. Correo electrónico: mike94vega@gmail.com.

pese a que la Constitución Política Plurinacional (en adelante la Constitución) lo prohibía y el antecedente de un referendo previo en el cual la población mediante el voto rechazó la reforma constitucional para modificar los límites a la reelección; provocando la desestabilización institucional del Estado de Derecho[4].

Los máximos tribunales que fueron instituidos para proteger la Constitución han sido contaminadas por la política partidaria debido a la judicialización de la política, que refiere a la intervención de los máximos Tribunales de Justicia para resolver temas políticos controversiales como ha ocurrido en Costa Rica, Nicaragua, Honduras y Bolivia[5]. Países en los cuales el poder judicial ha servido como un verdadero mecanismo de distribución de poder; debido a esta judicialización de la política en cuanto a temas de reelección presidencial ha derivado las reformas no formales de las Constituciones, produciéndose un caso claro de constitucionalismo abusivo[6].

El objetivo del presente ensayo es analizar el caso de Bolivia en contraste con la reelección presidencial indefinida, la judicialización de la política, la distribución del poder y las reformas constitucionales a través de los Tribunales Supremos de Justicia como factores que inciden en la desestabilización institucional de un Estado de derecho coadyuvando a provocar efectos negativos en él y debilitar las instituciones democráticas. La metodología que se usa en el presente ensayo es la investigación jurídica, específicamente el método dogmático jurídico, conjuntamente con análisis de la literatura existente, jurisprudencia, normativa e informes de organismos internacionales, ello impone que la cuestión se aborde desde una perspectiva metodológica, es decir que el trabajo se oriente al análisis de conceptos, dentro del sistema al que pertenecen, para aplicarlos al caso concreto.

I. LA REELECCIÓN PRESIDENCIAL INDEFINIDA.

Se puede precisar que existen dos posturas frente a la reelección presidencial, la primera es la posición positiva o permisiva, que defiende la extensión de un segundo mandato en función del buen gobierno, en otras palabras es una forma de beneficiar al gobierno por una buena gestión, recayendo sobre el soberano

4 Ver Nocera, L. A.: "Contradicciones Constitucionales: El Tribunal Constitucional Plurinacional Boliviano y la Reelección de Morales. ¿Una Práctica De Abusivismo Constitucional?", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, vol. 23, núm. 2, 2019, pp. 492-496; ver también Vargas Lima, A. E.: "La reelección presidencial en la jurisprudencia del tribunal constitucional plurinacional de Bolivia. La ilegítima mutación de la constitución a través de una ley de aplicación normativa", 2019, *Rev. Boliviana de Derecho*, núm. 19, 2015, pp. 457-458.

5 Ver Treminio Sanchez, I.: "Las Reformas", cit., pp. 155-160; Ver *también* Martínez Barahona, E. y Brenes Barahona A.: "'Y Volver, Volver, Volver…' un Análisis de los Casos de Intervención de las Cortes Supremas en la Reelección Presidencial en Centroamérica", *Anuario de Estudios Centroamericanos*, vol. 38, pp. 112-123, 2012.

6 Ver Nocera, L. A.: "Contradicciones Constitucionales", cit., pp. 494-495; ver *también* Martínez Barahona E.: "Las Cortes Supremas como mecanismo de distribución de poder: El caso de la reelección presidencial en Costa Rica y Nicaragua", *Rev. Ciencia Política,* vol. 30, núm. 3, 2010, pp. 724-725.

la decisión de prolongación o no de su mandato en función al resultado de su gestión; además, permite llevar a cabo un cambio relevante en la sociedad ya que el gobierno de turno podrá crear un plan de proyecto a largo plazo; también alega, que se restringe el derecho al sufragio universal de la población para elegir a sus gobernantes, más aún cuando pueden ser líderes fundamentales para la preservación de la política de Estado[7].

Contraria a esta postura se encuentra la restrictiva, que promueve los límites a la reelección presidencial y fundamenta su teoría en la alternancia política que permite que el régimen democrático no se convierta en uno autoritario; además, promueve el surgimiento de nuevos líderes, políticas e ideas de cambios en la sociedad; también, impide una concentración de poder en el ejecutivo y no degenera la institucionalidad de los demás poderes preservando el principio de la separación de poderes del Estado de derecho; por otro lado, evita que el gobernante pierda el temor a cometer errores y obrar de manera correcta; y por último, logra combatir la corrupción debido a que ayuda al gobernante a no perder su capacidad de conciencia y ejecutar los procedimientos más sucios con tal de obtener beneficios propios[8].

Sea de la forma en la que se encuentre regulada la reelección presidencial estas teorías fundamentan sus argumentos en posturas a favor o en contra de la reelección en manera general, pero no hablan específicamente de la reelección presidencial indefinida[9]. Como se afirmó anteriormente, la reelección presidencial indefinida aparece como una tercera postura y refiere cuando una Constitución no prevé límites a la reelección y el Presidente podrá postularse cuantas veces quiera a elecciones para ocupar el mismo cargo aún de manera consecutiva.

Aplicando las ventajas y desventajas de las posturas desglosadas con anterioridad, en Latinoamérica empieza a surgir el debate entre los beneficios y perjuicios que pudieran acarrear de la implementación de esta postura[10]. Por ejemplo, su aplicación vulnera los principios democráticos, primero, el de soberanía popular porque las limitaciones constitucionales a la reelección han sido resultado del poder constituyente, es decir de la voluntad del soberano; segundo, el de representación política debido a que no permite a los demás ciudadanos acceder a los máximos cargos del Estado y limita el surgimiento de nuevos líderes políticos;

7 Ver Treminio Sanchez, I.: "Las Reformas", Cit., pp. 148-149; ver *también* Sarrafero, M. D.: "Reelección Presidencial en América Latina: Evolución y Situación Actual", *Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, núm. 5, 2010, pp. 6-7 (citando a Hamilton, A., Madison, J. y Jay, J.: *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, México, 2010); Ver *también*, Rivera Santivañez, J. S.: *"La segunda reelección presidencial. Una habilitación que afecta al Estado constitucional de Derecho*, Konrad Adenauer Stiftung (13 de abril del 2013).

8 Sarrafero, M. D.: "Reelección Presidencial", cit., pp. 7-8; Rivera Santivañez, J. S.: *"La segunda reelección"*, cit., p. 7.

9 Ver Sarrafero, M. D.: "La Reelección Presidencial Indefinida en América Latina", *Revista de Instituciones, Ideas y Mercados*, núm. 54, 2011, p. 234.

10 *Ibídem*.

por último, vulnera el principio de alternancia, provocando una concentración del poder y el debilitamiento de las instituciones de un Estado de Derecho que conllevaría a convertir un régimen democrático en un régimen autoritario[11].

Bolivia toma el modelo de reelección presidencial consecutiva por una sola vez, esto quiere decir que si bien existe un límite a la reelección presidencial indefinida permite un segundo mandato consecutivo[12]; este límite constitucional fue introducido en la nueva Constitución Política del Estado aprobada mediante referendo del año 2009 y promovido por el gobierno de Evo Morales[13].

Sin embargo, a pesar de las restricciones Constitucionales de acceso a la reelección, Evo Morales logró (re)postularse a un tercer mandato y posteriormente fue habilitado para postularse a un cuarto mandato, cuestión que fue avalada y legitimada –en ambos casos– por el Tribunal Constitucional convirtiendo el régimen de reelección por una sola vez en una reelección indefinida[14].

1. Reelección presidencial indefinida y derechos humanos ¿es la reelección presidencial un derecho humano?

Cuando en un Estado de Derecho se permite la reelección presidencial indefinida, conlleva principalmente a la afectación específica de los derechos humanos de participación política de los demás candidatos reconocidos por los tratados internacionales[15], pero más importante, atenta contra el sistema democrático de un Estado de derecho[16], y cuando un régimen democrático se convierte en un régimen autoritario por la concentración de poder y la perdida de institucionalidad de los demás órganos del Estado, no existe un régimen de seguridad para la protección de los demás derechos humanos[17].

El principio-derecho de la igualdad ante la ley se ve afectado sobre personas que quieren ocupar los altos mandos de un Estado y ejercer su derecho de participación política[18]. El Presidente postulante tiene ventaja sobre los demás participantes, que pretenden ocupar los máximos cargos del Estado, debido a

11 Ver Sarrafero, M. D.: "Reelección Presidencial", cit., pp. 6-13 (Usando los argumentos plasmados por el autor para sostener las posturas en contra o a favor de la reelección de manera general, se los implementó en el presente ensayo en el análisis de la reelección presidencial indefinida). Ver *también* Sarrafero, M. D.: "La Reelección Presidencial Indefinida en América Latina", cit., pp. 253-255.

12 Sarrafero, M. D.: "La Reelección Presidencial Indefinida en América Latina", cit., p. 236.

13 *Ibídem* pp. 237-238.

14 Ver Declaración Constitucional Plurinacional No. 0003, de 25 de abril de 2013; ver *también* SCP 0084/2017 de 28 de noviembre de 2017.

15 Jerez Moreno R.: "La reelección presidencial", cit., p. 24.

16 Penfold, M., Corrales, J., y Hernández, G.: "Los Invencibles: La Reelección Presidencial y los Cambios Constitucionales en América Latina", *Rev. de Ciencias Políticas*, vol. 34, núm. 3, 2014, p. 548.

17 *Ibídem* p. 540; Jerez Moreno R.: "La reelección presidencial", cit., p. 24; Nocera, L. A.: "Contradicciones Constitucionales", cit., p. 495.

18 Jerez Moreno R.: "La reelección presidencial", cit., p. 22.

la disponibilidad de los recursos públicos para las campañas electorales[19]. En la misma línea, los Presidentes-postulantes instauran, a través de discursos, miedo en la población sobre cambios y problemas extremos en el país si no son reelectos[20]. Además, tienen ventajas al estar en constante exposición mediática en tiempos electorales a través de medios de comunicación y entrega de obras públicas[21]. Como resultado final se afectan los derechos de las minorías políticas porque no se encuentran en las mismas condiciones en una contienda electoral[22].

Paradójicamente, los argumentos usados por los máximos mandatarios para lograr la inaplicación o la reforma de las restricciones constitucionales a la reelección presidencial en Latinoamérica, por medio de sus máximos tribunales de justicia, es la alegación de la vulneración de sus derechos humanos políticos y prohibición de participación en procesos electorales como las demás personas en igualdad de condiciones -a pesar de haber ejercido ya su derecho a ser elegido y los límites constitucionales de una Carta Magna que fue aprobada mediante el voto del soberano- por lo que suponen ser discriminados por la ley[23].

Estos argumentos también fueron usados y avalados por el Tribunal Constitucional de Bolivia para reconocer indirectamente la existencia de un derecho humano a la reelección permitiendo al líder oficialista postularse en las elecciones generales del 2019 para un cuarto mandato, desconociendo el resultado contrario surgido del referendo; por lo cual, este acto significó una reforma no formal a la Constitución[24]. Ante estos hechos ocurridos, la Misión de Observación del Proceso Electoral del Referendo del 2016, organizaciones internacionales como Human Rights Watch, locales como la Asamblea Permanente de Derechos Humanos y movimientos ciudadanos de Bolivia expresaron su preocupación ante el peligro inminente de las instituciones democráticas y de la institucionalidad del Estado de derecho solicitando el respeto de los resultados expresados en el referendo del año 2016[25].

19 Penfold, M., Corrales, J., y Hernández, G.: "Los Invencibles", cit., p. 16.

20 *Ibídem*.

21 *Ibídem*.

22 Ver Cachin Fuenmayor, R.: "El Nuevo Autoritarismo Latinoamericano: Un Reto Para La Democracia y Los Derechos Humanos (Análisis Del Caso Venezolano)", *Revista de Estudios Constitucionales*, vol. 17, núm. 1, 2019, p. 31.

23 Ver Penfold, M., Corrales, J., y Hernández, G.: "Los Invencibles", cit., pp. 541-548; Jerez Moreno R.: "La reelección presidencial", cit., pp. 19-20; Martínez Barahona E.: "Las Cortes Supremas", cit., p. 733; Nocera, L. A.: "Contradicciones Constitucionales", cit., pp. 495 y 505.

24 Nocera, L. A.: "Contradicciones Constitucionales", cit., pp. 493-494.

25 Ver *Misión de la OEA llama a aceptar los resultados del referendo en Bolivia,* El País (23 de febrero del 2016), https://www.elpais.com.uy/mundo/mision-oea-llama-aceptar-resultados-referendo-bolivia.html; Wendy Pinto, *Movimientos ciudadanos exigen que Evo respete el "No" del 21F,* Página Siete (14 de diciembre del 2016) https://www.paginasiete.bo/nacional/2016/12/14/movimientos-ciudadanos-exigen-respete-no-120357.html; José Miguel Vivanco y Juan Pappier, *Evo Morales manipula los derechos humanos para aferrarse a la presidencia,* Human Rights Watch (9 de noviembre del 2017), https://www.hrw.org/es/news/2017/11/09/evo-morales-manipula-los-derechos-humanos-para-aferrarse-la-presidencia#; Redacción Central, *Demanda ante CIDH y paro nacional suben presión contra la repostulación,* Los Tiempos (31 de enero del 2018), https://

Sumado a ello, la Organización de Estados Americanos (en adelante OEA), mediante una comunicación el 24 de octubre de 2017 invita a la Comisión de Venecia a realizar un estudio sobre el derecho de reelección, dentro del contexto de una mala práctica que consiste en modificar los períodos presidenciales a través de una decisión de las cortes constitucionales y no de un proceso de reforma, la Comisión de Venecia fue el primer órgano internacional en pronunciarse sobre la reelección[26].

El informe de la investigación arroja las siguientes afirmaciones: (i) una persona que se propone ser reelecta ya ha ejercido su derecho a ser elegida, por lo que los límites a la reelección no deben ser considerados como una violación a un derecho humano, estos límites deben ser considerados como una restricción al derecho de participación política[27]. (ii) En caso de existir un derecho humano a la reelección debe pasar primero por un proceso de reconocimiento de la sociedad y de los mecanismos legales; mientras no haya ninguna disposición normativa que lo reconozca de manera específica no puede ser exigido ni pretender fuerza coercitiva de aplicación; al no existir ningún tratado internacional que reconozca a la reelección como derecho humano no se puede considerar la existencia de un derecho humano especifico y diferenciado a la reelección[28]. (iii) Los límites a la reelección están orientados a proteger la democracia del peligro de convertirse en una dictadura de facto, fortalecen a una sociedad democrática en función del principio de alternancia política, y mantienen la posibilidad de que la oposición acceda al poder a través de procedimientos institucionalizados[29]. (iv) Los límites a la reelección están destinados a proteger los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho que son objetivos legítimos dentro de la normativa internacional[30]. (v) Por otro lado, sobre las democracias actuales, establece que la soberanía reside en el pueblo, por lo tanto, toda autoridad debe emanar del pueblo, concluyendo que ninguna autoridad puede intentar la reelección si la Constitución prevé lo contrario puesto que las restricciones a la reelección devienen de la decisión soberana del pueblo, es decir del poder constituyente[31]. (vi) Finalmente, determina que los límites a la reelección no son discriminatorios

www.elpais.com.uy/mundo/mision-oea-llama-aceptar-resultados-referendo-bolivia.html (presentando una demanda ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) por los exdefensores del Pueblo, Rolando Villena y Waldo Albarracín, y la Asamblea Permanente de Derechos Humanos de Bolivia (APDHB) solicitando el respeto de los resultados del referendo).

26 Organización de Estados Americanos, *Comunicado de Prensa D-011/18, Mensaje del Secretario General de la OEA sobre opinión de la Comisión de Venecia sobre reelección presidencial* (9 de abril del 2018) https://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=D-011/18; Karina Martin, *OEA pide respetar voluntad popular contra reelección de Evo Morales y que caso vaya a la CIDH,* Panam Post (7 de octubre del 2017), https://es.panampost.com/karina-martin/2017/10/05/oea-reeleccion-de-evo-morales/.

27 Comisión Europea para la Democracia a Través del Derecho (Comisión de Venecia): *Informe Sobre los Límites a la Reelección Parte I – Presidentes*, Venecia, 2018, p. 8.

28 *Ibídem* pp. 17-19.

29 *Ibídem* p. 21.

30 *Ibídem*.

31 *Ibídem*.

porque su fin es preservar la democracia, los derechos humanos y el Estado de derecho y son consideradas un límite razonable al derecho de ser elegido porque impide el ejercicio ilimitado del poder en manos del Presidente y protegen los principios constitucionales de controles y separación de poderes; el Presidente no puede exigir sus derechos políticos contra la Constitución[32].

Entre otras afirmaciones importantes también determinó que los límites a la reelección no vulneran los derechos de los electores porque son expresiones de la decisión del pueblo[33], y son el resultado del ejercicio de autodeterminación para evitar la monarquía republicana, es decir que es un límite autoimpuesto al poder del pueblo de elegir libremente a un representante con el objetivo de mantener un sistema democrático[34]. Si el pueblo realmente desea reelegir al Presidente en funciones en contra de su decisión anterior sobre los límites a la reelección, debe hacerlo mediante una enmienda constitucional[35].

Además la alternancia permite al gobierno, que está concluyendo su mandato, la rendición de cuentas de su gestión a la población para que se haga responsable de los actos que pudieron haber cometido[36]. Finalmente es contundente en cuanto que los límites a la reelección presidencial, solamente pueden ser reformados por una reforma constitucional,[37] y el pueblo es el único que puede hacerlo, es importante recalcar que las propuestas de reformas constitucionales que estén destinadas a aumentar el poder del Presidente en caso de que se aprueben deben tener efecto en mandatarios futuros y no para el funcionario que se encuentre en el cargo en ese momento[38].

Por otro lado, dentro del Sistema Universal de Protección se puede analizar la Observación General No. 25 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas que desglosa -entre otras cosas- las restricciones al derecho de participación política, llegando a la conclusión que si existieren límites a la postulación en elecciones estas deberán basarse en criterios objetivos y razonables, las personas no deben ser excluidas mediante la imposición de requisitos irrazonables o de carácter discriminatorio[39].

En la misma línea, en el Sistema Interamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Corte IDH") ha sentado jurisprudencia en

32 *Ibídem.*

33 *Ibídem* p. 22.

34 *Ibídem* p 23.

35 *Ibídem.*

36 *Ibídem.*

37 *Ibídem* p. 24.

38 *Ibídem* p. 25.

39 Ver Comité de Derechos Humanos, Observación general N° 25: La participación en los asuntos públicos y el derecho de voto (artículo 25), 15,18, Doc. O.N.U. CCPR/C/21/Rev.1/Add.7 (12 de julio de 1996).

el *Caso Yatama Vs. Nicaragua* en el que establece que "[l]a previsión y aplicación de requisitos para ejercitar los derechos políticos no constituyen, per se, una restricción indebida a los derechos políticos. Esos derechos no son absolutos y pueden estar sujetos a limitaciones"[40], y en el caso *Castañeda Gutman Vs. México* en el cual afirma que "la Convención Americana no establece una modalidad específica o un sistema electoral particular mediante el cual los derechos a votar y ser elegido deben ser ejercidos"[41]. Del desarrollo anterior se desprende que la reelección presidencial indefinida no es un derecho humano y que el derecho de participación política puede ser limitado por una causa razonable, proporcional, legítima y justificable[42]. Por ende los límites constitucionales a la reelección presidencial están destinados a fortalecer las instituciones democráticas y proteger el Estado de Derecho[43].

II. LA JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA, LOS TRIBUNALES SUPREMOS DE JUSTICIA COMO MECANISMOS DE DISTRIBUCIÓN DE PODER Y LAS REFORMAS A LOS LÍMITES CONSTITUCIONALES DE LA REELECCIÓN PRESIDENCIAL POR VÍA JUDICIAL.

Los Tribunales Supremos de Justicia de los diferentes Estados -en el contexto latinoamericano- han funcionado como verdaderos mecanismos de distribución del poder político en el poder ejecutivo. Su papel ha sido fundamental al momento de legitimar los terceros, inclusive cuartos mandatos de Presidentes que buscan perpetuarse en el poder por medio de la interpretación e inaplicación de las normas constitucionales que limitan el acceso a la reelección presidencial indefinida[44]; los gobiernos diseñan estrategias y buscan aliados para poder alcanzar sus fines políticos entre estas estrategias se deben incluir a los jueces cuyas decisiones tienen carácter vinculante[45]; por lo que, ni los Tribunales Supremos de Justicia, tampoco los Tribunales Constitucionales pueden ser considerados imparciales en cuanto a temas del poder político, a consecuencia de ello han empezado a ser estudiados por la ciencia política; a todo este fenómeno también se lo conoce como la judicialización de la política[46].

40 Ver *también* Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. Serie C No. 127, (23 de junio de 2005)

41 Ver Castañeda Gutman Vs. México, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Ct. Inter-Am. DD. HH. Serie C No. 184 ¶ 206 (6 de agosto del 2008).

42 Comisión Europea para la Democracia a Través del Derecho (Comisión de Venecia): *Informe Sobre los Límites,* cit., p. 21.

43 *Ibídem.*

44 Nocera, L. A.: "Contradicciones Constitucionales", cit., pp. 494-495; Martínez Barahona E.: "Las Cortes Supremas", cit., pp. 724-725.

45 Martínez Barahona, E. y Brenes Barahona A.: "'Y Volver, Volver, Volver…", cit., p. 110.

46 Ver *ibídem.* (Citando a Pilar, D.: "Judicialization of Politics or Politicization of the Judiciary? Recent Trends in Latin America, *Revista Democratization*, vol. 11, núm. 1, 2004, pp. 104-108 (explicando que, en las instituciones judiciales, los procesos legales y los jueces han sido llamados a resolver disputas políticas).

Las decisiones judiciales que determinan la inaplicación de los límites a la reelección presidencial pueden ser desarrolladas desde la teoría del *tactical balancing,* que expone que estas decisiones tienen una explicación multi-causal ante la existencia de un caso controvertido, no existe un solo factor que influya en la toma de decisiones, sino varios como por ejemplo: (i) el factor legal, (ii) la preferencia política, (iii) la repercusión institucional, política y económica de la decisión judicial, y (iiii) sus efectos sobre la opinión pública; factores que son ponderados en función del caso y el contexto a la hora de tomar decisiones judiciales[47].

El fin de que los políticos acudan ante instancias judiciales, específicamente a Tribunales Supremos de Justicia o Tribunales Constitucionales, es legitimar sus acciones mediante el poder judicial el cual es más difícil cuestionar para la población por el carácter de imparcialidad e independencia que debería poseer, es decir que quieren ocultar sus intenciones -en este caso el de permanecer en el poder de manera indefinida- mediante la despolitización[48]. Además al depender la decisión de las instituciones judiciales permite que los políticos puedan deslindarse de cualquier responsabilidad ante eventuales situaciones que pudieran acarrear efectos negativos[49].

En Bolivia, durante el gobierno de Morales existía una tendencia en lograr controlar algunas instituciones, como ser el Tribunal Constitucional Plurinacional "mediante la aplicación de mecanismos formales e informales que explican su labor cada vez más apegada a los deseos del gobierno"[50]. En un discurso el año 2008 el ex primer mandatario realizó una declaración polémica al decir que:

Cuando algún jurista me dice 'Evo te estás equivocando jurídicamente, eso que estás haciendo es ilegal', bueno, yo le meto, por más que sea ilegal, después les digo a los abogados, 'si es ilegal, legalicen ustedes, para qué han estudiado (…) [a] veces hay que empezar, aunque sea errando, errando y en el camino mejoraremos y en el camino legalizaremos y eso para acelerar nuestro trabajo[51].

47 Ver *ibídem* p. 111 (citando a Diana Kapiszewski, Tactical Balancing and Prioritzing Pragmatism: High Court Decision Making on Economic Policy Cases un Brasil, Conference Judicial Politics in Latin America in México D.F. (4-8 de marzo del 2009)).

48 *Ibídem.*

49 *Ibídem* p. 110.

50 Ver Welp, Y. y Lissidini, A.: "Democracia Directa, Poder y Contra poder, Análisis del Referendo del 21 de febrero de 2016 en Bolivia", *Revista de Estudios Bolivianos*, vol. 22, 2016, pp. 171-172 (citando a Andrea Castagnola y Aníbal Pérez-Liñán, *Bolivia: el Ascenso (y caída) del Control Constitucional, en* Tribunales Constitucionales en América Latina 471-514 (Julios Ríos Figueroa y Gretche Helmke, eds.2010)).

51 Redacción Central, *Evo antepone el pueblo a la ley,* Los Tiempos, 29 de agosto del 2017 https://www.lostiempos.com/actualidad/nacional/20170829/evo-antepone-pueblo-ley.

Este tipo de declaraciones normalmente van acompañadas de advertencias de represalias que si en caso de que la justicia no actué en base a los deseos del gobierno, será el pueblo quien va a juzgar a la justicia[52].

Cabe recordar que el art. 411 inciso 2 de la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia, aprobada en 2009, establece que "la reforma parcial de la Constitución puede iniciarse por iniciativa popular, con la firma de al menos el veinte por ciento del electorado; o por la Asamblea Legislativa Plurinacional (en adelante Asamblea Legislativa), mediante Ley de Reforma Constitucional aprobada por dos tercios del total de miembros presentes. Cualquier reforma parcial necesitará el referendo constitucional aprobatorio"[53]. Si bien el referendo es un mecanismo de participación democrática directa muchas veces es usado para concentrar el poder y enfrenta ciertas limitaciones: (i) la falta de responsabilidad política de los representantes, (ii) diseños institucionales defectuosos y (iii) la debilidad de los organismos de control y supervisión de los procedimientos, que afecta especialmente a organismos electorales y a las cortes constitucionales[54]. Por lo tanto, en Bolivia no existe otra vía formal para reformar la constitución[55].

Si bien existen estas limitaciones, se encuentran varios factores que influyen para que los Presidentes busquen una nueva reelección utilizando como mecanismo a los Tribunales Supremos de Justicia. El primero, es la popularidad, que tienen los líderes, y se encuentra respaldada en su imagen pública; la supervivencia política puede depender de la relación de los líderes con los ciudadanos que se traduce en el respaldo popular adquirido durante su gestión de gobierno[56]. Esta variable puede ser medida a través de tres indicadores (i) la aprobación de la gestión presidencial debe ser superior al 40%, (ii) el porcentaje de confianza expresados por los ciudadanos al Presidente debe ser mayor al 50% y (iii) el umbral superior a la mayoría de los votos debe ser del 50% en primera vuelta[57].

El segundo, es la minoría dentro de la Asamblea Legislativa, y refiere al apoyo insuficiente que tienen un Presidente dentro de la Asamblea para dar continuidad a los proyectos de reformas constitucionales reeleccionistas de manera legal, produciéndose un estancamiento legislativo, llevándolos a buscar la reelección

52 Welp, Y. y Lissidini, A.: "Democracia Directa", cit., p. 172.

53 Art. 411 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, 2 de febrero del 2009.

54 Welp, Y.: "El Referéndum ha Muerto, Viva el Referéndum", *Rev. Nueva Sociedad,* núm. 282, 2019.

55 Art. 411 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, 2 de febrero del 2009.

56 Ver Treminio Sanchez, I.: "Las Reformas", cit., p.161.

57 *Ibídem*.

mediante la vía judicial[58]. Pues este aspecto facilita al Presidente evadir el espacio legislativo y activar otra instancia con capacidad de decisión[59].

El tercero, refiere al control partidista, y significa la concentración del poder del Presidente sobre su partido político que le permite convencer a los actores con capacidad de decisión que en este caso son los diputados y senadores en otros países con diferente composición parlamentaria[60]. Por último, la rigidez de los procedimientos de reforma constitucional, ésta variable refiere a la dificultad de los mecanismos legales establecidos por la Constitución para lograr una reforma parcial, en caso de que los mecanismos de reforma sean difíciles de acceder influirá sobre la decisión del Presidente de acudir a la vía judicial para lograr una reforma constitucional que permita eliminar los límites a la reelección[61].

Estos factores pueden ser aplicados al caso boliviano que llevaron a Evo Morales Ayma a buscar la reelección presidencial para un cuarto mandato en las elecciones de octubre del 2019[62]. Primero, en relación con la popularidad la formula Morales-García Linera tenían un fuerte apoyo popular en las tres elecciones democráticas previas en las que participaron -desde el año 2005-, obtuvieron 54 por ciento en la primera elección, 64 por ciento en las elecciones del 2009 y el 61 por ciento en el 2014, con una participación electoral del 89, 90 y 88 por ciento respectivamente, todas ganando en primera vuelta[63]. Además según los estudios realizados por el Proyecto de Opinión Pública en América Latina (LAPOP) en el año 2012, el promedio de aprobación del desempeño del gobierno boliviano de manera conjunta alcanza un nivel medió con un porcentaje de 43 por ciento, empero la confianza en el Presidente Evo morales alcanzó el 75 por ciento[64]. Por lo tanto, Evo Morales contaba con una popularidad indiscutible.

Si bien Evo Morales contaba con el apoyo superior a los dos tercios dentro de la Asamblea Legislativa y consiguió sacar adelante la propuesta de reforma parcial a la Constitución, fue rechazado a través del voto directo de la población en un referendo realizado el 21 de febrero del 2016 con un porcentaje del 51,3

58 *Ibídem* p. 162 (citando a Mainwaring, S. y Soberg Shugart, M.: *Presidentialism and Democracy in Latin America*, 1997).

59 *Ibídem* p. 163.

60 *Ibídem* p. 164.

61 *Ibídem* p. 165.

62 Nocera, L. A.: "Contradicciones Constitucionales", cit., pp. 492-496.

63 Welp, Y. y Lissidini, A.: "Democracia Directa", cit., p. 169.

64 Proyecto de Opinión Pública en América Latina (LAPOP): *Ciudadanía, Comunidad de Estudios Sociales y Acción Pública*, 2012, pp. 114-118. vanderbilt.edu/lapop/bolivia/Bolivia-2012-Report.pdf.

por ciento[65], lo que provocó un estancamiento legislativo ante la imposibilidad de modificar la Constitución[66].

Respecto al respaldo de Evo Morales dentro de su partido Movimiento al Socialismo se vio reflejado en las elecciones primarias, puesto que la Ley de Organizaciones Políticas establece que para que los partidos presenten sus candidatos presidenciales a las elecciones generales, primero deben realizarse las primarias en el interior de cada partido político para probar que sus miembros expresan su conformidad con el binomio propuesto y que además tienen respaldo partidario[67]. En las elecciones primarias celebradas el 27 de enero del 2019 Evo Morales obtuvo el respaldo del 35 por ciento de su partido que representa a 349.383 de sus militantes frente a los demás candidatos de otros partidos que obtuvieron en el 3 y 7 por ciento[68].

Finalmente, la Constitución boliviana puede ser reformada total o parcialmente; la reforma total precisa de una asamblea constituyente que puede nacer desde una iniciativa ciudadana y debe contar con el 20 por ciento de firmas de la población hábil para votar, por mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Legislativa, o por el Presidente del Estado[69]. La reforma parcial puede ser promovida desde la población con la recolección de firmas del 20 por ciento de los electores, o por la Asamblea; en ambos casos, deben ser sometidos a referendo[70]; cuestión que se logró debido al gran porcentaje de apoyo que tenía Evo Morales[71]. Si bien es cierto que se logró promover los mecanismos de reforma, no pudo materializarlos ante el rechazo del mismo en las urnas[72].

Por lo que, ante la popularidad del Presidente Evo Morales[73], el respaldo de su partido político[74], y la imposibilidad legal para reformar la constitución a través de la Asamblea Legislativa[75], debido el rechazo de la población en el referendo del 21 de febrero del 2019, se produce un estancamiento legislativo que imposibilita

65 Organización de los Estados Americanos (OEA): *Informe al Consejo Permanente Misión De Observación Electoral Estado Plurinacional De Bolivia Referendo Constitucional*, 2016, p. 3.

66 Treminio Sanchez, I.: "Las Reformas", cit., p. 162.

67 Art. 29 de la Ley de Organizaciones Políticas No. 1096, 1 de septiembre del 2018).

68 Ver ABI, *Resultados parciales: 349.383 militantes del MAS, 35%, concurrieron a las urnas y entre 15.000 y 3.000 de los otros partidos,* Agencia Boliviana de Información (27 de enero del 2019) https://www1.abi.bo/abi_/?i=419774.

69 Cárdenas Gracia, J.: "Informe Sobre el Referéndum Boliviano de 2016", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 148, 2017, p. 87.

70 *Ibídem*.

71 Welp, Y. y Lissidini, A.: "Democracia Directa", cit., pp. 173-174.

72 Cárdenas Gracia, J.: "Informe Sobre el Referéndum", cit., p. 89.

73 Welp, Y. y Lissidini, A.: "Democracia Directa", cit., p. 169.

74 *Ibídem*.

75 Ver Zegada Claure, M. T.: "El Escenario Boliviano en 2018: Estabilidad Económica e Incertidumbre Institucional", *Rev. de Ciencias Políticas*, vol. 39, núm. 2, 2019, pp. 156-157.

eliminar los límites a la reelección presidencial por los mecanismos formales lo que lleva a Evo Morales a buscar la reelección presidencial mediante la vía judicial en este caso el Tribunal Constitucional Plurinacional "guardián de la Constitución"[76].

III. BOLIVIA DOS CASOS DE CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO.

El Constitucionalismo abusivo consiste en que, detrás del uso de mecanismos previstos constitucionalmente, se esconden propósitos autoritarios, aparentemente se cree estar en un régimen democrático constitucional, empero lo que ocurre en realidad es el control de un partido y/o un líder popular debido a la ausencia real de mecanismos de equilibrio y contrapesos[77].

Los Tribunales Constitucionales constituyen los máximos defensores de la Constitución y del régimen democrático[78], así como también se encargan de la protección efectiva e idónea de los derechos fundamentales de las personas, en otras palabras, es el máximo guardián de la Constitución[79]. La nueva Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia fue promulgada en febrero del 2009 por iniciativa del gobierno de Morales, y participaron en ella los sectores históricamente marginados de la sociedad, como la población indígena, los pueblos afrodescendientes, campesinos y las mujeres, además también se instauró en el debate la oposición política del momento, sumado a ella los cocaleros[80], estudiantes, las universidades, juntas vecinales, los obreros, la sociedad civil y los empresarios, es decir que el proceso se encontraba respaldado por el soberano[81]. Si bien tuvo algunas dificultades el producto fue el resultado de amplios debates y disputas dentro y fuera del constituyente[82]. Bolivia estaba en la necesidad urgente de la creación de un nuevo texto constitucional que se adecue a la realidad del país y de la pluralidad de sus territorios[83]. El proyecto final es sometido a referendo el

76 *Ibídem.*

77 Ver Cachin Fuenmayor, R.: "El Nuevo Autoritarismo", cit., p. 24 (citando a García Oñoro, J.: *"Latinoamérica: Entre la democracia y el autoritarismo"*, *Rev. en Estudios Políticos,* núm. 41, pp. 22-31).

78 Rivera Santivañez, J. A.: *El Tribunal Constitucional Defensor de la Constitución*, Bolivia, 2007, p. 59.

79 Vargas Lima, A. E.: "La reelección presidencial", cit., p. 455.

80 Personas que se dedican al comercio de la hoja de coca destinada el acullico.

81 Welp, Y. y Lissidini, A.: "Democracia Directa", cit., pp. 167-168; Misión de Observación Electoral de la Unión Europea: *Bolivia Informe Final Referéndum Nacional Constituyente 25 de enero de 2009*, 2009, pp. 6-7.

82 Véase, *e.g.,* Misión de Observación Electoral de la Unión Europea: *Bolivia Informe Final*, cit., pp. 6-7. (Debido a la aprobación del proyecto de Constitución se promovió como medida de rechazo, por parte de la denominada media luna Pando, Beni, Santa Cruz y Tarija, un referendo revocatorio contra el presidente, vicepresidente y algunos prefectos, hecho que dejó como saldo unas 20 personas muertas en enfrentamientos entre simpatizantes y detractores del gobierno. "Las matanzas del 11 de septiembre en Porvenir, en el Departamento de Pando, han sido definidas como una masacre en un controvertido informe de la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR …").

83 *Ibídem.*

25 de enero de 2009 cuyo porcentaje de aprobación fuel el del 61,43 por ciento[84], y finalmente es promulgada el 7 de febrero del 2009[85].

El art. 168 de la nueva Constitución establece que "el periodo de mandato de la Presidenta o del Presidente y de la Vice-Presidenta o del Vice-Presidente del Estado es de cinco años, y pueden ser reelectas o reelectos por una sola vez de manera continua"[86]. Al momento de promulgar la nueva constitución política del Estado, Morales se encontraba casi finalizando su primer mandato, empero existía la duda si ese mandato sería contado como una primera gestión[87], por lo que a negociación con la oposición se dispone la implementación del parágrafo 2 de la primera disposición transitoria que establecía que "[l]os mandatos anteriores a la vigencia de esta Constitución serán tomados en cuenta a los efectos del cómputo de los nuevos periodos de funciones"[88]. Interpretando y aplicando estas disposiciones al caso concreto de la reelección de Evo Morales, su primer mandato empezó el 2005 y culminó el 2009; el segundo corrió después de haber ganado en las elecciones generales del 6 de diciembre del 2009, contando este último como un segundo mandato consecutivo[89]. A consecuencia de ello, significa que los dos mandatos consecutivos permitidos por el art. 168 de la Constitución fueron cumplidos y por lo tanto el binomio presidencial no podía estar habilitado para presentarse a las elecciones del 12 de octubre del 2014[90].

Los mandatarios del Estado ante la imposibilidad de una tercera reelección, mediante los miembros de la Asamblea Legislativa afines al partido político Movimiento al Socialismo (en adelante "el MAS") del Presidente Morales, proponen el Proyecto de Ley de Aplicación Normativa (en adelante "Ley de Aplicación") cuyo fin era vulnerar el Art. 168 de la Constitución y dejar sin efecto su disposición transitoria primera que el mismo gobierno de Morales había promovido y el pueblo había respaldado[91]. Esta ley establece en su art. 4: "[l]a prescripción contenida en la Disposición Transitoria Primera, Parágrafo II, de la Constitución Política del Estado, es aplicable a las autoridades que después del

84 *Ibídem* p. 39.

85 Constitución Política del Estado Plurinacional promulgada el 2 de febrero del 2009. ("Por cuanto, el Pueblo Boliviano a través del Referéndum de fecha 25 de enero de 2009, ha aprobado el proyecto de Constitución Política del Estado, presentado al H. Congreso Nacional por la Asamblea Constituyente el 15 de diciembre de 2007 con los ajustes establecidos por el H. Congreso Nacional").

86 Ver Art. 168 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, 2 de febrero del 2009.

87 Ver Welp, Y. y Lissindi, A.: "Democracia Directa", cit., p. 172.

88 Art. 1 derogado de las disposiciones transitorias de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, 2 de febrero del 2009.

89 Ver Rivera Santivañez, J.A.: "La Reelección Presidencial en el Sistema Constitucional Boliviano", *Revista Bolivia de Derecho*, núm. 12, 2011, pp. 27-28.

90 *Ibídem* p. 28.

91 Ver Vargas Lima, A. E.: "La reelección presidencial", cit., p. 449.

22 de enero de 2010, continuaron ejerciendo cargos públicos, sin nueva elección, designación o nombramiento"[92].

Para dar legitimidad a la Ley de Aplicación "[l]a Cámara de Senadores de la Asamblea Legislativa Plurinacional a través de su Resolución Camaral 010/2013-2014 resuelve por voto favorable de más de dos tercios de sus miembros presentes remitir al Tribunal Constitucional Plurinacional, el Proyecto de Ley C.S. Nº 082/2013-2014 `Ley de Aplicación Normativa´, a objeto de confrontar el texto de ese Proyecto de Ley con la Constitución Política del Estado´"[93]. Posteriormente, el Tribunal Constitucional determinó la razonabilidad de la Ley de Aplicación argumentado que existió la refundación del Estado Plurinacional de Bolivia en el momento que del poder constituyente originario resulto una nueva Constitución[94]. Por ende, se creó un nuevo orden jurídico-político; por lo cual, los plazos dispuestos por la disposición transitoria primera de la Constitución no eran aplicables al Presidente, ni al Vice-Presidente y a consecuencia de ello el cómputo de plazo de su mandato se reinicia después de la "refundación" del Estado boliviano[95].

El Tribunal Constitucional no cumplió con su función de velar por la protección de la Constitución, ni tampoco de interpretar las leyes según la voluntad del constituyente, que fue reflejada en el resultado del referendo del 2009 al obtener el 61 por ciento de los votos a favor de la aprobación de la nueva Constitución –incluidas el art. 168 y la disposición transitoria primera[96]. Lo alarmante de este caso es que la mencionada declaración constitucional afirma que en los casos en los que se presente una aparente antinomia o fricción de normas constitucionales, el legislativo puede dilucidar dicha antinomia a través de una ley, materializando la soberanía popular[97]. En otras palabras el Tribunal Constitucional protector de la Constitución legítima a la Asamblea Legislativa (Órgano Legislativo) una capacidad de interpretación de las normas constitucionales sin estar facultado por la norma suprema[98]. Como resultado de aquello, se vulnera así, el principio de separación de poderes dentro un Estado de Derecho[99].

92 Art. 5 de la Ley de Aplicación Normativa No. 381, 20 de mayo del 2013.

93 Ver Declaración Constitucional Plurinacional No. 0003, de 25 de abril de 2013.

94 *Ibídem*.

95 *Ibídem*.

96 Rivera, J. A.: *El Tribunal Constitucional*, cit., p. 59; Vargas Lima, A. E.: "La reelección presidencial", cit., p. 455; Welp, Y. y Lissidini, A.: "Democracia Directa", cit., pp. 169-167 y 168; Misión de Observación Electoral de la Unión Europea: *Bolivia Informe Final*, cit., pp. 6-7.

97 Ver Declaración Constitucional Plurinacional No. 0003, de 25 de abril de 2013.

98 Ver Baldivieso Jinés, M. A.: "La Interpretación Constitucional en Bolivia, (¿Suicidio del TCP?)", *Revista Boliviana de Derecho*, núm., 12, 2017, pp. 41-43.

99 Vargas Lima, A. E.: "La reelección presidencial", cit., p. 449.

Finalmente, con la introducción de esta Ley, el binomio Morales-García quedó habilitado para las elecciones del año 2014 con el respaldo del Tribunal Constitucional Plurinacional[100], y las cuales ganó con un porcentaje del 61 por ciento logrando un tercer mandato hasta el año 2020[101]; perpetrando así el primer caso de constitucionalismo abusivo al haberse reformado la constitución por un mecanismo no formal[102].

El segundo caso de constitucionalismo abusivo se dio en las siguientes circunstancias, a inicios de su nuevo mandato en el año 2014, el oficialismo venía incorporando en su agenda la posibilidad de una tercera reelección[103]. Para ello tenían que reformar el art. 168 de la Constitución -ya habían logrado sobreponerse una vez ante la Constitución a través de la ley de aplicación con el aval del Tribunal Constitucional- por ende, el objetivo era cambiar la redacción de este artículo para que permitiera la reelección consecutiva en dos ocasiones y no es una sola una como está previsto originalmente[104].

Para lograr estos fines, el partido del gobierno de turno recurrió a convocar un referendo para reformar la Constitución tal como lo establece la Constitución, que fue iniciado desde las bases sociales del MAS ya que garantizaba la recolección de firmas de forma rápida y fácilmente debido al gran apoyo que les respaldaba[105]. Finalmente, la propuesta es presentada por la Coordinadora Nacional para el Cambio y la Central Obrera Boliviana ante la Asamblea Legislativa Plurinacional siendo aprobada el 5 de noviembre del 2015, preparando además los trámites para ratificarla en referendo[106]. Sin embargo, se impuso el rechazo a la reforma constitucional con el 51 por ciento de los votos, cabe resaltar además que solo se necesita la mayoría simple para tomar una decisión firme[107], por lo que este referendo adquirió la calidad de cosa juzgada y por lo tanto es vinculante para el Estado de Bolivia[108].

Empero, el partido de gobierno no renunció a sus intenciones de reformar la Constitución y de modificar -o peor aún- eliminar los límites a la reelección presidencial, situación que se vio reflejada cuando los asambleístas presentan una

100 Ver Rivera Santivañez, J. S.: *"La segunda reelección",* cit., p. 7.

101 Welp, Y. y Lissidini, A.: "Democracia Directa", cit., p. 169.

102 Vargas Lima, A. E.: "La reelección presidencial", cit., pp. 464-465.

103 Welp, Y. y Lissidini, A.: "Democracia Directa", cit., p. 173.

104 *Ibídem*.

105 *Ibídem* pp. 173-174.

106 Ver Zegada Claure, M. T.: "El Escenario Boliviano ", cit., p. 156. ("'¿Usted está de acuerdo con la reforma del artículo 168 de la Constitución Política del Estado para que la Presidenta o Presidente y la Vicepresidenta o Vicepresidente del Estado puedan ser reelectas o reelectos por dos veces de manera continua? Por Disposición Transitoria de la Ley de Reforma Parcial a la Constitución Política del Estado, se considera como primera reelección al período 2015-2020 y la segunda reelección el 2020-2025'").

107 Ver Welp, Y. y Lissidini, A.: "Democracia Directa", cit., pp. 173-174.

108 *Ibídem* p. 175.

acción de inconstitucionalidad abstracta[109], en la que solicitan a la autoridad dos aspectos:

(i) Declarar la inconstitucionalidad de los artículos que limitan la reelección presidencial dentro de la Ley del Régimen Electoral[110], en relación con los derechos de participación política, sufragio universal y los limitaciones al ejercicio de la participación política de la Constitución; en razón de ser contrarios a las disposiciones que abarcan el control de convencionalidad, el principio *pro homine*, el bloque de constitucionalidad de la Constitución[111]; y el principio de no discriminación, el derecho de participación política, sufragio pasivo, principio de igualdad de la Convención Americana de los Derechos Humanos (en adelante "CADH")[112].

(ii) La inaplicabilidad de los artículos de la Constitución referentes a los límites de la reelección presidencial, Vice-Presidente, alcaldes, autoridades y concejales[113], en razón de la existencia de una antinomia constitucional entre los límites y los derechos políticos reconocidos por la Constitución y la CADH y que a su vez se encuentran relacionados con los artículos referentes a los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad, aplicación preferente de los derechos humanos y el bloque de constitucionalidad[114].

La acción de inconstitucionalidad presentada por los asambleístas fue resuelta por el Tribunal Constitucional mediante Sentencia Constitucional 0084/2017 en la cual se declara la: (i) inaplicación de los artículos constitucionales que referían a los límites a la reelección para el Presidente, Vice-Presidente, alcaldes y concejales por existir derechos más favorables reconocidos en la CADH y (ii) la inconstitucionalidad de los artículos de la Ley de Régimen Electoral que reglamentaban la prohibición de la reelección de las autoridades antes mencionadas[115].

109 La acción de inconstitucionalidad abstracta es una acción de defensa establecida por la Constitución que tiene el objetivo de declarar la inconstitucionalidad de las normas que conforman el bloque de Constitucionalidad (leyes, decretos o de cualquier género), y que vayan en contra a los preceptos establecidos en la Constitución; Ver Art. 132 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, 2 de febrero del 2009; ver Art. 73 y 74 del Código Procesal Constitucional del Estado Plurinacional de Bolivia, 5 de julio del 2012; SCP 0084/2017 de 28 de noviembre de 2017.

110 Ver, Arts. 52.III, 64 inc. d, 65 inc. b, 71 inc. c y 72 inc. b de la Ley del Régimen Electoral No. 026, 30 de junio de 2010 (el mandato presidencial dura cinco años y solo pueden ser reelectos una sola vez de manera continua; las autoridades ejecutivas departamentales podrán ser reelectos solo una vez de manera continua; los concejales podrán ser reelectos una sola vez de manera continua).

111 Arts. 13. IV, 26, 27, 28, 133, 256.I, 410.II de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, 2 de febrero de 2009.

112 Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 1.1, 23, 24 y 29, 22 de noviembre de 1969, 1144 U.N.T.S. 123; SCP 0084/2017 de 28 de noviembre de 2017; Ver Nocera, L. A.: "Contradicciones Constitucionales", cit., p. 459.

113 Ver Arts. 156, 168, 285. II y 288 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, 2 de febrero de 2009.

114 SCP 0084/2017 de 28 de noviembre de 2017; ver Nocera, L. A.: "Contradicciones Constitucionales", cit., p. 459.

115 SCP 0084/2017 de 28 de noviembre de 2017.

El mecanismo usado por el Tribunal Constitucional para resolver el problema fue el control de convencionalidad reconocido por el texto constitucional boliviano que determina que la interpretación de la norma suprema se hará en función de los tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por Bolivia[116]. Pero esta interpretación no se hará al tenor literal de sus disposiciones, sino tomando en cuenta las interpretaciones realizadas por sus órganos de control que en este caso sería la Corte IDH y la Comisión IDH; por lo que, el sistema empleado por el tribunal para no aplicar los preceptos constitucionales que limitaban la reelección fue resultado de un examen de convencionalidad, que fue realizado fuera de los parámetros interpretativos del sistema interamericano, tergiversando sus disposiciones para favorecer la reelección presidencial, provocando un abuso del control de convencionalidad[117]. Sumado a esto también se recurrió a utilizar de manera desproporcional el principio *pro homine* que prevé que en caso de existir derechos humanos más permisivos en los instrumentos internacionales en materia de derecho humanos serán aplicados con preferencia a lo establecido por la constitución[118].

Así mismo, el Tribunal realiza un control de constitucionalidad desmedido con el argumento de la existencias de una antinomia constitucional entre a los derechos de participación política y de sufragio universal con los límites a la reelección afirmando que los primeros tienen prevalencia sobre los segundos, en razón de que los primeros corresponden a la parte dogmática -normas principios- y los segundos la calidad de normas-reglas[119]. Por lo tanto, los derechos políticos forman parte de ese *numerus clausus* que no pueden ser restringidos más que por razones de edad, residencia, nacionalidad, idioma, educación, condena o juicio pendiente, capacidad mental o civil[120]. Además, es importante mencionar que el Tribunal también establece que los límites constitucionales a la reelección son discriminatorios y afectan a los derechos fundamentales, limitan el ejercicio del voto y el de participación política[121].

Empero, el Tribunal Constitucional no analizó dos cuestiones, la primera, que no existe una antinomia constitucional porque los límites a la reelección son razonables, proporcionales, legítimas y justificables y están destinados a preservar, efectivizar y fortalecer el régimen democrático y el Estado de Derecho dentro

116 Ver, Inarra Zeballos, L. G.: "La Limitación Constitucional a la Reelección de Autoridades Ejecutivas, su convencionalidad y Legitimidad Popular: Una Crítica a la Sentencia del Tribunal Constitucional Plurinacional Boliviano", *Revista Razón Crítica*, núm. 6, 2019, p. 240

117 Ver *Ibídem* pp. 247-250. Ver Nocera, L. A.: "Contradicciones Constitucionales", cit., p. 501 (citando a Pérez Salazar, G, *LA justicia constitucional en el estado social de derecho. Comunicación presentada en el Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional. Homenaje al Dr. Néstor Pedro Sagüés.* 2012, pp. 387-397.

118 *Ibídem* p. 259; SCP 0084/2017 de 28 de noviembre de 2017.

119 Ver Nocera, L. A.: "Contradicciones Constitucionales", cit., p. 502.

120 *Ibídem* p. 503.

121 *Ibídem* p. 504; SCP 0084/2017 de 28 de noviembre de 2017.

del Sistema Interamericano[122]; y segundo, que las normas dispuestas por la Ley del Régimen Electoral que regulaba -entre otras cosas- los límites constitucionales a la reelección, no hace otra cosa que reglamentar disposiciones constitucionales para lograr la efectividad de lo dispuesto por la voluntad del constituyente, que fue reafirmada en el rechazo de la reforma constitucional en referendo del 21 de febrero del 2016[123].

Si bien el Tribunal Constitucional argumenta que los fundamentos y la interpretación de la Sentencia se encuentran en concordancia con los criterios de interpretación de la jurisprudencia desarrollada por la Corte IDH (*Castañeda Gutman vs. México*), sobre las limitaciones al derecho de participación política, realiza una interpretación aislada de ella y no en virtud de una verdadera protección de derechos humanos, sino funcional al gobierno, extrayendo fragmentos jurisprudenciales de la Corte IDH que le sirvan a fines de lograr un interpretación extensiva que conlleve a legitimar la exclusión de los límites a la reelección presidencial indefinida[124].

Por ejemplo, no observa que en el caso *Castañeda Gutman vs. México* el señor Jorge Castañeda denunció ante el sistema que sus derechos políticos estaban siendo vulnerados al existir limitaciones al ejercicio de su derecho a la participación política y que no podían existir otras limitaciones más que las expuestas por el art. 2 de la CADH, en el mencionado caso, la Corte resolvió que no se puede determinar que el sistema electoral de un Estado solo establezca las limitaciones expresadas en la CADH[125]. Desarrollando este punto, en la interpretación de la Corte establece que:

(…) [L]a Convención Americana no establece una modalidad específica o un sistema electoral particular mediante el cual los derechos a votar y ser elegido deben ser ejercidos […]. La Convención se limita a establecer determinados estándares dentro de los cuales los Estados legítimamente pueden y deben regular los derechos políticos, siempre y cuando dicha reglamentación cumpla con los requisitos de legalidad, esté dirigida a cumplir con una finalidad legítima, sea necesaria y proporcional; esto es, sea razonable de acuerdo a los principios de la democracia representativa[126].

122 Castañeda Gutman Vs. México, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Ct. Inter-Am. DD. HH. Serie C No. 184 ¶ 206 (6 de agosto del 2008); Comisión Europea para la Democracia a Través del Derecho (Comisión de Venecia): *Informe Sobre los Límites,* cit., p. 21.

123 Inarra Zeballos, L. G.: "La Limitación Constitucional", cit., p. 251.

124 *Ibídem* pp. 252-253.

125 *Ibídem* pp. 247-248.

126 Castañeda Gutman Vs. México, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Ct. Inter-Am. DD. HH. Serie C No. 184 ¶ 149 (6 de agosto del 2008).

Del razonamiento anterior se desprende que la Constitución boliviana no límite los derechos políticos de los mandatarios, puesto que la misma norma suprema permite la reelección por un periodo consecutivo para asegurar un adecuado desarrollo de las políticas propuestas de gobierno del partido ganador, además de premiar al bueno gobierno y respetar el sufragio universal de la población que los apoya[127]. Empero, no se permite la reelección presidencial indefinida porque iría en contra de los valores democráticos, no permitiría la alternancia del poder, provocaría una concentración del poder, y peligraría el Estado de Derecho, además también vulneraría los derechos de participación política de las personas que quieren acceder a la función pública[128].

Por lo que, los límites a la reelección indefinidas del texto constitucional, efectivizadas mediante la Ley del Régimen Electoral cumplen con los requisitos de legalidad, finalidad legitimidad, proporcionalidad y razonabilidad[129]. Peor aún, el Tribunal Constitucional no hace referencia en ninguna parte de la sentencia el referendo por el cual el soberano había rechazado el 21 de febrero la reforma parcial de las limitaciones a la reelección presidencial[130].

Para finalizar la nueva Constitución reconoce al Tribunal Constitucional Plurinacional el último interprete de la Constitución y el único con facultades de declarar la inconstitucionalidad de las leyes[131], además el art. 196 le impone el deber de velar por la supremacía de la Constitución y ejercer el control de constitucionalidad precautelando el respeto y la vigencia de los derechos y las garantías constitucionales[132]. En relación a su función interpretativa establece que: "(…) aplicará como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto"[133].

A consecuencia de aquello, si debe velar por la supremacía de la Constitución e interpretarla respetando la voluntad del constituyente, ¿Por qué no respetó la voluntad del soberano que mediante referendo el año 2009 aprobó la Constitución incluidos los límites de la reelección del art. 168 y el art. 1 de las disposiciones

127 Ver Treminio Sanchez, I.: "Las Reformas", cit., pp. 148-149; Sarrafero, M. D.: "Reelección Presidencial", cit., pp. 6-7; Rivera Santivañez, J. S.: *"La segunda reelección",* cit.

128 *Ver* Sarrafero, M. D.: "Reelección Presidencial", cit., pp. 6-12; *ver también* Sarrafero, M. D.: "La Reelección Presidencial Indefinida en América Latina", cit., pp. 253-255.

129 Castañeda Gutman Vs. México, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Ct. Inter-Am. DD. HH. Serie C No. 184 ¶ 206 (6 de agosto del 2008); Comisión Europea para la Democracia a Través del Derecho (Comisión de Venecia): *Informe Sobre los Límites,* cit., p. 21.

130 Nocera, L. A.: "Contradicciones Constitucionales", cit., p. 493.

131 *Ver* Art. 202 de la Constitución Política del Estado Plurinacional del Bolivia, 2 de febrero de 2009.

132 *Ver* Art. 196 de Constitución Política del Estado Plurinacional del Bolivia, 2 de febrero de 2009.

133 *Ibídem.*

transitorias?[134] y ¿Por qué no respeto la voluntad del soberano expresadas en el referendo del año 2016 que ratificó el rechazo de la modificación del art. 168 que establecía los límites a la reelección presidencial?[135] A todas luces en Bolivia ocurrieron dos casos de constitucionalismo abusivo, "[e]sta interpretación jurisprudencial ha cambiado completamente el equilibrio constitucional, legitimando, de hecho, una ´reforma constitucional en el camino jurisprudencial´, cuestionando las llamadas garantías de la democracia y creando una verdadera actividad *contra constitutionem*"[136].

IV. EL ESTADO DE DERECHO EN PELIGRO.

El Estado de derecho es un Estado constitucional porque todos los actores están sometidos a la legalidad (Constitución) y los órganos de poder funcionan dentro de un sistema de pesos y contrapesos; es decir que, el poder del Estado no puede ejercerse de manera arbitraria, sino que está sometido al imperio de la ley (voluntad del pueblo) por lo que existe dentro de él la separación de poderes con la finalidad de que no haya concentración en una sola persona u órgano a fin de garantizar los derechos humanos[137].

Cuando no se cumple con el principio de separación de poderes propio de un Estado de derecho y se delegan funciones legislativas a la rama judicial entonces se encuentra ante una usurpación de funciones[138], y cuando se encuentra ante una situación de esta índole existe el riesgo de convertir el poder judicial en un instrumento de poder; un Estado de derecho usado como arma política daña sus principios[139]. Como consecuencia, cuando el Presidente o ex mandatario busca eliminar a los límites constitucionales a la reelección presidencial a través de la vía judicial, y los máximos tribunales lo permiten se produce un quiebre del Estado de Derecho[140].

134 Misión de Observación Electoral de la Unión Europea: *Bolivia Informe Final*, cit., p. 39. ("[l]a nueva CPE fue aprobada por una clara mayoría de la ciudadanía boliviana, habiendo votado a favor un 61,43% de los que ejercieron su derecho de sufragio […]").

135 Organización de los Estados Americanos (OEA): *Informe al Consejo Permanente,* cit., p. 3. ("[a]l final de la jornada, del total de 6.502.069 electores inscritos, fueron emitidos 5.490.919 votos, es decir, el 84.45% de los ciudadanos bolivianos habilitados para votar participaron en el Referendo Constitucional. La Misión de la OEA felicita al pueblo boliviano por su alta participación, espíritu cívico y sentido democrático. En cuanto a los resultados, 2,546.135, equivalente al 48.7% bolivianos votaron por la opción positiva, mientras que 2,682.517 correspondiente al 51.3% lo hicieron por la opción negativa; con lo cual no fue aprobada la reforma del artículo constitucional que buscaba modificar el número de veces que puede ser reelecto el Presidente y Vicepresidente del Estado").

136 *Ver* Nocera, L. A.: "Contradicciones Constitucionales", cit., p. 505 (citando a Sagüés, N. P.: "El Concepto De Desconstitucionalización", Revista de Derecho, 2016, p. 183).

137 *Ver* Becerra Ramírez, M.: *El Control de la Aplicación del derecho internacional en el marco del Estado de derecho,* 2016, p. 8.

138 Rivera Santivañez, J. S.: *"La segunda reelección",* cit. p. 9.

139 Martínez Barahona, E. y Brenes Barahona A.: "'Y Volver, Volver, Volver…", cit., p. 112 (citando a Maravall, J. M.: *The Rule of Law as a Political Weapon,* 2003, 278-279).

140 *Ibídem* pp. 128-129.

En contraste con el caso boliviano, de acuerdo con la Constitución Política de Estado, Bolivia cuenta con cuatro poderes que son denominados como órganos -dentro del texto constitucional- y son el Ejecutivo, el Legislativo, el Judicial y por último el Electoral[141]. El Estado de derecho está fundamentada en la independencia, en la separación coordinación y cooperación de estos órganos, ninguno puede desviarse de sus competencias, es decir que las funciones de los órganos públicos no pueden ser reunidas en un solo órgano ni son delegables entre sí, porque provocaría la inestabilidad institucional del Estado de derecho y una vulneración a los derechos humanos[142].

El problema en Bolivia radica en la falta de confianza por parte de los ciudadanos en la institucionalidad de estos órganos debido a que creen que tanto el Órgano Legislativo, el Judicial y el Electoral responden a intereses partidarios del Órgano Ejecutivo[143]. Respecto a la falta de confianza en la institucionalidad de los poderes del Estado se puede enumerar de la siguiente manera:

(i) La desconfianza de la población sobre la Asamblea Legislativa (Órgano Legislativo), es del 54,3 por ciento, debido a los procedimientos y mecanismos llevados dentro de ella[144]; "estos resultados sugieren un problema de desconfianza o de distanciamiento entre la población y los mecanismos de representación que, ya sea por cómo están estructurados o su desempeño, no satisfacen las expectativas de la ciudadanía"[145].

(ii) Las instituciones de participación electoral (Órgano Electoral), son las únicas responsables en cuanto a la presentación, selección y elección de representantes y son necesarias para dar estabilidad a un régimen de gobierno democrático, garantizan el cumplimiento de los principios y procedimientos de ella, además están encargados de proteger la rotación del poder, el derecho de elegir y ser elegido[146]. Según estudios realizados en el 2012, la desconfianza en el Tribunal Electoral es del 54,3 por ciento y refleja ya la inestabilidad que se venía produciendo en el país y que se acrecentó hasta el 2020 por los hechos antidemocráticos suscitados posteriormente[147].

141 Art. 168 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, 2 de febrero de 2009.

142 *Ver* Rivera Santivañez, J.A.: "La Reelección Presidencial en el Sistema", cit., pp. 17-18 (citando la Sentencia Constitucional 491/2003-R, de 15 de abril y la Sentencia Declaración Constitucional DC 001/2006, de 16 de enero para explicar el principio de separación de poderes).

143 *Ver* Nocera, L. A.: "Contradicciones Constitucionales", cit., p. 495. (citando a Dixon R. y Ginsburg T.: "The forms and limits of Constitutions as political insurance", 2018, Revista IJCL, pp. 988-1012); *Ver también* Proyecto de Opinión Pública en América Latina (LAPOP): *Ciudadanía, Comunidad*, cit., pp. 93-124.

144 *Ibídem* p. 112.

145 *Ibídem* p. 125.

146 *Ibídem* p. 111.

147 *Ibídem* p. 113.

(iii) La desconfianza de la Justicia (Órgano Judicial), en la mayoría de los casos se debe a la falta de independencia de este frente a los otros poderes del Estado, según los estudios realizados por el Proyecto LAPOP el año 2012 la desconfianza en el sistema judicial alcanzo el 60 por ciento[148].

(iv) La desconfianza por corrupción, durante el 2012 el 45% de bolivianos afirman haber sido víctima de corrupción, ello tiene un efecto directo sobre el apoyo y la legitimación al sistema político incluido el trabajo del gobierno, por otro lado la aprobación al Estado de derecho llega a un 51 por ciento[149].

(v) La desconfianza en la legitimidad de las instituciones políticas, refiere a que la legitimidad es una convicción que tiene la población sobre sus instituciones políticas, es decir si son adecuadas en cuanto a su funcionamiento; si la mayoría de los ciudadanos demuestran altos niveles de apoyo al sistema, significa que existe una democracia estable y consolidada, sin embargo, si la población muestra desconfianza el régimen democrático peligra[150]. Según los datos extraídos del Proyecto LAPOP desde el año 2012 existe una desaprobación al sistema político del 52 por ciento[151].

Estos datos estadísticos si bien son del año 2012 ya dan indicios claros de la disconformidad de la población y falta de confianza respecto de la institucionalidad de los poderes del Estado, que fueron decreciendo después del primer mandato de Evo Morales y de ser estudiados nuevamente en la última gestión de Morales, sin duda alguna rebasarían los mismos, en función de que el gobierno del MAS provocó una concentración del poder y se transformó en un partido cerrado sobre la figura de un solo líder y menos abierto al debate, la disidencia y el dialogo[152]. Como resultado de esta concentración en el Ejecutivo ha producido la ruptura del Estado de derecho a partir los siguientes hechos:

Primero, en cuanto al Órgano Legislativo -como se desarrolló anteriormente- en una primera ocasión el año 2013 promovió la ley de Aplicación Normativa la misma que tenía un carácter interpretativo de la Constitución y que recibió el aval del Tribunal Constitucional Plurinacional, "por tanto, al atribuirse ésta última potestad (…), el Órgano Legislativo habría usurpado funciones que no le competen, porque no le fueron asignadas por la voluntad del constituyente, generando innecesariamente un conflicto de competencias respecto de la

148 *Ver Ibídem* pp. 193-198.

149 *Ibídem* pp. 131-44.

150 *Ibídem* p. 148.

151 *Ibídem* p. 146-153 (el aumento al rechazo del sistema político posiblemente tenga relación con la pérdida de apoyo indígena por la construcción de la carretera que atraviesa territorios de las comunidades indígenas del TIPNIS y sobre el cual no existió un proceso de transparencia en la consulta popular a estos pueblos.).

152 *Ver* Welp, Y. y Lissidini, A.: "Democracia Directa", cit., p. 170.

titularidad en la facultad interpretativa de la Constitución Boliviana (…).[153] Si bien es cierto que la Asamblea Legislativa tiene la potestad para promulgar leyes –y en todo caso debatir si los proyectos no son contrarias a la norma suprema– no significa que manipulen esta técnica legislativa para intentar tergiversar todo el sistema constitucional, las leyes de aplicación normativa solo tienen como objetivo la interpretación distorsionada de las normas que limitan la reelección presidencial indefinida[154]. En todo caso, puede que alguna norma constitucional general requiera para su efectivizarían de un reglamento, es ahí cuando la Asamblea tiene facultades promulgar leyes que faciliten su aplicación, pero de ninguna manera significa una interpretación constitucional[155].

En una segunda oportunidad, en el año 2016, a pesar de que la mayoría de sus miembros son del partido político del gobierno de turno denominado Movimiento al Socialismo[156] y que cuentan con los dos tercios dentro de ella, no pudieron dar rienda al proyecto de reforma de la Constitución que buscaba modificar el art. 168 e introducir un segundo periodo consecutivo a la reelección[157]. La razón del impedimento fue debido a los resultados desfavorables de la consulta popular realizada a la población mediante un referendo -instrumento legal para reformar la Constitución- donde el 51.3% de la población rechazó la modificación de la constitución sobre el 48.7% que apoyó la reforma, a consecuencia de ello se produjo un impedimento legal a la (re)postulación de Evo Morales para las elecciones de octubre de 2019[158].

Al estar la Asamblea Legislativa impedida para avanzar con la propuesta de reforma constitucional por la existencia de un referéndum vinculante, los asambleístas por el partido del Movimiento al Socialismo desconocen este resultado por lo que acuden al Tribunal Constitucional mediante la presentación de una acción de inconstitucionalidad abstracta en busca de resolver una cuestión política que ya había sido solucionada por el soberano[159]. Si bien es cierto que una acción de defensa, en este caso una acción de inconstitucionalidad, puede ser presentada por asambleístas, pierde toda credibilidad cuando lo que se busca es desconocer la soberanía popular ejercida mediante la democracia directa en el referendo del 21 de febrero[160].

153 Ver Vargas Lima, A. E.: "La reelección presidencial", cit., p. 452.

154 *Ibídem* p. 453.

155 *Ibídem* p. 454.

156 Es un Partido Político llamado Movimiento al Socialismo-Instrumento Político por la Soberanía de los Pueblos con la sigla MAS-IPSP cuyo líder es Evo Morales Ayma.

157 Art. 168 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, 2 de febrero de 2009, ("El periodo de mandato de la Presidenta o del Presidente y de la Vicepresidenta o del Vicepresidente del Estado es de cinco años, y pueden ser reelectas o reelectos por una sola vez de manera continua").

158 Ver Zegada Claure, M. T.: "El Escenario Boliviano ", cit., pp. 156-157.

159 *Ibídem* p. 150; Nocera, L. A.: "Contradicciones Constitucionales", cit., p. 493.

160 *Ibídem* p. 150; ver Art. 73 del Código Procesal Constitucional, 5 de julio del 2012.

Los asambleístas deben ser los primeros sujetos en representación del Órgano Legislativo en defender el procedimiento adecuado para lograr la reforma constitucional y no así acudir a instancias judiciales pasando por encima de la soberanía popular y la Constitución[161]. A consecuencia de ello se produce un primer quiebre institucional en el Estado de Derecho, que sumado a la desconfianza de la población se ve culminado en los problemas sociales que surgieron a raíz de la aprobación de un Nuevo Código Penal de Bolivia que tuvo como resultado protestas sociales que concluyeron en la abrogación de este cuerpo normativo[162]. Los dos tercios y la política partidaria provocan la falta de debate dentro de la Asamblea para promulgar leyes que responden directamente a intereses políticos personales, pues estos intereses ya se habían reflejado en la presentación de la acción de inconstitucionalidad por parte de esta mayoría que desconoció los resultados obtenidos en el referéndum del 21 de febrero del 2017 y buscaba la modificación del art. 168 de la Constitución[163].

Segundo, respecto al Órgano Judicial, el actual texto constitucional prevé que el Tribunal Constitucional esté compuesto por siete jueces elegidos por el voto directo[164], si bien se "instauró" una nueva modalidad para la elección de magistrados con la intención de garantizar la independencia de los mismos, no es menos cierto que los 28 candidatos al Tribunal Constitucional deben ser elegidos dentro la Asamblea Legislativa por sus miembros con la mayoría de los dos tercios de votación (el Partido del Gobierno del MAS tiene dentro de la asamblea más de dos tercios) por lo tanto este aspecto puede tener incidencia política partidaria dentro del Tribunal Constitucional y las decisiones tomadas dentro de ella pueden estar comprometidas por las decisiones políticas del Gobierno y de la Asamblea, lo que provoca un desequilibrio entre los poderes y garantías de la democracia del Estado de derecho[165].

161 Cárdenas Gracia, J.: "Informe Sobre el Referéndum", cit., p. 87; Welp, Y. y Lissidini, A.: "Democracia Directa", cit., pp. 173-174.

162 Ver *Ibídem* p. 149 ("La gestión 2018 se inicia en medio de un gran conflicto social. Claro que el problema había comenzado a fines de noviembre de 2017, con una huelga del sector médico en rechazo a ciertos artículos de un proyecto de Código del Sistema Penal que se encontraba en plena fase de discusión y aprobación en la Asamblea Legislativa Plurinacional (ALP). Los profesionales médicos -luego se sumaron transportistas y otros sectores sociales- vieron afectados sus derechos en la futura legislación, por tanto, iniciaron un paro que tomó características de movilización en demanda de la anulación de algunos artículos del Código Penal. Se sumó entonces la ciudadanía, directa afectada por otras disposiciones que vulneraban sus derechos sociales y políticos. La demanda se fue ampliando hasta convertirse en un intenso ciclo de protestas que culminó con éxito a principios de 2018, pues logró la abrogación del nuevo Código del Sistema Penal. El conflicto sin duda asumió un carácter político, pues se conectó con las movilizaciones instaladas en el país en defensa de los resultados del referendo del 21 de febrero de 2016").

163 SCP 0084/2017 de 28 de noviembre de 2017

164 Art. 198 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, 2 de febrero del 2009 ("Las Magistradas y los Magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional se elegirán mediante sufragio universal, según el procedimiento, mecanismo y formalidades de los miembros del Tribunal Supremo de Justicia").

165 Ver Nocera, L. A.: "Contradicciones Constitucionales", cit., pp. 494-495; Ver Vargas Lima, A. E.: "La reelección presidencial", cit., p. 449; Ver Zegada Claure, M. T.: "El Escenario Boliviano ", cit., p. 155 ("[r] especto al Legislativo, la mayoría de más de dos tercios que ostenta el partido de gobierno en la Asamblea Legislativa Plurinacional permite una aprobación fluida de leyes. En la gestión 2018-2019, por ejemplo,

Fue dentro del Tribunal Constitucional Plurinacional que en una primera ocasión ya se había declarado la constitucionalidad de la Ley de Aplicación Normativa el año 2013 mediante la Declaración Constitucional Plurinacional 003/2003 legitimando una ley que buscaba sobrepasar los límites constitucionales a la reelección y además confirió facultades de interpretación extra constitucionales a la Asamblea Legislativa, permitiendo a Morales acceder a un tercer mandato[166].

Dentro de una segunda ocasión, el año 2017 se presentó la acción de inconstitucionalidad abstracta, promovida por los asambleístas del MAS, fue un mecanismo empleado para lograr habilitar a Evo Morales y Álvaro García a una nueva candidatura ante la existencia de un referéndum que impedía reformar la Constitución[167]. El Tribunal Constitucional –por segunda vez– mediante la Sentencia Constitucional 0084/2017 permitió la habilitación del binomio Morales-Linera para ser candidatos en las elecciones de octubre del 2019 a los cargos de Presidente y Vice-Presidente respectivamente[168]. Este fallo provocó un gran debate dentro de la población, la sociedad civil cuestionaba la idoneidad de los magistrados y la validez del fallo; por otro lado, según el gobierno esta decisión judicial tenía carácter vinculante y supremacía sobre el voto popular reflejado en el referéndum[169].

La función primordial del Tribunal Constitucional es velar por el cumplimiento de la Constitución y de su interpretación a través del control de convencionalidad y el control de constitucionalidad, empero cuando abusa de sus competencias y usa al control de convencionalidad como herramienta para evadir el cumplimiento de la Constitución y conseguir la inaplicación de normas constitucionales provoca una usurpación de funciones y como consecuencia de ello se produce un segundo quiebre en el Estado de derecho[170].

Tercero, el Órgano Electoral Plurinacional (en adelante "Órgano Electoral") es la máxima autoridad en cuanto a temas electorales, sin embargo, la composición de los vocales se define dentro de la Asamblea Legislativa Plurinacional[171]. Como se desarrolló anteriormente, la Asamblea tiene un tinte estrictamente político

---

se aprobaron ciento veintiún leyes. Por su parte, la presencia opositora es prácticamente testimonial. En el caso del Órgano Judicial, se inició el año con la posesión de las nuevas autoridades recién electas para un lapso de seis años mediante comicios generales realizados a fines de 2017. El presidente del Estado posesionó a nueve magistrados titulares y suplentes del Tribunal Supremo de Justicia, a nueve titulares y suplentes del Tribunal Constitucional Plurinacional, a cinco titulares y suplentes del Tribunal Agroambiental, junto a tres titulares y suplentes del Consejo de la Magistratura.").

166 Ver Declaración Constitucional Plurinacional No. 0003, de 25 de abril de 2013; Baldivieso Jinés, M. A.: "La Interpretación Constitucional", cit., p. 44; Vargas Lima, A. E.: "La reelección presidencial", cit., p. 450.

167 Ver SCP 0084/2017 de 28 de noviembre de 2017.

168 Nocera, L. A.: "Contradicciones Constitucionales", cit., p. 493.

169 Zegada Claure, M. T.: "El Escenario Boliviano ", cit., p. 157.

170 Ver Nocera, L. A.: "Contradicciones Constitucionales", cit., pp. 499-505.

171 Ver Art. 206 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, 2 de febrero de 2009.

y al tener el MAS los dos tercios de representación conlleva a la existencia de una incidencia política en la conformación de los vocales del Órgano Electoral, a consecuencia de ello existe desconfianza por parte de la población dentro de este órgano[172].

Las razones de la desconfianza por parte de la población fueron confirmadas cuando el Órgano Electoral habilitó como candidato a Evo Morales a las elecciones primarias en enero del 2019[173]; sin tomar cuenta que los resultados del 21 de febrero del 2016, en el que la población emitió su voto y rechazó modificar los límites a la reelección presidencial, adquirieron la calidad de cosa juzgada acarreando efectos vinculantes[174]. Ante esta situación se presentó varios recursos administrativos ante el Órgano Electoral pidiendo el respeto de la soberanía del pueblo plasmada en el referendo del 21 de febrero, todos ellos fueron denegados vulnerando la Constitución Política que establecía claramente los límites a la reelección presidencial indefinida y el referendo del 2016[175].

El Órgano Electoral es protector de los derechos civiles políticos, además es el encargado de velar por el respeto, la garantía y transparencia de los mecanismos democráticos de participación directa[176], al desconocer el referéndum del 21 de febrero, peor aún ignorar la Constitución significó colocar intereses personales y políticos por encima de la soberanía popular[177]. Tal acto es considerado un tercer quiebre a la institucionalidad del Estado de derecho y al principio de independencia de poderes[178].

Cuarto, el año 2018 ocurrió una disputa entre el Órgano Legislativo y el Órgano Electoral, al promulgar la Ley de Organizaciones Políticas No. 1096 que venía discutiéndose hacia casi seis años, pero en virtud del reciente descontento de la mayoría de la población ante la Sentencia Constitucional 0084/2017 y ante el posible peligro de que las protestas sociales dieran sus frutos, fue usado como una

172 Zegada Claure, M. T.: "El Escenario Boliviano ", cit., p. 155.

173 Nocera, L. A.: "La pericolosa interpretazione contra constitutionem della giurisprudenza boliviana sui mandati presidenziali·, Nuovi Autoritarismi e Democrazie: Diritto, Istituzioni, Società, núm. 1, 2019, p. 70.

174 Ver Welp, Y. y Lissidini, A.: "Democracia Directa", cit., p.175.

175 *Tribunal electoral de Bolivia permite a Evo buscar la reelección a pesar del 21F y la Constitución,* MercoPress (5 de diciembre del 2018), https://es.mercopress.com/2018/12/05/tribunal-electoral-de-bolivia-permite-a-evo-buscar-la-reeleccion-a-pesar-del-21f-y-la-constitucion; Edgar Vela, *El tribunal electoral boliviano habilita la reelección de Evo Morales,* La Izquierda Diario (5 de diciembre del 2018), http://www.laizquierdadiario.com/El-tribunal-electoral-boliviano-habilita-la-reeleccion-de-Evo-Morales; La Razón, *Oposición boliviana intenta últimos recursos para impugnar candidatura de Evo Morales,* AmericaEconomía (11 de diciembre del 2018), https://www.americaeconomia.com/politica-sociedad/politica/oposicion-boliviana-intenta-ultimos-recursos-para-impugnar-candidatura-de.

176 Ver Arts. 206, 207, 208 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, 2 de febrero de 2009; Ver *también* Ley del Órgano Electoral Plurinacional, 16 de junio del 2016; Proyecto de Opinión Pública en América Latina (LAPOP): *Ciudadanía, Comunidad*, cit., p. 111.

177 Nocera, L. A.: "La pericolosa interpretazione", cit., p. 70.

178 *Ibídem*.

herramienta política por el legislativo para poder legitimar al binomio oficialista[179]. Los seis años de debate sobre la ley entre ambos Órganos no significaron nada, pues fue presentada directamente ante la Asamblea y de manera intempestiva fue modificada y aprobada en un lapso de tiempo record de dos meses sin consultar con los vocales del Órgano Electoral[180]. La única intención fue consolidar la (re) postulación del binomio oficialista, puesto que se introduce la figura de elecciones primarias dentro de cada partido político y que fue usado por el partido del gobierno como instrumento para legitimar el binomio del MAS Morales-García[181].

Originalmente la propuesta del Órgano Electoral era implementar las elecciones primarias progresivamente hasta el 2024, las disposiciones específicas de una ley incluidos los plazos son determinados mediante una reglamentación, empero fueron modificados en la Asamblea fijando un apretado y obligatorio cronograma al que debían someterse las organizaciones políticas que pretendían habilitarse y presentarse en las elecciones generales de octubre del 2019[182]. Estos cambios que se realizaron sin la consulta del Órgano Electoral sumado a la cuestión previa de la Sentencia Constitucional 0084/2017 generaron discusiones entre los Órganos de los Estados que produjo la renuncia de tres de los siete vocales del Órgano electoral, incluida entre las renuncias la de la presidenta Kathia Uriona[183]. Se puede observar ante esta situación la falta de institucionalidad entre los Órganos de Poder del Estado que se vio reflejada en estas renuncias que expresaron disconformidad con los recientes hechos y que produjo un cuarto quiebre en el Estado de Derecho[184].

Finalmente, todos estos aspectos debilitan las instituciones democráticas de un Estado de derecho, y terminan afectando al fortalecimiento de la democracia, provoca una concentración de poder, es decir que "cuando [un] nuevo grupo en el poder se consolida y ya no apela a las bases sino a su desmovilización o, en el mejor de los casos, a la movilización controlada. La equivalencia que tiende a hacerse entre el líder y el pueblo es la que finalmente deja al líder con el monopolio de la construcción de la verdad y de los ideales del pueblo"[185].

V. CONCLUSIÓN.

En el caso estudiado el Tribunal Constitucional Plurinacional no protegió la voluntad del constituyente expresado en el texto constitucional, y reafirmada

179 Zegada Claure, M. T.: "El Escenario Boliviano ", cit., p. 157.

180 *Ibídem*.

181 *Ibídem*.

182 *Ibídem* pp. 156 y 157.

183 *Ibídem* p. 159.

184 *Ibídem* p. 163.

185 Ver Welp, Y. y Lissidini, A.: "Democracia Directa", cit., p. 171.

en el referendo del 21 de febrero contra la reelección, no actuó en defensa de los valores democráticos de un Estado de derecho. La relación entre el Tribunal Constitucional y democracia no es contrapuesta, porque es el órgano que hace efectivo los derechos fundamentales y fortalece el régimen democrático establecido en el texto fundamental; no se opone a la democracia siempre y cuando sus decisiones vayan en provecho de los valores, principios democráticos y derechos políticos de todos los sectores[186].

Ninguno de los Órganos de poder del Estado de derecho, Judicial, Ejecutivo, Legislativo y el Electoral han demostrado su independencia e institucionalidad porque no respetaron el referendo del 21 de febrero del 2016, siendo este un mecanismo de democracia directa, en el que el pueblo ratificó su soberanía mediante el voto directo (confirmando la voluntad del soberano expresada en el referendo del 2009 para la aprobación del texto Constitucional), de tal forma que participa en la toma de decisiones, en este caso la de una reforma constitucional parcial, su resultado adquiere la calidad de cosa juzgada y por lo tanto es vinculante, pues tal como establece el art. 7 de la Constitución de Bolivia "[l] a soberanía reside en el pueblo boliviano, se ejerce de forma directa y delegada. De ella emanan, por delegación, las funciones y atribuciones de los órganos del poder público; es inalienable e imprescriptible"[187]; además también establece que la democracia se ejerce de manera directa y participativa por medio del referendo[188]. La consulta directa a la ciudadanía, cuando existen garantías democráticas para su ejercicio, puede verse como positiva, ya que la ciudadanía tendrá la última palabra en la toma de decisiones[189].

En el contexto de Bolivia el referendo fue un proceso exitoso a pesar de ciertas dificultades, ya que desde la propuesta a la Asamblea Legislativa Plurinacional hasta el ejercicio del voto regulado por el Órgano Electoral fue legal. Este referendo pudo haber sido sin duda un fortalecimiento para las instituciones democráticas del Estado de Derecho, pero la vulneración y falta de protección del resultado por parte de todos los órganos de poder provocó la reacción en cadena que termino en la ruptura del Estado democrático constitucional de derecho y paso a un régimen de gobierno de autoritario y la vulneración de derechos humanos.

La acción de habilitar al binomio presidencial a una tercera reelección presidencial conlleva a la legitimación de un régimen de abuso de poder, y provoca una concentración en el primer mandatario, que durante el periodo de gobierno de manera directa o indirecta ejerció coerción en las decisiones de los demás

186 Cachin Fuenmayor, R.: "El Nuevo Autoritarismo", cit., p. 35.

187 Ver Art. 7 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, 2 de febrero de 2009.

188 Ver Art. 11 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, 2 de febrero de 2009.

189 Ver Welp, Y. y Lissindi, A.: "Democracia Directa", cit., p. 165.

órganos del Estado, quebrantado los principios del Estado de derecho y poniendo en peligro los derechos humanos[190], esta cuestión se ve reflejada en las elecciones generales del octubre de 2019 donde según el informe de la OEA se cometieron graves irregularidades en el proceso electoral que suponen la existencia de un fraude electoral. A causa de este hecho se produce la brecha, la desconfianza en las instituciones democráticas y en los órganos de poder del Estado provocan la ruptura del Estado derecho que conlleva a la realización de una protesta social a nivel nacional que termina provocando la renuncia –para algunos- y golpe de Estado -para otros- de Evo Morales y Álvaro García, a consecuencia de ello se produce una violación masiva de los derechos humanos durante la acefalia de poder en el país[191].

Finalmente Colombia presentó ante la Corte IDH una solicitud de opinión consultiva respecto si la reelección presidencial indefinida es un derecho humano, puede que esta opinión consultiva sea la solución de freno a los mandatarios de la región latinoamericana de acudir a las Cortes Supremas para reformar la Constitución y eliminar los límites fundamentando la vulneración de derechos humanos[192]. Durante las audiencias llevadas a cabo para resolver esta solicitud de opinión consultiva las organizaciones de la sociedad civil de la región han mostrado una tendencia a rechazar la reelección presidencial indefinida y posiblemente la Corte IDH se pronuncie de manera favorable al rechazó de la reelección indefinida por contrariar al objetivo del Sistema Interamericano de Derechos humanos que consolida al Sistema Democrático de Gobierno como el más eficaz para la protección de los derechos humanos.

190 Ver Vargas Lima, A. E.: "La reelección presidencial", cit., p. 459.

191 Ver Organización de los Estados Americanos: *Análisis de Integridad Electoral Elecciones Generales en el Estado Plurinacional de Bolivia,* 2019, pp. 1-95.

192 Sergio Felipe García Hernández, *Colombia Consultó a La Corte IDH Si la Reelección Indefinida es un Derecho humano*, Anadolu Agency, 20 de octubre del 2019, https://www.aa.com.tr/es/pol%C3%ADtica/colombia-consult%C3%B3-a-la-corte-idh-si-la-reelecci%C3%B3n-indefinida-es-un-derecho-humano/1620527.

BIBLIOGRAFÍA

ABI, *Resultados parciales: 349.383 militantes del MAS, 35%, concurrieron a las urnas y entre 15.000 y 3.000 de los otros partidos,* Agencia Boliviana de Información (27 de enero del 2019) https://www1.abi.bo/abi_/?i=419774.

Baldivieso Jinés, M. A.: "La Interpretación Constitucional en Bolivia, (¿Suicidio del TCP?)", *Revista Boliviana de Derecho*, núm., 12, 2017.

Becerra Ramírez, M.: *El Control de la Aplicación del derecho internacional en el marco del Estado de derecho,* 2016.

Cárdenas Gracia, J.: "Informe Sobre el Referéndum Boliviano de 2016", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 148. 2017.

Cachin Fuenmayor, R.: "El Nuevo Autoritarismo Latinoamericano: Un Reto Para La Democracia y Los Derechos Humanos (Análisis Del Caso Venezolano)", *Revista de Estudios Constitucionales*, vol. 17, núm. 1, 2019.

Caso Castañeda Gutman Vs. México, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Ct. Inter-Am. DD. HH. Serie C No. 184 (6 de agosto del 2008).

Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. Serie C No. 127 (23 de junio de 2005).

Código Procesal Constitucional [Cód. Proc. Const.], 5 de julio del 2012, 392NEC Gaceta Oficial de Bolivia.

Comisión Europea para la Democracia a Través del Derecho (Comisión de Venecia): *Informe Sobre los Límites a la Reelección Parte I – Presidentes*, Venecia, 2018.

Comité de Derechos Humanos, Observación general Nº 25: La participación en los asuntos públicos y el derecho de voto (artículo 25), Doc. O.N.U. CCPR/C/21/Rev.1/Add.7 (12 de julio de 1996).

Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia. (2009). Gaceta Oficial de Bolivia CPE_2009. http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/edicions/view/CPE_2009.

Declaración Constitucional Plurinacional No. 0003, de 25 de abril de 2013.

García Hernández, S. F.: *Colombia Consultó a La Corte IDH Si la Reelección Indefinida es un Derecho humano,* Anadolu Agency, 20 de octubre del 2019, https://

www.aa.com.tr/es/pol%C3%ADtica/colombia-consult%C3%B3-a-la-corte-idh-si-la-reelecci%C3%B3n-indefinida-es-un-derecho-humano/1620527.

Inarra Zeballos, L. G.: "La Limitación Constitucional a la Reelección de Autoridades Ejecutivas, su convencionalidad y Legitimidad Popular: Una Crítica a la Sentencia del Tribunal Constitucional Plurinacional Boliviano", *Revista Razón Crítica*, núm. 6, 2019.

Jerez Moreno R.: "La reelección presidencial no es un derecho humano. La Comisión de Venecia puso el punto sobre las íes", *Rev. Envío,* núm. 55, 2018.

Karina Martin: *OEA pide respetar voluntad popular contra reelección de Evo Morales y que caso vaya a la CIDH,* Panam Post (7 de octubre del 2017), https://es.panampost.com/karina-martin/2017/10/05/oea-reeleccion-de-evo-morales/.

La Razón, *Oposición boliviana intenta últimos recursos para impugnar candidatura de Evo Morales,* AmericaEconomía (11 de diciembre del 2018), https://www.americaeconomia.com/politica-sociedad/politica/oposicion-boliviana-intenta-ultimos-recursos-para-impugnar-candidatura-de.

Ley de Aplicación Normativa No. 381, 20 de mayo del 2013, 528NEC Gaceta Oficial de Bolivia.

Ley de Organizaciones Políticas No. 1096, 1 de septiembre del 2018, 1095NEC Gaceta Oficial de Bolivia.

Ley del Régimen Electoral No. 026, 30 de junio de 2010, 392NEC Gaceta Oficial de Bolivia.

Martínez Barahona E.: "Las Cortes Supremas como mecanismo de distribución de poder: El caso de la reelección presidencial en Costa Rica y Nicaragua", *Rev. Ciencia Política*, vol. 30, núm. 3, 2010.

Martínez Barahona, E. y Brenes Barahona A.: "'Y Volver, Volver, Volver…' un Análisis de los Casos de Intervención de las Cortes Supremas en la Reelección Presidencial en Centroamérica", *Anuario de Estudios Centroamericanos*, vol. 38. 2012.

Misión de la OEA llama a aceptar los resultados del referendo en Bolivia, El País (23 de febrero del 2016), https://www.elpais.com.uy/mundo/mision-oea-llama-aceptar-resultados-referendo-bolivia.html.

Misión de Observación Electoral de la Unión Europea: *Bolivia Informe Final Referéndum Nacional Constituyente 25 de enero de 2009*, 2009.

Nocera, L. A.:

- "Contradicciones Constitucionales: El Tribunal Constitucional Plurinacional Boliviano y la Reelección de Morales. ¿Una Práctica De Abusivismo Constitucional?", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, vol. 23, núm. 2. 2019.

- "La pericolosa interpretazione contra constitutionem della giurisprudenza boliviana sui mandati presidenziali·, Nuovi Autoritarismi e Democrazie: Diritto, Istituzioni, Società, núm. 1, 2019.

Organización de los Estados Americanos (OEA):

- *Análisis de Integridad Electoral Elecciones Generales en el Estado Plurinacional de Bolivia,* 2019.

- *Comunicado de Prensa D-011/18, Mensaje del Secretario General de la OEA sobre opinión de la Comisión de Venecia sobre reelección presidencial* (9 de abril del 2018) https://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=D-011/18.

- Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Serie sobre Tratados, OEA, No. 36, 1144, Serie sobre Tratados de la ONU, 123. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf.

- *Informe al Consejo Permanente Misión De Observación Electoral Estado Plurinacional De Bolivia Referendo Constitucional*, 2016. https://reformaspoliticas.org/wp-content/uploads/2019/03/Informe-MOE-OEA-de-Bolivia-Refer%C3%A9ndum-2016.pdf.

Penfold, M., Corrales, J., y Hernández, G.: "Los Invencibles: La Reelección Presidencial y los Cambios Constitucionales en América Latina", *Rev. de Ciencias Políticas*, vol. 34, núm. 3, 2014.

Proyecto de Opinión Pública en América Latina (LAPOP): *Ciudadanía, Comunidad de Estudios Sociales y Acción Pública*, 2012.

Redacción Central:

- *Demanda ante CIDH y paro nacional suben presión contra la repostulación,* Los Tiempos (31 de enero del 2018), https://www.elpais.com.uy/mundo/mision-oea-llama-aceptar-resultados-referendo-bolivia.html.

- *Evo antepone el pueblo a la ley,* Los Tiempos, 29 de agosto del 2017 https://www.lostiempos.com/actualidad/nacional/20170829/evo-antepone-pueblo-ley

Rivera Santivañez, J. A.:

- *El Tribunal Constitucional Defensor de la Constitución*, Bolivia, 2007.

- "La Reelección Presidencial en el Sistema Constitucional Boliviano", *Revista Bolivia de Derecho*, núm. 12, 2011.

- *La segunda reelección presidencial. Una habilitación que afecta al Estado constitucional de Derecho,* Konrad Adenauer Stiftung (13 de abril del 2013) https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=8ce637e7-4801-a374-76e8-f9c3a7499c0b&groupId=271408

Sarrafero, M. D.:

- "La Reelección Presidencial Indefinida en América Latina", *Revista de Instituciones, Ideas y Mercados*, núm. 54, 2011.

- "Reelección Presidencial en América Latina: Evolución y Situación Actual", *Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas,* núm. 5, 2010.

Treminio Sanchez, I.: "Las Reformas a la Reelección Presidencial del Nuevo Siglo en América Central, Tres Intentos de Reforma y Un Golpe de Estado", *Rev. Política y Gobierno*, vol. 22, núm. 1, 2009.

Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. (2017, 28 de noviembre). Sentencia SCP-0084/2017 (Macario Lahor Cortez Chavez).

Tribunal electoral de Bolivia permite a Evo buscar la reelección a pesar del 21F y la Constitución, MercoPress (5 de diciembre del 2018), https://es.mercopress.com/2018/12/05/tribunal-electoral-de-bolivia-permite-a-evo-buscar-la-reeleccion-a-pesar-del-21f-y-la-constitucion

Vargas Lima, A. E.: "La reelección presidencial en la jurisprudencia del tribunal constitucional plurinacional de Bolivia. La ilegítima mutación de la constitución a través de una ley de aplicación normativa", *Rev. Boliviana de Derecho*, núm. 19, 2015.

Vivanco, J. M. y Pappier, J.: *Evo Morales manipula los derechos humanos para aferrarse a la presidencia,* Human Rights Watch (9 de noviembre del 2017), https://www.hrw.org/es/news/2017/11/09/evo-morales-manipula-los-derechos-humanos-para-aferrarse-la-presidencia#.

VELA, E.: *El tribunal electoral boliviano habilita la reelección de Evo Morales,* LA IZQUIERDA DIARIO (5 de diciembre del 2018).

WELP, Y.: "El Referéndum ha Muerto, Viva el Referéndum", *Rev. Nueva Sociedad,* núm. 282, 2019.

WELP, Y. y LISSIDINI, A.: "Democracia Directa, Poder y Contra poder, Análisis del Referendo del 21 de febrero de 2016 en Bolivia", *Revista de Estudios Bolivianos*, vol. 22, 2016.

WENDY PINTO: *Movimientos ciudadanos exigen que Evo respete el "No" del 21F,* PÁGINA SIETE (14 de diciembre del 2016) https://www.paginasiete.bo/nacional/2016/12/14/movimientos-ciudadanos-exigen-respete-no-120357.html

ZEGADA CLAURE, M. T.: "El Escenario Boliviano en 2018: Estabilidad Económica e Incertidumbre Institucional", *Rev. de Ciencias Políticas*, vol. 39, núm. 2, 2019.W

LA APLICACIÓN DE LOS TRIBUTOS EN LOS CASOS DE DELITO CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA

TAX ENFORCEMENT STANDARDS ON CRIMES AGAINST THE PUBLIC TREASURY

Rev. Boliv. de Derecho Nº 32, julio 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 900-933

Paloma
ALONSO
DROMANT

ARTÍCULO RECIBIDO: 11 de enero de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 30 de abril de 2021

RESUMEN: El objeto del presente trabajo es analizar los procedimientos tributarios que deben desarrollar los distintos órganos de la Administración Tributaria, inspección, gestión, recaudación y sanción, en caso de que se aprecie la existencia de un presunto delito contra la Hacienda Pública. Para ello, se lleva a cabo un estudio de la nueva configuración jurídica del delito fiscal tras la reforma penal de 2012, así como de la Ley 34/2015.

PALABRAS CLAVE: Código Penal; reforma de 2012; delito fiscal; delito contra la Hacienda Pública; Ley 34/2015; Título VI; Ley General Tributaria; regularización; Administración Tributaria; procedimientos tributarios; principio de seguridad jurídica; tributo; prejudicialidad penal; liquidación tributaria; obligado tributario; responsabilidad tributaria.

ABSTRACT: *The paper analyses the multiple tax procedures to be developed by the different bodies of the Spanish Tax Authorities (tax management procedures, tax inspection procedures, tax collection and tax penalty procedures) in the case of appreciation of an alleged crime against the Public Treasury. To attain this goal, a study of the new Tax crime configuration after 2012´ criminal reform is carried out, as well as a study of Act 34/2015.*

KEY WORDS: *Criminal Code; 2012´s criminal reform; crime against the Public Treasury; Law 34/2015; Title VI; General Taxation Law; regularisation; tax authorities; Tax procedures; Legal certainty principle; Levy; Criminal prejudgement; Tax settlement; Tax obligor; Tax Responsibility.*

SUMARIO.- I. CONTEXTO.- 1. Introducción.- 2. Antecedentes de la Ley 34/2015, de 21 de septiembre.- 3. Coherencias y discrepancias de la Ley 34/2015, de 21 de septiembre, como desarrollo de la reforma del art. del 305 CP.- 4. Reformas de la Ley 34/2015, de 21 de septiembre, que se refieren a esta materia y están al margen de la propia LGT.- 5. Desarrollo reglamentario.- II. ÁMBITO TEMPORAL DE APLICACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO RESULTANTE DE LA REFORMA DE LA LEY 34/2015.- III. OBJETIVOS Y PRINCIPIOS DEL RÉGIMEN VIGENTE.- 1. Objetivos de la reforma del CP de 2012 en relación con el art. 305 CP y objetivos de la Ley 34/2015, de 21 de septiembre.- 2. Principios presentes en el nuevo régimen legal.- IV. CONTENIDO ESENCIAL DEL RÉGIMEN LEGAL.- 1. Piezas fundamentales de la reforma del art. 305 CP (2012).- 2. Piezas fundamentales de la reforma de la Ley 34/2015, de 21 de septiembre, en los casos de indicios de delito contra la Hacienda Pública.- 3. Cuadro de equivalencias entre el art. 305 CP y los preceptos de la LGT que se ocupan de desarrollarlo.- V. APLICACIÓN DEL RÉGIMEN LEGAL.- VI. PROCEDIMIENTOS DE APLICACIÓN DE LOS TRIBUTOS EN EL CASO DE INDICIOS DE DELITO FISCAL.- 1. Notas del procedimiento desarrollado por el Título VI LGT.- 2. Procedimientos de aplicación de los tributos a los que queda circunscrito este régimen legal.- 3. Resultado de la aplicación de este régimen legal.- 4. Supuestos en los que no se aplica el régimen especial del Título VI y diferencias procedimentales.- 5. Incidencia del procedimiento del Título VI en el procedimiento sancionador.- 6. Particularidades de la liquidación tributaria vinculada a delito respecto a las demás liquidaciones definidas en la LGT.- 7. Peculiaridades de las liquidaciones vinculadas a delito en cuanto a la presunción de legalidad y ejecutividad inmediata de cualquier acto administrativo.- 8. Particularidad en el régimen legal de recaudación de las liquidaciones vinculadas al delito.- VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

El objeto del presente artículo es el análisis de los procedimientos tributarios que deben desarrollar los órganos de la Administración Tributaria en caso de que se aprecie la existencia de un delito contra la Hacienda Pública. Se considera una cuestión de relevancia, ya que existe una regulación novedosa al respecto tras la reforma del Código Penal operada a través de la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social (en adelante, LO 7/2012) y la consiguiente reforma de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante, LGT) operada por la Ley 34/2015, de 21 de septiembre, de modificación parcial de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante, Ley 34/2015). En definitiva, nos

• Paloma Alonso Dromant
Licenciada en el doble grado de ADE y Derecho por la Universitat de València. Investigadora en el Departamento de Derecho Internacional "Adolfo Miaja de la Muela" de dicha entidad, trabajando además en una de las Cátedra Jean Monnet. Ha participado en numerosas actividades complementarias durante mis estudios académicos y he disfrutado de dos becas por excelencia en el rendimiento académico otorgadas por el Ministerio de Educación del Gobierno de España. También ha sido becaria en los departamentos de Derecho Tributario de las firmas de abogados Uría Menéndez y Price Waterhouse Coopers (PwC). Correo electrónico: palomadromant@gmail.com.

encontramos ante una materia cambiante y compleja, cuyas modificaciones hacen preciso un análisis como éste.

Las modificaciones que ha experimentado la Ley General Tributaria a través de la Ley 34/2015 tienen, sin duda, gran repercusión y alcance. Cabe destacar aquí el nuevo Título VI, que regula las actuaciones y procedimientos de aplicación de los tributos en supuestos de delito contra la Hacienda Pública.

Antes de comenzar el estudio exhaustivo de la cuestión jurídica, considero relevante hacer mención del contexto temporal desencadenante de la reforma objeto de estudio. Así pues, el año en que se aprobó la reforma del Código Penal de 2012, supuso para España lo más cruento de la crisis. Esta situación se refleja en el Preámbulo de la LO 7/2012 como causa de la reforma. No obstante, a pesar de la reforma penal de 2012, no fue hasta el año 2015 cuando se aprobó la Ley 34/2015 que implantó numerosas reformas en la Ley General Tributaria y, sobre todo, cumplió con el mandato que el Código Penal había dejado en manos del legislador de dotar de una regulación en sede tributaria a la nueva configuración del delito fiscal establecida por el apartado 5 del art. 305 del Código Penal (en adelante, CP).

2. Antecedentes de la Ley 34/2015, de 21 de septiembre.

Como ya he indicado, la Ley 34/2015 se aprobó, entre otros motivos, para dar cumplimiento a la obligación impuesta al legislador en materia tributaria de desarrollar la reforma penal operada por la LO 7/2012. Concretamente, la actual redacción del art. 305 CP, permite a la Administración tributaria proceder a la liquidación y cobro de las deudas tributarias vinculadas al posible delito fiscal. En estos casos, la liquidación que se derive seguirá la tramitación que al efecto establezca la normativa tributaria. Es este "seguirá la tramitación que al efecto establezca la normativa tributaria" la clave que hace necesaria y relevante una posterior reforma de la LGT[1].

Además de la reforma penal de 2012, deben igualmente destacarse como antecedentes de la misma otras dos leyes cuyo principal objetivo fue la prevención y lucha contra el fraude fiscal: la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, y la más reciente Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude. Así, queda indicado en el Preámbulo de la Ley 34/2015 que "la presente Ley sigue las pautas marcadas" por ambas leyes.

1 Calvo Vérgez, J.: "El nuevo delito fiscal tras la aprobación de la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre", *Quincena Fiscal Aranzadi*, núm. 3, 2013, pp. 49-73.

3. Coherencias y discrepancias de la Ley 34/2015, de 21 de septiembre, como desarrollo de la reforma del art. del 305 CP.

Antes del 1 de enero de 2013, fecha de entrada en vigor de la reforma del CP operada por la LO 7/2012, la paralización de las actuaciones administrativas de liquidación y recaudación de la deuda tributaria relacionada con el delito era obligatoria cuando se apreciaban indicios de un posible delito fiscal. Ahora bien, con la introducción del Título VI en la LGT, por obra de la Ley 34/2015, y en armonía con lo dispuesto en el art. 305.5 CP se abre camino para que la Administración Tributaria pueda llevar a cabo actuaciones de liquidación y cobro de la deuda tributaria aun en los casos en que se aprecie vinculación con un posible delito contra la Hacienda Pública. Concretamente, el apartado 5º del art. 305 CP habilita a la Administración Tributaria a liquidar de forma separada los conceptos y cuantías según se encuentren o no vinculados con el posible delito contra la Hacienda Pública. Por su parte, el art. 255 LGT desarrolla el procedimiento a seguir por los órganos de recaudación de la Administración Tributaria en caso de delito fiscal, en coherencia con lo establecido en el art. 305.4, párrafo tercero del CP. Como éstos, existen más paralelismos entre lo dispuesto en el art. 305 CP y el articulado introducido en la LGT por la Ley 34/2015[2].

Ahora bien, podría realizarse una reflexión sobre la verdadera necesidad de la modificación operada por el Título VI, ya que desde que entró en vigor la LO 7/2012 hasta la entrada en vigor de la Ley 34/2015 y, por tanto, del Título VI, se dieron situaciones en las que la Administración Tributaria, a pesar de no tener una guía para ello, pudo liquidar y cobrar las deudas tributarias vinculadas a delito ya que el CP le habilitaba para ello. No obstante, para preservar la seguridad jurídica era necesario dotar de una regulación detallada y exhaustiva a todas las fases y aspectos de los nuevos procedimientos tributarios, algo que no se produjo hasta la entrada en vigor de la Ley 34/2015 e incluso, su posterior desarrollo reglamentario. Por tanto, la reforma tributaria sí era necesaria debido a que en la LGT seguía reflejándose el anterior sistema de prejudicialidad penal. No debemos olvidar que el apartado 5 del art. 305 CP es una norma penal que no debe entrar a regular en profundidad materias correspondientes al orden administrativo, más en concreto al tributario. En caso contrario, podría verse gravemente comprometida la debida compartimentación de nuestro ordenamiento jurídico.

Por lo que respecta a posibles discrepancias, si bien la referida reforma penal introdujo la posibilidad de tramitar un procedimiento de comprobación e investigación tributaria de forma paralela a la tramitación del proceso penal, el Título VI introducido por la Ley 34/2015, tan sólo prevé la posibilidad de que dicha

2 *Vide infra* el cuadro de equivalencias entre los distintos apartados del art. 305 CP y los preceptos de la LGT que se ocupan de desarrollarlo (apartado 4.3 de este trabajo).

tramitación simultánea se dé entre el procedimiento penal y el administrativo de recaudación. Esto es así debido a que el art. 253 LGT establece que, cuando la Administración Tributaria aprecie indicios de delito contra la Hacienda Pública en el seno de un procedimiento inspector, debe continuar el procedimiento hasta dictar una liquidación vinculada a delito y es, una vez dictada dicha liquidación, cuando la Administración Tributaria pasará el tanto de culpa a la jurisdicción competente o remitirá el expediente al Ministerio Fiscal. Como es obvio, hasta que dicha denuncia o traslado de expediente no tenga lugar, no podrá incoarse el procedimiento penal de manera que para todos los supuestos del Título VI cuando el procedimiento penal comience, el procedimiento inspector ya habrá finalizado. Este aspecto se destaca también por la STS 3400/2017, de 25 de septiembre, en la que el Tribunal Supremo establece que: "Mientras en el CP se prevé la posibilidad de que se liquide y recaude cuando se haya remitido el expediente al Ministerio Fiscal o al Juez competente, la reforma de la LGT convierte en imperativo, como regla general, la referida liquidación, previéndose sólo la posibilidad de que el juez paralice el procedimiento de recaudación y no el de liquidación".

4. Reformas de la Ley 34/2015, de 21 de septiembre, que se refieren a esta materia y están al margen de la propia LGT.

La Ley 34/2015 no sólo modifica la Ley General Tributaria para adaptarla, entre otros objetivos, a la nueva regulación del delito fiscal operada por la reforma del CP de 2012, sino que también, y como es lógico, lleva a cabo una serie de reformas en otras *leyes procesales,* para adaptar la jurisdicción penal y contenciosa a las nuevas particularidades del delito fiscal. Así, la Ley 34/2015 modifica tanto la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por el Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 (en adelante, LECRIM) como la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante, LJCA)[3].

En cuanto a las reformas operadas por la Ley 34/2015 en la LECRIM, introduce un nuevo art. 614 *bis* que designa como competente para decidir sobre las medidas cautelares adoptadas por la Administración tributaria al Juez de lo Penal, una vez se haya iniciado el proceso penal por delito contra la Hacienda Pública. También añade un nuevo Título X *bis*, formado por los arts. 621 *bis* y 621 *ter*, que pasa a regular las especialidades del proceso penal cuando se enjuicia un delito contra la Hacienda Pública. Respecto a las modificaciones establecidas por la LJCA, introduce una nueva Disposición adicional décima cuyo objetivo es delimitar que no es competencia del orden contencioso-administrativo el conocimiento de las controversias que puedan surgir en los procedimientos tributarios especiales del Título VI que se desarrollen cuando existan indicios de delito contra la Hacienda Pública, salvo los casos de los arts. 256 y 258.3 LGT. Además, también establece

3 Véanse Disposición final primera y Disposición final tercera de la Ley 34/2015.

que no compete a este orden jurisdiccional el conocimiento de las pretensiones relacionadas con las medidas cautelares que se tomen en estos procedimientos una vez se haya iniciado el correspondiente proceso penal.

5. Desarrollo reglamentario.

Existen varios reglamentos que desarrollan y complementan nuestra Ley General Tributaria. Los principales son: Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos (en adelante, RGIT); Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación (en adelante, RGR); Real Decreto 2063/2004, de 15 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General del régimen sancionador tributario (en adelante, RST); y Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en materia de revisión en vía administrativa (en adelante, RRVA).

Todos ellos se vieron afectados tras la reforma del CP de 2012 y, más concretamente, tras la entrada en vigor de la Ley 34/2015. En este sentido, es la propia Ley 34/2015 la que habilita al Gobierno a desarrollar la tramitación del delito fiscal por vía reglamentaria en su Disposición final undécima. Para cumplir con esta misión, el 30 de diciembre de 2017 el Gobierno aprobó "un paquete" de cuatro Reales Decretos, desarrollando así el procedimiento especial del Título VI de la LGT en vía reglamentaria:

- Real Decreto 1070/2017, de 29 de diciembre, por el que se modifican el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, aprobado por el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, y el Real Decreto 1676/2009, de 13 de noviembre, por el que se regula el Consejo para la Defensa del Contribuyente (en adelante, RD 1070/2017).

- Real Decreto 1071/2017, de 29 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento General de Recaudación, aprobado por el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio (en adelante, RD 1071/2017).

- Real Decreto 1072/2017, de 29 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento general del régimen sancionador tributario, aprobado por el Real Decreto 2063/2004, de 15 de octubre (en adelante, RD 1072/2017).

- Real Decreto 1073/2017, de 29 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento general de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General

Tributaria, en materia de revisión en vía administrativa, aprobado por el Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo (en adelante, RD 1073/2017). Si bien es cierto que el RRVA fue objeto de diversas modificaciones para adaptarlo a las nuevas disposiciones introducidas por la Ley 34/2015 en la LGT, ninguna de ellas está directamente relacionada con la nueva regulación tributaria para casos de delito contra la Hacienda Pública. Por tanto, simplemente se menciona aquí porque se considera interesante que el lector pueda tener una visión completa del "paquete reglamentario" que el ejecutivo aprobó para desarrollar la Ley 34/2015, pero, las modificaciones que por él se introdujeron no van a ser objeto de estudio en el presente trabajo.

II. ÁMBITO TEMPORAL DE APLICACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO RESULTANTE DE LA REFORMA DE LA LEY 34/2015.

La entrada en vigor de la Ley 34/2015 se produjo el día 12/10/2015, transcurridos 20 días desde su publicación en el BOE. En cuanto a la aplicación temporal, hay que estar a lo dispuesto en la Disposición transitoria única de dicha Ley. Concretamente, nos interesa analizar sus apartados 8 y 9 por afectar al procedimiento especial del Título VI. En primer lugar, el nuevo régimen jurídico será de aplicación para aquellos procedimientos inspectores iniciados con anterioridad al 12/10/2015 en los que los órganos inspectores que los estén tramitando hayan apreciado indicios de delito fiscal, pero todavía no hayan pasado el tanto de culpa a la jurisdicción competente o remitido el expediente al Ministerio Fiscal. Así, se habilita a la inspección a seguir tramitando procedimientos que se iniciaron antes de la vigencia de la reforma, de manera que éstos puedan concluir en una liquidación vinculada a delito y puedan iniciarse así, por los órganos recaudadores, las funciones dirigidas al cobro de la deuda tributaria presuntamente delictiva.

Por otra parte, lo dispuesto en el nuevo art. 258 LGT se aplicará a todas aquellas personas que hayan sido causantes o colaboradoras de las infracciones tributarias constitutivas de delito, a pesar de que la comisión de dicha infracción no hubiese podido declararse con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 34/2015. Por lo tanto, estos causantes o colaboradores del delito pasarán a responder solidariamente de las deudas vinculadas al mismo que la inspección tributaria liquide, y ello a pesar de que a fecha de 20/10/2015 no hubiese podido declararse todavía la comisión de la infracción por estar pendiente la tramitación del proceso penal.

Si pensásemos que el único régimen que los obligados tributarios y sus asesores fiscales conocían en el momento de cometer los hechos constitutivos de delito era el anterior a la reforma operada por el art. 305.5 CP, nos encontraríamos probablemente ante un supuesto en el que se estaría atentando gravemente no sólo contra la irretroactividad de las normas sancionadoras no favorables, sino

también contra la seguridad jurídica, pues tanto los contribuyentes como sus colaboradores pudieron pensar que, de darse el caso de ser perseguidos por delito fiscal, les sería de aplicación un régimen legislativo distinto a aquel que ahora se les aplica. Ahora bien, es importante tener en cuenta que, a pesar de ésto, como ya sabemos la Ley 34/2015 no hace sino desarrollar un procedimiento tributario cuyas líneas generales ya anunció el legislador en 2012 con la debida reforma penal. Pues bien, por lo que pasó a establecerse en el apartado 5 del art. 305 CP tras la reforma operada por la LO 7/2012, era ya conocido el hecho de que la apreciación de indicios de delito contra la Hacienda Pública por parte de la Administración Tributaria no implicaría la paralización del procedimiento inspector, ni la de la acción de cobro de la deuda tributaria. Por lo tanto, a pesar de ser totalmente achacable al legislador español el hecho de que tardase casi tres años en dar un desarrollo en sede tributaria a este nuevo régimen no parece del todo posible mencionar que para los procedimientos inspectores iniciados tras la entrada en vigor de la LO 7/2012, se esté llevando a cabo una irretroactividad desproporcionada que atenta contra la seguridad jurídica de los obligados tributarios y operadores jurídicos. Así, desde la entrada en vigor de la reforma penal de 2012, era conocida la posibilidad que pasaba a tener la Administración de liquidar y cobrar los elementos de la deuda tributaria vinculados a delito. Discusión diferente merece en esta sede el régimen de responsabilidad solidaria del art. 258 LGT que se aplica retroactivamente a casos anteriores a la entrada en vigor de la Ley 34/2015, puesto que éste no se anunciaba en la reforma del CP y por lo tanto, no era previsible para aquellos que ahora pasan a responder solidariamente de las deudas vinculadas a delito.

Por lo que respecta al desarrollo reglamentario de este nuevo Título VI, el RD 1070/2017 entró en vigor el día 1 de enero de 2018, de acuerdo con su Disposición final única. Ahora bien, por lo que se refiere a la incidencia en los procedimientos que a dicha fecha estuviesen en curso, la Disposición transitoria única olvidó dotar de un régimen transitorio concreto al Capítulo IV, titulado "Actuaciones en supuestos de delito contra la Hacienda Pública". Pues bien, a diferencia de lo que sucede con la Ley 34/2015 en la que, como ya hemos visto, se regula un régimen transitorio para las actuaciones y procedimientos a seguir en supuestos de delito contra la Hacienda Pública, el Gobierno olvidó establecer la posibilidad de que este reglamento fuese aplicable a aquellos procedimientos inspectores que estuviesen en tramitación antes de su entrada en vigor. Nos encontramos pues ante una paradoja jurídica en la que el legislador se ocupa de hacer aplicable el régimen del Título VI establecido por la Ley 34/2015 a procedimientos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la misma. Sin embargo, el reglamento que se ocupa de completar este régimen, además de tardar casi 3 años más en entrar en vigor, da a entender que, en virtud de lo dispuesto, o mejor, de lo no dispuesto, por su Disposición transitoria única, sólo podrá aplicarse a los procedimientos

tributarios iniciados a partir de la fecha de entrada en vigor del mismo, esto es, a partir del 1 de enero de 2018. Lo mismo sucede con el RD 1071/2017 y con el RD 1072/2017.

III. OBJETIVOS Y PRINCIPIOS DEL RÉGIMEN VIGENTE.

1. Objetivos de la reforma del CP de 2012 en relación con el art. 305 CP y objetivos de la Ley 34/2015, de 21 de septiembre.

El Preámbulo de la LO 7/2012 establece como objetivo de la reforma en relación con los delitos contra la Hacienda Pública la mejora de la eficacia de los instrumentos de control de los ingresos y del gasto público, algo que resulta fundamental para luchar contra la crisis económica y el fraude fiscal. Concretamente, para la consecución de este gran objetivo, las modificaciones introducidas en el art. 305 CP persiguen[4]:

- Incrementar las posibilidades de cobro de la deuda tributaria impagada evitando la paralización del procedimiento administrativo por el proceso penal, algo que sucedía hasta el momento.

- Introducir mejoras técnicas en la regulación de las defraudaciones a la Hacienda Pública y a los Presupuestos de la Unión Europea.

- Evitar la denuncia ante los Juzgados de aquellos obligados tributarios que han regularizado, de forma completa y voluntaria, su situación tributaria.

- Establecer mecanismos que rebajen la pena para aquellos imputados que, iniciado el proceso penal, satisfagan la deuda tributaria o colaboren en la investigación judicial.

Por lo que respecta a la Ley 34/2015, su Preámbulo establece que la reforma del Título VI y demás preceptos relacionados con la materia delictiva, es consecuencia de la reforma de la regulación del delito contra la Hacienda Pública. De esta manera, los objetivos perseguidos por la Ley 34/2015 son:

- Establecer un procedimiento administrativo que permita practicar liquidaciones tributarias y efectuar el cobro de las mismas aún en los supuestos en los que se inicie la tramitación de un procedimiento penal. Esto permitirá la superación de dos situaciones hasta ahora existentes: La conversión de la deuda en responsabilidad civil derivada de delito, como fórmula de resarcimiento a la Hacienda Pública y el trato de favor existente que se dispensaba a un presunto autor

4 Beltrán Girón, F.: "El proyecto de ley de reforma del art. 305 del Código Penal: principales novedades", *Carta Tributaria,* Monografías, núm. 20, 2012.

de un delito contra la Hacienda Pública frente a un mero infractor administrativo (este último, a diferencia del presunto delincuente, tenía siempre la obligación de pagar o garantizar la suspensión de la ejecutividad del acto administrativo).

- Resolver las situaciones singulares derivadas de la coexistencia de las actuaciones administrativas de liquidación y cobro con el enjuiciamiento penal de la defraudación.

- Configurar la regularización de la deuda tributaria como el verdadero reverso del delito, retornando completamente a la legalidad la situación de quienes la llevan a cabo.

- Permitir la práctica de una liquidación administrativa vinculada al delito.

- Establecer un nuevo supuesto de responsabilidad tributaria basado en la condición de causante o colaborador en la defraudación.

- Regular las medidas cautelares que pueden adoptar los órganos administrativos durante la tramitación de este nuevo procedimiento.

Se puede concluir que los objetivos perseguidos por las reformas operadas por ambas leyes son coincidentes. Observamos como el legislador de ambas disposiciones busca luchar contra el fraude fiscal coordinando para ello a dos de los poderes del Estado, el judicial (jueces y tribunales de lo penal) y el ejecutivo (Administración Tributaria) con el objetivo último de conseguir el cobro de las cuantías defraudadas sin necesidad de esperar a que la jurisdicción penal se pronuncie en firme.

2. Principios presentes en el nuevo régimen legal.

El Preámbulo de la Ley 34/2015 establece que con esta norma se sigue el principio de adaptación continua de la norma tributaria a la evolución de la sociedad. Me gustaría incidir aquí en mayor profundidad ya que, como indiqué al principio de este trabajo, la sociedad española de los años 2012 y 2015 -años en que se aprobaron la reforma penal y tributaria correspondientes- estaba atravesando una cruda realidad económica. Como sucede en todos los períodos de crisis, el gasto público aumenta a la vez que los ingresos disminuyen debido al menor poder adquisitivo de los ciudadanos, por lo que el déficit público se dispara. Algo que, sin excepción, sucedió durante estos años. Por tanto, si bien el legislador no lo estableció con estas palabras, considero que el principio más esencial sobre el que gira la articulación de este nuevo sistema de represión de los delitos fiscales no es otro que intentar contrarrestar los devastadores efectos que la crisis económica y financiera tuvieron en las arcas públicas. Es por ello por lo

que se articula todo un nuevo sistema que otorga más poderes a la Administración tributaria, en detrimento del poder judicial, pues se intenta agilizar la liquidación y el cobro de las deudas más cuantiosas, como son las constitutivas de posibles delitos contra la Hacienda Pública[5].

La Ley 34/2015 también establece que los principios esenciales perseguidos por las modificaciones introducidas por ella son el reforzamiento de la seguridad jurídica tanto de los obligados tributarios como de la Administración Tributaria y reducir la litigiosidad en esta materia; la prevención del fraude fiscal, incentivando el cumplimiento voluntario de las obligaciones tributarias, para lo que se da una nueva regulación a la figura de la regularización tributaria; y el incremento de la eficacia de la actuación administrativa en la aplicación de los tributos.

IV. CONTENIDO ESENCIAL DEL RÉGIMEN LEGAL.

1. Piezas fundamentales de la reforma del art. 305 CP (2012).

La LO 7/2012 introdujo toda una serie de reformas en el CP, siendo clave la reforma introducida en el art. 305 CP. En primer lugar, se refleja en el tipo delictivo una nueva configuración legal de la regularización tributaria. Así, establece para aquellos defraudadores en cuantías superiores a 120 mil euros que pasen a regularizar voluntariamente su deuda, el efecto de pleno retorno a la legalidad, poniéndose fin a la lesión provisional del bien jurídico protegido producida por la defraudación consumada con el inicial incumplimiento de las obligaciones tributarias, y desapareciendo de esta manera el reproche penal. Así lo establecen los apartados 1 y 4 del art. 305 CP.

Otra novedad importante es la introducida por el apartado 5 del art. 305, que posibilita a la Administración Tributaria a continuar con el procedimiento inspector de aplicación de los tributos en el que se aprecien los indicios de delito fiscal, liquidando la deuda vinculada al delito y procediendo a su posterior cobro por los órganos de recaudación. Es ésta la novedad más destacable del nuevo régimen, ya que sienta las bases del posterior Título VI. No hace falta repetir que se trata de una novedad importantísima que constituye un antes y un después en cuanto a la prejudicialidad penal en este ámbito.

Otra novedad muy relacionada con la anterior es la posibilidad que el apartado 5 del art. 305 otorga a la Administración tributaria de liquidar por separado elementos pertenecientes a una misma obligación tributaria. Mientras que la liquidación de los elementos no vinculados a delito seguirá la tramitación y revisión ordinarias; las liquidaciones vinculadas al posible delito contra la Hacienda Pública

5 Alonso Gallo, J.: "El delito fiscal tras la Ley Orgánica 7/2012", *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, núm. 34, 2013.

seguirán la tramitación que al efecto establezca la normativa tributaria. Se genera desde este momento la necesidad de reformar la legislación tributaria para dichos supuestos.

Como cuarta modificación, se introduce un nuevo apartado 6 que introduce un tipo atenuado del delito contra la Hacienda Pública, permitiendo a los órganos jurisdiccionales imponer la pena inferior en uno o dos grados, a quienes antes de que transcurran dos meses desde la citación como imputados satisfagan la deuda tributaria y reconozcan judicialmente los hechos, así como a aquéllos que colaboren activamente para la obtención de pruebas, el esclarecimiento de los hechos o la averiguación del patrimonio del obligado tributario o de otros responsables del delito.

También introduce un nuevo art. 305 *bis*, en el que se establece el subtipo agravado del delito contra la Hacienda Pública. Se consideran como nuevos supuestos agravados de delito fiscal aquéllos en los que la cuantía de la cuota defraudada supera los 600 mil euros; la defraudación se comete en el seno de una organización criminal; o la utilización de personas, negocios, instrumentos o territorios dificulta la determinación de la identidad o patrimonio del verdadero obligado tributario o responsable del delito o la cuantía defraudada.

2. Piezas fundamentales de la reforma de la Ley 34/2015, de 21 de septiembre, en los casos de indicios de delito contra la Hacienda Pública.

Como vengo exponiendo a lo largo de este trabajo, la Ley 34/2015 implicó un antes y un después en la regulación del delito fiscal en sede tributaria. Así, esta Ley introdujo toda una serie de modificaciones en la LGT, encaminadas a desarrollar lo previamente dispuesto por el legislador tras la reforma del delito fiscal en sede penal[6]. Para ello, se introdujo un nuevo *Título VI en la LGT (arts. 250 a 259)*, que regula las "Actuaciones y procedimientos de aplicación de los tributos en supuestos de delito contra la Hacienda Pública". Estos artículos detallan las actuaciones a seguir por los órganos inspectores y recaudadores de la Administración tributaria en caso de existir indicios de delito fiscal. Básicamente, estos artículos desarrollan un nuevo procedimiento inspector al que se permite continuar su tramitación, aún tras la apreciación de la posible comisión de un ilícito penal y un procedimiento recaudador como consecuencia del mismo que no se paraliza, como regla general, por el enjuiciamiento de la defraudación en sede penal. Clave en este sentido resulta el art. 253 LGT que regula el procedimiento a seguir en el caso de que la Administración tributaria deba hacer uso del mecanismo de división que le permite liquidar por separado los elementos de la obligación tributaria vinculados

6 Sánchez Pedroche, J. A.: "La reforma parcial de la Ley General Tributaria operada por la Ley 34/2015", *Sumario de Fiscal e Impuestos CEF*, núm. 10, 2015.

al delito y los no vinculados al delito. Ahora bien, procede realizar aquí una crítica a la defectuosa técnica normativa con la que el legislador elaboró este Título VI y su posterior desarrollo reglamentario, lo que complica enormemente su interpretación y hace necesario que se consolide jurisprudencia al efecto que sirva para sentar las bases de este nuevo régimen, cuanto menos, confuso. En este sentido se pronuncia la reciente STS 3146/2019, de 25 de septiembre, así como los magistrados Don Nicolás Maurandi Guillén y Don Rafael Toledano Cantero en el voto particular que formulan: "Coincidimos con la sentencia mayoritaria en los defectos de técnica normativa que atribuye al texto de ese artículo 197 *bis* (…). Añadimos que el Título VI de la LGT también es técnicamente perfectible (…)".

Respecto al régimen anterior, la situación existente en sede tributaria era muy diferente ya que la LGT imponía la obligada paralización y suspensión de la actividad administrativa de liquidación y cobro respecto de los elementos vinculados con el presunto delito. A continuación, se presenta una tabla clarificadora con las piezas fundamentales de la reforma de la Ley 34/2015 respecto al régimen anterior:

	ANTES LO 7/2012 Y LEY 34/2015	DESPUÉS LO 7/2012 Y LEY 34/2015
Elementos de la obligación tributaria no vinculados al delito	Liquidación y recaudación.	Liquidación y recaudación.
Elementos de la obligación tributaria vinculados al delito	Obligada paralización de las actuaciones administrativas de liquidación y cobro.	Continuación de las actuaciones administrativas de liquidación y cobro (a través del procedimiento especial del Título VI y su normativa de desarrollo).
Momento pertinente para trasladar el expediente a sede penal	Pase del tanto de culpa o remisión del expediente al Ministerio Fiscal de manera *inmediata* a la constatación de los indicios.	Pase del tanto de culpa o remisión del expediente al Ministerio Fiscal *una vez tramitado el procedimiento y dictada la liquidación provisional vinculada a delito,* salvo los casos excepcionales del art. 251 LGT.
Responsabilidad civil derivada del delito contra la Hacienda Pública	Debido a la imposibilidad de recaudación de la deuda tributaria vinculad a delito, conversión de la *totalidad de la deuda tributaria no ingresada*, incluidos sus intereses de demora, en parte de la responsabilidad civil derivada del delito.	La responsabilidad civil pasa a estar constituida sólo por la *parte de la deuda tributaria que la Administración no haya liquidado* por prescripción u otra causa legal más sus intereses de demora.

	ANTES LO 7/2012 Y LEY 34/2015	DESPUÉS LO 7/2012 Y LEY 34/2015
Obligación del presunto autor de un delito fiscal de pagar o garantizar la suspensión de la ejecutividad de la liquidación administrativa	No existía ya que no se liquidaba ni se abría el procedimiento de recaudación respecto al mismo. Por el contrario, quienes defraudaban en cuantías menores a 120 mil euros, sí debían pagar o garantizar la suspensión de la ejecutividad.	Trato idéntico para el presunto autor de un delito fiscal y para el mero infractor administrativo, ya que ambos están obligados a pagar la totalidad de la deuda o garantizar la suspensión de la ejecutividad de la liquidación administrativa porque las actuaciones administrativas de liquidación y recaudación continúan frente a ambos.
Autoridades que intervienen ante una defraudación tributaria de naturaleza delictiva	La judicial.	La administrativa y la judicial, actuando cada una de ellas en el ámbito que les es propio.
Comportamiento de la Administración tributaria respecto a la deuda tributaria vinculada a delito	Comportamiento pasivo, debiendo paralizar el procedimiento administrativo.	Comportamiento activo, pudiendo liquidar y recaudar.
Sujetos obligados al pago de la deuda tributaria vinculada a delito	El obligado tributario.	El obligado tributario y responsabilidad solidaria de los colaboradores o causantes de la deuda.

3. Cuadro de equivalencias entre el art. 305 CP y los preceptos de la LGT que se ocupan de desarrollarlo.

ART. 305 CP	PRECEPTOS LGT QUE LO DESARROLLAN
305.1 CP	Art. 252 LGT en lo que respecta a la regularización voluntaria y Disposición final 10ª LGT
305.2 CP	
305.3 CP	
305.4 CP	Art. 252 LGT: "Regularización voluntaria" y Disposición final 10ª LGT
305.5 CP PÁRRAFOS 1 Y 2	Art. 250 LGT: "Práctica de liquidaciones en caso de existencia de indicios de delitos contra la Hacienda Pública"
	Art. 251: Excepciones a la práctica de liquidaciones en caso de existencia de indicios de delito contra la Hacienda Pública
	Art. 253 LGT: Tramitación del procedimiento inspector en caso de que proceda practicar liquidación
	Art. 254 LGT: Impugnación de las liquidaciones
	Art. 257 LGT: "Efectos de la resolución judicial sobre la liquidación tributaria", en lo que respecta al ajuste de la liquidación administrativa a lo que finalmente se decide en el proceso penal
305.5 CP PÁRRAFO 3	Art. 255 LGT: Recaudación de la deuda tributaria en caso de existencia de indicios de delito contra la Hacienda Pública
305.6 CP	
305.7 CP	Disposición adicional 10ª LGT: Exacción de la responsabilidad civil y multa por delito contra la Hacienda Pública

Además, como sabemos, esta materia ha sido objeto de desarrollo en la LECrim y LJCA, así como en diversos reglamentos. Así, existen toda una serie de preceptos al margen de la LGT que desarrollan el articulado del Título VI y, por tanto, también el art. 305 CP. A continuación, se muestran en un cuadro las normas debidas a la reforma de la Ley 34/2015, que están al margen de la LGT y que son esenciales en esta materia:

ART. 305 CP	PRECEPTOS LGT QUE LO DESARROLLAN	NORMAS AL MARGEN DE LA LGT
305.1 CP	Art. 252 LGT en lo que respecta a la regularización voluntaria y Disposición final 10ª LGT	Orden del Ministerio de Hacienda aprobando los modelos para la regularización voluntaria[7]
305.4 CP	Art. 252 LGT: "Regularización voluntaria" y Disposición final 10ª LGT	Orden del Ministerio de Hacienda aprobando los modelos para la regularización voluntaria
305.5 CP, PÁRRAFOS 1 Y 2	Art. 250 LGT: "Práctica de liquidaciones en caso de existencia de indicios de delitos contra la Hacienda Pública"	Art. 197 *bis* RGIT
	Art. 251: Excepciones a la práctica de liquidaciones en caso de existencia de indicios de delito contra la Hacienda Pública	Art. 197 *ter* RGIT
	Art. 253 LGT: Tramitación del procedimiento inspector en caso de que proceda practicar liquidación	Art. 197 *quater* RGIT
	Art. 254 LGT: Impugnación de las liquidaciones	Disposición adicional décima de la LJCA
	Art. 257 LGT: "Efectos de la resolución judicial sobre la liquidación tributaria", en lo que respecta al ajuste de la liquidación administrativa a lo que finalmente se decide en el proceso penal	Art. 197 *sexies* RGIT y art. 999 LECrim
305.5 CP, PÁRRAFO 3	Art. 255 LGT: Recaudación de la deuda tributaria en caso de existencia de indicios de delito contra la Hacienda Pública	Art. 73.3 RGR en lo que respecta a la suspensión del procedimiento de apremio asociado al cobro de una liquidación vinculada a delito + Título X *bis* LECrim (arts. 621 *bis* y *ter* LECRIM) en lo que respecta a la suspensión por parte del Juez penal de la ejecución de la liquidación vinculada a delito
305.7 CP	Disposición adicional 10ª LGT: Exacción de la responsabilidad civil y multa por delito contra la Hacienda Pública	Art. 128 RGR

7 Proyecto de Orden HAC por la que se desarrolla la disposición final décima de la Ley 34/2015, de 21 de septiembre, de modificación parcial de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

V. APLICACIÓN DEL RÉGIMEN LEGAL.

Como regla general, el nuevo régimen legal se aplicará a todos aquellos procedimientos que se inicien una vez haya entrado en vigor la Ley 34/2015. Por tanto, cualquier persona que haya defraudado a cualquier Hacienda Pública española en más de 120 mil euros podrá ser comprobada, investigada, cobrada y sancionada por los órganos de aplicación de los tributos, y no única y exclusivamente por los órganos jurisdiccionales penales como ocurría antes. Ahora bien, tras la reforma penal operada por la LO 7/2012, se establece que serán castigados todos aquéllos que defrauden cuantías superiores a 120 mil euros, salvo los obligados tributarios que hayan regularizado su situación tributaria, produciéndose ésta cuando se lleva a cabo el completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria de manera espontánea, o lo que es lo mismo, antes de que al contribuyente se le haya notificado el inicio de actuaciones penales o tributarias respecto a su persona.

En el mismo sentido, el art. 252 LGT establece que la Administración tributaria no pasará el tanto de culpa a la jurisdicción competente, ni remitirá el expediente al Ministerio Fiscal, cuando el obligado tributario haya regularizado su situación tributaria.

De estos artículos se desprende el mecanismo legal al que pueden acogerse los obligados tributarios para evitar la aplicación del procedimiento especial del Título VI. En este sentido se pronuncia el Preámbulo de la LO 7/2012, que configura la regularización como "el verdadero reverso del delito", que neutraliza el desvalor de la conducta defraudatoria y del resultado, poniendo fin a la lesión del bien jurídico protegido producida por la defraudación consumada con el inicial incumplimiento de las obligaciones tributarias[8].

Para potenciar estas actuaciones, la Disposición final décima de la Ley 34/2015 establece la necesidad de aprobar, mediante Orden del Ministro de Hacienda los modelos para llevar a cabo la regularización voluntaria de la deuda tributaria. Fue el 4 de febrero de 2020 cuando el Ministerio de Hacienda publicó el Proyecto de Orden para la regularización de la deuda tributaria prevista en el art. 252 LGT.

Las facultades de la Administración tributaria en estos supuestos no quedan de ningún modo limitadas. De hecho, el legislador de la Ley 34/2015 se ocupó de otorgar amplias facultades a la Administración tributaria en estos supuestos; así, el último párrafo del art. 252 LGT habilita a la Administración Tributaria a comprobar e investigar el completo reconocimiento y pago de las obligaciones tributarias, aún en el caso de que éstas ya estuvieran administrativamente prescritas, por lo que la

8 Sabadell Carnicero, C.: "La regularización tributaria como causa de exención de la responsabilidad penal", en Argente Álvarez, J. (coord.): *El Delito Fiscal,* CISS, Valencia, núm. 61, 2009, pp. 203-221.

Administración tributaria podrá iniciar un procedimiento de gestión o inspección encaminado a tales fines. No obstante, si se piensa detenidamente, existe cierta razonabilidad en esta previsión legal debido a la diferencia de plazos existentes para la prescripción tributaria y penal. Así, se intenta paliar la posible existencia de un perjuicio mayor en el caso de que el contribuyente, aparentando haber procedido a regularizar su ya prescrita deuda tributaria, no lo hubiese hecho de manera completa y veraz, de manera que la Administración tributaria no podría iniciar un procedimiento de gestión o inspección dictando la correspondiente liquidación y tampoco sería posible, a tenor de los arts. 304 CP y 252 LGT, incoar un procedimiento penal que persiguiese al defraudador por los mismos hechos. Por lo tanto, interpretando *a sensu contrario* el art. 251 LGT, si de dichas facultades de comprobación respecto al completo pago de la deuda tributaria se deriva la falta de certeza en cuanto a la existencia de dicha regularización, la Administración tributaria deberá proceder a pasar el tanto de culpa a la jurisdicción penal o a remitir el expediente al Ministerio Fiscal, ya que ella misma no habrá sido capaz de dilucidar, haciendo uso de sus facultades de comprobación e investigación, si se ha llevado a cabo de manera correcta el completo pago de la deuda.

VI. PROCEDIMIENTOS DE APLICACIÓN DE LOS TRIBUTOS EN EL CASO DE INDICIOS DE DELITO FISCAL.

1. Notas del procedimiento desarrollado por el Título VI LGT.

Se trata de un *procedimiento especial,* ya que en su virtud se hace posible para la Administración Tributaria la práctica de *dos liquidaciones diferentes* referidas a una misma obligación tributaria: una vinculada al presunto delito; y otra sin vinculación al mismo, situación novedosa y exclusiva para estos supuestos. Además, parece que la intención del legislador al posibilitar la práctica de dos liquidaciones es remarcar las diferencias existentes entre el régimen a seguir por los órganos de inspección a la hora de practicar cada una de ellas, siguiéndose el procedimiento inspector ordinario del Título III o el especial del Título VI en virtud de si se aprecian en el mismo indicios o no de delito. Así, el art. 250.3 LGT establece que la liquidación relacionada con conceptos tributarios no vinculados al presunto delito se ajustará al procedimiento ordinario del Capítulo IV del Título III de la Ley. Mientras que, por su parte, el art. 250.1 LGT establece que, la liquidación de aquellos elementos de la obligación tributaria que se encuentren vinculados con el posible delito se ajustará a lo establecido en el Titulo VI. Otro indicio de que nos encontramos ante un procedimiento especial lo dilucidamos en el hecho de que las liquidaciones administrativas vinculadas con el posible delito contra la Hacienda Pública que se dictan siguiendo los trámites establecidos en este Título VI, no pueden ser objeto del procedimiento de revisión ordinario en vía administrativa establecido en el Título V de la LGT. Por tanto, no son susceptibles del previo y facultativo recurso

de reposición, ni de la preceptiva reclamación económico-administrativa, así como tampoco de un posterior recurso contencioso-administrativo.

Además, las liquidaciones vinculadas a un presunto delito contra la Hacienda Pública no son consecuencia de un acta previa del tipo que sea, sino de una propuesta de liquidación vinculada a delito, peculiaridad que no hace sino reforzar la idea de que nos encontramos ante un procedimiento especial.

Por si todos estos argumentos no acabasen de convencernos, encontramos también el Preámbulo de la Ley 34/2015, el cual establece que, como consecuencia de la reforma operada por ésta en la LGT, "se practicará una liquidación administrativa, a cuyo efecto se regula un procedimiento específico que (…) incorpora significativas modificaciones en la fase de terminación del mismo respecto de la liquidación vinculada al delito".

Otra de las notas del procedimiento inspector del Título VI es la alta complejidad del mismo. Se trata de un régimen verdaderamente complicado de entender por los operadores jurídicos que deben aplicarlo. Tampoco ayuda la poca jurisprudencia existente sobre el tema y, además, las sentencias que existen son más desafortunadas que aclaratorias. Esta complejidad se ve incrementada por el hecho de que estamos ante un régimen enormemente disperso, cuya completa regulación debe buscarse en numerosos textos legales y reglamentarios. Además, el tiempo que el legislador tarda en introducir las modificaciones acordes en los distintos textos tributarios es elevado.

Además de tardío y disperso, este régimen es *"técnicamente perfectible"*[9], incorporando preceptos que distan mucho de ser claros y que, además, incurren en defectos de redacción impropios de un instrumento normativo de dicho calado. Todo ello complica enormemente la aplicación del mismo por los operadores jurídicos, así como su dilucidación por los órganos jurisdiccionales que deben interpretarlo.

2. Procedimientos de aplicación de los tributos a los que queda circunscrito este régimen legal.

No cabe ninguna duda de la circunscripción del procedimiento especial del Título VI al procedimiento de recaudación para poder llevar a cabo en sede administrativa el cobro de deudas vinculadas a un posible delito contra la Hacienda Pública. Sin embargo, la cuestión resulta más compleja al intentar vislumbrar el previo procedimiento de comprobación e investigación al que debe quedar circunscrito. La cuestión es confusa, debido a que ni el Título VI de la LGT, ni

9 Expresión utilizada en el voto particular de la STS 25 septiembre 2019 (RAJ 2019, 3146) por los magistrados Don Nicolás Maurandi Guillen y Don Rafael Toledano Cantero.

tampoco el RGIT, aclaran de manera rotunda si este régimen legal puede tener lugar tanto en un procedimiento de inspección como en uno de gestión. No obstante, si acudimos a los textos legales, se puede llegar a la conclusión de que este régimen está ideado para encajar dentro de un procedimiento inspector y el consiguiente proceso de recaudación que de éste se deriva. Así, parece que el legislador va dejando pistas de ello en distintos artículos. Algunos ejemplos son la ubicación del Capítulo IV "Actuaciones en supuestos de delito contra la Hacienda Pública", introducido por el RD 1070/2017, dentro del Título V del RGIT "Actuaciones y procedimiento de inspección" y la afirmación del art. 197 *bis* del RD 1065/2007 en la que se establece que, si la apreciación de indicios de delito contra la Hacienda Pública se produce en el seno de un procedimiento inspector, se seguirá la tramitación prevista en el Título VI de la LGT.

Además, también debe tenerse en cuenta el limitado carácter de los medios de comprobación de los que puede servirse la Administración Tributaria en el seno de un procedimiento de gestión y la importancia de las defraudaciones que constituyen delito contra la Hacienda Pública, pues éstas son de cuantía elevada y suelen esconder una trama fraudulenta compleja detrás. Sin embargo, el legislador no acaba de aclararlo y, además, nada impide que se aprecie un posible delito cuando se está tramitando un procedimiento de gestión si se da el caso de que, de pronto, los órganos de gestión se encuentran con que la cuota defraudada es superior a 120 mil euros.

Se vuelve todavía más compleja la situación cuando parece vislumbrarse una diferencia esencial en la tramitación dependiendo del procedimiento en el que se aprecien los indicios del delito. Así, el art. 250 LGT y el art. 197 *bis* RGIT establecen que, cuando se aprecien indicios de delito fiscal -de manera generalizada, sin especificar en el seno de qué tipo de procedimiento en concreto deben apreciarse los mismos- se pasará el tanto de culpa o se remitirá el expediente al Ministerio Fiscal. Sin embargo, luego establecen que, cuando dichos indicios se aprecien en el seno de un procedimiento inspector se seguirá lo dispuesto en el Título VI. En este sentido, dentro del Título VI, el art. 253.1 LGT, establece que el pase del tanto de culpa a la jurisdicción penal o la remisión del expediente al Ministerio Fiscal se hará una vez ya se haya dictado la liquidación vinculada a delito. De todo ello, pueden extraerse dos conclusiones:

- De apreciarse indicios de delito contra la Hacienda Pública en el seno de un procedimiento de gestión, la ley ordena que se pase de manera *inmediata* el traslado del expediente al Ministerio Fiscal o el pase del tanto de culpa a la jurisdicción penal. Por tanto, no corresponderá aquí la práctica de ninguna liquidación, absteniéndose la Administración tributaria de continuar el procedimiento administrativo, que

quedará suspendido hasta que el órgano penal se pronuncie sobre la existencia o no de delito.

- En el seno de un procedimiento inspector, sin embargo, no se pasará el tanto de culpa ni se remitirá el expediente al Ministerio Fiscal de manera inmediata, sino que habrá que esperar a que se haya dictado la correspondiente liquidación de los elementos vinculados con el posible delito, siempre y cuando no estemos ante uno de los casos del art. 251 LGT.

Parece pues que la intención del legislador con la introducción de este régimen no es otra que la de reducir la presión en las unidades gestoras y aumentar la del gran contribuyente, pasando de manera selectiva las actuaciones constitutivas de un presunto delito fiscal a inspección.

3. Resultado de la aplicación de este régimen legal.

El apartado 5 del art. 305 CP estableció, tras la reforma operada por la LO 7/2012, un novedoso mecanismo de división de las liquidaciones tributarias, de manera que cuando la Administración Tributaria aprecie indicios de haberse cometido un delito contra la Hacienda Pública, podrá liquidar de forma separada los conceptos y cuantías que no se encuentren vinculados con el posible delito contra la Hacienda Pública, y los que sí se encuentren vinculados con él. Ahora bien, el resultado de aplicar este nuevo procedimiento de inspección no será siempre la formalización de dos liquidaciones tributarias, ya que tanto el art. 253.3 LGT, como el art. 197 *quinquies* RGIT, establecen que, sólo procederá la práctica de dos liquidaciones cuando por un mismo concepto impositivo y período existan elementos respecto de los cuales se aprecie una conducta dolosa que pueda constituir delito fiscal, junto con otros respecto de los que no se aprecie dicha conducta. El propio Preámbulo de la Ley 34/2015 en su apartado IV establece esta posibilidad. Por tanto, el resultado de este régimen legal dependerá de la situación en la que nos encontremos. Así:

1ª) Si todos los elementos cuya regularización se pretende están vinculados al posible delito por apreciarse en todos ellos una conducta dolosa de defraudación, procederá dictar una única liquidación vinculada a delito siguiendo el procedimiento especial establecido en el Título VI y cuyas actuaciones recaudatorias dirigidas al cobro no se paralizarán, como regla general, con motivo del inicio del proceso penal, salvo lo establecido en los arts. 621 *bis* y 621 *ter* de la LECrim.

2ª) Si sólo algunos elementos constitutivos de la deuda tributaria están vinculados al posible delito por constituir una conducta dolosa, mientras que otros no se encuentran vinculados al mismo por no apreciarse en ellos ninguna intencionalidad de defraudación, procederá efectuar dos liquidaciones separadas:

a) Una liquidación vinculada a delito que seguirá la tramitación que al efecto establecen los arts. 253 y 197 *quater* RGIT y que se sujetará al régimen de revisión especial que al efecto se establece en el Título VI, y;

b) Una liquidación ordinaria que seguirá las reglas generales establecidas en el Capítulo IV del Título III de la LGT y cuya revisión seguirá la vía administrativa ordinaria que al efecto establece el Título V de la LGT.

3ª) De encontrarnos ante algunos de los tres supuestos establecidos en el art. 251 LGT, habrá que diferenciar dos situaciones:

a) Si algunos elementos están vinculados al posible delito y otros no, sólo procederá dictar una liquidación ordinaria respecto a aquellos elementos del concepto y período impositivo que no constituyen una conducta típica de delito fiscal, y deberá esperarse al pronunciamiento judicial para ver si procede dictar, respecto de los elementos vinculados al delito, una liquidación ordinaria -por no apreciarse en vía penal la existencia de delito- o si, por el contrario, no cabe dictar ningún tipo de resolución administrativa por haber recaído sentencia condenatoria firme.

b) De no darse esta separación y estar, por tanto, todos los conceptos impositivos vinculados al presunto delito, no procederá en estos casos la práctica de ninguna liquidación, quedando el procedimiento inspector suspendido hasta que no se dicte sentencia firme o tenga lugar el sobreseimiento, o archivo de actuaciones, o bien el Ministerio Fiscal devuelva el expediente.

4. Supuestos en los que no se aplica el régimen especial del Título VI y diferencias procedimentales.

Tras la reforma de la LGT operada por la Ley 34/2015, hemos visto que siguiendo el procedimiento especial del Título VI, la Administración Tributaria está habilitada para practicar una liquidación vinculada a delito cuando en el seno de un procedimiento inspector aprecie indicios de delito contra la Hacienda Pública o bien, dos liquidaciones, una de los elementos de la deuda tributaria vinculados con el presunto delito y otra de los elementos no vinculados al presunto delito. Pues bien, el art. 251 LGT regula 3 supuestos que constituyen excepciones a la práctica de liquidaciones en caso de existencia de indicios de delito contra la Hacienda Pública:

- Cuando la tramitación de la liquidación administrativa pueda ocasionar la prescripción del delito con arreglo a los plazos previstos en el art. 131 CP.

- Cuando de resultas de la investigación o comprobación, no pudiese determinarse con exactitud el importe de la liquidación o no hubiera sido posible atribuirla a un obligado tributario concreto.

- Cuando la liquidación administrativa pudiese perjudicar de cualquier forma la investigación o comprobación de la defraudación.

No obstante, la lista del art. 251 no es exhaustiva, ya que el art. 197 *ter* RGIT establece que también podrán derivarse excepciones a la práctica de liquidaciones vinculadas a delito de otras disposiciones legales. Por otro lado, tampoco se aplicará este régimen especial en aquellos supuestos en los que los indicios del presunto delito contra la Hacienda Pública se aprecien en el seno de un procedimiento de gestión, ya que el procedimiento especial del Título VI es de aplicación exclusiva por los órganos de inspección.

La diferencia procedimental más importante en los casos del art. 251 LGT será que la Administración Tributaria no estará facultada para la terminación del procedimiento respecto a aquellos elementos de la obligación tributaria vinculados al presunto delito. En lugar de practicarse la correspondiente liquidación vinculada a delito, estos procedimientos se entenderán *suspendidos* desde el mismo momento en que el órgano competente de la Administración Tributaria interponga la denuncia o querella. A mi entender, éste debe interponer la misma *inmediatamente* después de apreciar los indicios de delito para no demorar más el proceso en vía administrativa y evitar así, posibles perjuicios tanto para los obligados tributarios por la posible inseguridad jurídica que podría suponerles, como para la deuda tributaria en sí misma por la posibilidad de que se dificulten las posibilidades de cobro de la misma. En este sentido, el art. 251.2 LGT establece que se entenderá *suspendido* el procedimiento inspector hasta que en vía judicial penal se dicte sentencia firme, sobreseimiento o archivo de las actuaciones, así como si se produce la devolución del expediente por parte del Ministerio Fiscal. Conviene aclarar que el art. 197 *ter* RGIT establece que estas excepciones afectarán exclusivamente al concepto impositivo y periodo respecto del que concurra la circunstancia por la que no procede dictar la liquidación vinculada a delito, por lo que, respecto al resto de circunstancias, se seguirá la tramitación especial del Título VI establecida por la Ley 34/2015. Se observa como lo que se trata de conseguir a toda costa por el legislador es el cobro de la deuda tributaria, a pesar de que para ello en ocasiones, se llegue a comprometer la seguridad jurídica al establecerse un régimen verdaderamente complejo que no solo prevé la posibilidad de practicar dos liquidaciones sino que, además, también permite que respecto a todos los elementos que deberían acabar regularizándose en una misma liquidación vinculada a delito se suspenda el procedimiento respecto a algunos y se continúe respecto a otros.

La regla es diferente para el caso de que se hubiese iniciado un procedimiento sancionador, ya que éste deberá entenderse *concluido* y no suspendido, desde el mismo momento en que se pase el tanto de culpa a la jurisdicción penal o se remita el expediente al Ministerio Fiscal en virtud de lo establecido en el apartado 2 del art. 251 LGT. Esto es así por aplicación del principio *ne bis in ídem* que rige en nuestro ordenamiento jurídico. No puede continuarse un procedimiento cuyo fin es sancionar conductas que ya van a ser enjuiciadas en un procedimiento penal. Todo ello, sin perjuicio de la posibilidad de iniciar un nuevo procedimiento sancionador si finalmente no se apreciara delito y de acuerdo con los hechos que, en su caso, los tribunales hubieran considerado probados.

Otra gran diferencia procedimental respecto al procedimiento de inspección del Título VI es la que se establece en el apartado 2º del art. 197 *ter* RGIT, pues en estos casos *no se concederá trámite de audiencia o alegaciones al obligado tributario*, sino que se procederá a trasladar inmediatamente el expediente al órgano de la Administración Tributaria competente para interponer la denuncia o querella, para que proceda a su remisión a la jurisdicción competente o al Ministerio Fiscal, previo informe del órgano de la Administración Tributaria con funciones de asesoramiento jurídico. Probablemente la intención del legislador al suprimir este trámite sea agilizar el traslado del expediente a sede penal, prescindiendo de un trámite que se producirá, de una manera u otra, en el seno del proceso penal o bien, en el seno del posterior proceso administrativo que vuelva a tramitarse en caso de que en sede judicial no se aprecie finalmente delito.

5. Incidencia del procedimiento del Título VI en el procedimiento sancionador[10].

El art. 250 LGT establece en su apartado segundo que, en los supuestos en que se inicie un procedimiento inspector del Título VI, la Administración Tributaria se abstendrá de iniciar o de continuar un procedimiento sancionador por los mismos hechos. Además, este procedimiento sancionador se entenderá concluido, en todo caso, con el pase del tanto de culpa a la jurisdicción penal o con la remisión del expediente al Ministerio Fiscal que lleve a cabo el órgano competente de la Administración Tributaria. Ahora bien, el mismo artículo establece que, si tras la correspondiente investigación penal, no se apreciase por el Tribunal la existencia de delito fiscal, la Administración Tributaria podrá iniciar un nuevo procedimiento sancionador teniendo en cuenta los hechos que los tribunales hubiesen considerado probados, disposición que evita que se dejen impunes conductas que, a pesar de no ser constitutivas de una infracción delictiva, sí lo son de una infracción administrativa. También se establece en el art. 250 LGT que una sentencia condenatoria en el orden penal impedirá la imposición

10 Aunque el régimen sancionador no se incluye en el concepto legal de aplicación de los tributos, según el art. 83.1 LGT, esta cuestión se plantea aquí siguiendo en este caso la falta de sistemática del propio legislador en el Título VI de la LGT.

de una sanción administrativa por los mismos hechos, disposición que se apoya en el importantísimo principio *ne bis in idem*, principio general del Derecho que goza de reconocimiento constitucional (art. 25.1 CE) y que tiene la función garantizadora de evitar que recaiga una doble sanción por unos mismos hechos cuando existe idéntico fundamento para el reproche penal y administrativo, y no media una relación de sujeción especial del ciudadano con la Administración (FJ 2º STS 1184/2017, de 15 de marzo). Esta sentencia también se pronuncia sobre los efectos que una sentencia absolutoria en el orden penal puede tener respecto a la posterior incoación de un procedimiento administrativo sancionador, quedando éste vinculado por los hechos que el órgano jurisdiccional penal hubiese considerado probados. Así, se establece que: "En el supuesto de que la sentencia penal sea absolutoria, no cabe sostener, la prohibición genérica de un pronunciamiento administrativo sancionador, porque lo que excluye es la doble sanción y no el doble pronunciamiento. La sentencia penal absolutoria no bloquea las posteriores actuaciones administrativas sancionadoras, pero sus declaraciones sobre los hechos probados inciden necesariamente sobre la resolución administrativa".

Por su parte, con las modificaciones introducidas por el RD 1072/2017 en el RST también se reguló esta cuestión. Así, el art. 32 del RST estableció de forma pormenorizada las consecuencias que tendría para los procedimientos sancionadores el pase del tanto de culpa a la jurisdicción penal o la remisión del expediente al Ministerio Fiscal, diferenciando 3 situaciones:

- Si al tiempo de la remisión del expediente o del pase del tanto de culpa, no se hubiese iniciado todavía un procedimiento tributario sancionador por los mismos hechos, la Administración tributaria deberá abstenerse de iniciarlo.

- Si al tiempo de la remisión del expediente o del pase del tanto de culpa, sí se hubiese iniciado ya un procedimiento sancionador tributario, la Administración tributaria deberá abstenerse de continuar la tramitación del mismo, dándose por concluido.

- Si al tiempo de la remisión del expediente o del pase del tanto de culpa, ya hubiese recaído sanción tributaria por los mismos hechos, deberá suspenderse la ejecución de ésta.

Este mismo artículo establece que las mismas consecuencias tendrán lugar en el seno de cualquier procedimiento sancionador cuando la Administración Tributaria tenga noticias de que existe un procedimiento penal en curso que está investigando los mismos hechos, aunque no se haya producido de su parte el pase del tanto de culpa a la jurisdicción o la remisión del expediente al Ministerio Fiscal.

6. Particularidades de la liquidación tributaria vinculada a delito respecto a las demás liquidaciones definidas en la LGT.

El apartado 4 del art. 101 LGT, modificado por la Ley 34/2015, establece que las liquidaciones vinculadas a delito tendrán siempre y, en todo caso, la consideración de provisionales. Cabe destacar el Preámbulo de la Ley 34/2015, en el que se indica que el procedimiento inspector especial del Título VI incorpora significativas modificaciones en la fase de terminación respecto al procedimiento de inspección ordinario. Concretamente, la liquidación vinculada a delito presenta una serie de particularidades respecto a las liquidaciones en las que no concurren los elementos típicos delictivos.

Por lo que respecta al plano formal o procedimental, la primera gran diferencia entre una liquidación ordinaria y una liquidación vinculada a delito es que esta última no tiene su origen en un acta previa de inspección, por lo que no se da al obligado tributario la posibilidad de firmar la misma en acuerdo, conformidad o disconformidad. Al contrario, el art. 253.1 LGT establece que el origen de las liquidaciones vinculadas a delito será una propuesta de liquidación vinculada a delito con la que se otorgará un trámite de audiencia de 15 días naturales para posibles alegaciones del obligado tributario. Otra gran diferencia es la que se establece en virtud del art. 253.1, párrafo cuarto de la LGT ya que, para poder dictar una liquidación vinculada a delito, el órgano competente para liquidar precisa de la previa o simultánea autorización del órgano de la Administración Tributaria competente para interponer la denuncia o querella. Otra importante diferencia procedimental exclusiva de la tramitación del procedimiento inspector del Título VI es la que se establece para los defectos procedimentales en virtud del art. 253.1, párrafo 3º, LGT, y es que, una vez se haya dictado la correspondiente liquidación vinculada a delito, los posibles defectos procedimentales en que haya incurrido la Administración no supondrán, en ningún caso, la extinción total o parcial de la obligación tributaria vinculada a delito, ni se considerará que no se ha interrumpido la prescripción y tampoco tendrán carácter de espontáneos los ingresos que el obligado tributario pudiera haber realizado durante la tramitación de dicho procedimiento defectuoso. La justificación de este régimen particular respecto a los defectos procedimentales se ofrece por el legislador en el Preámbulo de la Ley 34/2015, cuando establece que: "La imposibilidad de tratamiento de dichas irregularidades se ajusta a los reiterados pronunciamientos de la jurisdicción penal emitidos al amparo de la normativa preexistente rehuyendo el tratamiento de cuestiones procedimentales administrativas previas que no tienen incidencia en el enjuiciamiento de un hecho de naturaleza delictiva". Ahora bien, en virtud de lo establecido en dicho art. 253.1 LGT, si se produce la devolución del expediente por parte del Ministerio Fiscal o en el proceso penal no se aprecia delito por motivo diferente a la inexistencia de la obligación tributaria, los órganos

inspectores volverán a tramitar el procedimiento inspector de acuerdo con las normas ordinarias del Capítulo IV del Título III y dichos defectos formales en los que se haya incurrido serán alegables cuando se recurra contra la liquidación por la vía ordinaria, teniendo los efectos que normalmente se aprecien por los tribunales. Otra diferencia procedimental de las liquidaciones tributarias vinculadas a delito es el hecho de que, para poder proceder a su notificación al obligado tributario y, por tanto, poder dar por finalizado el procedimiento inspector especial del Título VI, es necesario que una vez la liquidación ha sido dictada, la Administración Tributaria pase el tanto de culpa a la jurisdicción competente o remita el expediente al Ministerio Fiscal. Se exige pues un trámite adicional para dar por concluido el procedimiento inspector que consiste en el posterior pase del tanto de culpa a la jurisdicción competente o en la remisión del expediente al Ministerio Fiscal (art. 197.4 *quater* RGIT). Por último, el régimen de revisión e impugnación de las liquidaciones vinculadas a delito no es la vía administrativa ordinaria del Título V de la LGT, ni tampoco el posterior recurso contencioso-administrativo. Por el contrario, tal y como se establece en el art. 254 LGT, éstas serán revisables única y exclusivamente por el orden penal.

En cuanto a la perspectiva sustantiva o de contenido, lo primero que debe tenerse en cuenta es que, en las liquidaciones vinculadas a delito, a diferencia de lo que se establece en el art. 101 LGT, siempre resultará una cantidad a ingresar. Además, esta cantidad a ingresar será siempre superior a 120 mil euros pues es esta la cantidad que se establece en el tipo delictivo del art. 305 CP. Además, el contenido de esta liquidación deberá siempre ajustarse a lo que finalmente se determine en el procedimiento penal que enjuicie el presunto delito contra la Hacienda Pública, en virtud de lo dispuesto tanto en el art. 257 LGT, como en el art. 197 *sexies* RGIT.

7. Peculiaridades de las liquidaciones vinculadas a delito en cuanto a la presunción de legalidad y ejecutividad inmediata de cualquier acto administrativo.

Según lo establecido en los arts. 39.1 y 98 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, la regla general es que los actos de las Administraciones Públicas sujetos a Derecho Administrativo se presumen válidos y son ejecutivos desde el momento en que se dictan. Por su parte, el art. 144 LGT establece el valor probatorio de las actas que tienen naturaleza de documentos públicos y hacen prueba de los hechos que motivan su formalización, salvo que se acredite lo contrario. Es decir, en el procedimiento ordinario de inspección, lo que se consigna en un acta se presume probado y además cierto. Ahora bien, la cosa cambia cuando nos encontramos ante un procedimiento especial del Título VI. Como sabemos, este procedimiento terminará con una liquidación vinculada a delito que regularizará todos aquellos

elementos de la deuda tributaria en los que se aprecie la conducta defraudatoria típica.

En este caso, como bien establece el modificado art. 101.4 letra c) LGT, estas liquidaciones tienen siempre el carácter de provisionales, debido a que su contenido debe ajustarse a lo que posteriormente se establezca en el proceso penal que enjuicie el presunto delito (art. 257 LGT y art. 197 *sexies* RGIT). Por lo tanto, no se considera que reúnan todos los caracteres de los actos administrativos. Al contrario, sólo en el caso de los arts. 257.1 a), primer párrafo, LGT y 197.2 a) *sexies* RGIT, esto es, cuando la cuota defraudada determinada en el proceso penal es idéntica a la liquidada en vía administrativa, no será necesario modificar la liquidación realizada, por lo que está sí gozará de legalidad y ejecutividad inmediata. En caso contrario, la liquidación vinculada a delito deberá *modificarse* para adaptarla a la nueva cuantía defraudada que se haya establecido en el proceso penal, o bien será *anulada* cuando no se aprecie la existencia de delito por inexistencia de la obligación tributaria, e incluso se procederá a la *retroacción de actuaciones* para que se dicte una liquidación administrativa ordinaria cuando no se aprecie la existencia de delito por motivo diferente a la inexistencia de la obligación tributaria.

Por lo tanto, la legalidad e inmediata ejecutividad propia de todos los actos administrativos presenta matices en las liquidaciones vinculadas a delito que se dictan como actos resolutorios del procedimiento especial del Título VI, debido a la supremacía en esta sede del orden penal. Así pues, el juez o tribunal que esté enjuiciando la posible defraudación será el encargado de liquidar definitivamente la deuda tributaria, ya que siempre tendrá la última palabra respecto a la cuantía defraudada e incluso respecto a la existencia o no de dicha defraudación.

8. Particularidad en el régimen legal de recaudación de las liquidaciones vinculadas al delito.

Como ya sabemos, tras la reforma penal operada por la LO 7/2012, la regla general cuando los órganos inspectores aprecian indicios de delito contra la Hacienda Pública pasa a ser la práctica de una liquidación especial vinculada a delito y el desarrollo de las actuaciones recaudatorias de la deuda tributaria cuantificada a través de la misma. Concretamente, el apartado 5, párrafo 3 del art. 305 CP establece las líneas directrices a desarrollar posteriormente en sede tributaria. Así, la Ley 34/2015, introdujo los nuevos arts. 255, 256 y 258 LGT, relacionados estrechamente con las actuaciones a desarrollar para lograr el cobro de la deuda tributaria vinculada a delito. Hay que destacar que el art. 255 LGT establece respecto a las actuaciones administrativas dirigidas al cobro de la deuda tributaria vinculada, que éstas se regirán por las normas generales del procedimiento de recaudación, excepto las especialidades que en este sentido se establezcan en el Título VI. Procedemos en este apartado a estudiar dichas especialidades.

En primer lugar, y en concordancia con lo establecido en sede penal, el art. 255 LGT establece que, respecto a las liquidaciones que se dicten en relación con aquellos elementos de la obligación tributaria que se encuentren vinculados con el posible delito, la existencia del procedimiento penal no paralizará las actuaciones administrativas dirigidas al cobro de la deuda tributaria liquidada, salvo que el Juez así lo hubiese acordado. Observamos aquí la primera potestad del Juez de lo Penal, quien podrá acordar la paralización de la ejecución de la deuda tributaria. Así, el Juez de lo Penal que esté conociendo de la posible defraudación tras el pase del tanto de culpa o la remisión del expediente por los órganos de la Administración Tributaria, puede suspender la ejecutividad del acto de liquidación vinculado a delito. El procedimiento que se debe seguir para ello es el establecido en el Título X *bis* de la LECrim (arts. 621 *bis* y 621 *ter*). Este Título fue introducido por la Disposición final primera de la Ley 34/2015. En términos generales, este procedimiento para obtener la suspensión de la ejecutividad de la liquidación vinculada a delito podrá iniciarse tanto de oficio como a instancia de parte y, como regla general, deberá prestarse garantía suficiente para cubrir el importe de la liquidación administrativa practicada, los intereses de demora que genere la suspensión y los recargos que corresponderían si se ejecutase la misma (art. 621 *bis*. 3 de la LECrim). Además, el apartado 6 de este mismo artículo prevé la posibilidad de que el Juez, excepcionalmente, acuerde la suspensión de la ejecutividad aun si el obligado tributario no hubiese podido prestar garantías, siempre y cuando, a juicio del Juez, de dicha ejecución pudiesen derivarse daños irreparables o de muy difícil reparación.

Un precepto que, en un primer momento, podría llamar la atención en esta sede es el apartado 3 del art. 73 RGR, apartado introducido por el RD 10771/2017 debido a que establece que la suspensión del procedimiento de apremio asociado al cobro de una liquidación vinculada a delito, tanto en sede del deudor principal como en sede del responsable, se tramitará y resolverá de acuerdo con el régimen regulado en los arts. 255, 256 y 258.3 LGT. Pues bien, esta disposición puede resultar contradictoria con lo anteriormente indicado, ya que estos tres preceptos no establecen ninguna particularidad especial. Al contrario, lo más probable tras la lectura de estos tres preceptos es pensar que el legislador establece como cauce válido para la suspensión del procedimiento de apremio asociado al cobro de una liquidación vinculada a delito, la impugnación por la vía administrativa general del Título V. Así, si el obligado tributario o el responsable del pago de la deuda vinculada a delito quisiese suspender el procedimiento de apremio iniciado contra el mismo, debería interponer recurso de reposición o reclamación económico-administrativa. Por lo tanto, el procedimiento administrativo de apremio no será lo que corresponda suspender al Juez de lo Penal y éste continuará, salvo que se impugne y suspenda en vía administrativa ordinaria. Ahora bien, una vez abierta la vía penal, lo que corresponderá suspender al Juez Penal serán

las verdaderas actuaciones materiales dirigidas al cobro de la deuda, esto es, la enajenación de los bienes y derechos embargados. Así, el encargado de proceder a la suspensión de la enajenación de los bienes y derechos embargados será el Juez de lo Penal que esté conociendo de la defraudación, pero la suspensión del procedimiento de apremio será competencia de los órganos administrativos de revisión. Nos encontramos aquí, ante un problema de mixtificación de vías que únicamente se explica si tenemos en cuenta lo establecido en el art. 163.1 LGT: "El procedimiento de apremio es exclusivamente administrativo. La competencia para entender del mismo y resolver todas sus incidencias corresponde únicamente a la Administración tributaria". Parece pues, que el legislador ha querido respetar este exclusivo conocimiento administrativo, de manera que el Juez Penal no tiene en esta sede potestad alguna. Por tanto, el procedimiento de apremio podrá llevarse a cabo por parte de los órganos de la Administración, quienes están habilitados para proceder al embargo de bienes suficientes del obligado tributario o responsable, si éstos no pagan en el período que se abre con la notificación de la providencia de apremio. Ahora bien, lo que nunca será posible para estos órganos será proceder a la enajenación o realización de dichos bienes embargados cuando el Juez de lo Penal haya decretado la suspensión de la ejecución del acto liquidador. En estos casos, deberá esperarse a que recaiga sentencia condenatoria firme que confirme total o parcialmente la liquidación vinculada a delito.

Una vez dictada sentencia condenatoria, la responsabilidad civil y la pena de multa se acumularán al procedimiento administrativo de apremio que, en su caso, se siga contra el deudor, en virtud de lo establecido en el art. 128 RGR y Disposición adicional décima de la LGT. Además, dichos órganos de la Administración Tributaria deberán informar al Juez o Tribunal sentenciador de la tramitación e incidentes relativos a la ejecución encomendada, en virtud de lo establecido en el art. 117.3 de la Constitución Española. Esto podría plantear un problema constitucional, ya que los órganos administrativos sólo informan al órgano jurisdiccional, cuando lo que establece nuestra Constitución es que "el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, ejecutando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales". Otra disposición que también respalda la idea aquí sostenida de que el procedimiento administrativo de apremio continuará es la Disposición adicional decimonovena de la LGT, en virtud de la cual se otorga a los órganos de recaudación de la AEAT las competencias necesarias para investigar bajo supervisión judicial, el patrimonio que pueda resultar afecto al pago de las deudas tributarias vinculadas al delito. Potestad que resulta ciertamente necesaria si se quiere proceder al embargo de dicho patrimonio para asegurar el pago de las cantidades adeudadas a la Administración Tributaria.

Por último, también se considera relevante hacer una breve mención en este apartado a la facultad del Juez Penal de determinar en la sentencia que dicte, la concreta cuantía defraudada que el obligado tributario deberá satisfacer a los órganos recaudadores de la Administración Tributaria. Así pues, se establecen en el art. 257 LGT y en el art. 197 *sexies* RGIT toda una serie de reglas sobre cómo proceder para ajustar la cuantía a la que judicialmente se ha condenado al defraudador con la previa cuantía ya recaudada por la Administración Tributaria.

VII. CONCLUSIONES.

Algunas reflexiones que, a modo de conclusión, se entiende interesante realizar respecto a este régimen especial establecido por el legislador en el Título VI de la LGT son:

- La falta de sistemática del legislador en cuanto a la elaboración y redacción del Título VI, algo que resulta intolerable desde el punto de vista de la seguridad jurídica y la confianza legítima que todo ordenamiento jurídico debe proporcionar. Serían necesarios mejores legisladores, sobre todo en un tema tan complejo como el que aquí he estudiado en el que se vuelve vital que se legisle bien y con sentido común, especialmente si se piensa todo lo que hay en juego cada vez que se comete un delito contra la Hacienda Pública. En estos casos, se ve comprometida de una forma gravemente insolidaria la obligación constitucional que todos los ciudadanos tenemos de contribuir al sostenimiento del Estado del bienestar.

- Las enormes facultades con que se dota a la Administración Tributaria a través de este régimen para conseguir una lucha eficaz contra el fraude fiscal. El legislador que instauró este régimen se preocupó en todo momento de otorgar amplias facultades a la Administración Tributaria en comparación con el régimen inspector ordinario, así como con la anterior situación existente. De esta manera, se dota a los órganos de aplicación de los tributos de amplísimas facultades hasta ahora nunca desempeñadas por ellos, rozando en numerosas ocasiones la inconstitucionalidad, en un intento desesperado por conseguir el pronto pago de las deudas tributarias vinculadas a delito.

- El carácter represivo de este régimen respecto a los comportamientos fraudulentos y delictivos como objetivo encomiable. Así pues, si pensamos en la situación anterior a la entrada en vigor del Título VI, la inexistencia de la práctica de liquidación por parte de la Administración Tributaria suponía para los contribuyentes defraudadores de cuantías constitutivas de delito fiscal "entrar en un limbo", ya que si se les investigaba por la vía penal de delito fiscal en lugar de liquidarles en vía administrativa, fácilmente podían pasar varios años hasta producirse algún avance en el orden penal respecto a su situación. Esto provocaba que, cuando al final se les juzgaba, ya eran más que insolventes. Debe desatacarse

pues el gran avance en la lucha contra el fraude fiscal y en el recrudecimiento de la persecución de las conductas típicas de delito contra la Hacienda Pública que este régimen ha supuesto.

- La necesidad apremiante de una jurisprudencia sólida y uniforme que dé consistencia a este sistema. Se trata de un régimen que todavía se halla en fase de génesis y al que queda mucho camino por delante para ser un régimen claro, por lo que habrá que esperar a que, con el paso del tiempo, tanto la jurisprudencia como la doctrina sienten sus bases.

BIBLIOGRAFÍA

Alonso Gallo, J.: "El delito fiscal tras la Ley Orgánica 7/2012", *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, núm. 34, 2013.

Beltrán Girón, F.: "El proyecto de ley de reforma del art. 305 del Código Penal: principales novedades", *Carta Tributaria, Monografías*, núm. 20, 2012.

Calvo Vérgez, J.: "El nuevo delito fiscal tras la aprobación de la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre", *Quincena Fiscal Aranzadi*, núm. 3, 2013.

Sabadell Carnicero, C.: "La regularización tributaria como causa de exención de la responsabilidad penal", en Argente Álvarez, J. (coord.): *El Delito Fiscal,* CISS, Valencia, núm. 61, 2009.

Sánchez Pedroche, J. A.: "La reforma parcial de la Ley General Tributaria operada por la Ley 34/2015", *Sumario de Fiscal* e *Impuestos CEF,* núm. 10, 2015.

EL REGISTRO CIVIL Y EL CONTENIDO DE SU PUBLICIDAD*

THE CIVIL REGISTRY AND THE CONTENT OF ITS PUBLICITY: SPANISH EXPERIENCES FOR THE CUBAN CONTEXT

Rev. Boliv. de Derecho Nº 32, julio 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 934-965

* Trabajo realizado en el marco del Programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Málaga, España.

Malena
PROENZA
REYES

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de marzo de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 30 de abril de 2021

RESUMEN: La función de publicidad que caracteriza al Registro Civil lo convierte en una institución fundamental dentro del sistema de seguridad jurídica preventiva. De ahí que, sea importante estudiar si existe correspondencia entre el contenido de la publicidad del Registro y las situaciones jurídicas y sociales en que usualmente se desenvuelven las personas, como un medio para garantizar, desde esta perspectiva, su cuidado y desarrollo. En este sentido, se valora el contenido de la publicidad del Registro del Estado Civil cubano (Ley No.51/1985, de 15 de julio del Registro del Estado Civil), a partir de las experiencias españolas en la materia, siguiendo, en general, los avances de este último sistema (Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil), y la necesidad de alcanzar en el ámbito registral cubano mayor protección a la persona y la familia.

PALABRAS CLAVE: Contenido de publicidad; Registro Civil; Cuba; España.

ABSTRACT: *The publicity function that characterizes the Civil Registry makes it in a fundamental institution within the preventive legal security system. Hence, it is important to study whether there is a correspondence between the content of the publicity of the Registry and the legal and social situations in which it is usually develop people, as a means to guarantee, from this perspective, its care and development. In this sense, the content of the publicity of the Cuban Civil Status Registry (Law No. 51/1985, of July 15, of the Registry of Civil Status), based on Spanish experiences in the matter, following, in general, the advances of this last system (Law 20/2011, of July 21, of the Registry Civil), and the need to achieve greater protection for the person and family.*

KEY WORDS: *Publicity content; Civil Registry; Cuba; Spain.*

SUMARIO.- I. PRESENTACIÓN.- II. PLANTEAMIENTO GENERAL PARA EL ANÁLISIS DEL CONTENIDO DE LA PUBLICIDAD DEL REGISTRO CIVIL.- III. EL CONTENIDO DE LA PUBLICIDAD DEL REGISTRO CIVIL: SU VIABILIDAD DESDE DOS PUNTOS DE VISTA.- 1. La vitalidad del estado civil y su trascendencia en sede registral.- 2. Viabilidad de los hechos y actos publicables en el Registro Civil.- IV. EL ÁMBITO CUBANO Y LAS EXPERIENCIAS ESPAÑOLAS. MEMORIAS PARA UN CAMBIO.

I. PRESENTACIÓN.

Dudar de la trascendencia que el principio de publicidad adquiere en sus distintas formas[1], sería negar absurdamente el propio desarrollo del Derecho como ciencia. En tanto, advertir su utilidad, especialmente en la vía registral, es admitir que este cumple una función especial en la consecución de la seguridad jurídica[2] como uno de los principales valores de todo sistema legal.

En este orden de ideas, el Registro del Estado Civil, también identificado como Registro Civil, es parte de las instituciones que se consideran medio técnico a través del cual se realiza la publicidad jurídica registral. Su institucionalización y la historia legislativa que lo acompaña[3], revela el valor que este tiene en la

1 Amorós Guardiola, M.: *La teoría de la publicidad registral y su evolución*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1998, p. 24, nos explica que: "(…) el concepto de publicidad jurídica tiene también un contenido muy amplio y es susceptible de múltiples aplicaciones. Así, por ejemplo, se puede hablar de publicidad en relación con los títulos al portador, la posesión de una cosa mueble, la promulgación de una ley, la publicación de una sentencia o de una resolución administrativa, la obtenida mediante la exhibición de edictos expuesto al público en un centro oficial o la inserción en un periódico, o la que se consigue a través de la inscripción en un Registro público, etc.".

2 Al respecto, Amorós Guardiola, M.: *La teoría*, cit., pp. 25-31, nos recuerda que: "(…) en cuanto que la publicidad es un servicio prestado por el Estado y no por los particulares, queremos destacar la conexión evidente que existe entre los registros de seguridad jurídica (Registros Civil, de la Propiedad y Mercantil, principalmente) y los derechos y situaciones jurídicas de los particulares que pretenden obtener esa publicidad registral (…), situaciones o relaciones jurídicas que, por su propia naturaleza, han de producir efectos frente a terceros: las relativas al estado civil y especialmente a los derechos reales (…)".

3 De las valoraciones ofrecidas por Linacero de la Fuente, M.: *Tratado del Registro Civil,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 63-69 y 519-579; y, Proenza Reyes, M. y Rodríguez Corría, R.: "Pasado, presente y futuro del Registro del Estado Civil en Cuba", *SANTIAGO,* núm. 139, 2016, pp. 54-69, pp. 56-61, cabe plantear que, con la paulatina intervención de los Registros Eclesiásticos se instauran los Registros Civiles en España y con posterioridad en Cuba. Isla que ostentó la condición de colonia española entre los años 1492 y 1899. La organización legislativa del Registro Civil tiene lugar, esencialmente, a través de sucesivas Leyes del Registro Civil, entre ellas: Ley provisional del Registro Civil de 17 de junio de 1870 y su Reglamento de 13 de diciembre del mismo año, extensivos a Cuba por medio del Real Decreto de 8 de enero de 1884 (Gaceta de 16 de febrero de 1884), y el Real Decreto de 6 de noviembre de 1884 (Gaceta de 7 de diciembre de 1884) , cuya vigencia iniciada el 1 de enero de 1885 alcanzó en ese territorio un período de 100 años; Ley del Registro Civil de 8 de junio 1957 (en adelante, LRC), (BOE, núm. 151, de 10 de junio de 1957) y su Reglamento, aprobado por el Decreto de 14 de noviembre de 1958 (BOE, núm. 296, de 11 de diciembre de 1958); Ley 20/2011, 21 de julio del Registro Civil (en adelante, LRC 2011), (BOE, núm. 175, de 22 de julio de 2011); Ley No.51/1985, de 15 de julio, del Registro del Estado Civil de Cuba, Ediciones

• Malena Proenza Reyes
Profesora Auxiliar del Departamento de Derecho de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Holguín, Cuba, Notaria. Correo electrónico: mproenza@uho.edu.cu.

organización de la sociedad. Por ello, cuando el principio de publicidad que realiza el Registro se corresponde con la función fundamental de esta institución[4], valorar el contenido de lo que se da a conocer por el Registro Civil resulta necesario si se advierte que este no debe sustraerse del entorno social y jurídico en que se desenvuelve. Ya que, el contenido de dicha publicidad trasciende, en general, a la función protectora del Derecho y, en especial, a la función de seguridad jurídica preventiva que esta institución cumple, en medio de las constantes y diversas relaciones que a diario se producen entre las personas y de estas con el Estado.

Así, efectuar tal valoración del contenido de la publicidad, como objetivo de este estudio, se fundamenta en dos ideas esenciales. La primera, relativa a la importancia que tienen el Registro Civil y su publicidad cual institución oficial para dar a conocer la situación jurídica de la persona y la familia, que colabora en el adecuado desenvolvimiento del tráfico jurídico[5], del que no puede sustraerse la función social que desempeña el Registro[6]. Pues esta tributa, a que los títulos de legitimación que el Registro Civil aporta sean imprescindibles para el Estado, la colectividad y la persona en particular. Cuestión que se manifiesta a lo largo del trabajo y que no plantea ninguna novedad porque se limita a apoyar la doctrina tradicionalmente seguida sobre el Registro Civil. La segunda idea, relativa a la necesidad de analizar si el contenido de dicha publicidad, en Cuba, se corresponde con las exigencias que demandan las personas en este ámbito. Para lo que se tiene en cuenta que la vigente configuración del Registro del Estado Civil cubano

ENPES, La Habana, 1986 (en adelante, LREC), y su primer Reglamento, Resolución No.157/1985, de 25 de diciembre, del Ministerio de Justicia de Cuba, Ediciones ENPES, La Habana, 1986, derogado por la Resolución No.249/2015, de 1 de diciembre, del Ministerio de Justicia de Cuba (en adelante, RREC), (GOC. Extraordinaria, núm. 38, de 3 de diciembre de 2015).

4 Según Martínez y López-Puigcerver, A.: "Publicidad, prueba e información en nuestro sistema registral. La calificación; el Secretario", en AA.VV, *El Registro Civil,* Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Colección Cursos, Vol. XV, Madrid, 1995, pp. 123-164, p. 127, la publicidad registral civil en España, es: "(…) función organizada por el Estado, atribuida legalmente a órganos llamados Registros Civiles y que consiste en proporcionar garantías de certezas a hechos y actos relativos al estado civil de las personas; que se materializa o documenta en forma de inscripciones facilitando su acceso a todos a quienes interese su conocimiento o utilización a través de manifestaciones, certificaciones o informaciones que llevan a cabo funcionarios públicos en virtud de la fe pública que tienen atribuida". Desde esta perspectiva, cabe interpretar que, entre todas las funciones atribuidas al Registro Civil (registrar, publicar, colaborar en la formación de actos de estado, probar y rectificar), la publicidad es fundamental. En cuanto, por la relación que existe entre todas ellas y la forma en que se complementan las dos primeras (registrar y publicar), para que se produzcan el resto de las funciones, la publicidad marca el objetivo de esta institución. A partir de la cual se manifiestan ciertos efectos jurídicos y se alcanza su finalidad de seguridad jurídica. Cuestión que se reproduce tanto en el sistema registral español como en el cubano (arts. 1 y 2.2 de la LRC 2011; 2 y 3 de la LREC), con independencia a la organización general que presentan para el desarrollo de la publicidad y a la mayor o menor amplitud de su contenido.

5 Confróntese, entre otros, los arts. 2.2.3, 15 al 19 de la LRC 2011 y, para el caso de Cuba, los arts. 3 y 31 de la LREC.

6 En los últimos tiempos es necesario incluir en el estudio del Registro Civil y del contenido de lo que se publica su función social. Adquirida por el valor que el contenido de sus asientos tiene, por ejemplo, en la planificación de políticas estatales y para el mejor funcionamiento de otros servicios públicos, en el desenvolvimiento de los procesos electorales y en la conservación de la memoria histórica de cada Estado. Al respecto, pueden consultarse, por ejemplo, Bolaños Barquero, A.: "Lo registral civil desde lo electoral", *Revista Derecho Electoral*, núm. 25, 2018, pp. 233-255, pp. 242-248; Lasarte Álvarez, C.: *Compendio de Derecho de la Persona y del Patrimonio*, revisada y actualizada con colaboración de Fátima Yáñez Vivero y Araceli Donado Vara, Dykinson, 6ª ed., Madrid, 2016, p. 138.

guarda especiales semejanzas con el recientemente derogado sistema de Registro Civil español de 1957 (LRC)[7]; y, que las experiencias que este último acumula, unidas a la puesta en vigor de la LRC 2011[8], lo convierten en la fuente ideal de información a partir de la cual puede concebirse el análisis en cuestión. Todo lo que, igualmente, sirve para visualizar los cambios esenciales que en este sentido precisa el contenido de la publicidad del Registro cubano[9].

II. PLANTEAMIENTO GENERAL PARA EL ANÁLISIS DEL CONTENIDO DE LA PUBLICIDAD DEL REGISTRO CIVIL.

Delimitar el contenido de la publicidad del Registro Civil implica tener que distinguir este del objeto del Registro por considerar que se trata de concepciones diferentes, aunque íntimamente relacionadas. Por ello, coincidimos con Pere

7 A partir de las históricas relaciones existentes entre España y Cuba, se recuerda como la Ley provisional del Registro Civil de 17 de junio de 1870 y su Reglamento de 13 de diciembre, constituyen el principal antecedente legislativo de la LRC y de la LREC en Cuba. Razón por la que, en general, estos sistemas registrales tienen similar organización y funciones. Señalándose que, con la entrada en vigor de la LRC 2011, el 30 de abril de 2021 (acorde con la modificación de la Disposición Final Décima de la LRC 2011, establecida por la Disposición Final Segunda del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia. BOE, núm. 119, de 29 de abril de 2020), la LRC queda sin efecto. Sin embargo, su referencia es necesaria en ciertas circunstancias, ya que, por una parte, esta tiene un significativo valor como antecedente en la materia; y, por otra parte, el contenido de las Disposiciones transitorias segunda, cuarta y octava de la LRC 2011, en la redacción dada por los apartados veintiuno, veintitrés y veinticinco de la Ley 6/2021, de 28 de abril, por la que se modifica la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, regulan una progresiva materialización del sistema de inscripción establecido por la LRC 2011. Por tanto, confróntense, entre otros, los hoy derogados arts. 1, 2, 6, 9, 10, 15-22 de la LRC y los arts. 2, 3, 5, 14, 15-21, 27 de la LREC, para corroborar las semejanzas entre estos sistemas registrales.

8 Caracterizada por un extenso período de "vacatio legis", fue objeto de varias modificaciones, relativas, por un lado, a su contenido; y, por otro lado, a su fecha de entrada en vigor. Influida, en general, por las reformas del ordenamiento civil español en torno a la filiación y a la jurisdicción voluntaria, entre otras figuras; y, por causas como, la situación excepcional vivida por el país con motivo de la COVID-19. Tales modificaciones se produjeron a través de las siguientes disposiciones: 1. Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia (BOE, núm. 163, de 5 de julio de 2014). 2. Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia (BOE, núm. 252, de 17 de octubre de 2014). 3. Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE, núm. 158, de 3 de julio de 2015). 4. Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil (BOE, núm. 167, de 14 de julio de 2015). 5. Ley 4/2017, de 28 de junio, de modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE, núm. 154, de 29 de junio de 2017). 6. Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación a la ocupación ilegal de viviendas (BOE, núm. 142, de 12 de junio de 2018). 7. Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia (BOE, núm. 119, de 29 de abril de 2020). 8. Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia (BOE, núm. 250, de 19 de septiembre de 2020). 9. Ley 6/2021, de 28 de abril, por la que se modifica la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (BOE, núm. 102, de 29 de abril de 2021). En lo adelante, entiéndase que el análisis que se realiza sobre las disposiciones contenidas en la LRC 2011, tienen en cuenta, en general, sus modificaciones.

9 Cuba se encuentra inmersa en un proceso general de transformación jurídica, toda vez fue aprobada la nueva Constitución de la República de Cuba, el 10 de abril de 2019 (GOC. Extraordinaria, núm. 5, de 10 de abril de 2019). Como consecuencia, por Acuerdo IX-49 de la Asamblea Nacional del Poder Popular se aprobó un cronograma legislativo a partir del cual se dispuso para diciembre del año 2022 la promulgación de la nueva Ley del Estado Civil (GOC. Ordinaria, núm. 2, de 13 de enero de 2020), la que quedó prorrogada, a partir de la situación epidemiológica y de reorganización que vive el país, para la siguiente legislatura por Acuerdo XI-76 de la Asamblea Nacional del Poder Popular (GOC. Ordinaria, núm. 3, de 12 de enero de 2021).

Raluy[10], en que formular el objeto del Registro como «la publicidad de los hechos relativos al estado civil», hubiese sido una feliz solución para su mejor proveer, ya que esta superaría la incompleta técnica utilizada por el hoy derogado art. 1 de la LRC[11]. Visto así, estimamos que, el art. 2.2 de la LRC 2011, resuelve esta situación porque dispone de forma genérica que el objeto de esta institución registral es dar oficial publicidad a los hechos y actos relativos al estado civil de las personas y otros datos que determine la Ley.

Por consiguiente, si este resulta el objeto del Registro Civil, en su concepción más moderna el contenido de la publicidad está determinado entonces por aquellos hechos y actos relativos al estado civil, la identidad y demás circunstancias de la persona que las leyes registrales consideran inscribibles (arts. 4 de la LRC 2011 y 3 de la LREC). Todos ellos sin perjuicio de entender que, a luz del desarrollo social y las variables posiciones jurídicas en que puede estar la persona, la inscripción de tales hechos, actos y circunstancias no debe considerarse restrictiva sino flexible y abierta a los cambios que ofrecen las regulaciones sustantivas de carácter civil y familiar, que preceden de forma especial al contenido de lo que se publica en el Registro Civil[12].

Razón por la que específicamente se coincide con Rivero Sánchez- Covisa y Jiménez Santoveña[13], en el valor enunciativo de la normativa registral sobre el contenido de la publicidad. Por tanto, se asume una posición a favor de un "numerus apertus" en sede de inscripciones registrales como expresión gráfica de dicho contenido. Al entender que, la relación de los datos inscribibles que

10 Pere Raluy, J.: *Derecho del Registro Civil*, Tomo I, Aguilar, Madrid, 1962, pp. 96-97.

11 Al respecto, Díez del Corral Rivas, J.: Comentario artículo 1, en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* Tomo IV, Vol. II, (dir. por Albaladejo García, M. y Díaz Alabart, S.), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1996, disponible en https://2019.vlex.com/#vid/articulo-1-247552 [consulta: 25 de abril de 2020], pp. 1-16, p. 7, considera que al ser evidente que se trata de la institución destinada a dar publicidad a los estados civiles y al tener en cuenta que en ella se inscriben un número de hechos no relacionados muy claramente con el estado civil, debe aceptarse, su amplio objeto sobre la conceptualización que del Registro Civil hiciera Pere Raluy, que rebasa forzosamente el objeto indicado por el art. 1 de la LRC.

12 Explican Rivero Sánchez- Covisa, F. J. y Jiménez Santoveña, J. M.: "La persona, el estado civil y el Registro Civil. Parte Tercera", en AA.VV., *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo I, Personas, Vol. II, (coord. General J. F. Delgado de Miguel, y coord. por J. A. Martínez Sanchiz), Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 181-311, p. 233, que: "Siguiendo la terminología castriana, podría decirse que la legislación registral se centra en la regulación de los títulos de legitimación del estado civil, pero la regulación de las causas o títulos de adquisición de los estados civiles y su contenido se realiza por leyes sustantivas, y entre ellas, en base al orden constitucional de competencias, puede ser por Ley autonómica o Ley estatal. De ahí que, como hemos dicho, no puede invertirse el orden de relevancia en la regulación de los estados civiles, considerando como únicos estados civiles los enumerados con carácter -a nuestro juicio-enunciativo en el art. 1 de la Ley de Registro Civil, puesto que no corresponde a esta ley establecer nuevos estados civiles, ni su contenido ni efectos, sino simplemente regular su publicidad registral como medio de probar y hacer valer en el tráfico jurídico un determinado estado civil".

13 Idem., p. 233. Al respecto destacamos que, aunque los autores se refieren especialmente al derogado art. 1 de la LRC, esta opinión puede hacerse extensiva al art. 4 LRC 2011 por su contenido y propósito dentro de la norma. Sobre este último, explican Roca Guillamón, J. y de las Heras García, M. A.: Comentario art. 4, en AA.VV., *Comentarios a la Ley del Registro Civil* (coord. por Cobacho Gómez, J. A. y Leciñena Ibarra, A.), Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 121-174, p. 125, que la amplia fórmula utilizada por el legislador pone en tela de juicio el severo *numerus clausus* que predica su antecesor art. 1 de la LRC.

contienen esencialmente los arts. 4 de la LRC 2011 y 3, 42, 60, 78 y 81 de la LREC, aunque constituyen una guía para los encargados del Registro durante el cumplimiento de su labor, no agotan absoluta e indefinidamente el contenido de la publicidad. Pues, en su desarrollo, la institución responsable de la publicidad no puede sustraerse de las trasformaciones legislativas con trascendencia registral que en cada sistema jurídico tienen lugar, a partir de la evolución de los intereses sociales y estatales en que se desenvuelven las personas[14].

De ahí que, la fórmula empleada por estas leyes registrales (arts. 2 de la LRC 2011 y 3, 42 -inciso ñ-, 60 -inciso j-, 78 -inciso e-, 81 -inciso ll-, de la LREC), sobre la posibilidad de inscribir aquellos otros hechos y actos que determine la Ley, tributa a la función de publicidad y a su finalidad de seguridad jurídica. Porque lo verdaderamente importante es conseguir la publicidad de los hechos, actos y circunstancias afectantes de la persona ya que, solo así, se alcanza un sistema más completo de protección para esta.

III. EL CONTENIDO DE LA PUBLICIDAD DEL REGISTRO CIVIL: SU VIABILIDAD DESDE DOS PUNTOS DE VISTA.

Examinado el planteamiento anterior, no parecen existir insalvables contradicciones entre la norma y la doctrina respecto al contenido de la publicidad del Registro Civil como los hechos, actos y circunstancias relativos al estado civil e identidad de la persona. Sin embargo, son dos los puntos de vista desde los cuales puede tratarse con mayor profundidad el contenido en cuestión para evaluar su viabilidad. Estos son: 1º. La vitalidad del estado civil como institución jurídica y su aprovechamiento en sede registral. 2º. Los hechos, actos y circunstancias inscribibles y/o pendientes de inscripción en el Registro Civil por los efectos que

14 Entiéndase que, al seguir a Luces Gil, F.: *Derecho Registral Civil*, Bosch, 4ª ed., Barcelona, 1991, p. 13, en este punto, no se trata de que prevalezca la autonomía de la voluntad como medio para hacer efectiva la inscripción de determinadas situaciones jurídicas en el Registro Civil. Ya que, los caracteres del estado civil fijan con claridad las limitaciones entorno a su disponibilidad. Se trata pues, de que tales hechos o actos no los establece especialmente el Derecho Registral. Por tanto, la publicidad que este regula ha de ser amplia o estar abierta a nuevas circunstancias con cercanía a los estados civiles o influencia en el ejercicio de la capacidad de las personas. Las que, socialmente manifiestas y ordenadas previamente por el Derecho positivo, deben alcanzar efectos registrales. Lo que sirve, igualmente, como un fundamento para que al Registro Civil accedan otros datos relativos a la persona a partir de la forma en que se organiza la publicidad por la nueva LRC 2011. De este modo, ante los constantes cambios sociales que demandan nuevas perspectivas jurídicas, más atinado parece considerar un "numerus apertus" para situaciones de estado y su consiguiente publicidad siempre que, no se desvirtúe, en su caso, la esencia del estado civil como figura jurídica. Recordemos en este ámbito a Gete-Alonso y Calera, M. C.: "El estado civil y las condiciones de la persona", en AA.VV., *Tratado de Derecho de la persona física*, Tomo I (dir. Gete-Alonso y Calera, M. C. y coord. por Solé Resina, J.), Civitas- Thomson Reuters, Pamplona, 2013, pp. 179-228, pp. 187-190, cuando nos enseñó los caracteres del estado civil como de personalidad, estabilidad y permanencia, orden público, indisponibilidad y eficacia erga omnes, acotando que dicha permanencia no significa que, si determinadas situaciones alcanzan la generalidad y persistencia necesarias, no puedan llegar a ser consideradas nuevas condiciones civiles de la persona. Finalmente, no debe ignorarse que, un Registro Civil que apuesta por organizar su publicidad entorno a la persona, por las ventajas que esto representa (art. 5 de la LRC 2011), también está obligado a admitir que su contenido de publicidad no se reduce al estado civil de estas. Su relevancia como institución jurídica discurre, además, por su obligación de inscribir y publicar otros datos relativos a la persona dispuestos en las leyes registrales u otras leyes sustantivas.

estos generan en el tráfico jurídico. Al considerar que, en estas direcciones se tributa a la argumentación sobre la importancia de la publicidad registral civil. Sirviendo, especialmente, para realzar el valor del contenido de la publicidad del Registro Civil para la seguridad jurídica y su utilidad como un medio para alcanzarla.

1. La vitalidad del estado civil y su trascendencia en sede registral.

Frente al debate doctrinal existente sobre la vitalidad del estado civil como institución, nos cuestionamos su alcance en sede registral. Ya que, si esta institución pierde su sentido jurídico, hasta qué punto sería necesario un Registro Público que se encargue de expedir títulos de legitimación al respecto. Pues, aunque el contenido de la publicidad registral no se circunscribe exclusivamente a las situaciones de estado civil, estas son una parte importante de este.

En tal sentido, es de rigor explicar que el estudio del estado civil por parte de la doctrina ha estado caracterizado esencialmente por las dificultades que presenta su definición a partir de las múltiples tesis que la abordan[15] y, en especial, por la falta de conceptualización que padece la normativa aplicable tanto en España como en Cuba[16].

Explica Parra Lucán[17], que históricamente la doctrina describió el concepto de estado civil asociado al de capacidad de obrar de las personas, estimando una total dependencia o subordinación entre estas. Mas, al estudiar las opiniones de la propia Parra Lucán[18] y de autores como De Castro y Bravo[19], Albaladejo García[20],

15 Al respecto, sin ánimo de ser exhaustivos, pueden verse, entro otros, De Castro y Bravo, F.: *Derecho Civil de España,* Tomo II Derecho de la persona, Parte primera, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952, pp. 58-67; Linacero de la Fuente, M.: *Tratado del*, cit., p. 41; Parra Lucán, M. A.: "El Estado Civil", en AA.VV., *Curso de Derecho Civil*, Tomo I, Vol. II, (coord. por De Pablo Contreras, P.), Edisofer, Reimpresión de 5ª ed., Madrid, 2016, pp. 83-103, pp. 83-86; y, *Orientaciones actuales del estado civil*, Bosch, Barcelona, 1993, pp. 15-41; Pere Raluy, J.: *Derecho del,* cit., pp. 3-12; Corera Izu, M.: "Estado Civil y Registro Civil. Hechos inscribibles y disposiciones vigentes", en AA.VV., *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del Derecho de Familia*, Tomo II. Parte Registral y otros temas del procedimiento, (coord. por O. Monje Balmaseda), Dykinson, Madrid, 2011, pp. 345-366, pp. 347-349.

16 Una revisión general al Código Civil (Real Decreto de 24 de julio de 1889. BOE, núm. 206, de 25 de julio de 1889, en adelante Código Civil español), y a la LRC 2011. Así como, en el caso cubano, a la Ley No.59/1987, de 16 de julio, Código Civil de la República de Cuba, Pérez Gallardo, L. B., Código Civil de la República de Cuba Ley No.59/1987, de 16 de julio (anotado y concordado), Ediciones ONBC, La Habana, 2007 (en adelante, Código Civil cubano), a la LREC y su RREC, lo confirman.

17 *Orientaciones actuales,* cit., pp. 20-22. En este mismo sentido también puede consultarse a Rivero Sánchez-Covisa, F. J. y Jiménez Santoveña, J. M.: "La persona", cit., pp. 181-182; Roca Guillamón, J.: Comentario artículo 2, en AA.VV., *Comentarios a la Ley del Registro Civil,* (coord. por J. A. Cobacho Gómez y A. Leciñena Ibarra), Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 87-118, p. 96.

18 "El Estado", cit., p. 83.

19 *Derecho Civil,* cit., p. 70.

20 Albaladejo García, M.: *Derecho Civil Introducción y Parte general*, Tomo I, Bosch, 15ª ed., Barcelona, 2002, pp. 234-235.

Luces Gil[21], Díaz Magrans[22], Corera Izu[23], Pere Raluy[24], Rivero Sánchez- Covisa y Jiménez Santoveña[25] y, Linacero de la Fuente[26], es evidente que esta concepción se ha modificado a tono con el desarrollo legislativo del Derecho de Persona. En consecuencia, surge la necesidad de una definición renovada de esta figura, porque, tal como explica Gete-Alonso y Calera[27], actualizada es la perspectiva que se tiene sobre la persona, por lo que el estado civil es, en su opinión: "La manera de estar la persona en el seno de la sociedad, tomada en consideración por el ordenamiento jurídico para atribuir un estatuto personal (derechos, deberes y facultades) y delimitar su posición jurídica, en base a determinadas cualidades y situaciones relevantes para todos".

Definición que, encuentra correspondencia con la propuesta por Linacero de la Fuente[28], que aborda al estado civil como: "conjunto de condiciones concurrentes en la persona, de especial relevancia y estabilidad, que definen la situación de aquella en la organización jurídica". Así, explica la autora que tales condiciones determinan la capacidad de obrar (edad, incapacitación) o actúan como centro de atribución de derechos y deberes específicos (pertenencia a una comunidad estatal o foral y/o familiar). A lo que añade que es posible, al atender a la evolución social y jurídica de las relaciones personales, el reconocimiento de nuevos estados civiles o figuras próximas por su influencia en dicha capacidad o por ser fuente de derechos y deberes específicos.

Planteamientos que se relacionan a su vez, con la idea de Parra Lucán[29], sobre visualizar el estado civil como situación jurídica, en cuanto hace referencia a determinado modo o manera de estar las personas en la vida social, las que el ordenamiento jurídico valora y regula, y que tienen como presupuesto subjetivo determinadas cualidades de la persona que constituyen la base de hecho de la figura jurídica del estado civil.

Representan, por tanto, estas tres definiciones expuestas por Gete-Alonso y Calera, Linacero de la Fuente y Parra Lucán, la combinación de lo que consideramos, como una definición moderna de estado civil[30]. Estas resultan útiles

21 *Derecho Registral*, cit., pp. 3-6.

22 Díaz Magrans, M. M.: "La persona individual", en AA.VV., *Derecho Civil Parte General*, (coord. por Valdés Díaz, C. C.), Félix Varela, La Habana, 2002, pp. 105-149, pp. 131-132.

23 "Estado Civil", cit., p. 349.

24 *Derecho del,* cit. p. 12.

25 "La persona", cit., p. 186.

26 *Tratado del*, cit., p. 45.

27 "El estado", cit., p. 186.

28 *Tratado del*, cit., p. 45.

29 *Orientaciones actuales,* cit., p. 181 y "El estado", cit., pp. 83-85.

30 Que tiene en cuenta la histórica y prestigiosa doctrina española de exponentes como De Castro y Bravo, F.: *Derecho Civil*, cit., pp. 70-74 y De Cossío y Corral, A.: *Instituciones de Derecho Civil 1*, Alianza, Madrid,

a partir de sus coincidencias y actualidad porque constituyen el fundamento para determinar, desde la perspectiva registral, parte del contenido de la publicidad del Registro Civil. Institución que en su desempeño tiene en cuenta que se trata de elevar a público, entre otras, las condiciones o circunstancias de la persona a partir de las cuales se establece su situación jurídica en el ordenamiento legal. Por lo que, en esta actividad, se evidencia la vitalidad y utilidad que conserva el estado civil como institución jurídica.

Para sustentar el planteamiento anterior se ha tenido en cuenta, además, que en el mencionado debate doctrinal sobre la vitalidad del estado civil se decantan dos líneas fundamentales. Los que estiman que esta institución ha evolucionado de una concepción de subordinación entre la capacidad de obrar y el estado civil a una extrema y radical posición de crisis o inutilidad del concepto[31]; y, los que consideran que este no es únicamente una condición de la persona que caracteriza su capacidad de obrar, sino que también puede ser fuente de derechos y deberes específicos según la situación de la persona en la organización jurídica[32]. De lo que puede deducirse, por tanto, su interés para el ordenamiento jurídico. Entendiéndose que, esta última posición es la que mejor se ajusta al ordenamiento español[33] y al sistema jurídico cubano vigentes[34].

No podemos olvidar que, en el ejercicio de la capacidad, la delimitación relativa a la capacidad de obrar siempre viene impuesta por Ley[35]. De ahí, que se considere importante en este ámbito, diferenciar, para una mejor actividad en el Registro, entre las circunstancias que modifican dicha capacidad y las que inciden en ella[36]; y, el estado civil como materia relacionada con la legitimación para la realización de

1977, p. 82.

31 Explican autores como: Parra Lucán, M. A: *Orientaciones actuales,* cit., pp. 12, 19-22, 182-196 y "El Estado", cit., pp. 98-101; Rivero Sánchez- Covisa, F. J. y Jiménez Santoveña, J. M.: "La persona", cit., p. 184; Pere Raluy, J.: *Derecho del,* cit., pp. 7-8 y Gete-Alonso y Calera, M. C.: "El estado", cit., pp. 181-186, que tal crisis está determinada por las dificultades que entraña fijar la definición del estado civil, la elasticidad del concepto, las ambigüedades en la legislación y el desordenado y disperso régimen jurídico.

32 Al respecto, véase Linacero de la Fuente, M.: *Tratado del*, cit., p. 45; Roca Guillamón, J.: Comentario artículo 2, cit., p. 96; Roca Guillamón, J. y de las Heras García, M. A.: Comentario artículo 4, cit., pp. 124-125; Rivero Sánchez- Covisa, F. J. y Jiménez Santoveña, J. M.: "La persona", cit., pp. 185-189.

33 Rivero Sánchez- Covisa, F. J. y Jiménez Santoveña, J. M.: "La persona", cit., p. 189.

34 Díaz Magrans, M. M.: "La persona", cit., pp. 128-129.

35 Véanse los arts. 200, 322-324 del Código Civil español y 29-32 del Código Civil cubano.

36 Como circunstancias modificativas de la capacidad se encuentran: la edad, la enfermedad, el concurso, la prodigalidad y la interdicción civil, estas últimas en menor medida que las dos primeras. Mientras que inciden en el ejercicio de la capacidad la ausencia, el domicilio y/o la vecindad civil. Véase Díaz Magrans, M. M.: "La persona", cit., pp. 114-120; Valdés Lago, L.: El ejercicio de la capacidad por los discapacitados en el Derecho Civil Cubano. Especial referencia a los contratos y testamentos. Tesis en opción al título académico de Especialista en Derecho Civil bajo la dirección del Dr. Reinerio Rodríguez Corría de la Facultad de Derecho, Universidad Central "Marta Abreu" de las Villas, Cuba, 2009, disponible en el Departamento de Derecho de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Las Villas, pp. 11- 20.

determinados actos o ejercicio de derechos y deberes[37] cuya prueba, en general, podrá producirse a través del Registro Civil[38].

De este modo, es dable admitir que uno de los principales señalamientos negativos a la institución del estado civil radica en su casi exclusiva identificación con la normativa registral y en las inconveniencias que causa la amplia enumeración que estipulan estas legislaciones como contenido de la publicidad del Registro Civil. Las que no delimitan adecuadamente, las diferencias entre estados civiles propiamente dichos[39], hechos inscribibles (ej. la muerte), elementos identificativos de las personas (ej. nombre, sexo), o actos jurídicos que no siendo estados civiles (ej. patrimonios protegidos y autotutelas), por su cercanía y relevancia para la persona y la familia se aceptan y se regula su publicidad como un mecanismo de protección[40]. Cuestiones que acentuaron, en nuestra opinión, las dificultades relativas a la definición del estado civil y, al mismo tiempo, conllevaron positivamente, a la aceptación del contenido de la publicidad del Registro Civil en un sentido amplio (hechos y actos relacionados a la identidad, el estado civil y demás circunstancias de la persona), como se mencionaba en el planteamiento inicialmente hecho en este estudio.

Al respecto recordemos que, de aceptar a la publicidad del Registro Civil con carácter restrictivo, o sea, apegado a la denominación, por ejemplo, que hoy recibe en Cuba, Registro del Estado Civil, durante su desenvolvimiento esta institución sólo podría inscribir estados civiles legislativamente previstos. Mas, formular un concepto de estado civil que normalmente no puede constituir criterio limitativo del campo de la publicidad registral, no representa ninguna utilidad, ya que no

37 Rivero Sánchez- Covisa, F. J. y Jiménez Santoveña, J. M.: "La persona", cit., p. 186; Roca Guillamón, J.: Comentario artículo 2, cit., pp. 96-97.

38 Confróntense los arts. 4 de la LRC 2011 y 3 y 42 de la LREC.

39 Sobre estos se acepta la enumeración que propone Gete-Alonso y Calera, M. C.: "El estado", cit., pp. 204-208, que comprende, al tener en cuenta la concepción más actual de la persona: la nacionalidad y la vecindad civil (esta última específicamente para el caso español), la edad como indicativo de la capacidad de obrar, modificaciones judiciales de la capacidad de obrar como consecuencia que sufre la capacidad de autogobierno a partir de determinadas deficiencias o enfermedades que puede padecer la persona, la existencia de un vínculo conyugal y las situaciones que derivan de su extinción por causa de separación, divorcio o viudedad y la relación de filiación entre padres e hijos. Señalando en este mismo sentido Gete-Alonso y Calera, M.C., Idem., p. 194, que el legislador (LRC 2011), dejó pasar la oportunidad, "no solo definir sino aclarar, de una vez por todas, qué es en el siglo actual, al menos en nuestro ordenamiento, el estado civil". Situación que igualmente padece el sistema cubano.

40 Sobre estos últimos y su repercusión registral pueden confrontarse los arts. 223 y 234 del Código Civil español; la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad (BOE, núm. 277, de 19 de noviembre de 2003), con relación a la Ley 1/2009, de 25 de marzo, sobre la reforma de la LRC en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos (BOE, núm. 73, de 26 de marzo de 2009); a partir de la cual, se señalan como antecedente los actualmente derogados arts. 18, 46 bis y 46 ter de la LRC; y, los arts. 4.12°, 76 y 77 de la LRC 2011. Como fuentes doctrinales al respecto pueden verse, entro otros, Díaz Alabart, S.: "La Ley 1/2009 de modificación de la Ley del Registro Civil y de la Ley de Protección patrimonial de las personas con discapacidad", *Actualidad Civil*, núm. 17, 2009, pp. 1989-2020, pp. 1994-2004; Sánchez Hernández, C.: "La autotutela como mecanismo de protección», en AA.VV., *Homenaje al profesor LLuis Puig I Ferrol,* Vol. II, (coord. Abril Campoy, J. M. y Amat Llari, M. E.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 223-248, pp. 240-242.

siempre coinciden el campo del estado civil y el del Registro Civil[41]. De ahí que, la mejor solución sea admitir el sentido moderno o ecléctico de la definición de estado civil y el contenido de la publicidad del Registro Civil asociado a la identidad, al estado civil y demás circunstancias de la persona[42]. Lo que nos permite afirmar que el estado civil, como institución jurídica, sigue vivo[43], y que dicha vitalidad es fundamental para el desarrollo de la dinámica registral. Especialmente, por el uso que los encargados del Registro Civil hacen de este durante el control de legalidad que efectúan para determinar el acceso de cierta situación jurídica al Registro, lo que contribuye, a la eficiencia general de la publicidad y del sistema de seguridad jurídica preventiva.

Por tanto, es necesario que el Derecho del Registro Civil organice la publicidad del estado civil. Considerando que, entre el manejo eficiente de la técnica registral y el conocimiento efectivo sobre las concepciones relativas al estado civil y demás circunstancias susceptibles de inscripción, se encuentran las bases de la seguridad jurídica que se espera de esta institución registral. De ahí que, coincidamos con Linacero de la Fuente[44], en que una de las características del estado civil debe ser su constancia registral, determinada por la necesidad de certeza y general eficacia que sólo un ordenado sistema de publicidad puede conferir sobre los hechos vitales de las personas. Lo que refuerza la idea de la vigencia de esta figura, la

41 Pere Raluy, J.: *Derecho del,* cit., p. 12.

42 Al respecto, se tiene en cuenta la posición que sigue la actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (BOE, núm. 63, de 12 de marzo de 2020), otrora Dirección General de los Registro y del Notariado de España (en adelante, DGRN), la que en su Resolución de 8 de marzo de 2011 (LA LEY 1478/2011), dispone que: "(…) en nuestro Derecho, el contenido del Registro Civil es muy amplio y rebasa el concepto estricto de estado civil, y así hay hechos, como el nacimiento o la muerte de la persona, que se reflejan en el Registro, como pone de manifiesto la doctrina más autorizada, no en tanto que hechos o actos que se refieran propia y directamente al estado civil (con independencia de su evidente influencia y relación mediata en el mismo), sino a la personalidad del sujeto (…)". Igualmente, se valora la opinión de Corera Izu, M.: "Estado Civil", cit., p. 349, quien considera que la concepción del estado civil en un sentido amplio es útil porque a pesar de sus contratiempos, permite incluir cualquier circunstancia que repercuta en la capacidad de obrar y excluir los estados sociales sin repercusión en la esfera jurídica; y, las ideas de Lacruz Berdejo, J. L. y otros.: *Elementos de Derecho Civil I. Parte General*, Vol. II, 6ª ed. revisada y puesta al día por Jesús Delgado Echeverría, Dykinson, 2010, p. 31, cuando al referirse al concepto de estado civil dice que: "Este último concepto es de difícil y discutida delimitación, y como por razones prácticas se hacen constar también datos que no se corresponden con él, en nuestro Derecho el Registro no es, exactamente -aunque así lo denomine Cc. (cfr. el Título XII del Libro Primero)- del estado civil, sino -como lo denomina su legislación específica-Registro civil, en el que se toma razón de una serie de circunstancias personales con independencia a su integración o no en el concepto de *status*".

43 Así también lo considera Corera Izu, M.: "Estado Civil", cit., pp. 345-347, posición que cabe interpretar por su postura relativa a la trascendencia que a efectos registrales tiene la fijación de un concepto preciso del estado civil. Por su parte, Gete-Alonso y Calera, M. C.: "El estado", cit., p. 186, nos recuerda que: "El estado civil es la institución jurídica que permite, jurídicamente, establecer diferencias entre las personas". Sin que ello implique que se vulnere el principio de igualdad que refrenda la Constitución española, por lo que puede deducirse, que este es otro elemento que destaca la utilidad del estado civil y la necesidad de su publicidad. Finalmente, siguiendo a Lacruz Berdejo J. L. y otros.: *Elementos de*, cit., pp. 25-26, puede señalarse, como parte de la vitalidad del estado civil, la importancia práctica de su definición para la teoría de las acciones de estado, la existencia de la Comisión Internacional de Estado Civil, de la que es miembro España, y la regulación de Convenios Internacionales en la materia, como reflejo de un concepto compartido por diversos ordenamientos jurídicos. De ahí que, no sea recomendable prescindir de este.

44 *Tratado del*, cit., p. 55.

viabilidad de su contenido como parte de los hechos inscribibles en el Registro Civil y su especial utilidad en sede registral.

De todo lo que puede concluirse que, con independencia de las dificultades que históricamente ofreció la definición del estado civil, para el Derecho del Registro Civil esta figura es importante y, en concreto, para los operadores de este. Porque es útil para diferenciar los hechos relativos al estado civil de aquellos que no lo son y que también tendrán acceso al Registro por prescripción legal. Pues, una cosa sería, por ejemplo, comprobar la eficacia de los actos y otra, la veracidad de los hechos o circunstancias relativas a la identidad de la persona. Diferencias trascendentales desde el punto de vista procedimental y necesarias, en la argumentación administrativa referente a la inscripción, suspensión o denegación de una situación jurídica determinada como reflejo de una seria labor registral. Así, la viabilidad del contenido de publicidad del Registro Civil queda matizada por el alcance que tiene el estado civil como parte de las situaciones que se inscriben en esta institución a partir de la cual se garantiza su exactitud y eficacia probatoria privilegiada.

2. Viabilidad de los hechos y actos publicables en el Registro Civil.

¿Por qué inscribir o no ciertas situaciones jurídicas en virtud de la función que estas cumplen en el tráfico jurídico? Es una interrogante que lleva a plantearnos si los hechos, actos y circunstancias reconocidos en la legislación (arts. 4 de la LRC 2011 y 3, 42, 60, 78 y 81 de la LREC), como el contenido de la publicidad del Registro Civil se corresponden con las demandas de protección registral y seguridad jurídica que se espera de esta institución.

Para el análisis se parte específicamente de la enumeración que contiene el art. 4 de la LRC 2011 sobre las situaciones inscribibles. Pues refleja, en general, a las previstas por los derogados arts. 1, 46 bis y 46 ter de la LRC (de cuya sostenida vigencia entre 1957 y 2021, cabe deducir su valor como principal antecedente), y las que el Registro del Estado Civil cubano inscribe[45]. De modo que, al tratar estas como contenido general de publicidad, ha sido consecuente el legislador con los hechos y actos relativos a la identidad, estado civil y demás circunstancias de la persona tradicionalmente inscritos, a los que se agregan otros más novedosos[46]. Todos previstos, tanto desde el Derecho de Persona, como del de Familia, que indican su publicidad registral como parte de los efectos que generan. Toda vez que al elevar a públicas tales situaciones, se consolidan las pruebas que en el tráfico jurídico y frente a la Administración se necesitan para demostrar, de forma rápida y segura, su existencia y validez.

45 Véase los arts. 3, 41, 42, 58 al 60, 74, 78 al 81 de la LREC.

46 Confróntese el derogado art. 1 de la LRC y el vigente art. 4 de la LRC 2011.

De su estudio general, pensamos que, por su actualidad y relación con la persona, la enumeración aprobada por el art. 4 en cuestión, es adecuada[47]. No obstante, al tomar en consideración el marco de desarrollo legislativo por el que atraviesa Cuba y las experiencias acumuladas por España en materia registral, creemos oportuno reflexionar, especialmente, respecto al sexo y la filiación como contenido de publicidad a partir de su significación jurídica. Igualmente, se incorpora en este análisis a las parejas de hecho como una posible condición civil de la persona meritoria de inscripción registral y, por tanto, viable objeto de publicidad del Registro Civil. No se olvide que este último obedece a lo que las normativas civiles y familiares consideran que debe elevarse a público con el fin de que se tenga una prueba oficial sobre ellas para garantizar, a su vez, la seguridad de las relaciones que se producen tanto, entre los particulares, como entre estos y la Administración.

De este modo, en el caso del sexo debe entenderse que, como especie humana la diferencia desde un punto de vista genético-médico es relevante, así como, desde una perspectiva administrativa-estadística y de planificación social, por concebirse, en general, como categoría de diferenciación. Sin embargo, desde el punto de vista jurídico este tiene un sentido bastante limitado[48]. De ahí que, sea cuestionable como objeto de tratamiento registral, teniendo en cuenta, claro está, los principios constitucionales y las normas civiles y familiares que caracterizan a los sistemas español[49] y cubano[50].

Al analizar las relaciones jurídicas de las que forman parte las personas, se puede apreciar que el sexo no es requisito, en sentido general, para que estas se configuren y, por tanto, su prueba podría quedar restringida, en este orden,

47 La importancia de la publicidad de los hechos que contiene este artículo se deduce de las explicaciones que ofrecen, entre otros, autores como: Luces Gil, F.: *Derecho Registral*, cit., pp. 14-17; Corera Izu, M.: "Estado Civil", cit., pp. 354-365; Aguiló Casanova, C.: *El Registro Civil. La organización y los hechos inscribibles*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 34-65, ya que, aunque estas tienen lugar a partir de la enumeración que hace su antecesor art. 1 de la LRC, como se adelantó, su contenido se reproduce en la LRC 2011. Igualmente, respecto a la importancia de los datos relativos a la identidad de la persona que publica el Registro Civil, puede consultarse a De Castro y Bravo, F.: *Derecho Civil*, cit., pp. 38-39.

48 Coinciden Gete-Alonso y Calera, M. C.: "El estado", cit., pp. 191 y 201-202 y Linacero de la Fuente, M.: *Tratado del,* cit., pp. 97-98, en que desde la teoría de De Castro se admitía ya, que la igualdad entre hombres y mujeres en el orden civil era casi idéntica, salvo por las restricciones de carácter histórico que sufría la mujer. Por lo que, en principio, se consideró el sexo un estado civil, el cual, sin demeritar su trascendencia en la identificación de la persona, ya no debe considerarse como tal. En este mismo sentido, se pronuncia la jurisprudencia española STS 17 septiembre de 2007 (LA LEY 125167/2007), cuando dispone que: «(...) La concepción del sexo como estado civil se debilita, y abundan ya los tratamientos científicos de la cuestión en los que se sostiene que el sexo no es un estado civil, sin perjuicio de señalar la relevancia jurídica que todavía tiene. Desde esta perspectiva, sobre todo teniendo en cuenta la última legislación, no podría ampararse en la determinación del sexo por razón de la aplicación de los caracteres del estado civil (orden público, inoperatividad, indisponibilidad, peculiaridades procesales) una respuesta negativa a la cuestión que nos ocupa ni cabría ver en la acción de modificación una "acción de estado", en sentido propio, por más que el sexo forme parte de la identificación de la persona, conste en el Registro civil (donde no sólo se inscriben estados civiles) y las acciones dirigidas a la modificación o a la rectificación adquieren ciertas peculiaridades».

49 Véase arts. 10 y 14 de la Constitución española.

50 Véase arts. 41, 42 y 43 de la Constitución de la República de Cuba.

a los registros de la Administración del Estado. Piénsese, por ejemplo, en cualquier tipo de contrato o negocio jurídico, las partes contratantes no precisan acreditar su género y ninguna de ellas puede ostentar mayores garantías por ser hombre o mujer. Lo mismo sucede en los casos de las relaciones jurídico-reales, notariales, procesales, tributarias o laborales, por sólo citar algunos ejemplos. Las Constituciones tanto de España como de Cuba, establecen la no discriminación por causas como el sexo y la igualdad para todos frente a los más disímiles escenarios jurídicos y sociales.

Otros ejemplos particulares lo constituyen las relaciones jurídicas sucesorias, en las que no trasciende el género de los causahabientes al desenvolvimiento de esta. Igual sucede en las relaciones paternofiliales, ya que idénticos derechos y deberes tienen los padres respecto a los hijos sin que se distinga si se trata del padre (hombre) o la madre (mujer). De modo que, la importancia de la publicidad del sexo se viene circunscribiendo, en especial, al caso de las relaciones matrimoniales. Específicamente, para el sistema cubano, donde la Ley No. 1289/1975, 14 de febrero, Código de Familia, en su art. 2, conserva por el momento[51], el requisito de la diferencia de sexo entre los contrayentes. No así en España donde es posible celebrar un matrimonio entre personas del mismo sexo, según lo previsto en el art. 44 del Código Civil español.

No obstante, también es cierto que, al ser la inscripción de nacimiento practicada por el Registro Civil la primera fuente oficial para conocer de la existencia de una persona[52], es lógico que en ella se haga constar esencialmente a efectos estadísticos y de identificación este dato. De ahí que su publicidad se mantenga, no como estado civil, sino como circunstancia identificativa de la persona, que trasciende además por la posibilidad de rectificar el sexo (tanto

51 La fórmula empleada por el legislador en los arts. 81 y 82 de la Constitución de la República de Cuba, hace posible suponer que este requisito quedará suprimido en el nuevo Código de las Familias. No obstante, al revisar los arts. 7 y 273-281 del Anteproyecto del Código de Familia, coordinado por la Federación de Mujeres Cubanas y la Unión Nacional de Juristas de Cuba, de febrero del año 2010, también cabe presumir que este se mantenga y se utilice la figura de uniones de personas del mismo sexo para legalizar tal situación. Por lo que, debe esperarse al desarrollo de las nuevas propuestas legislativas para determinar, desde esta perspectiva, si la diferencia de sexo se mantendrá como un requisito para la concertación del matrimonio en Cuba y, por consiguiente, si podrá ser tenido como otro motivo para mantener su inscripción registral.

52 Para Linacero de la Fuente, M.: *Tratado del*, cit., p. 175, quien sigue a De Castro en este sentido, "el punto de partida de la identificación es el nacimiento, por ello, el arranque de la prueba de identificación es la inscripción del nacimiento en el Registro Civil".

desde la perspectiva física como jurídica)[53], por su relación con el nombre de la persona y los efectos que tal modificación genera[54].

De todas formas, interesante es, sin demeritar el valor de la inscripción registral de nacimiento, que la publicidad del Registro Civil como medio de prueba sobre el sexo de la persona se relativiza frente a los medios de identificación que la Administración encarga a sus organismos de seguridad (Ministerio del Interior, tanto para el caso español como cubano)[55]. A partir de los cuales se distingue esencialmente y con carácter oficial el sexo de la persona. Por tanto, aunque consideramos que debe mantenerse la publicidad de este por el Registro, especialmente por su trascendencia en la identificación de la persona y por las circunstancias cubanas en que aún se desenvuelven las relaciones matrimoniales, nada obsta que para el futuro esta circunstancia deje de ser objeto de la publicidad del Registro Civil.

Por su parte, la filiación como contenido de la publicidad del Registro Civil, merece especial atención a partir del planteamiento que hace la profesora Gete-Alonso y Calera[56]. Pues, esta considera que el argumento de que la filiación de una persona interesa a todos y esto es la base para que sea reconocido como estado civil, comienza a dejar de ser sostenible. Así, explica que todos los hijos son iguales ante la ley y, por tanto, el contenido de esta relación es idéntico para todos. De tal filiación, lo único que es de interés público, es lo que tiene influencia

53 Al respecto puede consultarse la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas (BOE, núm. 65, de 16 de marzo de 2007), (en adelante, Ley 3/2007). A partir de la cual se estima que en esta materia España ha dado pasos significativos en torno al libre desarrollo de la personalidad como parte de los derechos constitucionales que proclama. Pues llega a admitir la posibilidad de rectificar el sexo en el Registro Civil a través de expediente gubernativo que no requiere que el solicitante se haya sometido a cirugía de reasignación de sexo. Por ello, a pesar de las deficiencias que presentara, especialmente en lo relativo a las niñas, niños y adolescentes y su posibilidad de rectificar el sexo por esta vía, según nos explica Sillero Crovetto, B.: "La rectificación registral del sexo y nombre de niñas, niños y adolescentes trans: presente y futuro", *Revista de Derecho Civil,* núm. 1, 2020, pp. 141-172, pp. 142, 148- 162; y las soluciones que al respecto se plantearon, como expone De Verda y Beamonte, J. R.: "Minoría de edad y cambio de la mención registral de sexo. Comentario a la STC 99/2019, de 18 de julio", *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* núm. 12, 2020, pp. 820-831, pp. 826-830. No puede dejar de resaltarse su avance frente al limitado desarrollo que presenta Cuba en esta materia. Donde aún se requiere la intervención del tribunal para determinar este tipo de rectificación, sin que existan, por ejemplo, pronunciamientos concretos respecto a la exigencia o no, de una efectiva operación de reasignación sexual como requisito para dicha rectificación. Al respecto, Aguilera Torralbas, M. C.: Retos del Registro cubano del Estado Civil ante las nuevas realidades tecnológicas y sociales, Tesis en opción al título de Licenciado en Derecho bajo la dirección de la Ms.C Malena Proenza Reyes, Facultad de Derecho, Universidad de Holguín, Cuba, 2018, disponible en el Departamento de Derecho de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Holguín, Cuba, pp. 46-49.

54 Véase Gete-Alonso y Calera, M. C.: "El estado", cit., pp. 210-212; Roca Guillamón, J. y de las Heras García, M. A.: Comentario artículo 4, cit., p. 138.

55 Confróntese los arts. 1, apartados 1 y 2 y 11.1 del Real Decreto 1553/2005, de 23 de diciembre, por el que se regula la expedición del documento nacional de identidad y sus certificados de firma (BOE, núm. 307, de 24 de diciembre de 2005); y, para el caso de Cuba, la Resolución No.14/2014, de 10 de septiembre, del Ministerio del Interior, sobre la aprobación de un nuevo carné de identidad (GOC. Extraordinaria, núm. 43 de 18 de septiembre de 2014), por la que se modifica la Resolución No.6/2007, de 31 de agosto, del Ministerio del Interior, Reglamento del Decreto-Ley "Del Sistema de Identificación y Registro de Electores".

56 Gete-Alonso y Calera, M. C.: "El estado", cit., pp. 206-208.

en la identificación de las personas, trascendiendo en todo caso por la designación de los apellidos que devienen en signos distintivos personales y/o familiares[57]. Así mismo, estima que la referencia que se hace de la filiación como posesión de estado tampoco es motivo suficiente para mantenerlo como estado civil.

Ante esta autorizada opinión, es lógico que nos cuestionemos si es viable el conocimiento de la filiación como contenido de la publicidad del Registro Civil. Ya

57 Visto así, podría ser esta la solución de personas como Freddy McConnel, hombre transgénero que lucha, según informa el periodista Carbone, E.: «La justicia inglesa sentencia que un hombre transexual que dio a luz 'es una madre'», disponible en https://es.blastingnews.com/internacionales/2019/09/la-justicia-inglesa-sentencia-que-un-hombre-transexual-que-dio-a-luz-es-una-madre-002988577.html [consulta: 16 de octubre de 2019], para ser reconocido como padre de su propio hijo frente a las leyes británicas, que lo consideran madre. Ya que lo trascendente de la filiación sería la identificación que genera. Pues, en este caso, se mantiene idéntica, toda vez que, bien madre, o bien padre, la transmisión de los apellidos, así como la configuración de los derechos y deberes que de tal filiación se desprenden son las mismas. ¿Qué trascendencia tendría desde el punto de vista de la publicidad que se trate de una figura paterna o materna en tales circunstancias? En este sentido, lo importante sería la publicidad del dato filial. El sexo de los progenitores no tiene relevancia alguna si sus facultades, obligaciones y derechos no se distinguen en virtud de este sino a partir del vínculo jurídico que se reconoce y del que en igualdad de condiciones el Registro Civil (si se tratara de un caso español o cubano), está en la obligación de dar fe pública registral. Cuestiones que, en nuestra opinión, el legislador español puede solventar al tener en cuenta sus avances en la materia. Por ejemplo, el art. 7 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (BOE, núm. 126, de 27 de mayo de 2006), en la redacción dada por la Disposición adicional primera de la Ley 3/2007, que autoriza el reconocimiento filiatorio del hijo nacido con mujer casada a favor de su esposa. Así como, lo dispuesto en la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio (BOE, núm. 157 de 2 de julio de 2005), a partir del cual se legalizó la adopción de un menor por dos hombres casados. Por tanto, sirven estos como fundamentos para resolver favorablemente una situación como la de McConnel. En la que, con base al libre desarrollo de su personalidad, una mujer madre, ha decidido cambiar de género y apariencia física sin que ello modifique sus afectos, derechos, obligaciones y facultades respecto a su menor hijo, previamente inscrito por ella. De ahí que, al valorar ambos escenarios (filiación de doble línea materna o paterna y filiación de padres transgéneros), en el caso que nos ocupa respecto a la viabilidad de este dato (filiatorio), como inscribible en el Registro Civil; nos planteamos que, si ya no se admite la distinción de la filiación entre los hijos (art. 108 in fine del Código Civil español), y el sexo de los progenitores no es impedimento para que se consagre esta, su razón como elemento registral bien puede mantenerse, a efectos futuros, como elemento de identificación más que como de estado civil, tal como sostiene la profesora Gete-Alonso y Calera. Visto lo anterior, es oportuno plantear que las normas cubanas de Familia y del Registro Civil, que no admiten distinción entre los hijos, al seguir a la reciente Constitución en sus arts. 47, 81, 83 y 86, parece (pues los nuevos proyectos de modificación de estas leyes aún no se han hecho públicos), que también encaminarán sus modificaciones en una línea cercana a la del sistema español. Toda vez que, fue dado a conocer, a través de redes sociales como Facebook y fuentes no oficiales para Cuba, como Oncubanews: "Por primera vez Cuba inscribe a un niño con dos madres", disponible en https://oncubanews.com/cuba/por-primera-vez-cuba-inscribe-a-un-nino-con-dos-madres/ [consulta 12 de julio de 2020], la certificación de nacimiento de un menor inscrito bajo la filiación de dos madres. Resuelto por la Dirección General de Notarías y Registro Públicos de Cuba (en adelante, DGNRP), bajo los preceptos del art. 7 de la Constitución, el principio del mejor interés del menor que establece la Convención sobre los Derechos del niño y el contenido del Dictamen 3 de 3 de diciembre de 2019 de esta misma Dirección, según expresa la propia certificación de nacimiento. Decisión que sin duda representa un significativo avance en la materia y una respuesta a la diversidad y necesidad de protección jurídica y registral que las personas en esta situación reclaman. Sin embargo, respecto a esta no podemos dejar de criticar, el carácter forzado que adquiere, por las disposiciones aún vigentes de los arts. 41 -incisos g) y h)-, 44 -inciso a)-, 45, 48, 54, 55 de la LREC y los arts. 65, 74-76 del Código de Familia. Por lo que, en tales circunstancias, esta publicidad que ofrece el Registro Civil cubano, no se corresponde con sus regulaciones. Las soluciones en este ámbito no pueden perder de vista la necesidad de crear previamente los mecanismos sustantivos y procesales que le permitan discurrir, de manera favorable, apegados a un principio de legalidad tal, que no sea posible cuestionarlo. Cabe deducir, por tanto, en esta posición de la DGNRP, una cierta aprobación a los planteamientos de Gete-Alonso y Calera, con relación a la relativización de la filiación como estado civil. Entendiendo que, siguen siendo importantes los efectos registrales de la filiación. Por consiguiente, su actualización en Cuba, en torno a una concepción general de la filiación requiere, en nuestra opinión, de una obligatoria reformulación legislativa, tanto familiar, como registral; ya que, en las condiciones actuales, se exige individualizar en las líneas materna y paterna esta condición.

que, si dejara de funcionar como situación de estado, habría que determinar su pertinencia en sede registral. Visto en general, los argumentos de la profesora Gete-Alonso y Calera, lo cierto es que, en cualquier circunstancia la filiación recibiría tratamiento registral. Pues, este se sostendría como elemento identificativo con valor para el registro de la persona, al que todos tienen derecho, en especial, los niños[58]. Resaltando que, aquí sí que sería la certificación del Registro Civil la prueba fundamental sobre tal condición porque la relevancia de la filiación como figura jurídica y sus efectos (esencialmente en el caso de la sucesión intestada y de las relaciones paternofiliales), así lo aconsejan. Aunque por el contenido de los documentos de identidad, en sede cubana, también tiende, en determinadas circunstancias, a relativizarse este medio de prueba[59].

Dicho esto, seguimos considerando que la filiación representa hoy un estado civil por la relevancia y estabilidad que la condición de hijo o de padres tiene sobre las partes de la relación. Siendo, por tanto, fuente generadora de derechos y deberes específicos. De lo que cabe deducir su interés como situación de estado y, por consiguiente, objeto de inscripción en el Registro Civil. Por ello, aunque se coincide con Gete-Alonso y Calera, sobre la igualdad entre los hijos y el poco valor que ostenta el sexo de los hijos o de los progenitores en este tipo de relación, en cuanto los derechos y deberes filiales son idénticos para todos, es prudente, al menos por el momento, mantenerla como situación de estado. Sin perjuicio de entender que, si cambia esta concepción, igualmente es necesaria su publicidad por los efectos jurídicos que la acompañan.

Como siguiente situación a valorar, respecto al contenido de la publicidad del Registro Civil, se plantea que, las parejas de hecho o uniones estables no tienen acceso al Registro Civil. Identificadas como una nueva forma de organización familiar, las consecuencias jurídicas que estas últimas generan[60], precisan de un

58 Véanse los arts. 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, de la cual son España y Cuba signatarias.

59 Véase el art. 140 -inciso c)- del RREC y la Instrucción No.216/2012, de 17 de mayo, del Consejo de Gobierno de Tribunal Supremos Popular, que en su apartado décimo segundo dispone que: "En la tramitación de los procesos sumarios de alimentos, el tribunal prescindirá de la solicitud de la certificación acreditativa del nacimiento de los destinatarios de ese derecho y, en su lugar, teniendo a la vista la tarjeta del menor o el carné de identidad, consignará en el acta-demanda: el número de identidad, tomo, folio y Registro del Estado Civil donde consta la inscripción, datos filiatorios y fecha de nacimiento (…)".

60 Explica Linacero de la Fuente, M.: *Tratado del*, cit., pp. 50-51, que: "(…) en el estado actual de la legislación, podría justificarse el acceso al Registro Civil de las parejas de hecho, mediante asiento de anotación. En efecto, el legislador español ha ido extendiendo progresivamente el reconocimiento de los efectos jurídicos en materia de parejas de hecho: *v.gr.,* adopción (disposición adicional 3 Ley 11/1987) arrendamientos urbanos (arts. 12.4, 16.1 apartado b) y Disposición transitoria 2 B) 7 LAU), facultad de mejorar (art. 831.6 CC), pensión de la seguridad social, derecho concursal (art. 93 LC), diversos preceptos del Código Penal (arts. 23, 135, 139, 153, 424 CP). A dicho reconocimiento de efectos en la legislación común, se añade su amplia regulación en la legislación autonómica, especialmente en las Comunidades con Derecho Civil propio. Incluso en la propia LRC 2011, se alude a las parejas de hecho en el art. 84, párrafo 3° (…) desde esta perspectiva, y habida cuenta de que la unión de hecho que podríamos llamar típica, produce determinados efectos jurídicos para los convivientes y sus descendientes, podría arbitrarse como medio de prueba su constancia en el Registro Civil". Sobre estos efectos, también pueden verse, entre otras,

medio de prueba organizado y fiable con garantías de calificación registral o control de legalidad, que sirva para dar fe pública de su existencia[61]. No resultando suficiente, en nuestra opinión, un registro administrativo[62] frente a los efectos legales de tales uniones, las que pueden considerarse, siguiendo a Gete-Alonso y Calera[63], como un estatuto personal.

Para el caso cubano, muy útil sería tanto su regulación como su publicidad registral[64]. Ya que, en la actualidad, estas tienen en su configuración social una limitada protección jurídica. La legislación familiar vigente, Código de Familia, en su art. 18, aprueba la existencia de uniones no formalizadas. Mas, para admitir sus efectos en sede sucesoria, familiar o patrimonial conduce a los unidos a recurrir a la vía judicial y entablar un proceso ordinario de reconocimiento de unión matrimonial no formalizada[65]. De ahí que, su positivización como institución jurídica en su forma original, "parejas de hecho o uniones de hecho", tanto para

legislaciones como: Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, Comunidad Autónoma de Cataluña (DOGC, núm. 5686, de 5 de agosto de 2010), (BOE, núm. 203, de 21 de agosto de 2010) en sus arts. 234-1 al 234-14; Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho, Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA, núm. 153, de 28 de diciembre de 2002), (BOE, núm. 11, de 13 de enero de 2003); Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho. Comunidad Autónoma del País Vasco (BOPV, núm. 100, de 23 de mayo de 2003), (BOE, núm. 284, de 25 de noviembre de 2011); Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias, Comunidad Autónoma de Canarias (BOC, núm. 54, de 19 de marzo de 2003), (BOE, núm. 89, de 14 de abril de 2003).

61 A favor de su inscripción en el Registro Civil se encuentran, además de Linacero de la Fuente, M., Idem., pp. 49-51, autores como Rivero Sánchez- Covisa, F. J. y Jiménez Santoveña, J. M.: "La persona", cit., pp. 225-234; Gete-Alonso y Calera, M. C.: "El estado", cit., p. 206.

62 Este tipo de registro puede solventar en nuestro criterio, para las Comunidades que así lo establecen, el tema de la prueba. Pero, al quedar reducido a un ámbito administrativo no tienen la eficacia jurídica propia de las inscripciones del Registro Civil. Tal como explican, Rivero Sánchez- Covisa, F. J. y Jiménez Santoveña, J. M.: "La persona", cit., pp. 230-231, ello se debe a que la publicidad en estas circunstancias es restringida a los propios convivientes o a la instancia judicial. Por tanto, no es posible oponer esta información a terceros, de ahí que estos registros y su contenido no puedan ser considerados de seguridad jurídica.

63 "El estado", cit., pp. 222-223, en este sentido, la autora nos explica que: "Desde la perspectiva del derecho de la persona, estas situaciones con regulación propia, que comportan derechos y deberes (un estatuto jurídico) a las que algunos autores nominan como «condiciones civiles emergentes» (Badosa Coll, Solé Resina, Gete-Alonso) empiezan a ocupar un lugar junto a los estados civiles tradicionales o históricos, a modo de lo que podría nominarse «nuevos estados civiles» aunque, a la vez, pese a la contradicción, separadas conceptualmente de éste (al menos en lo que se refiere a la noción de clase). No son, en propiedad, nuevos estados civiles porque no concurren en ellos los caracteres que se atribuyen a aquéllos; pero sí que responden a lo que debería ser el concepto renovado de estado civil: como la manera de estar en la sociedad la persona, la vertiente dinámica, en su consideración íntegra".

64 Téngase en cuenta que, según el Anuario Estadístico de Cuba, "Capítulo 3. Población, Oficina Nacional de Estadísticas e Información", ed. 2019, Disponible en http://www.one.cu/aec2018.htm [consulta: 29 de octubre de 2019], p. 39, en la Isla se celebraron entre los años 1988 y 1994 un promedio de entre 150 000 y 198 000 matrimonios anuales. Mientras que, según el Anuario Estadístico de Cuba, "Capítulo 3. Población, Oficina Nacional de Estadísticas e Información", ed. 2020, Disponible en http://www.onei.gob.cu/node/15006 [consulta: 25 de enero de 2021], p. 36, entre los años 2014 y 2019 estos oscilaron en un promedio de 63 000 a 60 000 matrimonios por año. El significativo decrecimiento de la tasa de nupcialidad nos indica que, en Cuba, ya no es el matrimonio la figura fundamental sobre la cual se erige la familia. Otras formas convivenciales, como las parejas de hecho o uniones no formalizadas, son más comunes. De ahí que, se considere la necesidad de regular esta figura y, consecuentemente, establecerla como parte del contenido de la publicidad del Registro, según los efectos jurídicos que de ella se desprendan, así como por su cercanía a lo que debe considerarse en las condiciones actuales, el estado civil.

65 Véanse los art. 18 y 19 del Código de Familia en relación con el art. 223.2 de la Ley No.7/1977, de 18 de agosto, de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico. Divulgación MINJUS, 2002.

las personas del mismo sexo, como de diferente sexo, es un tema pendiente y necesario en el ámbito cubano[66].

Al respecto, puede señalarse que en la renovada formulación de la familia que los arts. 81 y 82 de la Constitución de la República de Cuba contienen, se encuentra la solución a estas. Por consiguiente, su organización sustantiva ya es posible y, consecuentemente, una vez modificado el Código de Familia, sus efectos registrales también deben establecerse. El acceso de esta situación jurídica al Registro del Estado Civil cubano como contenido de publicidad, en estos momentos, podría producirse a través de una inscripción o anotación al margen del nacimiento, según el valor y efectos jurídicos que se dispongan respecto a este tipo de relación familiar. La que tendría su fundamento registral en el art. 42 -inciso ñ)- de la LREC que, en caso de modificarse esta última, la LREC, igualmente podría mantener su acceso a partir de los mismos tipos de asiento registral. Pues, la publicidad del Registro representa una alternativa viable para asegurar la veracidad de tales relaciones y al mismo tiempo garantizar desde esta perspectiva los derechos de las personas.

Visto todo lo anterior y, en sentido general, el contenido de los hechos, actos y circunstancias publicables en el Registro Civil tanto en España (LRC 2011), como en Cuba (LREC), puede concluirse que las normativas registrales se caracterizan por una relativa estabilidad del contenido de la publicidad del Registro. Sin perjuicio de entender, a partir de lo analizado, que este contenido puede modificarse por tratarse de situaciones relativas a la persona y la familia, variables con el paso del tiempo como expresión del desarrollo que alcanzan estas y las normas sustantivas que regulan su comportamiento.

En las condiciones actuales del Registro Civil español y, al tener en cuenta la progresiva materialización del sistema de inscripción que establece la LRC 2011[67], es viable la publicidad de los hechos y actos que dispone la normativa registral. Estos sirven de guía práctica en el desenvolvimiento de la publicidad como función registral y, a su vez, constituyen un referente para tener en cuenta por el Registro del Estado Civil cubano, ya que busca en su proceso de reordenamiento mejorar su función y contenido de publicidad.

66 Posición que también puede corroborarse en las valoraciones que ofrece Enríquez Sordo, J.: "Los derechos reales y la publicidad registral como alternativas de tutela ante la deficiente protección a las uniones de hecho en el contexto jurídico cubano", *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* núm. 11, 2019, pp. 294-319.

67 Al respecto, también sirva como referencia, la Nota Informativa: entrada en vigor de la Ley 6/2021, de 28 de abril, de reforma de la Ley 20/2011 (2021-04-30), emitida por el Ministerio de Justicia, acuñada por la Secretaría General para la Innovación y Calidad del Servicio Público de Justicia, la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública y el Proyecto Nuevo Modelo de Registro Civil, disponible en: https://www.minjus.gob.es/es/ciudadanos/estado-civil/registro-civil, [consulta: 10 de mayo de 2021], p.1.

Señalando en este mismo sentido que, la concepción general que el art. 2 de la LRC 2011 hace, respecto al contenido de publicidad, así como, el valor enunciativo del art. 4 de esta misma Ley, representan una solución para que accedan nuevas situaciones al Registro. Los que igualmente sirven para que, cuando algún hecho pierda su sentido registral, pueda flexibilizarse su tratamiento acorde a las exigencias que el desarrollo social y jurídico se plantea cada día. De lo que cabe deducir, que estamos ante una institución de publicidad que procura en su desarrollo otorgar las mayores garantías y protección a las personas.

IV. EL ÁMBITO CUBANO Y LAS EXPERIENCIAS ESPAÑOLAS. MEMORIA PARA UN CAMBIO.

Para valorar el contenido de la publicidad del Registro del Estado Civil en Cuba se parte de los presupuestos y experiencias españolas hasta aquí abordados. Es así como, se resalta, en principio, el carácter genérico que sobre dicho contenido regula el art. 3 de la LREC. Del que cabe suponer que el Registro cubano podría ser una eficaz institución, en cuanto autoriza un amplio acceso de situaciones registrales relativas al estado civil y de datos sobre la identidad y demás circunstancias de la persona, aunque estos últimos no se reconocen de forma directa en la norma.

Sin embargo, consideramos que, a pesar de este planteamiento, la función de publicidad está limitada. Pues, en el desarrollo del contenido de la publicidad, marcado en su desempeño práctico por las disposiciones de los arts. 41, 42, 59, 60, 77, 78, 80 y 81 de la LREC, no se aprovecha en toda su extensión el contenido residual de los arts. 42 -inciso ñ)-, 60 -inciso j)-, 78 -inciso e)- y 81 -inciso ll)-. Los que, evidentemente, el legislador previó como un medio para garantizar el más general y exacto desarrollo de la publicidad registral, en función de asegurar las ventajas que esto representa dentro del sistema de seguridad jurídica preventiva.

Ello es así porque, al tener en cuenta el marco jurídico y social en que se desenvuelve la publicidad registral en Cuba, así como, los hechos, actos y circunstancias de la persona que pueden ser objeto de tratamiento registral acorde a las experiencias de las leyes españolas (el derogado art. 1 de la LRC y el art. 4 de la LRC 2011), puede señalarse, además de las situaciones previamente analizadas relativas al sexo, la filiación y las uniones de hecho, que existen situaciones jurídicas en la Isla que aún no alcanzan efectos registrales. Considerando que su acceso al Registro del Estado Civil es trascendente, en general, para el tráfico jurídico y que este es posible en las condiciones actuales del Registro del Estado Civil cubano.

Tal es el caso, por ejemplo, de la ausencia[68]. Reconocida como figura jurídica en el art. 33 -apartados del 1 al 3-, del Código Civil cubano. Del que resulta conveniente su inscripción en el Registro del Estado Civil por su relación con el ejercicio de los derechos y, por tanto, vinculado en este sentido al ejercicio de la capacidad de las personas. Por su contribución con la actualización del "status" de quien ha sido declarado ausente, advirtiendo sobre su posible representación, siempre que se haya tramitado por el cauce procesal oportuno; y, por su relación como precedente no obligatorio para la aprobación judicial de la presunción de muerte[69], situación jurídica que tiene efectos equiparables a los del fallecimiento de la persona[70].

Entendiendo que, la presunción de muerte, sí que tiene efectos registrales (arts. 42 -inciso h-, 60 -inciso d) y 81 -inciso i- de la LREC), y que nada obsta para que la ausencia tenga iguales efectos. En este ámbito, también sería necesario distinguir el asiento registral idóneo para su acceso al Registro. Para lo que se recomienda tener en cuenta las concepciones doctrinales y normativas españolas[71], además, del valor y consecuencias jurídicas de la ausencia. Por lo que, en tales circunstancias resultan las anotaciones por su valor esencialmente informativo o de presunción, pero no totalmente carente de cierta virtualidad probatoria, el tipo de asiento a través del cual debe acceder esta información al Registro cubano.

68 Al respecto, debe tenerse en cuenta que, según explica Díaz Magrans, M. M.: "La persona", cit., pp. 120, 124-127, la ausencia como figura jurídica ni restringe ni amplía la capacidad de obrar, pero influye en el ejercicio de los derechos. De ahí que, "la ausencia, aunque no incapacita a la persona para ejercer sus derechos en el lugar donde se encuentre y de ésta reaparecer continúa en el ejercicio de los mismos, implica una imposibilidad real al respecto, pero solo en el lugar donde la persona tiene el centro de sus operaciones y por ello para la protección de sus bienes y de su familia se suelen utilizar instituciones muy semejantes a aquellas que suplen la falta de capacidad en menores de edad o enfermos (...). Puede provocar el nombramiento de un administrador o representante de los bienes del ausente, la suspensión del ejercicio de la patria potestad y el divorcio por justa causa previa promoción de procesos judiciales civiles". De lo anterior cabe deducir, las garantías que la inscripción registral de la ausencia generaría con relación al resto de los hechos y actos que tienen acceso registral por su relación a la persona y su estado civil.

69 Confróntese los arts. 26.3, 34.1, 37 del Código Civil cubano y los arts. 47 y 578- 585 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico.

70 Al respecto, puede consultarse a Pérez Gallardo, L. B.: *La regulación jurídica de la muerte en Iberoamérica*, Reus, Madrid, 2009, pp. 86-89.

71 Pueden verse, entre otros, autores como: Parra Lucán, M. A.: "El Registro", cit., pp. 244-246 y 255-260; Álvarez Rodríguez, A.: *Nociones básicas de Registro Civil y problemas frecuentes en materia de nacionalidad,* Ediciones GPS, 3ª ed., Madrid, 2013, pp. 41-44; Gete-Alonso y Calera, M. C.: "El Registro Civil", en AA.VV., *Tratado de Derecho de la persona física*, Tomo I, (dir. M. C. Gete-Alonso y Calera y coord. por J. Solé Resina), Civitas- Thomson Reuters, Pamplona, 2013, pp. 229-274, pp. 253-257; De Salas Murillo, S.: *La publicidad de la discapacidad en el Registro Civil,* Aranzadi- Thomson Reuters, Pamplona, España, 2011, pp. 62-70; Villanueva Cueva, M. P.: "Asientos del Registro Civil", en AA.VV., *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del Derecho de Familia*, Tomo II. Parte Registral y otros temas del procedimiento, (coord. por O. Monje Balmaseda), Dykinson, Madrid, 2011, pp. 377-386, pp. 377-380, 383-385; Pere Raluy, J.: *Derecho del,* cit., pp. 348-353; Linacero de la Fuente, M.: *Tratado del*, cit., pp. 162-173; Martín Morato, M.: Comentario artículo 40, en AA.VV., *Comentarios a la Ley del Registro Civil*, (coord. por J. A. Cobacho Gómez y A. Leciñena Ibarra), Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 625-641, pp. 628-641; Campos Escobar, R.: "Registro Civil. Conceptos, diferencias, eficacia y valor jurídico de las inscripciones (tanto principales como marginales) y de las anotaciones marginales", *Colaboración*, núm. 550, 1963, pp. 3-11, pp. 9-11; Carrasco Albaladejo, J.: Comentario artículo 38, en AA.VV., *Comentarios a la Ley del Registro Civil,* (coord. por J. A. Cobacho Gómez y A. Leciñena Ibarra), Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 605-609, p. 609. Igualmente puede consultarse el art. 40 de la LRC 2011.

En igual orden de ideas, otro caso que se nos presenta es el de la publicidad de los mecanismos de autoprotección y/o sistemas de apoyo. Estos, por su relación con la persona y el ejercicio de su capacidad, alcanzan efectos registrales según la experiencia española (art. 2 en relación con el art. 4 en su numerales del 10° al 13° de la LRC 2011). Ello es así, porque su publicidad permite conocer oficialmente su existencia, tributando, en este sentido, a su eficacia jurídica y a la seguridad jurídica que las personas esperan del Derecho en general. Toda vez que, algunos de estos mecanismos encarnan el principio de la autonomía de la voluntad de las personas, en cuanto reflejan sus deseos y preferencias respecto a cómo procedería su cuidado personal y/o patrimonial, ante la posible modificación judicial del ejercicio de su capacidad. De ahí, la necesidad de su inscripción en un Registro con efectos jurídicos.

Desde esta perspectiva, la doctrina cubana[72], a partir de la imperante realidad social y el análisis de la legislación civil vigente, coincide en la posibilidad de articular mecanismos de autoprotección que, aunque no se reconocen literalmente en la norma, no se prohíben (arts. 49 y 312 del Código Civil cubano). Para responder de este modo, a las demandas sociales de poder organizar y decidir sobre la vida y protección futura de las personas ante una incapacidad sobrevenida. Así mismo, su publicidad registral, en las condiciones actuales del Registro del Estado Civil, puede situarse a su cargo en virtud de los efectos residuales de los arts. 42 -inciso ñ)- y 81 -inciso ll)- de la LREC, que atendiendo al contenido del art. 3 de esta misma legislación, admiten un cauce registral hasta ahora solo utilizado para la consignación al margen de la resolución judicial de tutela.

A ello cabe añadir que, la Instrucción No.244/2019, de 15 de marzo, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular cubano (GOC, Ordinaria, núm. 32, de 23 abril de 2019), en concordancia con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, CDPD), aprobada en Nueva York en el año 2006, y de la que Cuba es signataria desde el 26 de abril de 2007, ratificada el 6 de septiembre del propio año, ha regulado la gradación de la capacidad, reconociendo la necesidad de asistencia y sistemas de apoyo

72 Pueden verse, entre otros, autores como: Valdés Díaz, C.C: "Capacidad, discapacidad e incapacidad en clave carpenteriana", en AA.VV., *Discapacidad y Derecho Civil*, (coord. por Pérez Gallardo, L. B.), Dikynson, Madrid, 2014, pp. 1-26; Triana López, B.: "Apuntes sobre el ejercicio de la capacidad jurídica civil de las personas con discapacidad en Cuba", en AA.VV., *Discapacidad y Derecho,* cit., pp. 27-38; Pereira Pérez, J.: "Los mecanismos de autoprotección jurídica, la enfermedad de Alzheimer y el ejercicio de la autonomía de la voluntad en previsión de la propia incapacidad", en AA.VV., *Discapacidad y Derecho,* cit., pp. 98-120 y El acto en previsión de las futuras discapacidades o la incapacidad. Especial referencia al ordenamiento jurídico cubano. Tesis en opción al grado científico de Doctora en Ciencias Jurídicas bajo la dirección del Dr. Leonardo B. Pérez Gallardo, Universidad de La Habana, Cuba, 2018, disponible en el Departamento de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana, Cuba, pp. 77-130; Horta Blanco, D.: "Los poderes preventivos en el Derecho cubano", en AA.VV., *Discapacidad y Derecho,* cit., pp. 121-137; Pérez Gallardo, L. B.: "La designación voluntaria de tutora por la propia incapacitada: ¿Luz verde en el Derecho cubano? (A propósito de la Sentencia número 120 de 30 de septiembre del 2008 de la Sala Segunda de lo Civil y Administrativo del Tribunal Provincial de Ciudad de La Habana)", *Estudios,* núm. 2089, 2009, pp. 1919-1950.

a las personas como mecanismos que contribuyen al respeto de la dignidad humana, al ejercicio de la capacidad y al libre desarrollo de la personalidad[73], que representan un salto cualitativo al tratamiento jurídico que hasta el momento se venía ofreciendo al respecto. Advirtiendo en este caso que, desde la perspectiva registral, sigue siendo limitada la visión y protección que se brinda a las personas en el desenvolvimiento del tráfico jurídico general. Al admitir solamente la inscripción registral de la sentencia que declara la modificación de la capacidad (arts. 42 -inciso e)- y 81 -inciso e)- de la LREC), y no así, la inscripción de la institución de apoyo que se disponga. Por lo que sigue siendo un tema pendiente, en su conjunto, la estructuración y publicidad de las figuras de autoprotección y/o apoyo en estos márgenes, para las que se considera pueden agotarse, como se adelantó, las prerrogativas que brindan los arts. 42 -inciso ñ)- y 81 - ll)- por su contenido residual.

De ahí que, al no existir en Cuba una sección dedicada a tutelas y representaciones legales como la prevista por el anterior sistema de Registro Civil español de 1957 (arts. 33 y 88 al 91 de la LRC); y, al tener en cuenta que, desde el punto de vista registral, el tratamiento a estas figuras por parte de la legislación cubana y la DGNRP es aún insuficiente, es prudente determinar el tipo de asiento que resultaría más conveniente para su acceso al Registro del Estado Civil en las condiciones actuales.

Para ello se recomienda tener en cuenta el valor de los actos de que se trate en el tráfico jurídico y los medios idóneos para acreditarla. Considerando que, son las inscripciones[74], a partir de la fuerza probatoria general que se imprime a su contenido o, en su defecto y por su valor esencialmente informativo, las anotaciones, los asientos a partir de los cuales podría producirse el acceso de estos actos al Registro del Estado Civil. Que en ambos casos deben consignarse, por la estructura actual del Registro cubano al margen de la inscripción de nacimiento o de ciudadanía. Velando porque el contenido de dicho asiento refleje los datos necesarios para que sirva como un medio de prueba legítimo o, para que a partir de este se establezcan las remisiones correspondientes a los archivos de los tribunales o a los protocolos notariales según sea el caso[75].

---

73 Respecto a las condiciones de Cuba para el desenvolvimiento de las figuras de apoyo y la labor de los tribunales en este ámbito, puede consultarse a Valdés Rosabal, K. M.: "La gradación de la capacidad de obrar restringida en el Derecho Civil cubano", *Revista cubana de Derecho*, núm. 46, 2015, pp. 36-85.

74 Sobre su función, valor y utilidad como asiento registral se tienen en cuenta las opiniones de autores como: Parra Lucán, M. A.: "El Registro", cit., pp. 244-246 y 255-260; Álvarez Rodríguez, A.: *Nociones básicas*, cit., pp. 41-44; Gete-Alonso y Calera, M. C.: "El Registro", cit., pp. 253-257; De Salas Murillo, S.: *La publicidad*, cit., pp. 62-70; Villanueva Cueva, M. P.: "Asientos del", cit., pp. 377-380, 383-385; Pere Raluy, J.: *Derecho del,* cit., pp. 348-353; De Castro y Bravo, F.: *Derecho Civil*, cit., pp. 570-574; Linacero de la Fuente, M.: *Tratado del*, cit., pp. 160-162; Campos Escobar, R.: "Registro Civil", cit., pp. 5-8; Carrasco Albaladejo, J.: Comentario artículo 38, cit., pp. 611-622. Igualmente pueden confrontarse los arts. 23, 30, 38, 39, 77 y 78 de la LRC 2011.

75 En las condiciones actuales del Registro del Estado Civil, este acceso también tiene su fundamento en el art. 42 -inciso ñ)- de la LREC. Para lo que se precisa, además de disponer de las orientaciones relativas al

De todo lo que resulta que, la publicidad de la discapacidad[76], es un cambio necesario en la tradición registral cubana que no puede sustraerse en su contenido de los hechos y actos que rodean a la persona con influencia en su estado civil y demás circunstancias que la acompañan. Ello sin perjuicio de entender que, aunque en su presente organización el Registro del Estado Civil cubano prioriza a los hechos y no a las personas, la vocación registral que impone el art. 3 de la LREC, apoyado en las transformaciones de la nueva Constitución de la República de Cuba, en sus arts. 40, 46, 47, 53, 88 y 89, así como en los principios generales de la CDPD, hace posible que se desarrolle en las condiciones actuales tal publicidad. La que puede perfeccionarse con vistas a la modificación que se ha previsto, por el órgano legislativo cubano, para la LREC[77].

De este modo, las memorias para un cambio en Cuba implican que, vista las experiencias españolas, se considere que es posible mejorar el contenido de la publicidad del Registro del Estado Civil con el fin de garantizar una mayor efectividad en su desempeño en la Isla. Así como, de la seguridad jurídica que emana de él y la percepción que de esta tienen las personas naturales. Por lo que se sugiere que en el proceso de modificación de la LREC sea renovada la concepción normativa del contenido de publicidad del Registro del Estado Civil. Recordemos que a esta institución acceden hechos y actos que, no siendo propiamente estado civil, logran su inscripción. De ahí que, el objeto de su publicidad, desde esta perspectiva, ya puede considerarse amplio y continente de la identidad de las personas como otro elemento de publicidad[78]. Así mismo, la formulación que alcanzan los arts. 2, 3, 42 -inciso ñ)-, 60 -inciso j)-, 78 -inciso e)- y 81 -inciso ll)-, de la LREC revisten las características de un sistema registral que acepta un *numerus apertus* en sede de hechos, actos y circunstancias inscribibles.

Por consiguiente, al Registro del Estado Civil cubano pudieran acceder todas las situaciones jurídicas con efectos registrales que la LREC admite[79] y también,

tipo de asiento y su contenido. Abundar sobre los medios de acceso de la información a la institución, lo relativo a su conocimiento por vía oficial o de parte interesada o ambas, y todo aquello cuanto respecta a sus efectos jurídicos.

76 Como experiencia, puede consultarse la doctrina de De Salas Murillo, S.: *La publicidad*, cit., pp. 71-174.

77 Considerando que, también, el ingreso de esta información al Registro cubano bien podría alcanzarse, modificando el sistema actual con la sustitución de la sección de ciudadanía por una de tutelas y representaciones legales; o bien, a través de una radical transformación del Registro en su organización general, concibiendo un Registro único y centralizado para toda Cuba, que apoyado en el sistema registral de folio único, el uso del código personal y la firma electrónica, establezca como centro de esta institución a la persona y no a sus hechos.

78 Al respecto, explica García Henríquez, F. E.: "El Perfeccionamiento del Registro de Personas Naturales, la Identidad y la Identificación", XXVIII Encuentro del Comité Latinoamericano de Consulta Registral, celebrado en La Habana, Cuba, del 8 al 12 de junio de 2015, disponible en el Departamento de Registro Civil de la Dirección Provincial de Justicia de Holguín, Cuba, pp. 15-19, que la identidad y su trascendencia registral son elementos a tener en cuenta en el proceso de reordenamiento de los Registros Públicos en Cuba, especialmente cuando se trata de Registros relativos a las personas naturales, entre los que pondera al Registro del Estado Civil.

79 Véase los arts. 40 al 42, 58 al 60, 74, 75, 77 al 81 de la LREC.

aquellas que esta u otras normas sustantivas o procesales civiles no prohíben[80]. Así como, las que se positivicen con razón de regular nuevas situaciones jurídicas cercanas a la persona o a la familia[81]. Entendiendo que, tales situaciones deben estar relacionadas en general con los hechos y actos relativos al estado civil, a la identidad y demás circunstancias de la persona y la familia, como cauce para asegurar su conocimiento, exactitud y prueba en cualquier momento y frente a todos.

Entenderlo así colabora a la realización de una mejor publicidad porque se potenciaría la vía registral como un medio más en la función protectora del Derecho. Pues, en la actualidad, los registradores cubanos no agotan las posibilidades que la LREC y su RREC brindan en cuanto permiten, por razones fundadas en la técnica registral, el conocimiento del estado civil y el Derecho de Persona y de Familia en general, utilizar a la publicidad del Registro como un mecanismo de seguridad jurídica en toda su extensión.

De este modo, sería prudente redactar el contenido de publicidad del Registro cubano como: los hechos y actos relativos a la identidad, estado civil y demás circunstancias de la persona y la familia. Tal como lo hizo la LRC 2011 de España, por la generalidad que imprime esta estructura en función de la publicidad; y, porque es evidente, con independencia a las deficiencias señaladas, que esta es la línea en que debe interpretarse la norma para ajustar su efectividad a los tiempos en que se desenvuelve. Recomendando en este orden que, el legislador se pronuncie por alcanzar, igualmente, la definición del estado civil y sustituir oficialmente la denominación de Registro del Estado Civil por la de Registro Civil.

Porque dicha definición colabora en la distinción y el tratamiento que han de recibir los hechos, actos y circunstancias que accedan al Registro según el valor jurídico que ostenten y, en la labor de control de legalidad que los registradores

80 Por ejemplo, la ausencia (art. 33.1 del Código Civil cubano) en relación con los arts. 42 -inciso ñ)- y 60 -inciso j)- de la LREC. Los actos en previsión de las futuras discapacidades o la incapacidad, por su cercanía a la persona y a su estado civil (art. 49 y 312 del Código Civil cubano en relación con el art. 42 -inciso ñ- de la LREC).

81 En este orden conviene citar a Pérez de Vargas Muñoz, J.: "La autotutela: una institución a regular por nuestro Código civil", *Revista de Derecho Privado*, núm. 85, 2001, pp. 937-974, pp. 947-948, que nos explica que: "(…) en la actualidad en el ordenamiento jurídico familiar cubano. En el supuesto de que se autorizaren escrituras públicas de autotutela o de designación de tutor por el propio incapacitado, se correría el riesgo de que al momento de que el tribunal *nombre* tutor y constituya la tutela, no tenga conocimiento de la existencia de la escritura pública en la que se contiene la voluntad del tutelando, pues no hay un mecanismo que garantice la publicidad de este instrumento notarial. A mi juicio, nada quita que pueda ser inscrita al margen del nacimiento de la persona, al estilo del Derecho común español (…). A fin de cuentas el art. 3, primer párrafo, de la Ley del Registro del Estado Civil regula que en el citado Registro serán inscritos *«todo hecho o acto que constituya o afecte el estado civil de las personas»,* en tanto el artículo 42, en su inciso ñ), con valor residual, admite que ingrese como nota al margen del asiento de inscripción del nacimiento *«cualquier otro acto que se refiere al estado civil del inscripto»* y, si bien es cierto que el negocio de autotutela es perfecto desde su otorgamiento notarial, no tiene eficacia inmediata y directa, pero puede tener incidencia en un futuro en el ulterior *nombramiento* y constitución de su tutela". Situación que, igualmente, nos coloca en perspectiva respecto a lo que, según la estructura actual del Registro, podría lograrse para la publicidad de ciertos actos.

están obligados a hacer para el desarrollo de la publicidad. Mientras que, la denominación de Registro Civil reflejaría en mejores términos el contenido de la publicidad que hace, al entender que, no cabe encerrar todo cuanto publica este Registro en el concepto de estado civil, menos, si está abocado a perfeccionar su sistema de publicidad tanto en su contenido como en su forma.

Para culminar este análisis consideramos que es conveniente aclarar que, al atender a las experiencias españolas respecto a los hechos, actos y circunstancias inscribibles, existen situaciones jurídicas en este ámbito que no pueden alcanzar efectos registrales en Cuba hasta tanto no sean positivizadas en las normas sustantivas civil o familiar según sea el caso (p. ej. régimen económico matrimonial legal o pactado, la curatela, los actos relativos a la constitución y régimen del patrimonio protegido de las personas con discapacidad, la autotutela y los apoderamientos preventivos)[82]. Mas, es este un marco propicio para advertir sobre su necesidad en orden a los cambios sociales que vive el país y los cambios legislativos que se aproximan. Estimando su utilidad en el desarrollo y protección de las personas y las ventajas que su reconocimiento e inscripción tendría para las personas, la colectividad y el Estado.

82 Respecto a algunas de estas figuras, puede considerarse que ya existe un antecedente, si se revisa el Anteproyecto del Código de Familia, coordinado por la Federación de Mujeres Cubanas y la Unión Nacional de Juristas de Cuba, de febrero del año 2010, en sus arts. 246 al 252, relativos a la curatela; y, los arts. 211 al 213 y 225.1, sobre la autotutela. Igualmente, se encuentran valoraciones que sirven como base para estructurar, en la nueva propuesta legislativa del Código de las Familias, aún pendiente de divulgación, a las figuras del régimen económico matrimonial legal o pactado y los actos relativos a la constitución y régimen del patrimonio protegido de las personas con discapacidad. Situadas en la Sección Segunda del Régimen económico del matrimonio, en el Título VI. Atención a las personas adultas mayores y en el Título VII. Atención a las personas discapacitadas.

BIBLIOGRAFÍA

Aguilera Torralbas, M. C: Retos del Registro cubano del Estado Civil ante las nuevas realidades tecnológicas y sociales, Tesis en opción al título de Licenciado en Derecho bajo la dirección de la Ms.C Malena Proenza Reyes, Facultad de Derecho, Universidad de Holguín, Cuba, 2018, disponible en el Departamento de Derecho de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Holguín, Cuba.

Aguiló Casanova, C.: *El Registro Civil. La organización y los hechos inscribibles*, Bosch, Barcelona, 2009.

Albaladejo García, M.: *Derecho Civil Introducción y Parte general,* Tomo I, Bosch, 15ª ed., Barcelona, 2002.

Álvarez Rodríguez, A.: *Nociones básicas de Registro Civil y problemas frecuentes en materia de nacionalidad,* Ediciones GPS, 3ª ed., Madrid, 2013.

Amorós Guardiola, M.: *La teoría de la publicidad registral y su evolución*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1998.

Bolaños Barquero, A.: "Lo registral civil desde lo electoral", *Revista Derecho Electoral*, núm. 25, 2018.

Campos Escobar, R.: "Registro Civil. Conceptos, diferencias, eficacia y valor jurídico de las inscripciones (tanto principales como marginales) y de las anotaciones marginales", *Colaboración*, núm. 550, 1963.

Carbone, E.: «La justicia inglesa sentencia que un hombre transexual que dio a luz 'es una madre'», disponible en https://es.blastingnews.com/internacionales/2019/09/la-justicia-inglesa-sentencia-que-un-hombre-transexual-que-dio-a-luz-es-una-madre-002988577.html.

Carrasco Albaladejo, J.: Comentario artículo 38, en AA.VV., *Comentarios a la Ley del Registro Civil*, (coord. por Cobacho Gómez, J. A. y Leciñena Ibarra, A.), Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2012.

Corera Izu, M.: "Estado Civil y Registro Civil. Hechos inscribibles y disposiciones vigentes", en AA.VV., *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del Derecho de Familia*, Tomo II. Parte Registral y otros temas del procedimiento, (coord. por O. Monje Balmaseda), Dykinson, Madrid, 2011.

De Cossío y Corral, A.: *Instituciones de Derecho Civil I*, Alianza, Madrid, 1977.

De Castro y Bravo, F.: *Derecho Civil de España,* Tomo II Derecho de la persona, Parte primera, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952.

De Salas Murillo, S.: *La publicidad de la discapacidad en el Registro Civil,* Aranzadi- Thomson Reuters, Pamplona, España, 2011.

Díaz Alabart, S.: "La Ley 1/2009 de modificación de la Ley del Registro Civil y de la Ley de Protección patrimonial de las personas con discapacidad", *Actualidad Civil*, núm. 17, 2009.

Díaz Magrans, M. M.: "La persona individual", en AA.VV., *Derecho Civil Parte General*, (coord. por Valdés Díaz, C. C.), Félix Varela, La Habana, 2002.

Díez del Corral Rivas, J.: Comentario artículo 1, en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* Tomo IV, Vol. II, (dir. por M. Albaladejo García y S. Díaz Alabart), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1996, disponible en https://2019.vlex.com/#vid/articulo-1-247552.

Enríquez Sordo, J.: "Los derechos reales y la publicidad registral como alternativas de tutela ante la deficiente protección a las uniones de hecho en el contexto jurídico cubano", *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* núm. 11, 2019.

García Henríquez, F. E.: "El Perfeccionamiento del Registro de Personas Naturales, la Identidad y la Identificación", XXVIII Encuentro del Comité Latinoamericano de Consulta Registral, celebrado en La Habana, Cuba, del 8 al 12 de junio de 2015, disponible en el Departamento de Registro Civil de la Dirección Provincial de Justicia de Holguín, Cuba.

Gete-Alonso y Calera, M. C.: "El estado civil y las condiciones de la persona", en AA.VV., *Tratado de Derecho de la persona física*, Tomo I, (dir. Gete-Alonso y Calera, M. C. y coord. por Solé Resina, J.), Civitas- Thomson Reuters, Pamplona, 2013.

Gete-Alonso y Calera, M. C.: "El Registro Civil", en AA.VV., *Tratado de Derecho de la persona física*, Tomo I, (dir. Gete-Alonso y Calera, M. C. y coord. por Solé Resina, J.), Civitas- Thomson Reuters, Pamplona, 2013.

Horta Blanco, D.: "Los poderes preventivos en el Derecho cubano", en AA.VV., *Discapacidad y Derecho Civil* (coord. por Pérez Gallardo, L. B.), Dikynson, Madrid, 2014.

Lacruz Berdejo, J. L. y otros.: *Elementos de Derecho Civil I. Parte General*, Vol. II, 6ª ed., revisada y puesta al día por Jesús Delgado Echeverría, Dykinson, 2010.

Lacruz Berdejo, J. L. y otros.: *Elementos de Derecho Civil. Tomo III bis: Derecho Inmobiliario Registral*, 2ª ed., revisada y puesta al día por Jesús Delgado Echeverría y Joaquín Rams Albesa, Dykinson, Madrid, 2003.

Lasarte Álvarez, C.: *Compendio de Derecho de la Persona y del Patrimonio*, 6ª ed. revisada y actualizada con colaboración de Fátima Yáñez Vivero y Araceli Donado Vara, Dykinson, Madrid, 2016.

Linacero de la Fuente, M.: *Tratado del Registro Civil,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

Luces Gil, F.: *Derecho Registral Civil*, Bosch, 4ª ed., Barcelona, 1991.

Martín Morato, M.: Comentario artículo 40, en AA.VV., *Comentarios a la Ley del Registro Civil*, (coord. por Cobacho Gómez, J. A. y Leciñena Ibarra, A.), Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2012.

Martínez y López-Puigcerver, A.: "Publicidad, prueba e información en nuestro sistema registral. La calificación; el Secretario", en AA.VV., *El Registro Civil,* Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Colección Cursos, Vol. XV, Madrid, 1995.

Nota Informativa: entrada en vigor de la Ley 6/2021, de 28 de abril, de reforma de la Ley 20/2011 (2021-04-30), emitida por el Ministerio de Justicia, disponible en: https://www.minjus.gob.es/es/ciudadanos/estado-civil/registro-civil.

Oncubanews: "Por primera vez Cuba inscribe a un niño con dos madres", disponible en https://oncubanews.com/cuba/por-primera-vez-cuba-inscribe-a-un-nino-con-dos-madres/.

Parra Lucán, M. A.: "El Estado Civil", en AA.VV., *Curso de Derecho Civil*, Tomo I, Vol. II (coord. por De Pablo Contreras, P.), Edisofer, Reimpresión de 5ª ed., Madrid, 2016.

Parra Lucán, M. A.: *Orientaciones actuales del estado civil*, Bosch, Barcelona, 1993.

Pere Raluy, J.: *Derecho del Registro Civil*, Tomo I, Aguilar, Madrid, 1962.

Pereira Pérez, J.: El acto en previsión de las futuras discapacidades o la incapacidad. Especial referencia al ordenamiento jurídico cubano. Tesis en opción al grado científico de Doctora en Ciencias Jurídicas bajo la dirección del Dr. Leonardo B. Pérez Gallardo, Universidad de La Habana, Cuba, 2018, disponible en

el Departamento de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana, Cuba.

Pereira Pérez, J.: "Los mecanismos de autoprotección jurídica, la enfermedad de Alzheimer y el ejercicio de la autonomía de la voluntad en previsión de la propia incapacidad", en AA.VV., *Discapacidad y Derecho Civil*, (coord. por Pérez Gallardo, L. B.), Dikynson, Madrid, 2014.

Pérez Gallardo, L. B.: "La designación voluntaria de tutora por la propia incapacitada: ¿Luz verde en el Derecho cubano? (A propósito de la Sentencia número 120 de 30 de septiembre del 2008 de la Sala Segunda de lo Civil y Administrativo del Tribunal Provincial de Ciudad de La Habana)", *Estudios,* núm. 2089, 2009.

Pérez Gallardo, L. B.: *La regulación jurídica de la muerte en Iberoamérica*, Reus, Madrid, 2009.

Pérez de Vargas Muñoz, J.: "La autotutela: una institución a regular por nuestro Código civil", *Revista de Derecho Privado*, núm. 85, 2001.

Proenza Reyes, M. y Rodríguez Corría, R.: "Pasado, presente y futuro del Registro del Estado Civil en Cuba", *SANTIAGO,* núm. 139, 2016.

Rivero Sánchez- Covisa, F. J. y Jiménez Santoveña, J. M.: "La persona, el estado civil y el Registro Civil. Parte Tercera", en AA.VV., *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo I, Personas, Vol. II, (coord. General J. F. Delgado de Miguel y coord. por J. A. Martínez Sanchiz), Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

Roca Guillamón, J.: Comentario artículo 2, en AA.VV., *Comentarios a la Ley del Registro Civil*, (coord. por Cobacho Gómez, J. A. y Leciñena Ibarra, A.), Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2012.

Roca Guillamón, J. y de las Heras García, M. A.: Comentario artículo 4, en AA.VV., *Comentarios a la Ley del Registro Civil*, (coord. por Cobacho Gómez, J. A. y Leciñena Ibarra, A.), Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2012.

Sánchez Hernández, C.: "La autotutela como mecanismo de protección", en AA.VV., *Homenaje al profesor LLuis Puig I Ferrol,* Vol. II, (coord. Abril Campoy, J. M. y Amat Llari, M. E.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

Sillero Crovetto, B.: "La rectificación registral del sexo y nombre de niñas, niños y adolescentes trans: presente y futuro", *Revista de Derecho Civil,* núm. 1, 2020.

Triana López, B.: "Apuntes sobre el ejercicio de la capacidad jurídica civil de las personas con discapacidad en Cuba", en AA.VV., *Discapacidad y Derecho Civil*, (coord. por Pérez Gallardo, L. B.), Dikynson, Madrid, 2014.

Valdés Díaz, C.C: "Capacidad, discapacidad e incapacidad en clave carpenteriana", en AA.VV., *Discapacidad y Derecho Civil*, (coord. por Pérez Gallardo, L. B.), Dikynson, Madrid, 2014.

Valdés Lago, L.: El ejercicio de la capacidad por los discapacitados en el Derecho Civil Cubano. Especial referencia a los contratos y testamentos. Tesis en opción al título académico de Especialista en Derecho Civil bajo la dirección del Dr. Reinerio Rodríguez Corría de la Facultad de Derecho, Universidad Central "Marta Abreu" de las Villas, Cuba, 2009, disponible en el Departamento de Derecho de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Las Villas.

Valdés Rosabal, K. M.: "La gradación de la capacidad de obrar restringida en el Derecho Civil cubano", *Revista cubana de Derecho*, núm. 46, 2015.

Verda y Beamonte, J. R.: "Minoría de edad y cambio de la mención registral de sexo. Comentario a la STC 99/2019, de 18 de julio", *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* núm. 12, 2020.

Villanueva Cueva, M. P.: "Asientos del Registro Civil", en AA.VV., *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del Derecho de Familia*, Tomo II. Parte Registral y otros temas del procedimiento, (coord. por O. Monje Balmaseda), Dykinson, Madrid, 2011.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA LEGITIMACIÓN PASIVA DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS EN LAS RECLAMACIONES REALIZADAS POR CONSUMIDORES DERIVADAS DE UNA COMPRAVENTA CON SUBROGACIÓN HIPOTECARIA: ESPECIAL REFERENCIA A LA DE NULIDAD DE LA CLÁUSULA DE GASTOS

CASE-LAW STUDY ON FINANCIAL ENTITIES CAPACITY TO BE SUED IN CONSUMER CLAIMS ARISING FROM A DEED OF SALE WITH A MORTGAGE SUBROGATION: SPECIAL REFERENCE TO THE NULLITY OF THE EXPENSES CLAUSE

Rev. Boliv. de Derecho Nº 32, julio 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 966-979

Roberto
MARTÍN
LÓPEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de marzo de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 30 de abril de 2021

RESUMEN: Los consumidores, adquirentes de bienes inmuebles mediante el otorgamiento de una escritura de compraventa con subrogación en el préstamo hipotecario, han llevado a cabo numerosas reclamaciones contra las entidades financieras prestamistas. Dichos consumidores han solicitado la nulidad de la cláusula que impone al adquirente todos los gastos consecuencia del otorgamiento mientras que las entidades financieras alegan que carecen de legitimación pasiva para soportar tal reclamación. Los pronunciamientos de los tribunales han sido dispares.

PALABRAS CLAVE: Consumidores; subrogación hipotecaria; cláusulas abusivas; legitimación pasiva.

ABSTRACT: *Consumers, who acquired real estate through a deed of sale with a mortgage subrogation, have made numerous claims against the financial entities. They request the nullity of the clause that imposes upon them all the expenses cause by the notarial deed. Financial entities have alleged that they do not have the capacity to be sued. Courts decisions have been diverse.*

KEY WORDS: *Consumers; mortgage subrogation; unfair terms; capacity to be sued.*

SUMARIO.- I. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO.- II. SUPUESTOS DE SUBROGACIÓN SUBJETIVA.- 1. Otorgamiento de la escritura sin intervención directa de la entidad financiera.- 2. Otorgamiento de la escritura con intervención directa de la entidad financiera.- III. SUPUESTOS DE SUBROGACIÓN SUBJETIVA Y OBJETIVA.- IV. CONCLUSIONES.

I. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO.

Mediante el presente trabajo se pretende llevar a cabo un análisis, desde una perspectiva jurisprudencial, de las numerosas resoluciones dictadas por nuestros tribunales como consecuencia de las reclamaciones efectuadas por consumidores contra las entidades financieras prestamistas con motivo de los gastos generados tras el otorgamiento de una escritura de compraventa con subrogación hipotecaria. Y más concretamente, en lo referente a aquellos procedimientos judiciales en los que se insta la nulidad de la cláusula de gastos inserta en dicha escritura, con particular referencia a la excepción de falta de legitimación pasiva formulada por las entidades financieras en tales procedimientos.

Ha sido y es una práctica habitual que, a la hora de adquirir un inmueble, el comprador[1] se subrogue en la hipoteca suscrita por el vendedor, el cual a menudo coincide con el promotor o constructor. Entre otras ventajas, resulta más económico para el adquirente que la suscripción de un nuevo préstamo hipotecario, dado que se evita el proceso de buscar una nueva entidad financiera que le facilite el préstamo con los gastos que ello conlleva, tanto en términos de tiempo, como económicos, por ejemplo, realizando una nueva tasación del inmueble[2]. De la misma manera, ha sido también frecuente, que en dichas

1 A los efectos del presente trabajo, debe interpretarse que la referencia a comprador supone que ostenta, además, la condición de consumidor de acuerdo con lo dispuesto en el art. 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU).

2 Sobre esta cuestión, el Tribunal Supremo estableció a través de las STS 44/2019 de 23 de enero de 2019 (ROJ: STS 102/2019), STS 46/2019 de 23 de enero de 2019 (ROJ: STS 101/2019), STS 47/2019 de 23 de enero de 2019 (ROJ: STS 103/2019), STS 48/2019 de 23 de enero de 2019 (ROJ: STS 104/2019), STS 49/2019 de 23 de enero de 2019 (ROJ: STS 105/2019) que los gastos derivados de la suscripción de un préstamo hipotecario deben ser abonados del siguiente modo: respecto a los gastos de notaría, esto es, las escrituras de otorgamiento y modificación del préstamo han de ser abonados por mitad entre consumidor y entidad prestamista, mientras que la de cancelación de la hipoteca correrá a cargo del prestatario. Las respectivas copias, serán abonadas por quien las haya solicitado; sobre los gastos derivados del Registro de la Propiedad en idénticos términos, serán abonados por el prestamista los derivados de la inscripción de la hipoteca, mientras que los de su cancelación serán abonados por el prestatario; los gastos de gestoría por ambos intervinientes a partes iguales. Esto se complementa con la modificación introducida por el Real Decreto-

• Roberto Martín López
Roberto Martín López doctorando en "Diritto dei consumi" en Università degli Studi di Perugia-Universidad de Salamanca. Máster en Derecho Privado Patrimonial por la Universidad de Salamanca y la Universidad Pública de Navarra con premio extraordinario. Abogado. Correo electrónico: rober86@usal.es.

escrituras se haya introducido una cláusula en virtud de la cual se establezca que todos los gastos que se deriven de la misma sean a cargo de la parte compradora.

El debate gira en torno a si dicha cláusula comprende únicamente los gastos de la compraventa, o si, por el contrario, incluye también los gastos de la subrogación en el préstamo hipotecario, aspecto en el que necesariamente interviene la entidad financiera prestamista[3], sin perjuicio del alcance y del momento en que se produzca dicha intervención.

En el ámbito práctico, los tribunales han tramitado un aluvión de demandas presentadas por parte de los consumidores. Recayendo el fundamento de tales reclamaciones en la existencia de una escritura de compraventa con subrogación en el préstamo hipotecario, en la que se ha insertado una cláusula que traslada la imposición de los gastos que se deriven de la misma a una única parte interviniente: el comprador. Formuladas dichas reclamaciones, cuyo objeto es la nulidad de la citada cláusula, las entidades financieras han esgrimido como argumento principal de su defensa, la excepción de falta de legitimación pasiva, argumentando que ha sido ajena al negocio jurídico de compraventa en el que se encuentra incardinada la cláusula cuya nulidad es objeto del pleito, añadiendo que dicha cláusula establece una obligación a cargo del «comprador» y no del «prestatario». Este escenario ha dado lugar a una discusión sobre la legitimación pasiva *ad causam*[4] de dichas entidades financieras, y sobre el alcance de la cláusula de gastos establecida.

---

ley 17/2018, de 8 de noviembre el art. 29 del Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre establece que será sujeto pasivo del impuesto el prestamista. En lo referido a los gastos de tasación del inmueble objeto de hipoteca, estos serán asumidos por el consumidor prestatario en exclusiva, salvo acuerdo en contrario.

3 La subrogación, entendida como el cambio que se produce en una relación jurídica preexistente por la que una de las partes es sustituida por la otra, que se coloca en la misma situación y adquiere los derechos y obligaciones que le corresponden, se encuentra recogida en el art. 1205 Código Civil para cualquier tipo de deuda. Este precepto establece que "la novación, que consiste en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo, puede hacerse sin el conocimiento de éste, pero no sin el consentimiento del acreedor". Por tanto, es preciso que el acreedor consienta al nuevo deudor. Cuestión que, en cierto modo, resulta lógica, dado que el acreedor ha concedido la financiación con base a un estudio de solvencia del deudor y no resultaría aceptable obligar a dicho acreedor a admitir al nuevo deudor sin conocer su solvencia económica por el mero hecho de que deudor primitivo y nuevo deudor así lo acuerden. No obstante, debe acudirse a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria para el tema que nos ocupa, y en concreto, a su art. 118 que dispone, de la misma manera, que "en caso de venta de finca hipotecada, si el vendedor y el comprador hubieren pactado que el segundo se subrogará no sólo en las responsabilidades derivadas de la hipoteca, sino también en la obligación personal con ella garantizada, quedará el primero desligado de dicha obligación, si el acreedor prestare su consentimiento expreso o tácito".

4 De conformidad con el art. 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil "serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso. Se exceptúan los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular", precepto que se complementa con la STS de 11 de noviembre de 2011 (ROJ: STS 9282/2011) que dispone que "la legitimación pasiva *ad causam* [para el pleito] consiste en una posición o condición objetiva en conexión con la relación material objeto del pleito que determina una aptitud o idoneidad para ser parte procesal, en cuanto supone una coherencia o armonía entre la cualidad atribuida -titularidad jurídica afirmada- y las consecuencias jurídicas pretendidas (SSTS 28 de febrero de 2002, RC n.º 3109/1996 , 20 de febrero de 2006, RC. n.º 2348 / 1999 y 21 de octubre de 2009). En consecuencia, su determinación obliga a establecer si, efectivamente, guarda coherencia jurídica la posición subjetiva que se invoca en relación con las peticiones que se deducen (STS 7 de noviembre de 2005, RC n.º 1439/1999), lo que exige atender al contenido de la relación jurídica

Son abundantes las sentencias dictadas por la denominada «jurisprudencia menor», sin embargo, debe tenerse en consideración que son distintos los escenarios que pueden plantearse. Por un lado, están aquellos supuestos en los que hay una mera novación subjetiva sin intervención de la entidad financiera, donde no hay discusión y las resoluciones son favorables a las entidades financieras. Por otro lado, están esos supuestos en los que se produce una novación subjetiva y objetiva donde los pronunciamientos son favorables a los consumidores. Y, finalmente, se encuentran aquellos casos en los que se produce la novación subjetiva con intervención directa de la entidad financiera y donde se han podido distinguir dos líneas: una favorable a los consumidores y otra a las entidades financieras, siendo la tendencia dominante, favorable a la postura defendida por los consumidores.

II. SUPUESTOS DE SUBROGACIÓN SUBJETIVA.

Son numerosos los supuestos en los que el consumidor adquirente de un inmueble acude al acto del otorgamiento de la escritura pública de compraventa con subrogación en el préstamo hipotecario junto con el vendedor y los representantes de la entidad financiera, no obstante, también se han dado casos en los que estos últimos no han acudido a dicho otorgamiento. La intervención o no de la entidad financiera en el acto de la firma de la escritura, se ha configurado como un elemento a tener en consideración por los tribunales a la hora de decidir si la entidad financiera prestamista se encuentra legitimada pasivamente para asumir las consecuencias de la declaración de nulidad de la cláusula de gastos, aunque no es un aspecto determinante para la resolución de todos los supuestos.

1. Otorgamiento de la escritura sin intervención directa de la entidad financiera.

Una parte de los asuntos tramitados en los tribunales se refieren a supuestos en los que no se produce una intervención directa de la entidad financiera prestamista, lo que, en términos prácticos, supone que los únicos intervinientes que acuden al otorgamiento de la escritura pública son, por un lado, el consumidor en calidad de comprador, y por otro, el vendedor del inmueble hipotecado o deudor primitivo.

La no intervención de la entidad financiera puede tener su origen en diferentes causas. Así, aunque no cabe la subrogación sin la autorización del prestamista, esta puede producirse a través de distintas vías, ya sea por haber sido concedida en el préstamo inicial, con su intervención en el negocio concreto de subrogación, o simplemente limitándose a no efectuar oposición al pacto de subrogación entre el prestatario primitivo y el nuevo subrogado pues se admite la aceptación

concreta, pues será esta, sobre la que la parte demandante plantea el proceso, con independencia de su resultado, la que determine quiénes son las partes legitimadas, activa y pasivamente".

tácita[5]. Es factible, por tanto, que con carácter previo a la subrogación se otorgue el consentimiento, por ejemplo, si el comprador realiza la solicitud a la entidad financiera y esta responde dando su consentimiento autorizando la subrogación, o que exista un acuerdo entre vendedor y entidad financiera en virtud del cual se haya preconcedido la subrogación a aquellos compradores que cumplan unos requisitos, como que hayan abonado al promotor un porcentaje del precio del inmueble. Nada obsta tampoco a que una vez firmada la compraventa, entidad financiera y comprador formalicen un consentimiento individualizado para la subrogación.

En aquellos supuestos en los que se lleva a cabo una compraventa con subrogación en el préstamo hipotecario sin la intervención directa de la entidad financiera prestamista, la jurisprudencia sigue una línea clara. No hay discusión al respecto. La excepción de falta de legitimación pasiva es estimada de forma que, para que así sea, resulta elemental que la intervención en el acto del otorgamiento de la escritura se refiera única y exclusivamente a comprador y prestatario originario. De esta manera emerge el elemento diferenciador que permite estimar dicha excepción, y que se concreta en la no intervención de la entidad financiera. No obstante, como se expone más adelante, existen posturas que estiman dicha excepción incluso en supuestos que se produce la intervención directa de la entidad financiera.

Son muchas las sentencias que han sostenido que existe una falta de legitimación pasiva de la entidad financiera en aquellos casos en los que la cláusula objeto de nulidad se refiere a la distribución interna de los gastos entre las partes intervinientes en el contrato de compraventa. Si la entidad financiera, contra la que se dirige la demanda, no ha sido parte en el contrato en el que se encuentra inserta la cláusula litigiosa cuya nulidad se solicita, no cabe hablar de que esté legitimada pasivamente. Al respecto, la SAP Las Palmas 14 enero 2019[6] dispone que "no puede declararse la nulidad de un contrato sin intervención de los que en él han sido parte, en nuestro caso las promotoras vendedoras ni frente a sujetos que ni ha sido parte ni afectados -directamente- en el mismo", refiriéndose a la entidad financiera en este último caso; la SAP Huelva 11 julio 2018[7], en el mismo sentido, "la entidad demandada carece de modo patente de legitimación pasiva, al no haber sido partícipe en la elaboración y en la firma del instrumento notarial en que se inserta la cláusula de imputación de gastos"; o la SAP Madrid 3 abril 2020[8] "es evidente que la entidad financiera demandada no tiene legitimación pasiva en

5 SAP Sevilla 12 abril 2019 (ROJ: SAP SE 851/2019).

6 SAP Las Palmas 12 enero 2019 (ROJ: SAP GC 176/2019).

7 SAP Huelva 11 julio 2018 (ROJ: SAP H 574/2018).

8 SAP Madrid 3 abril 2020 (ROJ: SAP M 3435/2020).

el procedimiento, al no ser parte en la escritura de compraventa acompañada a la demanda".

Recientemente, la STS de 15 de junio de 2020[9], y prácticamente en los mismos términos, la STS de 17 de junio de 2020[10], ambas del ponente Juan María Díaz Fraile, han reafirmado la tesis sostenida por las entidades financieras para estos supuestos concretos en los que no se produce intervención directa de la entidad financiera prestamista. Sin embargo, se han introducido ciertos matices que evitan que se cierre de forma definitiva la posibilidad del consumidor de realizar este tipo de reclamaciones. Ambas sentencias establecen que "una cosa es la legitimación activa del comprador, tras la novación subjetiva del deudor del préstamo hipotecario, para impugnar, en su caso, cláusulas del contrato de préstamo del que ha devenido parte en virtud de la novación, y otra distinta la pretensión de declarar la legitimación pasiva del banco acreedor en el contrato de compraventa con el referido pacto de subrogación entre comprador y vendedor, del que aquél no ha sido parte", excluyéndose así la posibilidad de dirigirse a quien no ha intervenido.

Si lo que se solicita es la declaración de una cláusula predispuesta en el contrato por parte del empresario, por su abusividad en perjuicio del consumidor, la legitimación pasiva corresponde sin ningún género de duda al empresario predisponente. Es este quien debe asumir las consecuencias de la eliminación de dicha cláusula, estando obligado a colocar al consumidor en la posición que tendría si dicha cláusula no se hubiera insertado en contra de las exigencias de la buena fe y en perjuicio del consumidor, causando un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones que se deriven del contrato[11]. Por lo que, si la entidad financiera demandada no intervino, ni de forma directa ni indirecta, no es el empresario que predispuso la cláusula, y por tanto carece de legitimación pasiva[12].

En todo caso, quien introdujo la cláusula sería el vendedor, que no siempre ha de tener la consideración de empresario, dado que cabe la subrogación de consumidor a consumidor. Así ocurre en el supuesto que resuelve la SAP Burgos 17 mayo 2018[13] referida a una disolución de condominio con subrogación en el préstamo hipotecario sin modificaciones objetivas y en la que la escritura es otorgada por los dos propietarios de la finca, teniendo ambos la consideración de consumidores, y todo ello sin intervención de la entidad financiera acreedora[14].

9 STS de 15 de junio de 2020 (ROJ: 2172/2020).

10 STS de 17 de junio de 2020 (ROJ: STS 1980/2020).

11 Art. 82 TRLGDCU.

12 SAP A Coruña 4 junio 2020 (ROJ: SAP C 1093/2020).

13 SAP Burgos 17 mayo 2018 (ROJ: SAP BU 448/2018).

14 La citada sentencia sostiene que "el banco carece de legitimación pasiva para soportar la acción de nulidad por abusiva de la cláusula de gastos de tal escritura, pues no ha intervenido en su otorgamiento, no es parte

En este caso, también, es estimada la excepción de falta de legitimación pasiva planteada por la entidad financiera.

Por tanto, debe descartarse la legitimación pasiva de las entidades financieras en aquellos supuestos en los que exista una novación subjetiva, un simple cambio de deudor, si no ha habido intervención de la entidad en el acto del otorgamiento de la escritura pública.

2. Otorgamiento de la escritura con intervención directa de la entidad financiera.

La cuestión se vuelve controvertida cuando tiene lugar una intervención directa de la entidad financiera a fin de prestar su consentimiento a la subrogación en el acto del otorgamiento a los meros efectos liberatorios previstos en el art. 1205 CC. Es decir, se produce la intervención de la entidad prestataria para dar su aprobación a la novación subjetiva y cuya consecuencia inmediata para ella es la aparición de un nuevo deudor que libera al deudor primitivo. La aprobación por parte del acreedor para la novación por cambio de deudor no va más allá del efecto liberatorio o de expromisión, lo que no implica un cambio objetivo de las condiciones pactadas en el préstamo inicial que se trata de un supuesto que se analizará más adelante.

En este punto, la cuestión no es pacífica, las distintas Audiencias Provinciales que han abordado el tema se muestran divididas con respecto al alcance de la legitimación pasiva de las entidades financieras, y es posible encontrar pronunciamientos favorables tanto a estas como a los consumidores, si bien es cierto que la línea mayoritaria es partidaria de la postura de estos últimos.

Aquellas que se muestran partidarias de apoyar la reclamación del consumidor estimando que la entidad financiera está legitimada pasivamente se basan en un conjunto de criterios que motivan su decisión, entre los que destacan, el interés de la entidad financiera en la inclusión de la cláusula, la intervención de esta en la redacción o si los gastos reclamados se refieren a la novación en sentido subjetivo o la modificación de las condiciones del préstamo.

El consumidor al momento de intervenir en una escritura pública de compraventa con subrogación hipotecaria se encuentra ante una escritura cuyo contenido debe calificarse como complejo. Hay una incorporación de dos relaciones contractuales, la compraventa a la que es ajena la entidad prestamista, y la subrogación en la que necesariamente hay una aceptación por parte de dicha entidad lo que hace

en la misma, y no ha predispuesto ni impuesto tal cláusula, siendo los otorgantes partes de la escritura los dos condueños, ambos consumidores, por lo cual no cabe hablar de abusividad que exige un contrato entre un profesional y un consumidor".

indudable su intervención e interés[15]. No obstante, hay resoluciones que no consideran que pueda haber interés de la entidad financiara, con fundamento en que la novación subjetiva, *a priori*, no reporta beneficio alguno[16].

Se sostiene, además, que la entidad financiera demandada está legitimada pasivamente para soportar la acción de nulidad tomando en consideración el hecho de que esta prestó su consentimiento a la subrogación y en consecuencia lo hizo también a la cláusula litigiosa, la cual tiene un contenido que le beneficia puesto que todos los gastos que se generan pasan a ser de cuenta del prestatario[17]. Incluso, se ha resuelto que la intervención de la entidad financiera en el otorgamiento de la escritura la convierte en predisponente de la cláusula de gastos cuya nulidad se reclama, dado que le permite obtener un beneficio y le exime de soportar los gastos devengados por la subrogación en perjuicio del consumidor[18].

Por otro lado, se encuentran aquellas que estiman la excepción de falta de legitimación pasiva a pesar de que se produzca intervención de la entidad financiera en el acto del otorgamiento de la escritura. Entre los argumentos esgrimidos se encuentra que la entidad financiera es ajena al negocio de la compraventa, y, por tanto, la abusividad de las cláusulas que imponen al comprador los gastos e impuestos consecuencia de la escritura compraventa deben ser resueltos entre este y el vendedor, la entidad financiera se limitar a otorgar su consentimiento a la subrogación en el préstamo[19].

En el mismo sentido, se han pronunciado otras Audiencias Provinciales al estimar la excepción de falta de legitimación pasiva de la entidad financiera por entender que deben tenerse en consideración los términos expuestos en la escritura, de los cuales se desprende que la cláusula de gastos se refiere únicamente a la compraventa, y no al préstamo, en la que la entidad financiera no intervino[20]. Y ello por el hecho de que la cláusula se refiere a parte vendedora y compradora, no a parte prestataria. Además, se hace referencia al impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana que es propio de la compraventa, lo que da lugar a que la única conclusión posible sea que la entidad financiera no intervino en la predisposición de la cláusula objeto del litigio.

15 SAP Cuenca 18 diciembre 2018 (ROJ: SAP CU 512/2018).

16 SAP Asturias, sede Oviedo, 26 noviembre 2019 (ROJ: SAP O 3628/2019).

17 SAP Ciudad Real 2 diciembre 2019 (ROJ: SAP CR 1389/2019).

18 SAP Albacete 1 julio 2020 (ROJ: SAP AB 530/2020), además, se añade por la Sala que las sentencias citadas por el juzgador *a quo* difieren del asunto objeto del recurso en que la entidad financiara no compareció al otorgamiento de la escritura de compraventa con subrogación careciendo, en consecuencia, de legitimación pasiva, cuestión que ha sido analizada anteriormente.

19 SAP León 28 febrero 2019 (ROJ: SAP LE 193/2019).

20 SAP Oviedo de 25 septiembre 2018 (ROJ: SAP O 2830/2018).

También se ha desestimado la reclamación formulada por el consumidor, argumentando que la cláusula de gastos cuya nulidad se pretende se refiere únicamente a la compraventa, mientras que lo referente a la subrogación del préstamo hipotecario se ha acordado en una cláusula diferente de la misma escritura; por tanto, se concluye que la entidad financiera carece de legitimación pasiva para hacer frente a una eventual nulidad de la cláusula de gastos[21].

Del mismo modo no se ha estimado que la entidad financiera esté legitimada pasivamente con motivo de que el objeto de la demanda es la cláusula de gasto de la escritura de compraventa con subrogación, y no de un préstamo hipotecario[22]. Los otorgantes de la escritura son la parte compradora y la vendedora, siendo estos los que negocian el contrato de compraventa. Bien es cierto que nada obsta para que pueda haber otros intervinientes, en este caso la entidad financiera, pero también podría serlo un garante o, en definitiva, sujetos que no tienen la condición de otorgantes, y que por tanto no pactan las condiciones del contrato más allá de aquellos términos a los que se refiera su intervención.

III. SUPUESTOS DE SUBROGACIÓN SUBJETIVA Y OBJETIVA.

La situación se torna diferente en aquellos casos en los que la subrogación no se limita a un mero cambio de deudor, sino que además se lleva a cabo una novación en lo que a las condiciones del préstamo hipotecario se refiere. El aspecto fundamental es que, además de la subrogación, se produce una novación de las estipulaciones del contrato lo que determina que la entidad prestamista se encuentre legitimada pasivamente[23]. Se resuelve en base al interés de la prestamista cuando se produce la novación de las condiciones del préstamo hipotecario lo que hace que ostente legitimación para soportar la acción entablada contra ella, no así, si únicamente se produce su intervención al objeto de prestar su consentimiento para la subrogación en el ámbito subjetivo[24] como ya se ha analizado.

Uno de los principales argumentos empleados por las Audiencias Provinciales que han mantenido esta postura, es el beneficio que se deriva para la entidad financiera prestamista como consecuencia del establecimiento de cláusula de gastos discutida. Se ha motivado la legitimación pasiva de la entidad prestamista en base a que fue parte interesada puesto que junto a la subrogación en el préstamo hipotecario se llevó a cabo una ampliación de este, por lo que se benefició de la cláusula de gastos[25]. En el mismo sentido, se añade que para la determinación de la legitimación pasiva de la entidad financiera habrá de acogerse a criterios como

21 SAP Badajoz de 1 de marzo de 2018 (ROJ: SAP BA 138/2018).

22 SAP Cáceres 18 septiembre 2019 (ROJ: SAP CC 870/2020).

23 SAP Islas Baleares 22 mayo 2020 (SAP: IB 920/2020).

24 SAP Asturias, sede Oviedo, 26 noviembre 2019 (ROJ: SAP O 3628/2019).

25 SAP Zaragoza 20 mayo 2020 (ROJ: SAP Z 706/2020).

la intervención de dicha entidad financiera en la redacción de la cláusula o si los gastos reclamados son propios de la novación o de la modificación del préstamo[26].

No debe obviarse que tanto la subrogación del consumidor en el préstamo hipotecario constituido por el vendedor como la modificación de este son negocios jurídicos diferentes desde una óptica formal[27]. No obstante, ambos son integrantes de una operación conjunta en la que intervienen el consumidor prestatario y la entidad financiera prestamista que con carácter previo a modificar las condiciones del préstamo intervienen a fin de dar su consentimiento para la subrogación.

Algunas sentencias van más allá y fundamentan la legitimación pasiva de la entidad prestamista no sólo en su intervención para consentir la novación subjetiva y objetiva del contrato, sino también en su interés en que se proceda a la inscripción en el Registro de la Propiedad[28]. La conclusión es que la imposición de los gastos derivados de la subrogación (no los gastos que se derivan de la compraventa, donde la entidad prestamista no interviene ya que es otro negocio a pesar de ser recogido en la misma escritura), no pueden ser tratados de un modo diferente al de la imposición de gastos cuando se trata una escritura de préstamo hipotecario.

Por otra parte, en la escritura de subrogación con modificación de las condiciones del préstamo hipotecario originario, la entidad financiera no sólo se limita a autorizar la subrogación, sino que, además, interviene activamente desde un aspecto negociador al acordar con el consumidor adquirente la modificación de las condiciones del préstamo por lo que es parte en el otorgamiento de la escritura, lo que la legitima pasivamente[29].

De modo que la jurisprudencia es unánime en lo referido a este tipo supuestos en los que la subrogación tiene tanto carácter subjetivo como objetivo, más aún con los recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo y las ya citadas STS de 15 de junio de 2020[30] y STS de 17 de junio de 2020[31]. Ambas acogen la posibilidad de que el consumidor reclame la nulidad de la cláusula de gastos en aquellos supuestos en los que la entidad financiera acreedora comparezca al otorgamiento de la escritura de compraventa con subrogación hipotecaria, siempre que, además, se lleve a cabo una novación modificativa del contrato de préstamo hipotecario en el que el comprador se subroga, ya sea por una ampliación del capital, la modificación de plazos de amortización o de cualquier otra condición financiera.

26 SAP Soria 26 noviembre 2019 (ROJ: SAP O 3628/2019).

27 SAP Valladolid 4 julio 2019 (ROJ: SAP VA 960/2019).

28 SAP Lleida 23 julio 2019 (ROJ: SAP L 567/2020).

29 SAP Soria 20 julio 2020 (ROJ: SAP SO 128/2020).

30 STS de 15 de junio de 2020 (ROJ: 2172/2020).

31 STS de 17 de junio de 2020 (ROJ: STS 1980/2020).

Dicha novación debe ser de carácter objetivo, dejando de lado la posibilidad de una novación subjetiva analizada anteriormente, pues la subrogación trae consigo irremediablemente el cambio de deudor. Al respecto se hace referencia en este punto a la STS de 16 de octubre de 2019[32] en la que se aborda la nulidad de la cláusula de gastos de una escritura de compraventa con subrogación y ampliación de hipoteca.

IV. CONCLUSIONES.

A través de los distintos pronunciamientos expuestos, se ha tratado de dirimir si las entidades financieras están legitimadas pasivamente para soportar la acción, iniciada por el consumidor, mediante la que se pretende declarar la nulidad por abusividad de la cláusula que impone el pago de todos los gastos derivados la escritura de compraventa con subrogación en el préstamo hipotecario del vendedor y no directamente mediante la suscripción de un préstamo hipotecario con la entidad demandada.

Cabe distinguir que existe una clara línea jurisprudencial partidaria de estimar la excepción de falta de legitimación pasiva de las entidades financieras en aquellos supuestos en lo que esta no comparece al otorgamiento de la escritura de compraventa con subrogación.

Por otro lado, existe otra línea clara a favor de los consumidores que desestima la excepción de falta de legitimación pasiva en aquellos casos en los que además de la compraventa y subrogación se produce una novación de carácter objetivo.

La disparidad de criterios se encuentra en aquellos supuestos en los que la entidad financiera interviene en el acto del otorgamiento a los meros efectos de prestar su consentimiento a la subrogación, aquí es posible encontrar posturas favorables a los consumidores y otra a favor de las entidades financieras, siendo esta la línea minoritaria.

Obviamente, que la entidad financiera esté legitimada pasivamente no supone que la cláusula inserta en la escritura cuya nulidad se reclama deba ser declarada nula automáticamente, sino que habrá que ver si dicha cláusula cumple los requisitos para que así sea.

A la luz de lo expuesto, queda patente que la escritura de compraventa con subrogación en el préstamo hipotecario "constituye un todo inescindible"[33], se trata de una única escritura que comprende tanto la compraventa como la subrogación. Por este motivo, los gastos derivados de dicha escritura deben alcanzar a ambos

32 STS de 16 de octubre de 2020 (ROJ: STS 3221/2019).

33 SAP Ciudad Real de 2 de diciembre de 2019 (ROJ: SAP CR 1389/2019).

negocios jurídicos, puntualizando que la entidad financiera será ajena a los gastos relativos a la compraventa, mientras que no debería ser así en lo que respecta a los gastos por la subrogación, como se ha indicado, no resultaría procedente darle un tratamiento distinto al de la imposición de gastos derivado una escritura de préstamo hipotecario.

En consecuencia, en aquellos supuestos de intervención de la entidad financiera en el acto del otorgamiento a los meros efectos de dar su consentimiento a la subrogación en sentido subjetivo, la solución adecuada a la controversia suscitada en opinión de este autor sería que una vez que el consumidor ha determinado que se ha producido la intervención de la entidad financiera en el otorgamiento de la escritura y ha desglosado los gastos correspondientes a la compraventa y los relativos a la subrogación, su *modus operandi* consistiría en efectuar una reclamación contra la entidad financiera solicitando la nulidad de la cláusula de gastos y la devolución de aquellos relativos a la subrogación de acuerdo con la doctrina jurisprudencial establecida por el Tribunal Supremo a partir de las citadas sentencias del Pleno de 23 de enero de 2019.

PRIMERAS CONSIDERACIONES A LA LEY ORGÁNICA 3/2021, DE 24 DE MARZO, DE REGULACIÓN DE LA EUTANASIA. EL RECONOCIMIENTO DE UN NUEVO DERECHO

FIRST CONSIDERATIONS TO THE ORGANIC LAW 3/2021, OF MARCH 24, REGULATING EUTHANASIA. THE RECOGNITION OF A NEW RIGHT

Rev. Boliv. de Derecho Nº 32, julio 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 980-995

María Teresa
AGUT GARCÍA

ARTÍCULO RECIBIDO: 26 de mayo de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 31 de mayo de 2021

RESUMEN: El presente trabajo tiene como finalidad realizar breve un estudio de la reciente Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia (BOE. 25 de marzo de 2021) aprobada en España, desde una perspectiva constitucional, destacando los aspectos principales de la misma. La materia objeto de estudio no está exenta de polémicas porque abarca consideraciones jurídicas, médicas y éticas de gran complejidad.

PALABRAS CLAVE: Eutanasia; suicidio asistido; derechos; vida; muerte; despenalización.

ABSTRACT: *The aim of this paper is to carry out a brief study of the recent Organic Law 3/2021, of March 24, on the regulation of euthanasia (BOE. March 25, 2021) approved in Spain, from a constitutional perspective, highlighting its main aspects. The matter under study is not exempt from controversy because it covers legal, medical and ethical considerations of great complexity.*

KEY WORDS: *Cuthanasia; assisted suicide; rights; life; death; decriminalization.*

SUMARIO.- I. LA DISYUNTIVA SOBRE EL RECONOCIMIENTO DE LA EUTANASIA.- 1. Antecedentes históricos.- 2. Regulación normativa en España.- II. LA LEY ORGÁNICA 3/2021, DE 24 DE MARZO, DE REGULACIÓN DE LA EUTANASIA.- 1. Compatibilidad de los derechos y principios constitucionales.- 2. Carácter orgánico de la Ley de la Eutanasia.- 3. Titularidad y ejercicio del derecho a la prestación de ayuda para morir.- 4. Procedimiento para la realización de la prestación de ayuda para morir.- 5. Destipificación del delito de eutanasia.

I. LA DISYUNTIVA SOBRE EL RECONOCIMIENTO DE LA EUTANASIA.

1. Antecedentes históricos.

Históricamente el hombre siempre ha tratado de regular aquellas conductas que llevan a la muerte voluntaria de una persona, bien sea provocada por el propio sujeto o bien realizada por un tercero; pero no ha existido un único criterio, sino que este ha ido variando de acuerdo con la concepción religiosa, filosófica, científica, política,… imperante en cada momento. En el pensamiento clásico ya Platón o Aristóteles justificaron la eutanasia: había que dejar morir a quienes no eran sanos de cuerpo o en caso de falta de utilidad pública. Por su parte, Hipócrates fue un claro exponente de oposición a la misma y base de la deontología médica, cuyo juramento preceptúa: "no daré a nadie, aunque me lo pida, ningún fármaco letal, ni haré semejante sugerencia. Igualmente, tampoco proporcionaré a mujer alguna un pesario abortivo."[1], y que ha llegado hasta nuestros días, así, el art. 36.3 del Código de Deontología Médica de la Organización Médica Colegial de España, reza textualmente: "El médico nunca provocará intencionadamente la muerte de ningún paciente, ni siquiera en caso de petición expresa por parte de éste.

Francis Bacon en el s. XVIII, fue el encargado de introducir la concepción de eutanasia que conocemos en la actualidad, considerando un derecho de la persona el morir sin sufrimiento, dulcemente. Friedrich Nietzsche a comienzos del s. XX, desde un prisma totalmente distinto, destacó la necesidad de liberar a la sociedad de aquellas personas que resultaran inválidas o incapaces, sirviendo posteriormente de fundamento para la filosofía nazi. En dicho sentido, Hitler fue el primer dirigente político elegido democráticamente que dio un paso más allá y aprobó permitir

1 *Biblioteca Clásica de Gredos, Tratados Hipocráticos*, Madrid, 1983, Gredos, vol. I (63), Madrid p. 77, citado en Cadenas Osuna, D.: "El consentimiento informado y la responsabilidad médica", Madrid, 2018, *Boletín Oficial del Estado*, vol. 15, 2018, p. 44.

• María Teresa Agut García
Magistrado-Juez sustituta y Profesora asociada del Área de Derecho (Universidad Jaume I-Castellón). Correo electrónico: maagut@uji.es.

"dar muerte a enfermos incurables después de un enjuiciamiento crítico de su situación médica, y atendiendo para ello a consideraciones humanitarias"[2].

Estos ejemplos sirven de referente para entender que el tema no es baladí, y que resulta muy delicado y complejo alcanzar una conclusión única sobre la eutanasia tanto dentro como fuera de nuestras fronteras. Surge la gran dicotomía entre la muerte o la vida (aunque esta última esté sometida a sufrimientos extremos o difíciles de soportar). Se cuestiona si debe prevalecer el derecho la vida o, por el contrario, la voluntad de la persona que desea poner fin a la misma. Que no se trata de un asunto menor lo demuestra el hecho de que hasta la fecha son muy pocos los países del mundo que han reconocido y regulado la eutanasia en sus ordenamientos jurídicos. ¿Puede el Estado obligar a un enfermo a seguir viviendo contra su voluntad?

2. Regulación normativa en España.

Recientemente ha sido aprobada en España la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia[3] (en adelante LOEU), cuya entrada en vigor está prevista para el próximo 25 de junio de 2021. La norma está compuesta por tan solo diecinueve artículos dispuestos a lo largo de cinco capítulos, a los que se unen siete disposiciones adicionales, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y cuatro disposiciones finales.

Pese a que eran cuantiosos sus detractores, finalmente la Ley ha logrado ver la luz con un resultado de 202 votos a favor, 141 en contra y 2 abstenciones en el Pleno del Congreso de los Diputados. Se trata de una materia que también en nuestro país deja a muy pocos indiferentes, y ha provocado que su tramitación parlamentaria estuviera rodeada de una encendida polémica política y social. Es fruto de la demanda social existente tras varios casos de gran relevancia mediática (Ramón Sampedro, María José Carrasco…), consecuencia, entre otros, del aumento de la esperanza de vida unido a los grandes avances médicos, que en numerosas ocasiones permiten mantener al paciente con vida mediante el uso de máquinas. Muchos dudaban de que fuera posible su regulación normativa, pero parece que erraron en sus pronósticos.

En nuestro contexto próximo, Holanda, Luxemburgo y Bélgica[4] son los únicos países que recogen en sus ordenamientos jurídicos la eutanasia activa, así como el suicidio asistido. Por su parte, Suiza se limita a reconocer el suicidio asistido.

2 Lugmayr, M. "La larga sombra de Hitler: una contribución al debate actual sobre la eutanasia", *Cuadernos de Bioética*, vol. XIX, núm. 1, enero-abril 2008, p. 152.

3 B.O.E. 25 de marzo de 2021.

4 Marcos Del Caño, A. M. y De La Torre Díaz, J.: *Así no; no así. La ley de la eutanasia en España*, Dykinson, Madrid, 2021, p. 72.

España, hasta este momento, había optado por un paternalismo estatal en el que los poderes públicos debían proteger a ultranza el derecho a la vida[5], no reconociendo el derecho subjetivo de los ciudadanos a disponer de su propia muerte[6].

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), garante de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH), reconoce en su jurisprudencia la dificultad de que todos los Estados miembros del Consejo de Europa alcancen un consenso sobre el derecho de una persona a elegir el cuándo y la forma en que quiere morir. Dicha organización internacional está compuesta por países con tradiciones, religiones,… y ordenamientos jurídicos muy diversos, lo que supone muy diferentes formas de abordar la cuestión. En este sentido, el TEDH avala un amplio margen de discrecionalidad en los Estados sobre el "derecho de una persona a decidir de qué forma y en qué momento debe terminar su vida, siempre y cuando esté en condiciones de forjar libremente su voluntad y actuar en consecuencia"[7], derecho que resulta amparado en el art. 8 CEDH.

El TEDH ha manifestado que no resulta aceptable que un país despenalice las conductas eutanásicas, salvo que, por contrapartida, establezca en su ordenamiento jurídico un procedimiento legal específico en el que se contengan las conductas eutanásicas[8]. La finalidad de la LOEU es cumplir con dicha premisa, dotando a España de una regulación sistemática y ordenada de los supuestos en los que se autoriza la eutanasia, lo que, por otro lado, supone que dichas conductas van a carecer del reproche penal que padecían hasta esta aprobación.

II. LA LEY ORGÁNICA 3/2021, DE 24 DE MARZO, DE REGULACIÓN DE LA EUTANASIA.

1. Compatibilidad de los derechos y principios constitucionales.

Como reza la LOEU en su Preámbulo, el significado etimológico de la eutanasia es "buena muerte", y se define como "el acto deliberado de dar fin a la vida de una persona, producido por voluntad expresa de la propia persona y con el objeto de evitar un sufrimiento." El último inciso, evitar el sufrimiento, adquiere, por obvias razones, una especial relevancia a la hora de delimitar la eutanasia de otras formas de acabar con la vida propia, que no se contemplan.

5 Quintero Olivares, G., Jaria I Manzano, J. y Oliveras Jané, N.: *Derecho penal constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia. 2015, p. 25.

6 STC 120/1990, de 27 de junio.

7 STEDH (Sección 1ª) Caso Haas contra Suiza, 20 enero 2011.

8 STEDH (Sección 2ª) caso Gross contra Suiza, 14 mayo 2013.

Para abordar la cuestión, no obstante las definiciones que contiene la propia Ley en su art. 3, es necesario, en primer lugar, diferenciar la eutanasia activa directa, la eutanasia activa indirecta y la eutanasia pasiva. La primera supone la causación de la muerte por petición de una persona que padece una enfermedad por la administración de un producto letal; la eutanasia activa indirecta consiste en dar tratamientos terapéuticos para mitigar el dolor, que es su objetivo principal, pero también provocan el acortamiento de la vida del paciente; y, en último lugar, la eutanasia pasiva o de omisión, que es cuando se abandonan los tratamientos médicos para que la enfermedad avance por sí sola, sin intentar la curación, de manera que inevitablemente, desembocará en la muerte.

La LOEU solo se refiere a la eutanasia que se produce de manera activa y directa, si bien reconoce dos conductas eutanásicas diferentes, aquella por la que por un profesional sanitario pone fin a la vida del paciente cuando este lo solicita expresamente, y otra en la que es el propio paciente quien acaba con su vida, pero ayudado por el profesional sanitario que le facilita los medios necesarios para poder hacerlo, pudiendo incluso asesorarle sobre las sustancias y dosis necesarias, así como su prescripción o suministro, para que aquel lo logre por sí mismo.

Contrariamente, la LOEU no contempla el suicidio asistido, esto es, aquella acción por la que persona que padece una enfermedad irreversible cuenta para acabar con su vida con la ayuda de otra que le proporciona los medios o conocimientos necesarios para poder hacerlo. Su diferencia fundamental con la eutanasia es que, pese a que en ambos supuestos se pretende alcanzar la muerte, en el suicidio es el propio enfermo el que se provoca a sí mismo la muerte, o con la ayuda de otra persona, pero al margen del proceso previsto en la LOEU.

La Constitución Española de 1978 (en adelante CE), no recoge expresamente el derecho a la eutanasia, pero ello no significa que no deba tomarse en consideración su contenido al abordar la cuestión, sino todo lo contrario. De este modo, la LOEU, según expresa en su preámbulo, introduce en el ordenamiento jurídico español un nuevo derecho individual: la eutanasia, que se basa en la compatibilidad y el respeto de diversos derechos y principios reconocidos constitucionalmente y que pueden entrar en conflicto. Estos son, de un lado, los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física y moral (art. 15 CE), la libertad ideológica y de conciencia (art. 16 CE) y el derecho a la intimidad (art. 18 CE), y, de otro, los principios de dignidad, libertad o autonomía de la voluntad (art. 10 y 1.1 CE).

El legislador ordinario ha optado por proteger la autonomía y voluntad de quien libremente y siendo plenamente capaz, quiere poner fin su vida debido a una situación vital que vulnera gravemente su dignidad, su intimidad e integridad al padecer un sufrimiento "grave, crónico e imposibilitante" o una "enfermedad grave e incurable", que le provoca un sufrimiento insoportable y "que no puede

ser aliviado". El derecho a la vida decae en favor del resto de derechos y bienes con los que debe ser ponderado: no existe un deber constitucional de imponer o proteger la vida, incluso contra la voluntad de su propio titular. Con la LOEU se reconoce, así, un nuevo derecho individual a la eutanasia, que debe ser protegido y facilitado por el Estado a través de un estricto proceso que le otorga seguridad jurídica para que pueda ser ejercido con todas las garantías.

En paralelo a dicho derecho encontramos la "objeción de conciencia de los profesionales sanitarios", esto es, el derecho de los profesionales sanitarios a no actuar de acuerdo con las previsiones de la LOEU siempre que ello sea incompatible con sus convicciones personales, morales y religiosas [art. 3. f) LOEU]. Es necesario que se trate de una decisión individual y motivada, y que el sujeto esté directamente implicado en un proceso de prestación de ayuda para morir, así como acreditarse anticipadamente y por escrito; y dicha declaración se incluirá en el "registro de profesionales sanitarios objetores de conciencia a realizar la ayuda para morir", que debe crearse por la Administración sanitaria (art. 16 LOEU). De este modo, los profesionales sanitarios directamente implicados en la prestación de ayuda para morir pueden libremente decidir si quieren o no formar parte del proceso eutanásico salvaguardando su derecho a la libertad ideológica y de conciencia[9].

Como contrapartida, la Disposición adicional segunda LOEU establece un régimen sancionador para aquellos profesionales que se nieguen injustificadamente a practicar la eutanasia, debiendo seguirse el régimen sancionador previsto en el capítulo VI del título I de la Ley 14/1986, General de Sanidad, sin perjudico de todas aquellas otras responsabilidades de pudieran derivarse de carácter civil, penal y profesional o estatutaria como consecuencia de sus actos.

2. Carácter orgánico de la Ley de la Eutanasia.

No puede pasarse por alto la modalidad legislativa utilizada por el legislador español para regular la eutanasia: una ley orgánica (por oposición a una ley ordinaria)[10], y el hecho de que en ningún momento justifique las razones para dicha elección. Llama la atención porque, de un lado, el texto constitucional no reconoce expresamente el derecho a la eutanasia, y, de otro, en su art. 81 CE preceptúa que tan solo revestirán la forma de leyes orgánicas aquellas "relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas", las cuales regularán el contenido esencial de tales derechos y libertades. Por tanto, al menos a priori,

9 A todo ello hay que añadir que la Disposición Adicional Séptima LOEU ha previsto planes de formación continua específica para los profesionales médicos sobre ayuda a morir, que incluirá aspectos técnicos, legales y de apoyo emocional.

10 De acuerdo con la Disposición final tercera LOEU, la misma tiene carácter de ley orgánica a excepción de los arts. 12, 16.1, 17 y 18, de las disposiciones adicionales primera, segunda, tercera, cuarta, quinta, sexta y séptima, y de la disposición transitoria única, que revisten el carácter de ley ordinaria.

no resultaría justificado el uso de esta modalidad legislativa si no estuviéramos en presencia del contenido esencial de un derecho fundamental constitucionalmente reconocido. Sin embargo, tal y como ya habíamos indicado, el preámbulo de la LOEU parece querer justificar tal aparente incongruencia destacando la relación directa de la eutanasia con diversos derechos fundamentales (señaladamente, los derechos a la vida y a la integridad física y moral, a la libertad ideológica y de conciencia y a la intimidad), así como con otros derechos y bienes protegidos constitucionalmente (dignidad, libertad o autonomía de la voluntad)[11].

Sin embargo, son necesarias algunas puntualizaciones. De un lado, hay que recordar que, en términos generales, "el derecho fundamental se integra no sólo por su contenido esencial, sino también por esos derechos o facultades básicas que las normas crean y puedan alterar o suprimir, por no afectar al contenido esencial del derecho; (…) los actos contrarios a esos otros derechos o facultades adicionales [también] (…) pueden calificarse de vulneradores del derecho fundamental"[12]. Y tal reconocimiento conlleva que le sean de aplicación todas las garantías que nuestro ordenamiento jurídico confiere a los derechos fundamentales en su art. 53.2 CE, esto es, una tutela judicial mediante un procedimiento preferente y sumario y el recurso de amparo constitucional.

Otra cuestión a tener presente es que, de acuerdo con lo previsto en el art. 81 CE, la ley orgánica debe desarrollar un derecho fundamental, pero ello debe hacerse de modo restrictivo, de manera que no todo lo que tenga este que ver con dicho derecho debe recogerse a través de este tipo normativo, sino que la indicada ley orgánica debe reducirse a regular los elementos esenciales del mismo que de forma general o parcial permitan concretar o desarrollar la norma constitucional que lo reconoce.

En el ordenamiento jurídico español el derecho a vida tradicionalmente se ha configurado por la doctrina del TC como un derecho de protección de todas aquellas perturbaciones que el mismo pudiera sufrir, no como un derecho de libertad en el que su titular pueda decidir libremente sobre su propia vida y en el que los poderes públicos participen para que el sujeto logre alcanzar la voluntad de morir. Por el contario, los poderes públicos están obligados a proteger a ultranza bienes como la vida e integridad física frente a cualquier ataque, aun cuando proceda

11 En la vertiente procesal, en lógica coherencia con el rango de la norma, la Disposición adicional quinta LOEU, prevé que los recursos a los que se refieren los arts. 10.5 (denegación de la eutanasia) y 18.a) (denegación de la eutanasia por silencio administrativo), se tramitarán por el procedimiento previsto para la protección de los derechos fundamentales de la persona en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

12 STC 51/1988, de 22 de marzo en su FJ5° nombrada en Rodríguez Portugués, M.: "Consecuencias y consideraciones sobre el presunto carácter orgánico de la Ley de la Eutanasia", *Diario La Ley*, núm. 9830, 2021, p. 5.

de la voluntad de su propio titular[13]. Inexorablemente, ello conlleva también que el suicidio no sea tolerado en nuestro ordenamiento jurídico: la conducta del suicida se consiente, pero, por el contrario, las conductas de aquel que induzca o coopere son castigadas penalmente.

Es claro que la LOEU, con el juego combinado de diversos derechos fundamentales y otros bienes y derechos, ha venido a alterar el criterio tradicional sobre el derecho a la vida. Pero la LOEU no define con claridad cuál es la naturaleza jurídica de este nuevo derecho a la eutanasia ni cuál es su relación sistemática con el resto de derechos fundamentales reconocidos en la norma constitucional española. Esto es, no deja claro si estamos ante un verdadero derecho fundamental o no, si se trata del contenido esencial de uno o varios derechos fundamentales, o simplemente del contenido adicional, en cuyo caso difícilmente estaría justificado su desarrollo mediante ley orgánica.

En estos casos, "cuando es la ley orgánica la que traspasa su campo propio y se inmiscuye en materias reservadas a ley ordinaria, la práctica habitual del TC es la «degradación» o declaración de la ley o el precepto formalmente orgánico como ley ordinaria, pudiéndose reformar o derogar, en el futuro, mediante una disposición legal ordinaria" y además "no es necesario que esa «degradación» afecte a todo el texto de la ley orgánica: el Tribunal Constitucional puede restringir su declaración de ley ordinaria a uno o varios preceptos concretos, que, a partir de entonces, pueden ser derogados o modificados sin la especial rigidez del procedimiento propio de las leyes orgánicas"[14].

Es probable que en un futuro el TC deba resolver a través del recurso o cuestión de inconstitucionalidad si debió acudirse al uso de ley ordinaria y no de ley orgánica para la aprobación de la LOEU. Como acabamos de indicar, el ordenamiento jurídico español no permite que se invadan materias propias de ley ordinaria por un uso injustificado de la ley orgánica, porque da lugar a la petrificación del ordenamiento jurídico al provocar la congelación de su rango normativo y reducir su modificación posterior al juego de las mayorías cualificadas. Ahora bien, ello también permitiría que el articulado de la LOEU quedara indemne frente a los cambios políticos que pudieran darse en un futuro y que muy probablemente tratarían de modificar su contenido.

Por último, no podemos obviar que tal vez también se planteen cuestiones competenciales ente el Estado y las Comunidades Autónomas (en adelante CCAA), toda vez que LOEU se dicta al amparo del art. 149.1.1.ª y 16.ª CE,

13 STC 53/1985, de 11 de abril, STC 137/1990, de 19 de julio, STC 11/1991, de 17 de enero y STC 154/2002, 18 de julio.

14 Rodríguez Portugués, M.: "Consecuencias y consideraciones sobre el presunto carácter orgánico de la Ley de la Eutanasia", cit., p. 6.

que atribuyen al Estado la competencia para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, y sobre las bases y coordinación general de la sanidad, y de acuerdo con el art. 148.1.21ª CE, las CCAA podrán aprobar todas aquellas disposiciones necesarias para desarrollar y complementar una la ley estatal. Del mismo modo que pueden existir en la práctica notables diferencias entre CCAA, ya que, de un lado, las CCAA deben constituir y determinar el régimen jurídico de la Comisión de Garantía y Evaluación de sus respectivos territorios, y, de otro, no puede olvidarse que la prestación de la eutanasia tiene lugar en el marco del Sistema Nacional de Salud, y las competencias en materia sanitaria asumidas por las CCAA.

3. Titularidad y ejercicio del derecho a la prestación de ayuda para morir.

Toda persona que cumpla una serie de condiciones expresamente reconocidas en la LOEU tiene derecho a solicitar y recibir la ayuda necesaria para morir. En particular, es preciso haber alcanzado la mayoría de edad[15] y ser capaz y consciente en el momento de realizar la solicitud, y tener la nacionalidad española, o residencia legal en España o certificado de empadronamiento que acredite un tiempo de permanencia en nuestro país superior a doce meses (art. 5 LOEU)[16].

Debe tratarse de una petición autónoma del propio paciente, libre, voluntaria y tomada después de haber sido debidamente informado por el equipo sanitario responsable, sin ningún tipo de intromisión o presión externa, y así debe quedar reflejado en el historial médico. Cuando la persona ya no se encuentre en pleno uso de sus facultades o no pueda expresar su voluntad, podrá estarse a su voluntad previa recogida en un documento de instrucciones, testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes (art. 5 LOEU). En todo caso, debe quedar debidamente reflejada la situación médica del paciente, para ello el médico responsable ha de certificar que el paciente sufre "una enfermedad grave e incurable o un padecimiento grave, crónico e imposibilitante".

Son necesarias dos solicitudes voluntarias por escrito o por cualquier otro medio que permita dejar constancia, debiendo mediar quince días entre ambas. Excepcionalmente, ese tiempo se reduce cuando el médico considere que el

15 "Por un lado, se puede considerar, a priori, que está excepcionando el régimen previsto en la Ley 1/2002 al excluir a los menores de edad pues, con carácter general, esta última fija la edad para ejercitar el consentimiento informado en los dieciséis años. Sin embargo, dicha conclusión varía si atendemos al artículo 9.4 párrafo segundo de la precitada Ley 41/2002, ya que impide que presten consentimiento los menores de edad cuando se trate de «una actuación de grave riesgo para la vida o salud»", en Ortiz Fernández, M.: "La legalización de la eutanasia activa directa en España: la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia", *Diario La Ley*, Sección Doctrina, núm, 9830, 2021, p. 6.

16 Puede ser una forma de garantizar "…el principio de Bioderecho por el que hay que preservar y establecer regulaciones que traten de armonizar las distintas legislaciones en los demás países, para evitar los denominados 'turismos bioéticos', en este caso el 'turismo eutanásico'…", en Marcos Del Caño, A. M. y De La Torre Díaz, J.: *Así no; no así. La ley de la eutanasia en España,* cit. p. 106.

transcurso de dicho periodo podría suponer una pérdida de capacidad en el paciente, adecuándose en lo necesario para su prestación. La solicitud debe dejar constancia inequívoca de la voluntad del paciente de su deseo de morir, de la fecha en la que se efectúa, así como el momento en quiere que se produzca, y debe firmarse en presencia de un profesional sanitario, quien lo rubricará, debiendo entregarse, en todo caso, al médico responsable. Ahora bien, dicha solicitud puede ser revocada en cualquier momento por el paciente o solicitar un aplazamiento para ser ayudado a morir (art. 6 LOEU).

No obstante, la solicitud de ayuda para morir puede ser denegada por el médico responsable, debiendo realizarse siempre por escrito y de manera motivada (art. 7 LOEU).

4. Procedimiento para la realización de la prestación de ayuda para morir.

La prestación de ayuda para morir se incluye dentro del Sistema Nacional de Salud por lo que resulta gratuita (art. 13 LOEU). Su realización puede tener lugar en los centros públicos, privados o concertados o bien en el propio domicilio del paciente atendiendo a las circunstancias particulares del supuesto (art. 14 LOEU). Debiendo, en todo caso, extremarse las precauciones necesarias para garantizar la intimidad del solicitante y la confidencialidad, con un tratamiento de medidas de seguridad de nivel alto de conformidad con la protección de datos de carácter personal (art. 15 LOEU)[17].

En el procedimiento a seguir participan distintas figuras médicas, de un lado, el médico responsable, que es el facultativo que coordina toda la asistencia sanitaria y la información del paciente, con el carácter de interlocutor principal del mismo, y, de otro, el médico consultor, que es el facultativo que posee una formación específica en el ámbito de las patologías que padece el enfermo y que no pertenece al equipo responsable.

Junto a los profesionales médicos, debe destacarse la creación de una Comisión de Garantía y Evaluación en cada una de las CCAA, que será multidisciplinar, debiendo contar con un número mínimo de siete miembros, entre los que se incluirán personal médico, de enfermería y juristas, y entre cuyas funciones se encuentra, resolver las reclamaciones que formulen las personas a las que el médico responsable haya denegado su solicitud de prestación de ayuda para morir (arts. 17 y 18 LOEU).

Tras la primera solicitud por el paciente de prestación de ayuda para morir a su médico responsable, una vez comprobado que se cumplen los requisitos

17 Art. 9 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016.

para la solicitud, dicho profesional, en el plazo de dos días, llevará a cabo con el paciente un "proceso deliberativo" acerca de su estado, posibilidades terapéuticas, los resultados y los cuidados paliativos, asegurándose de que este comprende la información, la cual, además, deberá facilitarse por escrito en el plazo máximo de cinco días naturales. A continuación, el paciente ha de cursar una segunda solicitud y, de nuevo, en el plazo de dos días, su médico responsable tendrá un proceso deliberativo con él para responder a cualquier duda o ampliación de información que requiera. Transcurridas veinticuatro horas, el médico recabará del paciente si desea o no continuar con la solicitud y, en caso afirmativo, el médico habrá de comunicarlo al equipo asistencial, y también a sus familiares o allegados si así se lo solicita el paciente (art. 8 LOEU).

Posteriormente, el médico responsable deberá consultar a un médico consultor, quien estudiará el historial clínico del paciente y examinará personalmente al paciente para comprobar si se cumplen los requisitos exigidos, en el plazo máximo de diez días naturales desde la fecha de la segunda solicitud, redactando a continuación un informe (favorable o desfavorable), cuyas conclusiones deberán comunicarse al paciente en el plazo máximo de veinticuatro horas.

Si el informe es favorable, seguidamente, dos miembros de la Comisión de Garantía y Evaluación, un jurista y un profesional médico, comprobarán si se cumplen los requisitos y condiciones necesarios para el correcto ejercicio del derecho a solicitar y recibir la prestación de ayuda para morir, emitiendo un informe en el plazo máximo de siete días. Si ambos están conformes y es favorable, el procedimiento continúa; si, por el contrario, los dos miembros no coinciden en su decisión, la cuestión se eleva al pleno de la Comisión, la cual resolverá. La resolución definitiva deberá ponerse en conocimiento del presidente para que, a su vez, la traslade al médico para proceder, en su caso, a realizar la prestación de ayuda para morir, todo ello en el plazo máximo de dos días naturales. El transcurso del plazo de veinte días naturales sin haberse dictado resolución dará derecho a los solicitantes a entender denegada su solicitud de prestación de ayuda para morir, quedando abierta la posibilidad de recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa [art. 18.a) LOEU]. Igualmente, si la decisión de la Comisión es desfavorable, se puede acudir ante la jurisdicción contencioso-administrativa para su impugnación (art. 10 LOEU).

Téngase en cuenta que, si el derecho a la prestación se reconoce por la Comisión de Garantía tras resolver sobre la denegación de la misma del médico responsable, aquella requerirá a la dirección del centro para que en el plazo máximo de siete días naturales facilite la prestación solicitada a través de otro médico del centro o de un equipo externo de profesionales sanitarios [art. 18.a) LOEU].

Una vez se obtenga la resolución positiva, comienza la fase para realización para la prestación de ayuda para morir. Esta debe realizarse siempre y en todo momento con la mayor rigurosidad y profesionalidad médica posible y atendiendo a las necesidades del paciente y a su voluntad sobre la modalidad que quiere recibir para ayudarle a morir: a) si la prestación consiste en la administración directa al paciente de una sustancia por parte del profesional sanitario competente, el médico responsable, así como el resto de profesionales sanitarios, asistirán al paciente hasta el momento de su muerte; b) si la prestación consiste en la prescripción o suministro al paciente por parte del profesional sanitario de una sustancia que este se puede autoadministrar, el médico responsable, así como el resto de profesionales sanitarios, tras prescribir la sustancia que el propio paciente se autoadministrará, mantendrá la debida tarea de observación y apoyo a este hasta el momento de su fallecimiento (art. 11 LOEU)

Una vez realizada la prestación, en el plazo máximo de cinco días hábiles, el médico responsable comunica a la Comisión la realización de la ayuda a morir mediante la remisión de dos documentos debidamente sellados conteniendo los datos relativos al paciente, profesionales intervinientes (responsable y consultor), y en el otro detallará el proceso llevado a cabo desde la petición por el paciente hasta su muerte, así como aquella información de interés para proceso eutanásico (art. 12 LOEU).

A la muerte del paciente alcanzada a través de este procedimiento se le atribuye la consideración legal de muerte natural a todos los efectos, con todas las consecuencias jurídicas que ello conlleva aparejadas -por ejemplo, para de evitar exclusiones del riesgo por las aseguradoras-.

Para lograr su efectividad práctica la propia ley establece mecanismos para habilitar la máxima difusión entre el personal sanitario y la ciudadanía para el conocimiento de su contenido. Además, para garantizar el disfrute del derecho a la eutanasia por aquellas personas limitadas por una discapacidad auditiva, sordas y sordociegas, se establecen recursos y medios de apoyo específicos. Con todo, el legislador alude a pacientes con deficiencias físicas, pero ha omitido mencionar a personas que padezcan discapacidades intelectuales, salvo que hayan sido incapacitadas judicialmente, en cuyo caso podrán ejercer el derecho a través de sus representantes legales.

En definitiva, la LOEU establece un derecho reducido a unos supuestos muy concretos, fijando un protocolo de actuación que pretende en todo momento asegurar que en el paciente concurren los requisitos necesarios para que esté justificada la eutanasia, al tiempo que facilita que la misma se lleva a cabo por profesionales médicos y garantiza al paciente la prestación más adecuada. Precisamente esta configuración legal del derecho a la eutanasia, esto es, que para

su disfrute no sea suficiente con un acto unilateral del paciente, si no que dependa de que se establezcan los medios necesarios para lograr su efectividad y de la voluntad favorable de aquellos profesionales que intervienen en el procedimiento, amparándose en que de este modo se le dota de todas las garantías necesarias, ha sido cuestionada.

En primer término, se critica que, en la práctica, los diversos plazos exigidos para completar todo el procedimiento, así como su excesiva burocratización pueden conllevar a que el disfrute real y efectivo del derecho se vea desprovisto de contenido, piénsese desde la solicitud de ayuda a morir hasta que efectivamente esta tenga lugar puede transcurrir más de un mes en aquellos casos de que todos los plazos transcurran normalmente.

Se plantea también si está justificado que el disfrute efectivo de ese derecho por el paciente dependa del informe positivo de terceras personas, o que requiera el control de la Administración sanitaria. Además algunas voces críticas han cuestionado por qué debe ser un médico el que practique la eutanasia y no pueda llevarse a cabo por otra persona, en particular, por alguien más próximo afectivamente al paciente. En dicho sentido, es cierto que no podemos soslayar que estamos ante situaciones muy complejas y sensibles, con una alta carga emocional, en las que no solo entra en juego el estado físico o psíquico del paciente, sino que además este puede este verse afectado por otras circunstancias que también deben valorarse (se sienta una carga para sus familiares, sufra una gran soledad….).

La eutanasia sigue siendo uno de los grandes debates de este tiempo tanto en España como en el resto de países de nuestro entorno. Y la regulación de la LOUE, como hemos visto, se limita a reconocer el derecho a morir en unas muy concretas circunstancias, lo que deja abierto del debate sobre si cualquier ciudadano debería poder exigir al Estado ayuda para poner fin a su vida, con independencia de que sufra o no una enfermedad grave o terminal o padecimientos físicos o psíquicos insoportables.

5. Destipificación del delito de eutanasia.

"Cuando se trata de la eutanasia en el marco jurídico se genera una relación conflictiva que alienta la bien conocida dialéctica entre la penalización o la colaboración del Estado a la misma"[18]. En efecto, basta atender que el no reconocimiento legal expreso de la eutanasia ha supuesto durante años en España la criminalización de aquellas conductas realizadas por la persona que ayudaba a

18 Suárez Llanos, L.: "La ley de la muerte. *Eutanasias*, éticas y derechos", *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 28, 2012, p. 326.

un enfermo aquejado de un dolor o padecimiento insoportable a que lograra su objetivo, la muerte.

En efecto, la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante CP), en su redacción vigente (hasta que tenga lugar la entrada en vigor de la LOEU), dentro del Título destinado al homicidio, en el art. 143, apartados 1º y 2º, regula la inducción y la cooperación necesaria al suicidio, elevándolas a la categoría de tipo delictivo autónomo, pese a que el suicidio por sí solo resulta atípico. Por su parte, el art. 143 apartado 3º CP establece el homicidio consentido, esto es, la participación ejecutiva en el suicidio. Y, en fin, el art. 143 apartado 4º CP recoge las conductas relacionadas con la eutanasia activa, incluyendo una atenuante en aquellas conductas de cooperación necesaria siempre que se den las circunstancias de enfermedad grave o incurable o padecimientos físicos o psíquicos insoportables en la persona que quiere poner fin a su vida cuando su petición se realice de forma seria e inequívoca[19]; conducta respecto de la cual la doctrina ha abogado por aplicar el estado de necesidad como causa de justificación y no tan solo las causas de exculpación o de atenuación de la pena contenidas en el tipo[20].

La LOEU abre una nueva vía para que la última de las indicadas conductas deje de estar perseguidas penalmente, siempre y cuando se observe el proceso que ella establece. Así, su Disposición Final Primera modifica el apartado 4º e incorpora un nuevo apartado 5º en el art. 143 CP. De este modo, la nueva redacción, en esencia, mantiene la pena para los supuestos de cooperación en la muerte de una persona, salvo que dicha cooperación se lleve a cabo cumpliendo lo establecido en la LOEU.

Solo el tiempo nos permitirá conocer cuál será el alcance práctico de la LOEU, si efectivamente era necesaria una regulación normativa de este tipo. Y si la *vacatio legis* prevista para su entrada en vigor (tres meses), ha sido suficiente para proveer toda la estructura necesaria para la aplicación de la norma con todas las garantías necesarias, sin que en ningún caso se vulneren derechos constitucionales.

19 Díaz y García Conlledo, M. y Barber Burusco, S.: "Participación en el suicidio y eutanasia. Esbozo del tratamiento penal en España", *Nuevo Foro Penal*, vol. 8, núm. 79, julio-diciembre 2012, p. 125.

20 Muñoz Conde, F.: *Derecho Penal, Parte Especial*, Tirant lo Blanch, 22ª ed., Valencia, 2019, p. 73.

BIBLIOGRAFÍA

Cadenas Osuna, D.: "El consentimiento informado y la responsabilidad médica", *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, vol. 15, 2018.

Díaz y García Conlledo, M. y Barber Burusco, S.: "Participación en el suicidio y eutanasia. Esbozo del tratamiento penal en España", *Nuevo Foro Penal*, vol. 8, núm. 79, julio-diciembre 2012.

Lugmayr, M.: "La larga sombra de Hitler: una contribución al debate actual sobre la eutanasia", *Cuadernos de Bioética*, vol. XIX, núm. 1, enero-abril 2008.

Marcos Del Caño, A. M. y De La Torre Díaz, J.: *Así no; no así. La ley de la eutanasia en España*, Dykinson, Madrid, 2021.

Muñoz Conde, F.: *Derecho Penal, Parte Especial*, Tirant lo Blanch, 22ª ed., Valencia, 2019.

Ortiz Fernández, M.: "La legalización de la eutanasia activa directa en España: la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia", *Diario La Ley*, núm. 9830, 2021.

Quintero Olivares, G., Jaria I Manzano, J. y Oliveras Jané, N.: *Derecho penal constitucional,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

Rodríguez Portugués, M.: "Consecuencias y consideraciones sobre el presunto carácter orgánico de la Ley de la Eutanasia", *Diario La Ley*, núm. 9830, 2021.

Suárez Llanos, L.: "La ley de la muerte. Eutanasias, éticas y derechos", *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 28, 2012.

EL COMPLICADO EQUILIBRIO ENTRE LA PROGRAMACIÓN DE LA ENSEÑANZA Y EL DERECHO DE LOS PADRES A ESCOGER LA FORMACIÓN MORAL Y RELIGIOSA DE SUS HIJOS: ASPECTOS POLÉMICOS EN LA LOMLOE

THE COMPLICATED BALANCE BETWEEN THE SCHEDULING OF EDUCATION AND THE RIGHT OF PARENTS TO CHOOSE THE MORAL AND RELIGIOUS EDUCATION OF THEIR CHILDREN: CONTROVERSIAL ASPECTS IN THE LOMLOE

Rev. Boliv. de Derecho Nº 32, julio 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 996-1019

Julia
MARTÍNEZ-
CANDADO

ARTÍCULO RECIBIDO: 16 de abril de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 30 de abril de 2021

RESUMEN: El objetivo de este trabajo se centra en analizar la influencia que la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre puede tener en el ejercicio de la patria potestad y en el derecho que la Constitución reconoce a los padres en su art. 27.3.

PALABRAS CLAVE: Patria potestad; libertad de enseñanza; derechos educativos paternos.

ABSTRACT: *The objective of this work is focused on analyzing the influence that Organic Law 3/2020, of December 29, may have on the exercise of parental authority and on the right that the Constitution recognizes to parents in its article 27.3.*

KEY WORDS: *Parental authority; freedom of education; parental educational rights.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. ANTECEDENTES DE LA LOMLOE.- III. ASPECTOS POLÉMICOS.- 1. Nuevos principios del sistema educativo.- 2. La asignatura "Educación en Valores Cívicos y Éticos".- IV. ¿EL DERECHO DE LOS PADRES EN PELIGRO CON LA LOMLOE?- V. REFLEXIÓN FINAL.

I. INTRODUCCIÓN.

El Código civil regula la institución de la patria potestad en los arts. 154 a 171, en los que, sin embargo, no la define, haciéndose necesario acudir al terreno doctrinal en el que se considera como un conjunto de deberes y facultades otorgados a los progenitores con el fin de cumplir determinadas funciones en interés de los hijos menores de edad no emancipados[1].

Es de sobra conocido el origen romano de este instituto y su evolución a lo largo de la Historia como consecuencia de los avatares sociales y políticos, pasando de ser un poder absoluto a un derecho función que "se ejercerá siempre en interés de los hijos".

Una de las manifestaciones de la patria potestad, en la esfera personal, es el deber de los padres de educar a sus hijos y procurarles una formación integral. Incluso sin ostentar la patria potestad, el Código civil impone a los padres la obligación de velar por sus hijos menores y prestarles alimentos (art. 110 C.c.), alimentos que comprenderán la educación e instrucción del alimentista, mientras sea menor de edad, e incluso después si no hubiese completado su formación por causa que no le sea imputable (art. 142 C.c.). Este deber encuentra su contrapartida en una serie de derechos reconocidos a los padres por el art. 27 de la Constitución Española. Así, el derecho de escoger el tipo de educación que quieren para sus hijos, eligiendo un centro público o distinto de los creados por los poderes públicos (art. 27.1 CE); el derecho a que sus hijos reciban la formación moral y religiosa que esté de acuerdo con sus convicciones (art. 27.3 CE); el derecho a disponer de una plaza en un centro educativo (art. 27.4 CE); y el derecho a participar en la programación general de la enseñanza (art. 27.5 CE) e intervenir en el control y gestión de los centros sostenidos con fondos públicos (art. 27.7 CE). De entre todos ellos, nos detendremos en el derivado del art. 27.3 CE que, como bien señalara el Tribunal Constitucional en la Sentencia 5/1981, de

1 Linacero de la Fuente, M.: *Derecho de la persona y de las relaciones familiares*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 534.

• Julia Martínez-Candado
Escuela de Doctorado. Universidad Católica de Valencia San Vicente Mártir.

13 de febrero, es distinto del derecho a elegir centro docente, "aunque también es obvio que la elección de centro docente sea un modo de elegir una determinada formación religiosa y moral"[2].

Esta manifestación de los derechos educativos paternos no es absoluta sino que está condicionada, en cualquier caso, por el interés superior del menor y por el fin último de la educación que no es otro que "el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales" (art. 27.2 CE), puesto que, como ya señalara el Tribunal Supremo, los apartados 2 y 3 del art. 27 se limitan mutuamente[3].

Resulta evidente que el titular del derecho a la educación es el educando, pero, además, intervienen otros sujetos en la relación educativa. Pensemos en el Estado, con obligaciones positivas, pero también negativas; el centro educativo; los profesores; las personas físicas o jurídicas que, en el ejercicio de la libertad de enseñanza, hayan creado centros docentes y, finalmente, los padres[4]. Pero, de acuerdo con las funciones atribuidas por el Código civil, son los padres los verdaderos protagonistas de la educación de sus hijos, deduciéndose el papel subsidiario del Estado y presumiéndose como exigencia la necesaria pluralidad para hacer efectivo el derecho de elección[5]. Este protagonismo de los padres fue potenciado por la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa (en adelante, LOMCE) que, en su mismo Preámbulo, reconoció a las familias como primeras responsables de la educación de sus hijos y "por ello el sistema educativo tiene que contar con la familia y confiar en sus decisiones[6]". Así, la LOMCE incorporó como principios del sistema educativo "el reconocimiento del papel que corresponde a los padres, madres y tutores legales como primeros responsables de la educación de sus hijos" y "la libertad de enseñanza, que reconozca el derecho de los padres, madres y tutores legales a elegir el tipo de educación y el centro para sus hijos, en el marco de los principios constitucionales".

Sin embargo, la reciente reforma de la LOE, operada por la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (en adelante, LOMLOE), si bien mantiene, en la forma, estos principios, incluye algunos aspectos que pueden resultar polémicos.

2 STC 5/1981, de 13 de febrero (RTC 1981, 5). F.J. 8º.

3 STS 11 febrero 2009 (ROJ 342/2009). F. J. 9º.

4 Martín-Retortillo Baquer, L.: "La presencia de los padres en el derecho a la educación", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 161, 2014, p. 135.

5 Asensio Sánchez, M. A.: "Las funciones educativas paternas y su proyección en el sistema educativo constitucional", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado,* núm. 52, 2020, p. 2.

6 España. Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa. Boletín Oficial del Estado, 10 de diciembre de 2013, núm. 295, pp. 97858 a 97921.

En este trabajo, se examinan los antecedentes de la LOMLOE, se identifican los nuevos principios del sistema educativo que pueden resultar una amenaza para el derecho paterno y se comenta la introducción de la nueva asignatura "Educación en Valores Cívicos y Éticos" para concluir considerando que la relación entre la nueva ley y esta manifestación de los derechos educativos paternos puede resultar compleja y no estará exenta de controversia.

II. ANTECEDENTES DE LA LOMLOE.

El 13 de enero de 2016, el Grupo Parlamentario Socialista presentaba, a la Mesa del Congreso de los Diputados, la Proposición de Ley sobre suspensión del calendario de la implantación de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa. De artículo único, la Proposición de Ley tenía por objeto suspender el calendario de implantación de la LOMCE y la entrada en vigor de aquellas normas reglamentarias dictadas para su desarrollo que no hubieran tenido vigencia o aplicación. Para el Partido Socialista, la LOMCE era una "contrarreforma segregadora e intervencionista" que vulnera el principio de igualdad, separa a los alumnos con dificultades de aprendizaje, devalúa la formación profesional, desatiende la pluralidad lingüística y limita la participación de la comunidad educativa. Por este motivo, debía paralizarse el calendario de su aplicación como paso previo al tan ansiado pacto educativo.

La Proposición fue aprobada y se abría, así, una nueva etapa en la que el objetivo debía ser alcanzar el pacto. Sin embargo, la disolución de las Cámaras, el 3 de mayo de 2016, hizo que la proposición no pudiera completar su trámite.

Sin embargo, en la siguiente legislatura, el Grupo Parlamentario Socialista volvió a presentar la Proposición de Ley, siendo aprobada el 15 de noviembre de 2016, en este caso con el voto favorable del Grupo Parlamentario Ciudadanos. Consecuencia de esta iniciativa, el Gobierno aprobaba el Real Decreto-ley 5/2016, de 9 de diciembre, de medidas urgentes para la ampliación del calendario de implantación de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa[7]. En su Exposición de Motivos, la norma justificaba la ampliación del calendario de implantación en la necesidad de alcanzar el Pacto de Estado Social y Político por la Educación que la sociedad reclamaba. De esta manera, las evaluaciones previstas en la LOMCE tendrían carácter muestral y adolecerían de efectos académicos, y se volvía a la prueba única para el acceso a la Universidad de los alumnos de Bachiller hasta la entrada en vigor de la normativa del anhelado Pacto.

7 España. Real Decreto-ley 5/2016, de 9 de diciembre, de medidas urgentes para la ampliación del calendario de implantación de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa. Boletín Oficial del Estado, 10 de diciembre de 2016, núm. 298, pp. 86168 a 86174.

Con estos antecedentes, se acordaba en diciembre de 2016, la creación, en el seno de la Comisión de Educación y Deporte, de una Subcomisión para la elaboración de un gran Pacto de Estado Social y Político por la Educación. La subcomisión comenzó su tarea de manera inmediata, compareciendo ante ella autoridades, funcionarios y representantes de entidades y colectivos hasta un total de 83. De entre ellas, podemos destacar la del entonces Rector de la UNED y hoy Secretario de Estado de Educación, Alejandro Tiana; la del Profesor Emérito de la UNED y miembro del Colectivo Lorenzo Luzuriaga, Manuel de Puelles; o los exministros de Educación, José Ignacio Wert y Ángel Gabilondo.

Pero, tras 15 meses de trabajo, primero el PSOE y después, Podemos, a los que seguirían ERC, PNV y PDeCAT abandonaron la Subcomisión, quedando PP y Ciudadanos que, al estar en una situación de bloqueo, no podían continuar el trabajo, quedando disuelta el 14 de mayo de 2018.

A finales de mayo de 2018, el Grupo Parlamentario Socialista presentaba moción de censura al Gobierno presidido por Mariano Rajoy, moción que resultaba aprobada el 1 de junio de 2018, quedando investido Presidente del Gobierno Pedro Sánchez que, al anunciar la composición de su Ejecutivo, elegía para ocupar la cartera de Educación a María Isabel Celaá Diéguez, que también actuaría como portavoz del Gobierno.

En su primera comparecencia ante la Comisión de Educación y Formación Profesional del Congreso de los Diputados, la Ministra avanzaba lo que serían las líneas básicas de la política de su Departamento y, entre sus principios rectores, destacaba la primacía de la educación pública como eje vertebrador del sistema. Pero, además, adelantaba las medidas que el Gobierno socialista adoptaría en materia educativa y que, en sus propias palabras, se harían efectivas de manera urgente. Así, la recuperación de la participación en los Consejos escolares de toda la comunidad educativa, incluyendo competencias en el gobierno de los centros; la creación de una nueva asignatura obligatoria de valores cívicos y éticos y la desaparición de la religión como materia computable a efectos académicos; la desaparición de la "demanda social" como criterio en la programación de la oferta de plazas escolares; la derogación de los itinerarios establecidos por la LOMCE; la recuperación de las evaluaciones de diagnóstico; la flexibilización del sistema educativo y la introducción del número de identificación del alumno; la renovación de todo el sistema de formación profesional, aumentando el número de títulos, facilitando pasarelas y reforzando la formación dual; la revisión del sistema de becas y la lucha contra el abandono escolar[8].

8 Diario de Sesiones. Congreso de los Diputados, Comisión de Educación y Formación Profesional, núm. 572, de 11 de julio de 2018. XII Legislatura (2016-2019).

Y, con la urgencia avanzada, se preparó el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación. En palabras de la Ministra, "un texto articulado en un tiempo record" que obedece al compromiso del Partido Socialista de derogar los aspectos más excluyentes y segregadores de la LOMCE para devolver a la educación a la senda de calidad y equidad que nunca debió abandonar[9]. La Ministra adelantaba que no se trataba de una reforma completa del sistema educativo sino de una simple modificación legal con la equidad y la comprensividad como principios rectores. Tras la preceptiva tramitación, el Anteproyecto se convirtió en el Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación que fue aprobado por el Consejo de Ministros el 15 de febrero de 2019.

Y resulta llamativa esta aprobación, el mismo día que el Presidente del Gobierno anunciaba la disolución de las Cámaras y la convocatoria de Elecciones Generales para el día 28 de abril, aún sin haberse publicado el texto en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. Pero, aún resulta más sorprendente la rapidez con la que se elaboró el texto normativo. Si atendemos a la memoria de la LOMLOE[10], publicada por el MEFP, el trámite de consulta pública previa a la elaboración del texto se realizó entre los días 26 de octubre y 10 de noviembre de 2018, sometiendo a consideración un documento con nueve objetivos. De acuerdo con la misma fuente, el proceso de audiencia e información pública del texto se realizó a través de la web del MEFP entre los días 22 de noviembre y 13 de diciembre de 2018, cumpliendo así el plazo mínimo de 15 días hábiles que dispone el art. 26, 6 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno[11]. Así que entre la disolución de la Subcomisión para la elaboración del Pacto de Estado Social y Político por la Educación y la presentación del texto normativo apenas mediaron 6 meses.

El Consejo Escolar del Estado, en su dictamen de 8 de enero de 2019, achacaba al Anteproyecto de Ley el mismo defecto que había hecho que PSOE y Podemos abandonaran la Subcomisión para la elaboración del pacto de Estado: la financiación. El dictamen exigía "un compromiso explícito de incremento del gasto público en educación"[12]. Ese compromiso debía traducirse, según el Consejo Escolar del Estado, en, al menos, el 5,5% del PIB. De esta manera, la agilidad en la redacción y presentación del documento obliga, en buena lógica, a considerar que

9 Diario de Sesiones. Congreso de los Diputados, Comisión de Educación y Formación Profesional, núm. 678, de 28 de noviembre de 2018. XII Legislatura (2016-2019).

10 El proceso de tramitación del texto puede verse en la Memoria de la LOMLOE. MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y FORMACIÓN PROFESIONAL. *MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y FORMACIÓN PROFESIONAL* [en línea]. Educacionyfp.gob.es, 2019 [consulta: 11 de enero de 2020]. Disponible en: http://www.educacionyfp.gob.es/destacados/lomloe.html

11 España. Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. Boletín Oficial del Estado, 28 de noviembre de 1997, núm. 285, pp. 35082 a 35088.

12 España. Consejo Escolar del Estado. Dictamen núm. 1, 8 de enero de 2019, al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación. Disponible en: http://www.educacionyfp.gob.es/educacion/mc/cee/actuaciones/dictamenes/dictamenes2019/pag-1.html. p. 8.

en el espíritu del PSOE no estuvo nunca la intención real de alcanzar un pacto que diera estabilidad al sistema. Profundiza en esta afirmación y justifica la rapidez en la elaboración del texto normativo el hecho de que, en septiembre de 2017, cuando todavía se trabajaba en la Subcomisión para la consecución de un pacto educativo, el PSOE, junto con Izquierda Unida, Podemos y ERC firmaban el "Documento de bases para una nueva Ley de Educación[13]". Curiosamente, la nueva Ley coincide plenamente con los postulados del documento.

Con estos antecedentes y formado el Gobierno resultante de las elecciones de noviembre de 2019, el Consejo de Ministros aprobó de nuevo el Proyecto de Ley el 3 de marzo de 2020, remitiendo el texto a las Cortes para su tramitación[14]. La propia Celaá, en su comparecencia ante la Comisión de Educación y Formación Profesional para explicar las líneas de actuación de su Departamento en la nueva legislatura, adelantó que el primer Proyecto de Ley del Gobierno sería la Ley de Educación, que estaba lista para su tramitación[15]. Tramitación no exenta de polémica, por lo bronco del debate en ambas Cámaras, lo que no impidió que la ley se aprobara y fuera publicada el 30 de diciembre de 2020[16], entrando en vigor el 19 de enero de 2021.

III. ASPECTOS POLÉMICOS.

En una primera lectura del Preámbulo de la LOMLOE, se aprecia el escaso interés del Gobierno por alcanzar el consenso y su intención manifiesta de desacreditar a su adversario político, considerando que está cuajado de críticas a los últimos textos legislativos presentados por gobiernos del Partido Popular, especialmente a la LOMCE, mencionada hasta en 8 ocasiones, valorada como

13 El documento también estaba suscrito por Amesti Educació (Associació de Mestres Grup de Treball per la Infancia), Asamblea Marea Verde Madrid, Colectivo Infancia, Foro de Sevilla, Europa Laica, Junta de Portavoces de Educación Infantil, Mareas por la educación pública, Ciudadan@s en defensa de la Escuela Pública, Proyecto Roma, Plataforma Crida de las Illes Balears (madres, padres, estudiantes y profesorado), Círculo Podem Educació Catalunya, Asociación IncluyE, Movimiento Cooperativo de Escuela Popular (MCEP), Red IRES, la Coordinadora de Universidades Públicas de Madrid (CUPUMA), la Plataforma por la Justicia Fiscal, Estudiantes en Movimiento, y "Stop Ley Wert/La Educación que nos une" conformada por los colectivos y plataformas: %ATTAC España, OXFAM Intermón, Confederación Estatal de Movimientos de Renovación Pedagógica, Plataforma en Defensa de la Educación Infantil 0-6, Ecologistas en Acción, Foro Mundial de Educación, Rosa Sensat, Yo Estudié en la Pública; Sindicato de estudiantes, Federación de estudiantes progresistas del Estado y Colectivo Estudiantil Salmantino; Confederación Española de Padres y Madres del Alumnado, Federación de Enseñanza de Comisiones Obreras, Confederación Stes-intersindical y Federación de Enseñanza de CGT.
REDES PARA UNA NUEVA POLÍTICA EDUCATIVA. Documento de Bases para una nueva Ley de Educación. En: *porotrapoliticaeducativa.org* [en línea]. Madrid: Redes para una nueva política educativa, 2017 [consulta: 22 de enero de 2020]. Disponible en: https://porotrapoliticaeducativa.org/project-type/documento-de-bases-para-una-nueva-ley-de-educacion-acuerdo-social-y-politico-educativo/.

14 Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 7-1, de 13 de marzo de 2020. XIV Legislatura (2019-).

15 Diario de Sesiones. Congreso de los Diputados, Comisión de Educación y Formación Profesional, núm. 35, de 20 de febrero de 2020. XIV Legislatura (2019-), p. 5.

16 España. Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación. Boletín Oficial del Estado, 30 de diciembre de 2020, núm. 340, pp. 122868 a 122953.

fuente de desigualdad. Aunque no es menos cierto que la LOMCE solo contó con el apoyo del Grupo Parlamentario Popular y sus once enmiendas a la totalidad de devolución, sus 759 enmiendas parciales presentadas en el Congreso y las casi 900 del Senado hacen pensar que tampoco el acuerdo estuvo en su esencia. Al mismo tiempo, el texto resalta las bondades de la LOE de 2006, aunque reconociendo que la evolución de la sociedad aconseja actualizaciones de aquél texto. Y, efectivamente, al revisar las modificaciones introducidas por la LOMLOE, resulta evidente que la intención del Gobierno es volver al sistema diseñado por la LOE, si bien con una influencia manifiesta de las tesis de sus socios.

No obstante, algunos aspectos de la reforma pueden resultar especialmente controvertidos. Y es que, a pesar de que la Ministra había señalado que no se trataba de una reforma completa, algunas de las modificaciones legales son de tal calado que afectan a aspectos nucleares del sistema educativo. Así ocurre con la eliminación de la demanda social como criterio a considerar el programación de la oferta educativa, la transformación del Consejo Escolar en órgano de gobierno, la reaparición del representante municipal en el Consejo Escolar de los centros concertados, la desprotección del castellano, la nueva realidad de la educación diferenciada que queda limitada exclusivamente a la educación privada, o el mantenimiento de los centros de educación especial solo para aquellos alumnos que requieran una atención muy especializada.

Sin embargo, en este trabajo nos detendremos en los nuevos principios incorporados a la ley educativa y en la introducción de la asignatura "Valores Cívicos y Éticos" que pueden generar conflicto con el derecho de los padres a escoger la formación moral y religiosa para sus hijos.

1. Nuevos principios del sistema educativo.

En la misma introducción a la ley, llaman la atención los "enfoques" que, según el texto, son claves para adaptar el sistema educativo a las circunstancias actuales, algunos de los cuales merecen un comentario separado. Así, el texto incorpora el enfoque de los derechos de la infancia entre los principios rectores del sistema, lo que se materializa en un nuevo principio que aparece en la letra a) del artículo primero, inclusión que entendemos innecesaria por los motivos que comentaremos más adelante.

Menciona también el enfoque de la igualdad de género a través de la coeducación, obligando a la conclusión de que la educación diferenciada fuera sinónimo de desigualdad, cuando el Tribunal Constitucional tiene declarado que "el sistema de educación diferenciada es una opción pedagógica que no puede

conceptuarse como discriminatoria[17]". Esta preferencia por la coeducación, que se manifiesta ya en el frontispicio de la ley, encuentra su desarrollo al incluirla entre los principios del art. 1 y alcanza su máxima evidencia cuando el texto, modificando la Disposición Adicional 25ª de la LOE[18], impone la coeducación en todas las etapas educativas para los centros sostenidos total o parcialmente con fondos públicos y prohíbe expresamente separar a los alumnos por su género.

Plantea la ley, en tercer lugar, un "enfoque transversal" para garantizar el éxito de todos los estudiantes a través de la mejora de los centros y la atención personalizada. Esa mejora y personalización deberían conllevar un incremento del gasto que atendiera el aumento de recursos humanos y materiales imprescindibles, pero, sin embargo, no se observa en la memoria de la ley ni tampoco en los presupuestos presentados por el Gobierno en 2019 el aumento hasta alcanzar el 5% del PIB que motivó su abandono de la Subcomisión para la elaboración del Pacto Social y Político por la Educación. En los presupuestos para 2021, los primeros que consigue sacar adelante el gobierno de Pedro Sánchez, tampoco se alcanza el exigido 5%, por lo que el argumento para levantarse de la mesa del pacto obedeció más bien a un guión para boicotear su consecución que a un verdadero interés para incrementar el gasto.

El enfoque de sostenibilidad de acuerdo con la agenda 2030 incorpora conceptos imprecisos como educación para la ciudadanía mundial o educación para la transición ecológica y comprensión internacional y, finalmente, el enfoque relativo al cambio digital, que supone la incorporación de la competencia digital en todas las etapas educativas, pasa por alto la desigualdad existente en los hogares españoles, algo que se ha hecho evidente con la pandemia del Covid-19.

En armonía con los enfoques, la ley incorpora nuevos principios que inspiran el sistema educativo español (art. 1) y, entre ellos, nos interesa detenernos en aquellos que, a nuestro juicio, pueden colisionar con el ejercicio de la patria potestad y con el derecho de los padres a escoger la formación de sus hijos. El primero de ellos es el que ahora aparece ubicado en primer lugar: "el cumplimiento efectivo de los derechos de la infancia según lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, ratificada el 30 de noviembre de 1990, y sus Protocolos facultativos, reconociendo el interés superior del menor, su derecho a la educación, a no ser discriminado y a participar en las decisiones que les afecten y la obligación del Estado de asegurar

17 STC 31/2018, de 10 de abril (RTC 2018, 31). F.J. 4º.

18 La D. A. 25ª señala en su apartado primero que "Con el fin de favorecer la igualdad de derechos y oportunidades y fomentar la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, los centros sostenidos parcial o totalmente con fondos públicos desarrollarán el principio de coeducación en todas las etapas educativas, de conformidad con lo dispuesto por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y no separarán al alumnado por su género".

sus derechos". Esta novedad obedece, de acuerdo con el Preámbulo de la ley, a la necesidad de incorporar en la normativa diversos enfoques imprescindibles para adaptar la educación a la sociedad actual. Sin embargo, a nuestro juicio, la introducción de este principio resulta innecesaria. Conforme al art. 10.2 CE, las normas relativas a los derechos fundamentales "se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España", por lo que la referencia a la Convención resultaría prescindible. Además, el interés superior del menor es criterio básico recogido en todo el Ordenamiento, tanto interno como internacional, y prima sobre cualquier otro interés legítimo concurrente (art. 2.1 LOPJM). No obstante, preocupa el hecho de que la obligación de asegurar el cumplimiento de los derechos del menor se atribuye al Estado, por lo que la Ley olvida que son los padres y no el Estado los encargados de velar por el menor, incluso de protegerle frente a la amenaza del adoctrinamiento por el Estado.

En segundo lugar, la ley incorpora el fomento de la igualdad efectiva de mujeres y hombres, a través de la consideración del régimen de la coeducación de niños y niñas (art. 1, l), modelo que impone en todas las etapas educativas para los centros sostenidos total o parcialmente con fondos públicos, modificando la D. A. 25ª LOE. A nuestro juicio, con esta medida se cercena la libertad de aquellas familias que desean optar por este sistema y también la libertad de creación de centros educativos. No obstante, la reforma no proscribe la educación diferenciada sino que la limita al ámbito de la enseñanza privada, algo que de suyo ya resultaría paradójico si la intención del legislador es acabar con la discriminación por sexo, por lo que la nueva regulación más parece obedecer a la generalización de la ideología de género que impregna toda la reforma operada por la LOMLOE y atacar aquellos sectores que utilizan el modelo como seña de identidad. Sin embargo, no podemos olvidar que el Tribunal Constitucional considera la educación diferenciada como un "sistema meramente instrumental y de carácter pedagógico, fundado en la idea de optimizar las potencialidades propias de cada uno de los sexos" que no puede considerarse discriminatorio, cumple con los fines del art. 27.2 CE y, por tanto, puede acceder al sistema de financiación pública en condiciones de igualdad con otros modelos educativos[19].

Además, siguiendo la filosofía que permea en muchos de sus artículos, la LOMLOE incluye la educación afectivo-sexual como principio inspirador del sistema (art. 1, l), lo que nos plantea la duda de cómo este principio se armonizará con el deber de educar a los hijos que deriva de la patria potestad y con el derecho de los padres consagrado en el art. 27.3 CE. Mucho más cuando el mismo precepto reconoce a los padres y tutores legales como primeros responsables de la educación (art. 1, h, bis) y recoge la libertad de enseñanza que permite elegir

19 STC 31/2018, de 10 de abril (RTC 2018, 31). F.J. 4°.

el tipo de educación y el centro, de acuerdo con los principios constitucionales (art. 1, q), sin olvidar que el art. 2, 1, c) de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa reconoce el derecho de toda persona "a elegir para sí, y para los menores no emancipados e incapacitados, bajo su dependencia, dentro y fuera del ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones[20]".

Haciendo un recorrido por las leyes post-constitucionales, apreciamos que la dimensión afectivo-sexual aparece por primera vez en el texto original de la LOE[21] y su reconocimiento se considera, en el Preámbulo, como uno de los fines de la educación. Además, se incluye entre los objetivos de la educación secundaria "conocer y valorar la dimensión humana de la sexualidad en toda su diversidad" (art. 23, k). El resto de leyes educativas (LOECE, LODE, LOGSE, LOCE y LOMCE) no recogen esta referencia.

Es cierto que la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo[22] incorporaba la obligación de los poderes públicos de garantizar la información y la educación afectivo sexual y reproductiva en los contenidos formales del sistema educativo (art. 5. 1, a), incluyendo, en los arts. 9 y 10, las medidas a adoptar en el ámbito educativo, "como parte del desarrollo integral de la personalidad y de la formación en valores". Pero, estas medidas no llegaron a cristalizar en el currículum más allá de contenidos que abordaban la materia desde un enfoque biológico, completados, en ocasiones, por talleres impartidos en los centros educativos.

Sin embargo, la reciente reforma operada por la LOMLOE incluye la educación afectivo-sexual como principio inspirador del sistema educativo español (art. 1, l) y se recoge entre los principios pedagógicos de Educación Primaria (art. 19.2) y entre los objetivos de la Educación Secundaria y del Bachiller (arts. 23, k) y 33, b) respectivamente). Precisamente, la Comisión de Educación y Formación Profesional aprobó, el 18 de marzo de 2021, la Proposición No de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Confederal Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común sobre el Fomento de la Educación Sexual y Afectiva en los centros educativos que, entre otras medidas, insta al Gobierno a elaborar una propuesta curricular que incluya la educación afectivo-sexual en la normativa que establezca las enseñanzas mínimas y a impulsar, con la colaboración de las Comunidades Autónomas, un plan de actividades que fomente la educación sexual en los centros

20 España. Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa. Boletín Oficial del Estado, 24 de julio de 1980, núm. 177, pp. 16804 a 16805.

21 España. Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación. Boletín Oficial del Estado, 4 de mayo de 2006, núm. 106, pp. 17158 a 17207.

22 España. Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Boletín Oficial del Estado, 4 de marzo de 2010, núm. 55, pp. 21001 a 21014.

educativos[23]. Sin embargo, parece lógico que preocupe esta cuestión si tenemos en cuenta que, si bien la sexualidad es un aspecto humano, está relacionada con la privacidad y la intimidad y sobre la misma no existe una opinión unánime en la sociedad sino que ésta se encuentra influenciada por la concepción del hombre y de la vida. En este punto, resulta evidente el conflicto que puede surgir entre el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación moral y religiosa conforme a sus convicciones y la programación general de la enseñanza reservada a los poderes públicos.

2. La asignatura "Educación en Valores Cívicos y Éticos".

La LOMLOE elimina la enseñanza de la Religión y de la misma manera, desaparece la asignatura "Valores Sociales y Cívicos", en primaria y "Valores Éticos", en secundaria, que constituían la alternativa a Religión. Sin embargo, la materia Religión seguirá siendo de oferta obligatoria para los centros y voluntaria para aquellos alumnos que deseen cursarla, aunque pierde su valor académico.

No obstante, con la nueva regulación aparece "Educación en Valores Cívicos y Éticos" como obligatoria para todos los estudiantes en alguno de los dos cursos del tercer ciclo de Primaria y en alguno de los cursos de Secundaria, que incluirá "contenidos referidos a la Constitución española, al conocimiento y respeto de los Derechos Humanos y de la Infancia, a la educación para el desarrollo sostenible y la ciudadanía mundial, a la igualdad entre hombres y mujeres, al valor del respeto a la diversidad y al valor social de los impuestos, fomentando el espíritu crítico y la cultura de paz y no violencia", contenidos que están en armonía con los fines de la educación del art. 2. Sin embargo, la aparición de esta materia resucita los recelos de aquella "Educación para la Ciudadanía" introducida por la LOE.

Sin perjuicio de tratarse de una cuestión discutida por la doctrina, la educación en valores cívicos viene avalada por el Tribunal Constitucional. En la ya lejana Sentencia 5/1981, de 13 de febrero, el Tribunal definía la enseñanza como "una actividad encaminada de modo sistemático y con un mínimo de continuidad a la transmisión de un determinado cuerpo de conocimientos y valores[24]". Posteriormente, la STC 133/2010, de 2 de diciembre, recoge esta idea con claridad al señalar que "la educación a la que todos tienen derecho y cuya garantía corresponde a los poderes públicos como tarea propia no se contrae, por tanto, a un proceso de mera transmisión de conocimientos […] sino que

23 Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, serie D, núm. 236, de 9 de marzo de 2021. XIV Legislatura (2019-).

24 STC 5/1981, de 13 de febrero (RTC 1981, 5). F.J. 7°. No obstante, el Magistrado Tomás y Valiente, en su voto particular, distinguía entre enseñanza y educación, siendo aquella la transmisión de conocimientos científicos y ésta la comunicación de unas convicciones morales, filosóficas y religiosas conformes con una determinada ideología. Sin embargo, en nuestra opinión, no puede haber educación sin transmisión de valores.

aspira a posibilitar el libre desarrollo de la personalidad y de las capacidades de los alumnos […] y comprende la formación de ciudadanos responsables llamados a participar en los procesos que se desarrollan en el marco de una sociedad plural […] en condiciones de igualdad y tolerancia, y con pleno respeto a los derechos y libertades fundamentales del resto de sus miembros[25]".

Además, la competencia de los poderes públicos en la programación general de la enseñanza del art. 27.5 CE y los objetivos de la educación de "pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales" del art. 27.2 CE justificarían la existencia de la materia[26]. El mismo Tribunal Supremo negó la existencia de razones constitucionales para prohibir una materia cuyo objetivo es formar sobre los "rudimentos" de la ciudadanía[27]. Admitida, por tanto, su legitimidad, el debate se centrará en los contenidos y en determinar si, en la educación del menor, debe prevalecer el interés del Estado por difundir ciertos principios, creando una especie de moral pública, o por el contrario, hay que buscar el equilibrio entre el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación moral y religiosa conforme a sus convicciones y la facultad del Estado de programación de la educación.

Al respecto, el Tribunal Supremo tuvo ocasión de pronunciarse sobre la materia Educación para la Ciudadanía y sus argumentos se pueden resumir como sigue[28]:

La actividad educativa es un instrumento de garantía de vivencia del pluralismo porque transmite a los alumnos la existencia de diferentes concepciones de la vida, enseñándoles a valorar y respetar esa diversidad.

La presencia del Estado en la educación viene avalada por los apartados 2 (fines de la educación) y 5 (programación general de la enseñanza) del art. 27 CE, de manera que la actividad del Estado es obligada, su intervención puede extenderse a la transmisión de los valores necesarios para el funcionamiento del sistema democrático y se despliega tanto en la enseñanza pública como a la privada.

25 STC 133/2010, de 2 de diciembre (RTC 2010, 133). F.J. 7°.

26 Para Fernández-Miranda Campoamor, el art. 27, 2 CE es fuente de legitimidad de una educación en valores y principios democráticos, aunque no necesariamente deba traducirse en la existencia de una asignatura sino que el objetivo podría satisfacerse con la presencia transversal de los valores de la Constitución en todo el proceso educativo. Corresponde al legislador optar por la incorporación de la asignatura. Fernández-miranda Campoamor, A.: "Educación para la Ciudadanía. Una perspectiva constitucional", en López Castillo, A. (coord.): *Educación en Valores. Ideología y religión en la escuela pública*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 152.

27 STS 11 febrero 2009 (ROJ 341/2009). F.J. 8°.

28 STS 11 febrero 2009 (ROJ 341/2009); STS 11 febrero 2009 (ROJ 342/2009).

Se hace necesario distinguir entre los valores recogidos en normas jurídicas vinculantes (sustrato moral constitucional) y las diversas manifestaciones del pluralismo de la sociedad. Respecto a los primeros, el Estado puede ser "activista" y promover la adhesión a estos valores; pero, en cuanto a las diferentes concepciones morales, culturales e ideológicas se le exigirá una escrupulosa neutralidad, exponiendo los contenidos de manera objetiva, sin propiciar la captación de voluntades, de manera que invite a la reflexión personal de los alumnos y a la formación de una opinión propia.

El derecho a la libertad religiosa (art. 16.1 CE) y el derecho de los padres a elegir para sus hijos la formación moral y religiosa conforme a sus convicciones (art. 27.3 CE) representan un límite a la actividad educativa del Estado, de manera que cuando se trate de exponer planteamientos morales, religiosos o ideológicos la actividad educativa se limitará a explicarlos sin ningún tipo de adoctrinamiento para respetar ese espacio de libertad.

No es posible el reconocimiento de un derecho de objeción de conciencia de carácter general con base en la libertad religiosa ideológica porque esto llevaría a la inadmisible consecuencia de que la eficacia de las normas dependería de la conciencia individual. Tampoco es posible el reconocimiento de tal derecho con apoyo en el art. 27.3 CE que solo reconoce el derecho de los padres a escoger la formación moral y religiosa, dejando fuera los aspectos ajenos a estos contenidos. Sin embargo, cabría una dispensa de ciertos deberes jurídicos establecida por el legislador ordinario, pero que nunca tendría rango constitucional. Aún más, el Tribunal admite que, en circunstancias "verdaderamente excepcionales", puede aceptarse que de la Constitución resulte la admisión tácita de un derecho a quedar eximido del cumplimiento de deberes jurídicos válidos. Siendo así, será el Poder judicial el que deba resolver los conflictos que, en cada caso concreto, puedan surgir. Pero, el Tribunal no aclara cuáles serían esas circunstancias "verdaderamente excepcionales" ni que la posibilidad de exención se aplique a la esfera educativa.

El Estado no puede llevar sus competencias al punto en el que invada el derecho de los padres a decidir sobre la formación moral y religiosa que quieren para sus hijos, ni los progenitores pueden estirar su derecho de manera que violenten el deber del Estado de asegurar el derecho de todos a la educación cumpliendo su objetivo de "pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales".

Los padres no tienen, de acuerdo con el art. 27.3 CE, un derecho a oponerse a la programación de enseñanza del Estado. Ahora bien, lo que de ninguna de las maneras puede hacer el Estado, el centro educativo o los profesores es "imponer o inculcar, ni siquiera de manera indirecta, puntos de vista determinados sobre

cuestiones morales que en la sociedad española son controvertidas". El Supremo añade que el deber de neutralidad ideológica del Estado impide que pueda incurrir en cualquier forma de proselitismo y "las materias que el Estado, en su irrenunciable función de programación de la enseñanza, califica como obligatorias no deben ser pretexto para tratar de persuadir a los alumnos sobre ideas y doctrinas que -independientemente de que estén mejor o peor argumentadas- reflejan tomas de posición sobre problemas sobre los que no existe un generalizado consenso moral en la sociedad española".

Sin embargo, fueron varios los Magistrados que se apartaron de estas consideraciones del Tribunal, destacando el prolijo voto particular de González Rivas que apuesta por la preferencia del derecho de los padres del art. 27.3 CE frente al límite de los objetivos de la educación del art. 27.2 CE[29]. Coincidimos con el Magistrado cuando señala que los contenidos sobre valores, principios y derechos constitucionales y Convenios Internacionales de Derechos Humanos justifican su inclusión en el currículo, bien en una asignatura independiente o bien como contenido transversal. Sin embargo, aquellos relativos a la construcción de la identidad personal están excluidos de la competencia de los poderes públicos por el derecho del art. 27.3 CE que actúa como límite a la actividad del Estado. La definición de la personalidad de los hijos y la formación de su conciencia es una esfera reservada a los padres, vedada a los poderes públicos obligados a una escrupulosa neutralidad ideológica como resulta de "un sistema jurídico político basado en el pluralismo, la libertad ideológica y religiosa de los individuos y la aconfesionalidad del Estado[30]". El Estado excederá sus competencias si incluye contenidos que no resultan directamente de la Constitución y trata de hacer proselitismo sobre una presunta ética común distinta de la que los padres quieren para sus hijos[31]. Por tanto, quedarán excluidos aquellos temas que obedecen a la ideología de un partido, que no dejan de ser preferencias políticas por mucho que deriven de quien sea legislador en cada momento, pero que no responden

29 De la misma opinión es el Magistrado Campos Sánchez-Bordona que, en su voto particular a la Sentencia 342/2009, de 11 de febrero, considera que el art. 27.2 CE sólo obliga a que la educación se imparta "en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales", pero el respeto a los derechos no equivale a adhesión moral a su contenido. De esta manera, "a menos que hagamos una interpretación significativamente reductora del artículo 27.3 de la Constitución no veo cómo la garantía […] que proporciona a los padres puede ser compatible con la imposición de unos contenidos, religiosos o morales, que aquéllos rechazan precisamente en razón de sus convicciones". STS 11 febrero 2009 (ROJ 342/2009).

30 STC 5/1981, de 13 de febrero (RTC 1981, 5). F.J. 9°.

31 En el mismo sentido, el voto particular del Magistrado Frías Ponce, al que se adhiere Martínez Micó, al señalar que "los poderes públicos tienen vedado, en principio, el establecimiento, de modo imperativo, de enseñanzas que tengan por objeto la formación moral y religiosa de los alumnos. Esto implica que el art. 27.3 limita la capacidad de los mismos poderes públicos para definir la educación cívica. En virtud de la competencia que se atribuye a los poderes públicos pueden establecer en el sistema educativo una materia dirigida a enseñar la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España, pero esta competencia no puede alcanzar al resto de las cuestiones que aborda la educación cívica, precisamente por tratarse de cuestiones que forman parte de la educación moral y, por tanto, caen dentro del ámbito de libertad protegido por el art. 27.3". STS 11 febrero 2009 (ROJ 341/2009).

al orden constitucional. En caso contrario, debería reconocerse la posibilidad de exención de la materia por entrar en abierta contradicción con el derecho del art. 27.3 CE.

También resulta destacable la postura del Magistrado Sieira Míguez que, estando conforme con el fallo de la sentencia, discrepa en el punto en el que se afirma que solo existe derecho a la objeción de conciencia en los casos del art. 30.2 CE y el del personal sanitario que ha de intervenir en la práctica de abortos despenalizados, así como aquellos establecidos por el legislador ordinario que permitan la dispensa de determinados deberes jurídicos. En su opinión, aunque el derecho a la objeción de conciencia no es ilimitado, sí cabria su reconocimiento por vía jurisdiccional porque el art. 16 CE incluye, como en ocasiones ha señalado el TC, "una dimensión externa de agere licere que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros".

Pero, comoquiera que las tensiones entre el derecho de los padres y la competencia del Estado son históricas y recurrentes, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tuvo ya ocasión de pronunciarse en 1976 en el Caso Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca, señalando que, si bien es cierto que la competencia de los Estados permite difundir, a través de la educación, contenidos que, directa indirectamente, tengan carácter moral o religioso, el límite infranqueable son las convicciones de los padres. Así, en el caso de que el currículum comprenda estas materias, deben abordarse de manera objetiva y neutral, sin que pueda considerarse adoctrinamiento su exposición de manera general y sin perjuicio del derecho de los padres a ejercer su función de educadores y guiarles conforme a sus convicciones[32]. También este pronunciamiento contó con un voto disidente, el del Juez Verdross, al entender que, a pesar de que algunos contenidos se impartan de manera objetiva, pueden lesionar el derecho de los padres si afectan a la formación de la conciencia de los menores.

Sin duda, las consideraciones anteriores sobre la controvertida Educación para la Ciudadanía bien pueden servir de guía para el desarrollo normativo de la materia Educación en Valores Cívicos y Éticos.

IV. ¿EL DERECHO DE LOS PADRES EN PELIGRO CON LA LOMLOE?

De todos es sabido que el art. 27.1 de la Constitución reconoce la libertad de enseñanza explícitamente y, de acuerdo con la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, debe entenderse "como una proyección de la libertad ideológica

32 TEDH. Caso Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca. Sentencia de 7 diciembre 1976. En este sentido, pueden verse también, entre otras, TEDH. Caso Alejandro Jiménez Alonso y Pilar Jiménez Merino contra España. Decisión de 25 mayo 2000; TEDH. Caso Folgero y otros contra Noruega. Sentencia de 29 junio 2007; TEDH. Caso Appel Irrgang y Otros contra Alemania. Decisión de 6 octubre 2009; TEDH. Caso Lautsi y Otros contra Italia. Sentencia de 18 marzo 2011.

y religiosa y del derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas u opiniones [...][33]". Por tanto, no tiene un contenido único sino que está integrada por un conjunto de derechos y libertades que, por su posición dentro del texto constitucional, son auténticos derechos fundamentales.

Siendo así, la libertad de enseñanza tendría un doble aspecto, positivo y negativo. Positivo, integrado por el derecho a crear centros docentes (que comprende el derecho a dirigir y gestionar, a establecer su ideario propio y aceptar el proceso de admisión del alumnado) y el derecho de los padres a elegir el centro que consideren más adecuado para la formación de sus hijos. Pero, también tendría un lado negativo representado por la prohibición a los poderes públicos de intervenir en las cuestiones organizativas de los centros privados, sean éstos concertados o no[34].

Por tanto, el derecho de los padres a elegir la formación de sus hijos forma parte del contenido esencial del derecho, entendiendo por contenido esencial "aquella parte del contenido de un derecho sin la cual éste pierde su peculiaridad o, dicho de otro modo, lo que hace que sea recognoscible como derecho perteneciente a un determinado tipo. Es también aquella parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución el derecho se otorga[35]".

Sin embargo, algo tan básico como la responsabilidad de los padres en la educación de sus hijos y el derecho a que reciban la formación moral y religiosa que esté de acuerdo con sus convicciones se ha visto puesto en tela de juicio por la propia Ministra de Educación, Isabel Celaá. En efecto, en la sesión inaugural del XV Congreso de Escuelas Católicas, celebrada el 14 de noviembre de 2019, la titular en funciones del Ministerio señalaba que "De ninguna manera puede decirse que el derecho de los padres a escoger una enseñanza religiosa o a elegir centro educativo podrían ser parte de la libertad de enseñanza. Esos hechos, los de elegir centros, formarán parte de derechos que puedan tener los padres, madres en las condiciones legales que se determinen pero no son emanación estricta de la libertad reconocida en el artículo 27 de la Constitución Española". Ante la polémica suscitada, el mismo día el Ministerio emitía un comunicado ratificando las palabras de la Ministra. Sin embargo, este debate no es nuevo. La Constitución de

33 STC 5/1981, de 13 de febrero (RTC 1981, 5). F.J.7°.

34 Calvo Charro, M.: "La libertad de elección de centro docente. Historia de la conculcación de un derecho fundamental", *Asamblea: Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 14, 2006, p. 85.
En este sentido, puede verse también la Jurisprudencia Constitucional más reciente. Por todas, la STC 74/2018, de 5 de julio al señalar que la libertad de enseñanza proclamada en el art. 27, 1 de la Constitución comprende "la doble facultad de los padres de elegir el centro docente de sus hijos, que podrá ser de titularidad pública o privada, y de elegir la formación religiosa o moral que se ajuste a sus propias convicciones [...]". STC 74/2018, de 5 de julio (RTC 2018, 74). F.J. 4°.

35 STC 11/1981, de 8 de abril (RTC 1981, 11). F.J. 10°.

1978 reconoce el derecho a la educación y la libertad de enseñanza en el mismo apartado del art. 27, algo que sí resultaría novedoso porque, tradicionalmente, no se podían reivindicar el uno y la otra simultáneamente[36]. De ahí la grandeza de la norma y su significación como paradigma del consenso. Y si bien no se reconocían, de manera expresa, el derecho a la dirección de los centros por su titular y el derecho de los padres a la elección de centro, la introducción del art. 10.2 de la Constitución obliga a incluirlos por la remisión que el precepto hace a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Tratados Internacionales ratificados por España.

Las palabras de la Ministra recuerdan filosofías propias de aquellos regímenes que pretenden trasladar al Estado la educación de los hijos, relevando a los padres de esa responsabilidad. No olvidemos que el Anteproyecto de la LOMLOE, presentado en noviembre de 2018, pretendía eliminar como principio del sistema educativo el reconocimiento del papel de los padres y tutores legales como primeros responsables de la educación; siendo el Consejo Escolar del Estado, en su Dictamen 1/2019, el que consideró esta función como "esencial", entendiendo que no enunciar tal principio parecía "pretender anular este papel fundamental, apuntando a un modelo educativo incompleto y negador de una realidad evidente en el hecho educativo de los alumnos".

Sin embargo, no ha sido ésta la única vez en la que la Ministra ha puesto en tela de juicio la libertad de enseñanza y el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación moral y religiosa que sea conforme a sus convicciones. Precisamente, el 17 de enero de 2020, la Ministra Celaá, en la rueda de prensa posterior al Consejo de Ministros, informó que el Gobierno de España recurriría a los Tribunales si el Gobierno de Murcia no atendía su solicitud de retirada del pin parental. Como argumento señalaba que "el pin parental vulnera el derecho fundamental a ser educado" porque "el derecho fundamental que asiste a toda persona le asiste desde su nacimiento y no podemos pensar de ninguna de las maneras que los hijos pertenecen a los padres[37]". Pero, esta afirmación tampoco extraña si analizamos su primera comparecencia en la que señalaba que uno de

36 En este sentido, Fernández-Miranda señala que "a lo largo de la historia constitucional española, libertad de enseñanza y derecho a la educación rara vez han sido reivindicados simultáneamente; antes al contrario, se presentaban enfrentados como postulados excluyentes". Fernández-miranda Campoamor, A.: *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación. Los derechos educativos en la Constitución Española*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, p. 13.
En parecidos términos se pronuncia Cámara Villar al considerar que "el rasgo más destacado del art. 27 es la integración dialéctica del derecho a la educación y la libertad de enseñanza, expresando así la igualmente dialéctica relación general entre igualdad y libertad y proporcionando el camino para la resolución del históricamente sobredeterminado enfrentamiento entre los modelos de la escuela pública y la escuela privada". Cámara Villar, G.: "Las necesidades del consenso en torno al derecho a la educación en España", *Revista de Educación*, núm. 344, 2007, p. 67.

37 GOBIERNO DE ESPAÑA. *LA MONCLOA* [en línea]. Lamoncloa.gob.es, 2020 [consulta: 18 de enero de 2020]. Disponible en: https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/resumenes/Paginas/2020/170120-cministros.aspx.

los obstáculos para la consecución de un pacto educativo había sido no reconocer que el derecho a la educación recae sobre los hijos, insistiendo en que "el derecho a la educación siempre recae sobre el individuo, que son sujetos de aprendizaje; no recae sobre las familias ni sobre los territorios ni sobre las religiones[38]". Que los derechos fundamentales corresponden a las personas desde su nacimiento, está fuera de duda, por lo que la afirmación de la Ministra resultaría innecesaria. Pero, consideramos que tal aseveración debiera ser matizada: evidentemente, el titular del derecho a la educación es el educando. No obstante, los padres, como titulares de la patria potestad, deben procurar a sus hijos la necesaria protección, mientras sean menores, y guiarles en el ejercicio del derecho, mientras no tengan capacidad de obrar plena. No perdamos de vista que la propia Constitución en su art. 39.3 establece la obligación de los padres de prestar asistencia de todo orden a sus hijos, durante su minoría de edad y en los casos que legalmente proceda o el art. 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que atribuye a la familia, además de la condición de "elemento natural y fundamental de la sociedad", la responsabilidad del cuidado y educación de los hijos a su cargo. Y no nos valdría en este punto el argumento utilizado por el PSOE en el recurso contra la LOMCE al señalar que la remisión que realiza el art. 10.2 CE no puede tener en cuenta tratados preconstitucionales, puesto que el propio Tribunal Constitucional, al resolver el recurso, señaló que, si bien la norma interpretativa contenida en el art. 10.2 CE lleva implícita la interpretación evolutiva, no es menos cierto que "la obligación de interpretar las normas constitucionales sobre derechos fundamentales de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales en la materia no se limita a aquellos convenios firmados o ratificados por España con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución[39]". Precisamente, el grado de madurez de los menores aconseja limitar su capacidad de obrar en aras de su protección, confiando a las instituciones tuitivas su cuidado y atribuyéndoles su representación legal. Y consideramos que, en el ámbito de la educación, esta realidad también debe proyectarse[40]. Como señaló en su día Nogueira Soriano, "el derecho a la educación se predica exclusivamente del alumno, mientras que el derecho educativo paterno es un derecho de defensa frente a las intromisiones estatales en el campo de la enseñanza[41]".

38 Diario de Sesiones. Congreso de los Diputados, Comisión de Educación y Formación Profesional, núm. 572, de 11 de julio de 2018. XII Legislatura (2016-2019). p. 9.

39 STC 31/2018, de 10 de abril (RTC 2018, 31). F.J. 4º.

40 En este sentido, Martínez López-Muñiz considera que "los derechos educativos de los menores se traducen en ciertos derechos de los padres, cuyo ejercicio se justifica en una traslación por vía de representación desde la esfera propia de sus mismos hijos, además, de, como hemos dicho, venir exigidos por la posición jurídica que a los mismos padres corresponde". Martínez López-Muñiz, J. L.: "La educación en la Constitución Española (Derechos fundamentales y libertades públicas en materia de enseñanza)", *Persona y Derecho*, núm. 6, 1979, p. 245.

41 Nogueira Soriano, R.: *Principios constitucionales del sistema educativo español,* Ministerio de Educación y Ciencia. Centro de Publicaciones, Madrid, 1988, p. 159.

Considerando estos antecedentes, parece que sobran los motivos para que los nuevos principios incorporados en la ley educativa y la introducción de la materia "Educación en Valores Cívicos y Éticos" hayan despertado suspicacias. Habrá que estar atentos al desarrollo normativo y vigilar si ese desarrollo cumple los límites que ya señaló la Jurisprudencia. En otro caso, aventuramos conflictos que requerirán pronunciamiento judicial.

IV. REFLEXIÓN FINAL.

La LOMLOE, aprobada en diciembre de 2020 y presentada como una simple modificación legal cuyo objetivo era "revertir los cambios promovidos por la LOMCE", encierra, sin embargo, en su articulado aspectos controvertidos que exceden con mucho de una simple reforma para convertirse en un nuevo sistema que podría chocar con los derechos y libertades educativas incluidos en la Constitución de 1978.

Su tramitación, tampoco está exenta de polémica, no solo por haberse producido durante una pandemia mundial y, por tanto, carente de urgencia y necesidad, sino también por lo acelerado de todo el proceso, tanto en el Congreso como en el Senado. Su primera debilidad, por tanto, sería la ausencia de diálogo, lo que nos obliga a vaticinar lo escaso de su duración: una ley con fecha de caducidad. Además, su aprobación en el Congreso, por 177 votos a favor, superó por uno solo la mayoría absoluta que exige la Constitución para las Leyes Orgánicas, lo que subraya que la mitad de la Cámara votó en contra haciendo imposible pensar que se trata de una ley consensuada.

Es una norma que "revive" la LOE, pero trata de actualizarse acudiendo al barniz de la defensa de los derechos de los niños, la protección de las personas con discapacidad o el respeto a la diversidad afectivo-sexual. Pero, en realidad, responde a un cambio de paradigma que desconoce la realidad de la educación y resucita innecesariamente problemas educativos para construir el modelo político e ideológico que se quiere implantar. Por esa falta de preocupación por los problemas de la educación, pierde la oportunidad de regular medidas de política educativa imprescindibles como potenciar la autonomía de todos los centros, públicos y concertados, u ordenar el proceso de formación, selección y evaluación de los docentes. Sin embargo, la educación tiene una importancia vital tanto para el individuo como para la sociedad. Sirve para construir y desenvolver la personalidad, pero, al mismo tiempo favorece la convivencia, es garantía de progreso y crecimiento y, por tanto, básica para el desarrollo de cualquier país. No obstante, la educación no se limita a la mera instrucción (en este caso no sería capaz de cumplir su objeto de "pleno desarrollo de la personalidad humana" del art. 27. 2 CE) sino que comprende la transmisión de valores y principios. Es en este punto en el que cobra importancia el ejercicio de la patria potestad y el derecho

de los padres a que sus hijos reciban la formación moral y religiosa conforme a sus convicciones. Aunque, evidentemente, este derecho no puede traducirse en la censura de ciertos contenidos cuya programación corresponde al Estado y que no pueden depender de opciones individuales, sí tiene un aspecto negativo que permite a los padres oponerse a una formación que no sea respetuosa con sus convicciones.

Es indudable que la actividad del Estado en materia de educación es esencial y obligada, no solo para garantizar la efectividad del derecho y su carácter prestacional sino también para asegurar una programación que vele por el pluralismo propio de un Estado democrático. Pero, en este segundo aspecto, debe exigirse al Estado la más escrupulosa objetividad, de manera que se respete el derecho de los padres. El Estado puede incluir en su programación materias que estén relacionadas, directa o indirectamente, con la transmisión de valores y principios, pero solo aquellos que deriven directamente de la Constitución, sin que pueda invadir la intimidad ni incorporar valores morales que la Norma Suprema dejó fuera de la competencia del Estado al establecer la garantía del art. 27.3 CE. El Estado debería evitar aquellos contenidos ideológicos que solo responden a intereses puntuales, pero que no tienen soporte constitucional.

Sin embargo, la reciente LOMLOE incluye entre sus artículos aspectos que pueden traducirse en una amenaza para este derecho paterno. Esta nueva regulación resucitará el debate recurrente entre la competencia de los poderes públicos y el derecho educativo paterno y, seguramente motivará nuevos pronunciamientos jurisdiccionales.

BIBLIOGRAFÍA

Asensio Sánchez, M. A.: "Las funciones educativas paternas y su proyección en el sistema educativo constitucional", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado,* núm. 52, 2020.

Calvo Charro, M.: "La libertad de elección de centro docente. Historia de la conculcación de un derecho fundamental", *Asamblea: Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 2006, núm. 14, 2006.

Cámara Villar, G.: "Las necesidades del consenso en torno al derecho a la educación en España", *Revista de Educación*, núm. 344, 2007.

Fernández-miranda Campoamor, A.:

- *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación. Los derechos educativos en la Constitución Española*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988.

- "Educación para la Ciudadanía. Una perspectiva constitucional", en López Castillo, A. (coord.): *Educación en Valores. Ideología y religión en la escuela pública*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

Linacero de la Fuente, M.: *Derecho de la persona y de las relaciones familiares,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

Martín-Retortillo Baquer, L.: "La presencia de los padres en el derecho a la educación", *Revista Española de Derecho Administrativo,* núm. 161, 2014.

Martínez López-Muñiz, J. L.: "La educación en la Constitución Española (Derechos fundamentales y libertades públicas en materia de enseñanza)", *Persona y Derecho*, núm. 6, 1979.

Nogueira Soriano, R.: *Principios constitucionales del sistema educativo español,* Ministerio de Educación y Ciencia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1988.

Vivancos Comes, M.: "Educación afectivo sexual y reproductiva reapertura de un conflicto jurídico-constitucional", en Souto Paz, J. A. y Souto Galván, C. (coord.): *Educación y Libertad*, Dykinson, Madrid, 2012.

COMENTARIOS DE SENTENCIAS

EL NUEVO ESCENARIO DEL ORDEN PÚBLICO EN EL ARBITRAJE. COMENTARIO A LA STC DE ESPAÑA, SALA PRIMERA, NÚM. 17/2021, DE 15 DE FEBRERO (REC. 3956/2018)

THE NEW SCENARIO OF PUBLIC ORDER IN ARBITRATION. COMMENTARY TO THE SPANISH CONSTITUTIONAL COURT JUDGMENT, FIRST CHAMBER, NO. 17/2021, OF 15 FEBRUARY (REC. 3956/2018)

Rev. Boliv. de Derecho Nº 32, julio 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 1022-1031

Ana Isabel
BLANCO
GARCÍA

ARTÍCULO RECIBIDO: 26 de abril de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 30 de abril de 2021

RESUMEN: El TC delimita el concepto y alcance de orden público, el deber de motivación y el control judicial en el marco de la acción de anulación de laudos arbitrales. Rechazo del TC a la línea jurisprudencial del TSJ de Madrid relativa al ensanchamiento del concepto de orden público y se impide la revisión del fondo del asunto a través de la anulación.

PALABRAS CLAVE: Laudo arbitral; nulidad; orden público; motivación.

ABSTRACT: *The Constitutional Court delimits the concept and scope of public order, the requirement to state the grounds and the judicial review within the framework of the action for annulment of arbitral awards. The Constitutional Court rejects the jurisprudential line of the High Court of Justice of Madrid regarding the broadening of the concept of public policy and prevents the review of the merits of the case through the action for annulment.*

KEY WORDS: *Arbitral award; nullity; public order; grounds for the outcome.*

SUMARIO.- COMENTARIO: I. EL ARBITRAJE COMO EQUIVALENTE JURISDICCIONAL, NO COMO IDENTIDAD.- II. LA MOTIVACIÓN DEL LAUDO Y EL CRITERIO DE SUFICIENCIA: LA NO APLICACIÓN EXTENSIVA DEL CONCEPTO DE "ORDEN PÚBLICO".- III. EL LAUDO ARBITRAL A EXAMEN: LÍMITES DEL CONTROL JUDICIAL.

SUPUESTO DE HECHO

LA STC núm. 17/2021, 15 febrero 2021 (Rec. de amparo 3956/2018) resuelve sobre el recurso de amparo promovido el día 10 de julio de 2018, contra la STSJ Madrid, 8 enero 2018 y el ATSJ Madrid, 22 mayo 2018 (ambos, Rec. 52/2017), en procedimiento de nulidad de laudo arbitral, dictado en equidad el 6 de abril de 2017, aclarado con fecha 25 de abril de ese mismo año.

El motivo de impugnación del laudo fue la ausencia de justa causa para decretar la disolución y liquidación de la sociedad, con la consiguiente apertura de la sección de liquidación y el cese de los administradores, ahora contendientes en todo este proceso y, por ende, se alegaba la vulneración del orden público (económico) y del principio de autonomía de la voluntad por la extralimitación de los márgenes del convenio arbitral. Asimismo, mediante la acción de anulación se atacaba la motivación y valoración de la prueba del laudo, por arbitraria y parcial.

El TSJ Madrid declaró la nulidad del laudo impugnado el 8 de enero de 2018 mediante sentencia estimatoria, alegando la no vulneración del orden público por la disolución de una sociedad por abuso de derecho de un socio, pero sí a causa de la infracción del derecho a la tutela judicial en su vertiente de derecho a una resolución motivada y a la valoración de la prueba practicada ante el árbitro.

Con fecha 14 de febrero de 2018 se formula por las demandantes de amparo un incidente excepcional de nulidad de actuaciones, resuelto a través de ATSJ Madrid 22 mayo 2018, desestimándose al considerar que no existe ninguna vulneración de la tutela sino una discrepancia con la resolución objeto de impugnación.

El 16 de septiembre de 2019, el TC admite a trámite la demanda de amparo, instándose a las partes a presentar las alegaciones que estimaran pertinentes, quienes procedieron a hacer lo propio, tratando de argumentar a favor y en contra

• Ana Isabel Blanco García
Profesora Contratada Doctor del Departamento de Derecho Administrativo y Procesal de la Universitat de València. Secretaria académica del Máster en Derecho, Empresa y Justicia de la UV. Codirectora de la Maestría en Derecho Bancario, Seguros y Mercados Financieros en la Universidad San Carlos de Guatemala y miembro del Grupo MedArb. Entre sus líneas de investigación destaca la tutela del cliente bancario, las cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria y las ADRs, en especial, la mediación y el arbitraje. Correo electrónico: A.Isabel.Blanco@uv.es.

de la falta de motivación del laudo. Por su parte, el Ministerio Fiscal también formuló sus alegaciones al respecto, entregando su escrito el 20 de diciembre de 2019. La postura del Fiscal es favorable a la estimación del recurso de amparo a causa de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva durante el procedimiento de nulidad del laudo arbitral ante el TSJ Madrid.

El Fiscal considera que el objeto o causa a enjuiciar versa sobre la vulneración del derecho constitucional de tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a obtener una resolución (judicial) motivada. Asimismo, partiendo del deber de los árbitros de motivar los laudos emitidos, se plantea si cabe control del mismo y, en concreto, cuáles son los límites del órgano jurisdiccional a la hora de ejecutar dicho control. En este asunto, concluye que el órgano arbitral y, posteriormente el judicial, no han tenido en cuenta durante la deliberación los resultados de los procedimientos judiciales preexistentes entre las partes, en los que se reafirmó el derecho del socio al voto múltiple. Un escrito de alegaciones crítico con el proceder del TSJ de Madrid.

El 17 de febrero de 2020 se solicita el acceso al escrito del Fiscal para asegurar la igualdad de armas procesales.

Finalmente, con fecha 11 de febrero de 2021 se señala para deliberación y votación de la sentencia, publicada el 15 de febrero y cuyas consecuencias jurídicas son: primera, la declaración de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) de las demandantes de amparo; segunda, la declaración de nulidad de la STSJ Madrid y del ATSJ Madrid, con el restablecimiento a las recurrentes de sus derechos y; tercera, la retroacción de las actuaciones al momento anterior al dictado de la STSJ Madrid impugnada.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

1. El TC refrenda que el fundamento del arbitraje es la autonomía de la voluntad de las partes *ex* art. 10 LA, cambiando la visión de que se trataba del derecho a la tutela judicial efectiva *ex* art. 24 CE.

2. La expresión "equivalente jurisdiccional" se predica respecto del efecto de cosa juzgada coincidente en las resoluciones judiciales y arbitrales.

3. La naturaleza del deber de motivación difiere entre las resoluciones judiciales y arbitrales, de forma que en estas últimas se trata de un requisito de configuración legal, pero no parte del derecho a una tutela judicial efectiva *ex* art. 24 CE. Por tanto, el laudo debe contener los argumentos, debe estar motivado, pero en ningún caso la legislación alude a la necesidad de que esta motivación deba ser suficiente.

4. El hecho de que "orden público" sea un concepto jurídico indeterminado y poco nítido, no puede servir para llevar a cabo una interpretación extensiva que vulnere el derecho de disposición del objeto del proceso de anulación del laudo.

5. La impugnación del laudo debe realizarse solamente por motivos formales, contenidos expresamente en la legislación arbitral.

6. El órgano judicial debe realizar un control externo de la validez del laudo. Sin embargo, no está facultado para realizar una revisión del fondo del asunto sometido a arbitraje con la excusa de una pretendida vulneración de orden público, por cuanto ello excede del alcance de la acción de anulación.

COMENTARIO

I. EL ARBITRAJE COMO EQUIVALENTE JURISDICCIONAL, NO COMO IDENTIDAD.

En el último año, el TC se ha convertido en el gran defensor del arbitraje como medio alternativo de resolución de controversias, blindándolo y aportando seguridad jurídica al mundo arbitral en España. Esta STC 15 febrero 2021 es la segunda de las tres sentencias dictadas recientemente, siguiendo la línea ya pautada por la STC núm. 46/2020, 15 junio 2020 (Rec. de amparo 3130/2017) y a la que se ha unido la STC núm. 65/2021, 15 marzo 2021 (Rec. de amparo 976/2020) que desmonta el escenario arbitral creado por el TSJ Madrid en los últimos años. Sentencias que se han convertido en un referente, un hito en el desarrollo del arbitraje en plazas españolas que, seguramente, servirá para generar confianza en el funcionamiento del mismo y aumentar el número de arbitrajes, tanto nacionales e internacionales. Todo ello redunda positivamente en el impulso del arbitraje, colocando a las instituciones arbitrales españolas en una posición ventajosa para convertirse en sedes seguras para la práctica arbitral.

Esta STC revoca las resoluciones del TSJ Madrid por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión *ex* art. 24.1 CE, vital para la supervivencia de los derechos y libertades de la ciudadanía. Ello conlleva, en consecuencia, la nulidad de actuaciones y la consiguiente exigencia de retroacción de las mismas hasta el momento anterior al dictado de la resolución, de forma que ésta sea emitida nuevamente, pero ahora con respeto a los derechos fundamentales.

La doctrina ya asentada del TC ha venido considerando al arbitraje como un "equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada)" [STC núm. 174/1995, 23 noviembre 1995, F.J. 3. (Cuestiones de inconstitucionalidad 2112-1991,

2368-1995)]. Asimismo, "[L]a función que ejerce el árbitro es parajurisdiccional o cuasijurisdiccional y en ese "casi" está el *quid* de la cuestión. Efectivamente, la inexistencia de jurisdicción en sentido propio se traduce en la carencia de potestas o poder" [ATC núm. 259/1993, 20 julio 1993, F.J. 1. (Rec. de amparo 395-1993)].

Además, la expresión "equivalente jurisdiccional" se predica respecto del efecto de cosa juzgada coincidente en las resoluciones judiciales y arbitrales, pero no puede atribuirse una exigencia de identidad entre ambos tipos de procesos.

Con ello se logra reforzar el principio de autonomía de la voluntad de las partes, clave para el impulso del arbitraje. En este sentido, el TC refrenda que el fundamento del arbitraje es la autonomía de la voluntad de las partes *ex* art. 10 LA, cambiando la visión de que se trataba del derecho a la tutela judicial efectiva *ex* art. 24 CE. Esta apreciación resulta fundamental para comprender la importancia y repercusiones que acarreará esta Sentencia aquí comentada, especialmente en lo que concierne a la injerencia de los órganos judiciales en el criterio arbitral adoptado.

II. LA MOTIVACIÓN DEL LAUDO Y EL CRITERIO DE SUFICIENCIA: LA NO APLICACIÓN EXTENSIVA DEL CONCEPTO DE "ORDEN PÚBLICO".

La línea jurisprudencial marcada por el TC desde la STC 46/2020 busca reordenar conceptos y restituir al arbitraje la seguridad que la aplicación extensiva e injustificada de orden público –concepto jurídico indeterminado- recogido *ex* art. 41.1.f) LA por parte del TSJ Madrid había menoscabado en los últimos años. Estamos ante la respuesta a este escenario creado por este tribunal cuyo resultado ha sido el incremento de las reticencias a considerar Madrid como sede de arbitrajes, lo que contraviene uno de los objetivos de la normativa propia arbitral.

Este nuevo panorama arbitral creado por el TSJ Madrid tiene como origen la interpretación particular y extensiva del concepto de orden público, que permitía a la Sala ordenar la anulación de laudos con base en la posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. A tal fin, procedía con la revisión sobre el fondo del asunto, sobre los argumentos que componían la motivación de esta resolución arbitral. Este control judicial traspasa los márgenes del control formal del laudo, pues se trata de un control material del mismo. El TSJ Madrid consideraba aplicable el criterio de suficiencia de la motivación para apreciar arbitrariedad en la resolución arbitral y, en consecuencia, su nulidad.

En opinión de la Sala, el laudo impugnado "no da respuesta a todas las cuestiones planteadas en el arbitraje, no valora las pruebas en su integridad, y no contiene una motivación suficiente para llegar a una conclusión tan importante

como la disolución de una sociedad por una causa asimilada a la legal, el abuso del derecho, ya que si bien es cierto que el arbitraje de equidad tiene su base en las condiciones fácticas del caso específico, lo que implica una flexibilidad del mismo, incluso siendo posible apartarse de la aplicación de las normas jurídicas estrictas, cuando los hechos especiales del caso así lo requieren, tal y como acertada y extensamente trata el tema el árbitro, para que la resolución o resoluciones sean equitativas o justas, lo cierto es que en los arbitrajes de equidad el árbitro o tribunal arbitral debe evaluar las pruebas y justificar en el laudo arbitral de equidad la resolución o resoluciones contenidas en el mismo. De tal manera que las bases de equidad parten de los hechos, los que se evalúan y justifican una determinada decisión considerando inclusive las particularidades de la controversia planteada, por cierto muy prolija, lo que entendemos que no ha llevado a cabo el árbitro en el presente caso, por lo que la motivación del laudo debe ser considerada arbitraria por falta de motivación suficiente".

Ahora bien, el TC viene a dar carpetazo a esta práctica arbitral, entendiendo que este tipo de actuaciones sobrepasan los límites constitucionales, esto es, el "canon constitucional de razonabilidad de las resoluciones judiciales (…) del deber de motivación y congruencia".

Si bien hablamos de "equivalencia jurisdiccional" entre el proceso judicial y el procedimiento arbitral, debemos aclarar que la naturaleza del deber de motivación difiere entre las resoluciones judiciales y arbitrales, de forma que en estas últimas se trata de un requisito de configuración legal *ex* art. 37.4 LA, pero no parte del derecho a una tutela judicial efectiva *ex* art. 24 CE. En otras palabras, la motivación del laudo es un requisito de legalidad ordinaria, mientras que la motivación de la sentencia es requisito constitucional. A la vista de esta diferencia, todo laudo debe contener los argumentos que justifican la decisión arbitral (estimatoria o desestimatoria de acuerdo con el éxito o fracaso de las pretensiones), salvo que exista acuerdo en contrario de las partes o que el órgano arbitral lo estime inapropiado atendiendo a la conducta de las partes [STSJ Madrid, 26 e abril 2017 (Rec. 88/2016)].

El laudo debe, pues, estar motivado, pero en ningún caso la legislación alude a la necesidad de que esta motivación deba ser suficiente o idónea a criterio del juzgador. En caso de que el laudo fuera irrazonable, arbitrario o incluyera un error patente, será un laudo con motivación deficiente, no siendo una vulneración del orden público, sino la infracción del deber del art. 37.4 LA. En este sentido se pronuncia con detalle el TC, pues entiende que la motivación no "requiere una argumentación exhaustiva y pormenorizada de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, pues el derecho a obtener una resolución fundada, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad

e irrazonabilidad y ello, en materia de arbitraje, implica que la resolución ha de contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos o de equidad que fundamentan la decisión, que no deben resultar arbitrarios".

En suma, el art. 37.4 LA se limita a prever que "el laudo será siempre motivado", pero en ningún momento interpreta este deber de motivación en los mismos términos que lo hace la legislación procesal civil respecto del papel de los jueces, dado que siempre se indica la equivalencia entre estos dos sistemas de solución de conflictos, pero nunca se ha impuesto la identidad. Al contrario, la legislación arbitral es parca en la regulación de este deber, limitándose a señalar un listado *numerus clausus* de motivos por los cuales un laudo arbitral podría ser anulado (art. 41 LA). En particular, alude a defectos en el desarrollo del procedimiento y, en cuanto al fondo, a la existencia de pronunciamientos sobre cuestiones no sometidas a su decisión o no susceptibles de arbitraje y a que el laudo en sí mismo contraríe el orden público. Por tanto, se confirma que no existe una exigencia legal de motivación en los términos del proceso judicial, sino que se limita a instar al órgano arbitral a exponer los argumentos que sustentan su decisión final, sin que el criterio de suficiencia sea aplicable en el arbitraje como causa de anulación del laudo.

III. EL LAUDO ARBITRAL A EXAMEN: LÍMITES DEL CONTROL JUDICIAL.

El TC deja claro en esta Sentencia su contrariedad con la opinión del TSJ Madrid sobre el alcance y contenido de orden público y la injerencia del tribunal en el resultado del arbitraje.

En este sentido, la doctrina del TC entronca con una máxima del arbitraje, que no es otra que la primacía de la voluntad de las partes y el principio de intervención mínima del Estado. De ahí que se dote al órgano arbitral de auctoritas, pero no de potestas, exclusiva de los tribunales jurisdiccionales. El arbitraje, por su propia esencia como medio extrajudicial de solución de conflictos, conlleva la imposibilidad de que los órganos jurisdiccionales intervengan en la decisión de la controversia. De esta forma, resulta una obviedad que en el arbitraje rige el principio de intervención mínima del Estado ["Se recoge en cierto modo el principio ubi partes sunt concordes nihil abjudicem (donde las partes están de acuerdo, no hay necesidad de juez)". Fernández Rozas, J. C. y Artuch Iriberri, E.: "Validez y Eficacia del Convenio Arbitral Internacional", en aa.vv.: Tratado de Derecho Arbitral. El Convenio Arbitral (dir. por Soto Coaguila, C. A.), Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2011, p. 769].

El órgano judicial no puede entrar a valorar la "idoneidad, suficiencia o la adecuación" de la argumentación del laudo, sino limitarse a comprobar la existencia

de tal argumentación (motivación). Es más, cualquier laudo que sea "irrazonable, arbitrario o haya incurrido en error patente" presentará un defecto de motivación que, a su vez, constituirá una infracción del requisito legal de motivación del art. 37.4 LA, pero no causa para una revisión judicial sobre el fondo del asunto.

Permitir este control exhaustivo conllevaría una habilitación del órgano judicial a suplir al órgano arbitral en sus funciones o, peor aún, crear una segunda instancia con facultades judiciales para entrar a conocer el fondo del asunto. Al respecto, no podemos desconocer la naturaleza del arbitraje ni el efecto negativo que sobre la ordenación del arbitraje deriva de todo convenio arbitral, cuyas consecuencias se reducen en la exigencia de la mínima injerencia de los tribunales ordinarios en la tutela arbitral.

Por tanto, con esta decisión de limitar el control judicial del laudo arbitral se busca garantizar la autonomía de la institución del arbitraje, eximiendo a las decisiones arbitrales de la apreciación de los hechos o de las pruebas aportadas, del derecho material o del razonamiento lógico seguido para resolver. Ahora bien, este impedimento no merma ni afecta al control formal de la aplicación de la normativa y de la adecuación del laudo al orden público.

Se puede afirmar que el papel de los órganos competentes de resolver las acciones de anulación de laudos arbitrales debe constreñirse a la comprobación de errores *in procedendo* o a la ausencia de motivación, pero no a la fiscalización del contenido o línea argumental del laudo. Lo contrario sería abrir una puerta para que el órgano jurisdiccional reexaminase el contenido del laudo arbitral, desvirtuando con ello la esencia del arbitraje, que no es otra que el principio de autonomía de la voluntad de las partes.

Por consiguiente, si antes hemos indicado que el arbitraje se asemeja a la vía judicial en cuanto a los efectos de cosa juzgada de sus resoluciones, ahora no podemos obviar la realidad de que las partes eligen someter su disputa a arbitraje, renunciando o rechazando las reglas propias de la vía judicial. Decisión que debe ser respetada, vetando la actuación de jueces y magistrados para entrar a conocer del fondo del asunto, resuelto en arbitraje, pues de lo contrario veríamos frustrada la eficacia de la cosa juzgada del laudo y de su fuerza ejecutiva y, con ello, se lesionaría el derecho constitucional a una tutela judicial efectiva sin indefensión.

DISCRIMINACIÓN INDIRECTA POR PERTENENCIA A MINORÍA NACIONAL: DENEGACIÓN DE PRESTACIÓN DE VIUDEDAD EN EL CASO DE MATRIMONIO CELEBRADO SEGÚN EL RITO GITANO (COMENTARIO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA 1/2021, DE 25 DE ENERO)

INDIRECT DISCRIMINATION DUE TO BELONGING TO A NATIONAL MINORITY: DENIAL OF WIDOWHOOD BENEFITS IN THE CASE OF A MARRIAGE CELEBRATED ACCORDING TO THE GYPSY RITE (COMMENT OF THE SPANISH TRIBUNAL CONSTITUTIONAL 1/2021, OF JANUARY 25)

Rev. Boliv. de Derecho Nº 32, julio 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 1032-1051

Antonio
FOLGOSO
OLMO

ARTÍCULO RECIBIDO: 25 de mayo de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 31 de mayo de 2021

RESUMEN: La sentencia comentada descarta que la doctrina Muñoz Díaz sea aplicable a todos los supuestos de matrimonio gitano. Además, considera que la denegación de efectos a la unión celebrada según dicho rito no resulta discriminatoria. Se comenta críticamente dicha conclusión, entendiendo que el análisis de las singularidades del pueblo gitano debe llevar a concluir la existencia de discriminación indirecta.

PALABRAS CLAVE: Discriminación indirecta; minoría nacional; viudedad; rito gitano.

ABSTRACT: *The commented sentence rejects that the Muñoz Díaz doctrine is applicable to all cases of gypsy marriage. In addition, it considers that the denial of effects to the union celebrated according to said rite is not discriminatory. This conclusion is discussed, understanding that the analysis of the singularities of the gypsy people must lead to the conclusion of the existence of indirect discrimination.*

KEY WORDS: *Indirect discrimination; national minority; widowhood; gypsy rite.*

SUMARIO.- SUPUESTO DE HECHO.- I. LA RESOLUCIÓN DE INSTANCIA.- II. LA RESPUESTA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA.- III. LA RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO Y SU VOTO PARTICULAR.- IV. LA DEMANDA DE AMPARO Y POSICIÓN DEL MINISTERIO FISCAL.- DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.- I. ANÁLISIS DE LOS PRONUNCIAMIENTOS PRECEDENTES.- II. DOCTRINA GENERAL SOBRE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN.- III. RESOLUCIÓN EN CUANTO A LA EXISTENCIA DE DISCRIMINACIÓN DIRECTA.- IV. ANÁLISIS RESPECTO DE LA EXISTENCIA DE DISCRIMINACIÓN INDIRECTA.- V. VOTO PARTICULAR FAVORABLE AL OTORGAMIENTO DEL AMPARO.- COMENTARIO.- I. INAPLICABILIDAD DE LA DOCTRINA MUÑOZ DÍAZ.- II. BREVE CARACTERIZACIÓN DEL PUEBLO GITANO E IMPORTANCIA DE SU SISTEMA MATRIMONIAL.- III. DISCRIMINACIÓN INDIRECTA EN EL ACCESO A PRESTACIONES.- IV. EPÍLOGO.

SUPUESTO DE HECHO

La demandante de amparo contrajo matrimonio conforme a los usos y costumbres gitanos, tras lo que convivió con su pareja durante más de quince años, período durante el que no se produjo su inscripción como pareja de hecho. De esa unión nacieron cinco hijos, en cuyo registro sus padres constaron como solteros, indicándose en algunos casos que se trataba de hijos extramatrimoniales o que el matrimonio no existía.

Después de fallecer su marido, solicitó al Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) la prestación de viudedad. Esta fue denegada por la entidad gestora, que rechazó la validez del matrimonio gitano para generar el derecho a la prestación. Tampoco se apreció la existencia de una unión como pareja de hecho al no constar su inscripción como tal en el registro, ni su documentación en escritura pública.

Es de aplicación al presente supuesto el art. 174 de la Ley General de Seguridad Social de 1994 (LGSS/1994), que se corresponde sustancialmente con el contenido de los artículos 219 a 221 y 223.2 de la vigente LGSS, de 2015. En definitiva, y en lo que aquí interesa, para causar dicha prestación se exige que haya existido vínculo matrimonial (art. 174.1 LGSS/1994). Sin embargo, también se reconoce dicha prestación a quienes se encontrasen unidos como pareja de hecho (párrafo primero del art. 174.3 LGSS/1994). En estos casos, el párrafo cuarto del art. 174.3 LGSS/1994 establece dos requisitos documentales: de un lado, la acreditación, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, de una convivencia

• Antonio Folgoso Olmo
Abogado laboralista en ejercicio y doctor en Derecho por la Universidad de Murcia. Máster Universitario en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social a través de la Jurisprudencia por la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid. Líneas de investigación: derechos fundamentales, derechos laborales individuales y derecho concursal laboral. antoniofolgoso@gmail.com.

estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años; de otro, la propia existencia de la pareja de hecho, lo que se acreditará mediante inscripción en alguno de los registros específicos existentes o por documento público.

I. LA RESOLUCIÓN DE INSTANCIA.

La actora formuló demanda, dictando el juzgado de instancia una sentencia desestimatoria de la pretensión. Dicha resolución, pese a reconocer los antecedentes descritos, deniega la prestación por no haberse constituido formalmente el vínculo como pareja de hecho con el causante al menos dos años antes del fallecimiento.

Además, hace expresa referencia al supuesto resuelto por la STEDH de 8 de diciembre de 2009, asunto Muñoz Díaz (TEDH 2009\140), destacando que sus conclusiones no son extrapolables al presente. La STEDH analizó un caso en que la convicción de la demandante de su condición de mujer casada con todos los efectos inherentes a este estado se vio reforzada por la actitud de las autoridades, que habían expedido numerosos documentos públicos compatibles con la existencia de una expectativa legítima a ser considerada como esposa del fallecido. Sin embargo, en el presente supuesto no se da esa circunstancia en tanto que los documentos aportados reflejan que las autoridades en ningún caso reconocieron validez (ni apariencia siquiera) al matrimonio, ya que tanto la actora como el padre de sus hijos aparecen como solteros y todos los hijos como nacidos fuera del matrimonio.

En cuanto a la pretensión de reconocimiento de la convivencia *more uxorio* a fin de acceder a la prestación, señala que la Ley 40/2007 estableció como requisito constitutivo la inscripción como pareja de hecho, lo que no ocurrió en este asunto. Asimismo, se exige un segundo requisito, cual es la convivencia, independiente del anterior, que no se acreditará con la mera existencia de la unión de hecho, de forma que se exigirá también que la pareja haya accedido a los registros públicos indicados en la norma o que se haya constituido mediante documento público, lo que tampoco ha tenido lugar.

II. LA RESPUESTA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA.

Recurrida la anterior resolución en suplicación, el TSJ revocó la sentencia de instancia y reconoció el derecho de la actora a la prestación reclamada. Para alcanzar tal conclusión, considera que, aunque en el libro de familia figuren como solteros la actora y el causante, ese dato no resulta suficiente para desvirtuar su buena fe respecto a la validez y eficacia de su matrimonio contraído bajo el rito gitano. A tal efecto, destaca que en la inscripción de nacimiento de los hijos se reconocía la filiación como hijos naturales, al no existir previa inscripción de

matrimonio civil o canónico, efectuando tal inscripción un funcionario encargado del registro y existiendo libro de familia, lo que evidenciaría una clara intención frente a los organismos públicos de ser entendidos como una unión.

En cuanto a la convivencia, destaca que tuvo lugar durante al menos los últimos quince años y que celebró su unión conyugal en el seno de una realidad social y cultural muy distinta a la actual, cuando la actora no contaba siquiera con la edad quince años, teniendo, además, cinco hijos en común.

Por lo expuesto, descarta que haya tenido lugar un fingimiento doloso del matrimonio que se haya mantenido durante tanto tiempo, con el propósito de tener un futuro derecho a la prestación ahora reclamada. Concluye por tanto que su denegación supondría una discriminación por razones étnicas y culturales.

III. LA RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO Y SU VOTO PARTICULAR.

La entidad gestora interpuso recurso de casación para unificación de doctrina, que fue estimado por la STS de 25 de enero de 2018, RCUD 2401/2016 (RJ 2018\515). El TS considera que la voluntad del legislador se expresa de forma inequívoca en cuanto al establecimiento de una prueba tasada sobre la constitución de la pareja estable, dotándola de fehaciencia (ya sea mediante la inscripción en el registro específico, ya sea por otorgamiento de escritura pública). Al respecto, aprecia que el libro de familia es un documento público que acredita el matrimonio y la filiación (matrimonial, no matrimonial o adoptiva), pero no la existencia de pareja de hecho. Por lo tanto, no entiende cumplidos los requisitos legales.

Tampoco entiende que el caso deba resolverse en atención a los criterios fijados por la STEDH Muñoz Díaz (TEDH 2009\140), donde concurrían unas particularidades (buena fe de la demandante y legítima confianza en los plenos efectos matrimoniales de su vínculo) que no se dan en el presente. Destaca que el TEDH no atribuyó eficacia jurídica al matrimonio gitano, sino a la expectativa generada y a la comprensible buena fe que se advertía, lo que justificaba otorgar el mismo trato dado por el ordenamiento jurídico a supuestos similares. Añade que debe aplicarse la doctrina contenida en la STC 69/2007, de 16 de abril (RTC 2007\69), según la cual el art. 14 CE no da cobertura a la denominada "discriminación por indiferenciación", no reconociéndose así un derecho subjetivo al trato normativo desigual.

Asimismo, entiende que el respeto que merece la unión por el rito gitano no justifica la equiparación a la inscripción registral o documentación pública exigidas en la norma y a las que se otorga naturaleza constitutiva. Además, sostiene que la regulación es neutral desde la perspectiva racial, al carecer de cualquier tipo de connotación étnica. En este sentido, el reconocimiento del derecho haría de peor

condición a aquellos que por razones ideológicas no se han constituido como pareja de hecho en los términos previstos en la norma, viendo por ello denegada su prestación. Por último, considera que la vulnerabilidad de las múltiples minorías étnicas y culturales existentes no puede traducirse en la aplicación de excepciones legales relativas a cada uno de los múltiples aspectos en que puede apreciarse su diversidad étnico-cultural, lo que comprometería gravemente la seguridad jurídica y la uniformidad normativa.

Dicha resolución cuenta con un voto particular, que abogó por la desestimación del recurso. Para ello, parte de la inexistencia de dudas respecto del cumplimiento del requisito de la convivencia, por lo que ciñe el debate a las consecuencias de la falta de inscripción de la pareja en los registros públicos o su constitución en documento público. En este sentido, plantea que la aparente neutralidad del precepto puede implicar que un colectivo como el gitano se vea perjudicado de forma especial debido a sus singulares tradiciones, constituyendo un supuesto de discriminación indirecta. También, aprecia que el cumplimiento de los requisitos formales previstos en la norma resulta redundante, ante las características de la comunidad romaní: para estas parejas, la aceptación de su "ley gitana" les reconoce tanto ante ellos, como a los ojos del resto de su comunidad, como una unidad matrimonial no cuestionada, si cabe con más fuerza que una de las legalmente aceptadas. Se concluye así que, pese a que no cabe inaplicar la norma al colectivo gitano, una interpretación respetuosa con las minorías étnicas justifica la flexibilización de su aplicación cuando, como ocurre en el presente caso, se demuestre que ha existido una convivencia real, efectiva y con carácter marital.

IV. LA DEMANDA DE AMPARO Y POSICIÓN DEL MINISTERIO FISCAL.

Agotado el procedimiento judicial previo, se interpuso la demanda de amparo. Tras ser esta admitida a trámite, las distintas partes comparecieron ante el Tribunal Constitucional ratificando las posiciones sostenidas durante el proceso.

Merece ser destacada la posición del Ministerio Público, cuya intervención se produce por primera vez en esta fase y que aboga por la desestimación del amparo. Al respecto, comienza señalando que España considera válido el matrimonio civil, aplicable a cualquier persona, con independencia de sus creencias. Por su parte, recuerda que nuestro ordenamiento jurídico no reconoce validez al matrimonio gitano, sin que exista tampoco ningún acuerdo con los representantes de dicho pueblo equivalente al existente con los de otras confesiones. Asimismo, recuerda que la jurisprudencia constitucional ya ha descartado que resulte discriminatorio negarle validez al matrimonio gitano.

Por último, reflexiona en torno al rito matrimonial tradicional gitano, que incluye una prueba de virginidad que se realiza a la novia, lo que estima discriminatorio

por razón de sexo. Sostiene que, de aceptarse la validez del rito, sería preciso distinguir entre una pareja de hecho gitana que se hubiese casado según el mismo y otra que tenga los mismos valores culturales pero que rechace la realización de la prueba de virginidad, pese a que decidan convivir maritalmente. Considera que, de esta manera, se premiaría a quienes celebran un rito discriminatorio con el reconocimiento de las prestaciones contempladas para las parejas de hecho sin necesidad de cumplir los requisitos previstos, que sí se exigirían a la segunda pareja, también perteneciente a la misma minoría discriminada (probablemente en mayor medida, en tanto que sufriría además una exposición peyorativa dentro de su comunidad por no aceptar la realización de la prueba de paternidad). Desde esa premisa, concluye que aceptar ese resultado podría desestimular que las mujeres gitanas se aproximen al estándar de igualdad con los hombres.

DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A la vista de lo expuesto, el TC realiza un minucioso análisis de las distintas cuestiones planteadas, para concluir denegando el amparo. Sin embargo, dicha resolución cuenta con un interesante voto particular que igualmente analizaremos.

I. ANÁLISIS DE LOS PRONUNCIAMIENTOS PRECEDENTES.

Ante la reiterada alegación por las partes de su doctrina, comienza analizando la STEDH Muñoz Díaz (TEDH 2009\140) y su similitud con el presente supuesto. Al respecto, destaca que en ambos casos la demandante era de etnia gitana y había visto denegada su prestación de viudedad tras fallecer su marido, con el que se encontraba casada por el rito gitano. Dicha denegación se sustenta sobre la ausencia de matrimonio acorde a la legislación española, sin que se abordase la necesidad de extender tales derechos a las parejas de hecho, en tanto que se trataba de una posibilidad no prevista legalmente por aquel entonces.

En cambio, en el asunto Muñoz Díaz (TEDH 2009\140), a diferencia del presente, el Estado había realizado determinadas actuaciones de reconocimiento de su condición de cónyuges, tales como la condición de familia numerosa de primera categoría (para lo que en ese momento resultaba imprescindible la condición de cónyuges) o expedir una cartilla de la Seguridad Social según la cual se encontraban a su cargo la demandante, como esposa. Lo expuesto llevó al TEDH a apreciar la buena fe de la actora -convencida de la realidad de su matrimonio-, constituyéndose esta como *ratio decidendi* de la resolución, lo que se refuerza a la vista de que la otra queja formulada (relativa a la existencia de discriminación por no reconocer efectos civiles a la unión gitana) fue rechazada.

El TC trae también a colación el pronunciamiento contenido en la STC 199/2004, de 15 de noviembre (RTC 2004\199), aunque descarta su aplicación al

presente asunto. En aquel caso se reconocían efectos a un matrimonio válidamente celebrado, pero no inscrito en el Registro Civil. En el presente, por el contrario, la denegación de efectos se fundamenta en la inexistencia de un vínculo matrimonial válido en Derecho y por la falta de formalización de la pareja de hecho en los términos establecidos en la Ley.

II. DOCTRINA GENERAL SOBRE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN.

Como regla general, el principio de igualdad exige que idénticos supuestos de hecho reciban la misma consecuencia jurídica, prohibiendo el empleo de elementos de discriminación arbitrarios o carentes de justificación razonable. Además, exige no solo que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad perseguida. Sin embargo, la STC 22/1981, de 2 de julio (RTC 1981\22), ya señaló que esto no se traduce en la exigencia de un tratamiento legal equivalente para todos los casos, con abstracción de cualquier elemento diferenciador; esto es, no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino solo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello.

No obstante, la jurisprudencia constitucional ha sostenido de forma reiterada que la virtualidad del art. 14 CE no se limita a la consagración del principio de igualdad, sino que incorpora también una prohibición explícita de discriminación que va más allá. Hace referencia a una lista no cerrada de circunstancias que han recibido históricamente un trato peyorativo y que ha colocado a determinados colectivos en posiciones de desventaja e incluso contrarias a la exigencia de dignidad de la persona (art. 10.1 CE). Los tratamientos diferenciados no fundamentados más que en esas concretas causas se han declarado ilegítimos; con todo, en algunos casos se ha admitido que tales motivos puedan ser empleados como criterio de diferenciación jurídica, aunque para ello el enjuiciamiento de la actuación concreta deberá ser mucho más exigente en cuanto a su legitimidad, proporcionalidad y justificación (STC 75/1983, de 3 de agosto [RTC 1983\75]).

III. RESOLUCIÓN EN CUANTO A LA EXISTENCIA DE DISCRIMINACIÓN DIRECTA.

El TC considera que, a priori, un perjuicio vinculado a la mera pertenencia al pueblo gitano podría encuadrarse en la prohibición de discriminación del art. 14 CE. Asimismo, recuerda que se ha ratificado la constitucionalidad de la exigencia de un matrimonio válido como presupuesto legal para acceder a la prestación de

viudedad, sin que suponga una discriminación por razones sociales que se excluyan de la misma otras formas de convivencia (STC 184/1990, de 15 de noviembre [RTC 1990\184]). Al respecto, el legislador dispone de un amplio margen a la hora de diseñar el sistema de Seguridad Social y, en especial, a la hora de apreciar las circunstancias que dan derecho al acceso a prestaciones, siempre que las mismas no constituyan una discriminación prohibida.

Aunque la prestación de viudedad se ha conectado tradicionalmente con el derecho constitucional al matrimonio (art. 32 CE), no existe impedimento alguno para que se extienda a otras uniones distintas (como ocurrió tras la reforma llevada a cabo por la Ley 40/2007). Empero, su vertiente negativa -el derecho a no contraer matrimonio- no se extiende hasta el punto de asegurar a quien no desea casarse los mismos derechos que a quien accede a ello. Por tanto, no puede tildarse de inconstitucional que el legislador haya optado por establecer dos regímenes diferenciados -el matrimonio, de un lado, y la convivencia *more uxorio*, de otro-, así como que les haya atribuido diferentes regímenes jurídicos y singularidades en cuanto a sus consecuencias; entre otras, y es el caso que nos ocupa, los distintos requisitos para acceder a la prestación de viudedad.

Por lo expuesto, y dado que la unión celebrada según el rito gitano no tiene cobertura legal como una de las formas válidas de contraer matrimonio con efectos civiles, el TC considera que la denegación de dicha prestación por la inexistencia de vínculo matrimonial no resulta discriminatoria con fundamento en motivos raciales o étnicos.

IV. ANÁLISIS RESPECTO DE LA EXISTENCIA DE DISCRIMINACIÓN INDIRECTA.

Desde la STC 145/1991, de 1 de julio (RTC 1991\145), la jurisprudencia constitucional sostiene que la única tipología de discriminación posible no es la directa, sino que también cabe la llamada discriminación indirecta. Esta hace referencia a aquellas normas aparentemente neutras pero que, en su aplicación práctica, producen efectos desfavorables para el colectivo caracterizado como protegido. Además, dicha discriminación no se limita a los supuestos de normas, sino que igualmente puede ocurrir ante interpretaciones o aplicaciones que se les haya dado a las mismas (STC 240/1999, de 20 de diciembre [RTC 1999\240]).

Entiende el TC que en este caso la norma no establece diferenciación por razones étnicas, de modo que la prestación se denegará siempre ante la ausencia de formalización de la pareja de hecho, con independencia de que se trate de una pareja gitana o de cualquier otro tipo. Es cierto que ello no excluye por sí mismo la existencia de una discriminación indirecta. No obstante, el TC concluye que no se advierte un perjuicio mediato que muestre que el precepto controvertido

cause un efecto especialmente desfavorable para los miembros del pueblo gitano respecto de otros colectivos que, por las razones que puedan concurrir (como podrían ser las ideológicas) opten también por no formalizar su vínculo. Es decir, tiene en cuenta que las normas no tienen un impacto mayor o de más alcance en cuanto a las uniones convivenciales de etnia gitana.

V. VOTO PARTICULAR FAVORABLE AL OTORGAMIENTO DEL AMPARO.

Dicha resolución incluye un voto discrepante que aprecia la concurrencia de discriminación indirecta. Al respecto, señala que el art. 14 CE no hace referencia expresa entre las causas prohibidas a la pertenencia a una minoría nacional (frente a lo que sí ocurre con el art. 14 CEDH o el 21.1 CDFUE); ahora bien, el carácter abierto de la norma permite extender su protección a este supuesto. A tal fin, recuerda que se ha atribuido tal consideración al pueblo gitano tanto en distintas ocasiones, entre las que se puede destacar el propio asunto Muñoz Díaz (TEDH 2009\140) o el Convenio-marco del Consejo de Europa para la protección de las minorías nacionales.

A continuación, destaca que la estadística es un medio válido para discernir la concurrencia de efectos peyorativos para un colectivo concreto (STC 128/1987, de 16 de julio [RTC 1987\128]). Sin embargo, pone de relieve la dificultad de encontrar datos precisos en este caso, lo que se fundamenta en la prohibición de emplear datos identificativos de una minoría nacional a efectos estadísticos. Por lo tanto, no es posible conocer con certeza ni el porcentaje de población gitana en España, ni su estado civil.

Con todo, acudiendo a otros estudios, pone de relieve que el 28 % de los matrimonios gitanos se contraen sin acudir al mecanismo que les otorga efectos civiles. Por su parte, según datos oficiales de la población general, alrededor de un 15 % de las parejas optan por uniones de hecho, frente al 85 % restante, que contraen matrimonio. Así, aprecia un específico perjuicio cuantitativo para la comunidad gitana, lo que se traduce en un obstáculo a la hora de acceder a una prestación pública; pero también cualitativo, dado que los altos índices de desempleo constatados de la población gitana dificultan la posibilidad de reunir la cotización necesaria para acceder a la prestación analizada, lo que constituye un inconveniente añadido para este colectivo. Además, destaca que las consecuencias de lo expuesto incidirían especialmente en las mujeres gitanas, que son, en su mayoría, las potenciales beneficiarias de esta prestación, dado que el varón es el principal sustento de la familia gitana en el 83 % de los casos.

Por último, considera que la formalización documental de la pareja de hecho es por completo ajena a la tradición cultural gitana, pero que la finalidad de garantía de dicho requisito queda satisfecha -incluso en mayor medida- por los

elementos que comporta la solidez de la tradición cultural del matrimonio gitano. Precisamente por esto, no descarta la buena fe (fundamento de la STEDH Muñoz Díaz [TEDH 2009\140]).

COMENTARIO

I. INAPLICABILIDAD DE LA DOCTRINA MUÑOZ DÍAZ.

A lo largo de todo el proceso, se invoca con reiteración la STEDH de 8 de diciembre de 2009, asunto Muñoz Díaz (TEDH 2009\140). Aun cuando dicha sentencia resuelve un caso muy similar, el TC sin duda acierta al indicar que su resolución se ajustó a las muy particulares circunstancias del caso, cuya extrapolación a otros supuestos distintos resultará difícil[1].

De esta manera, se pone en evidencia que algunos matices que pueden pasar prácticamente inadvertidos, tales como que en determinada documentación oficial se haya podido asumir que la unión tenía carácter matrimonial, pueden marcar la diferencia de manera sustancial e incluso implicar el reconocimiento del derecho. En consecuencia, una vez más, se pone en valor la importancia de la fijación del elemento fáctico, a partir del cual se construirá la respuesta de cada caso.

Sin embargo, lo cierto es que la STEDH Muñoz Díaz (TEDH 2009\140) no solo se sustentó sobre el argumento de la buena fe de la demandante, sino que rechazó también que resultase discriminatoria la exclusión del matrimonio gitano a la hora de acceder a la prestación de viudedad. No obstante, es significativo que toma muy en cuenta la condición de la demandante de pertenencia a una minoría, a los efectos de apreciar la existencia de dicha buena fe[2].

Debe aludirse en este punto a otro pronunciamiento muy similar, que es omitido a lo largo de todo el proceso. Hacemos referencia a la STEDH de 2 de noviembre de 2010, asunto Şerife Yiğit (JUR 2010\360661). En este caso, Turquía denegaba a la reclamante la condición de heredera que le habría permitido acceder a prestaciones por supervivencia tras el fallecimiento de su pareja, dado que la unión se había formalizado a través de una ceremonia religiosa, sin reconocimiento

1 De hecho, esto mismo ya fue puesto de relieve por la doctrina que comentó la STEDH Muñoz Díaz en el momento de su dictado. Ilustrativamente, Gaya Sicilia ya descartaba por aquel entonces que la resolución tuviera algún tipo de consecuencias al margen del asunto concreto, "pues las circunstancias que concurrieron hacen difícil que el supuesto pueda volver a repetirse" ("El matrimonio gitano ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: el caso Muñoz Díaz contra España (STEDH de 8 de diciembre de 2009)". *Revista de Derecho*, vol. 11, 2010, p. 550). En el mismo sentido se pronunciaba Sánchez-Rodas Navarro, C.: "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la pensión de viudedad en caso de unión celebrada conforme al Rito Gitano", *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol. 2, núm. 18, 2010, p. 144, y también Bouazza Ariño, O.: "Protección de las minorías étnicas y derecho a la igualdad (comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Muñoz *Díaz c. España*, de 8 de diciembre de 2009)", *Revista General de Derecho Administrativo,* núm. 23, 2010.

2 Rey Martínez, F.: "La discriminación racial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Pensamiento Constitucional*, 17, 2021, pp. 291-319.

civil. En la citada resolución se consideraba que los contrayentes conocían su situación, así como que debieron proceder a la regularización civil de su enlace, lo que resultaba sencillo y no imponía ninguna carga especialmente gravosa. Por todo ello, el TEDH apreció la existencia de una justificación objetiva y razonable para el trato desigual, no apreciando en consecuencia violación alguna del art. 14 CEDH.

II. BREVE CARACTERIZACIÓN DEL PUEBLO GITANO E IMPORTANCIA DE SU SISTEMA MATRIMONIAL.

A nuestro juicio, sin contextualizar la situación del colectivo gitano y sus peculiaridades, resulta imposible abordar con precisión el presente supuesto y, en especial, discernir si la actuación llevada a cabo por el Estado Español resulta discriminatoria.

El pueblo gitano es una comunidad étnica con unos orígenes e identidades que son heredados a través de su linaje y familia. Presenta fuertes elementos característicos de carácter cultural, que lo identifican frente a la alteridad. De este modo, pese a no disponer de un estado propio u organización centralizada que asegure su cohesión social o continuidad cultural, mantiene una fuerte identidad común[3].

En el caso concreto español, dicha identidad se viene sustentando en tres aspectos complementarios que se interrelacionan, como son el género, el parentesco, y el matrimonio, y que actúan como forma de resistencia ante las importantes tendencias asimiladoras[4].

Además, se ha señalado que el sistema familiar tradicional gitano se sustenta en las siguientes notas esenciales: a) patrilinealidad, donde la mujer pasa a formar parte del linaje del marido tras el matrimonio, lo que marcará la pertenencia de los hijos a una única estirpe familiar; b) patrilocalidad, en el que la esposa se va a vivir al hogar y entorno familiar del marido; c) endogamia por razón de grupo o etnia; y d) propensión a constituir familias extensas[5]. De este modo, puede observarse que el sistema matrimonial gitano se constituye como un eje fundamental de su cultura y de conservación de sus diferencias frente al resto de la población. Frente al sistema matrimonial europeo, el gitano puede calificarse como "no malthusiano", en tanto que ha sido casi universal (con reducidos niveles de celibato), temprano (idealmente adolescente), con una orientación pronatalista y muy endogámico. Pese a ello, lo cierto es que dicho sistema no se ve aislado

3 Hernández Vallés, M.: "Familia, matrimonio y rito nupcial en la comunidad gitana: un breve análisis desde la antropología jurídica", *Revista Persona: revista electrónica de derechos existenciales*, núm. 96, 2017.

4 Gamella Mora, J. F. y Martín Carrasco-Muñoz, E.: "'Vente conmigo, primita'. El matrimonio entre primos hermanos en los gitanos andaluces", *Gazeta de Antropología,* núm. 24 (2), artículo 33, 2008.

5 Hernández Vallés, M.: "Familia, matrimonio…", cit.

de las influencias externas, entre las que cabe destacar la revitalización religiosa -que se concreta particularmente en la expansión del evangelismo- o la influencia paulatina del discurso feminista o la educación sanitaria[6].

Asimismo, y siendo este un punto al que más adelante se regresará, el matrimonio ocupa un papel fundamental en la cultura gitana en cuanto a la asignación de roles de género: tras celebrarse la boda, será muy frecuente que el varón se constituya como la única fuente de ingresos, siendo quien tomará las decisiones fundamentales; a su vez, la mujer se limitará en términos generales a asumir el trabajo reproductivo, careciendo de voz ni voto en su entorno social[7].

Por último, debe destacarse que las singularidades del pueblo gitano hacen difícil incardinarlo dentro de las categorías en las que se ha dividido tradicionalmente a las distintas minorías europeas. Resulta difícil calificarlo como un pueblo indígena como consecuencia de sus orígenes históricos y de su tardía llegada a Europa. Tampoco es acertado clasificarlo como migrante en tanto que, pese a su alto nivel de movilidad, no puede desatenderse su histórica conexión con el territorio europeo. También es problemática su incardinación dentro del concepto tradicional de minoría nacional, como consecuencia de su histórico nomadismo. A lo expuesto debe añadirse que suele ser apreciado como un elemento foráneo a las distintas historias nacionales, en tanto que en ningún país se percibe como parte de sus propias minorías nacionales. En virtud de lo señalado, se le ha llegado incluso a considerar como la única verdadera minoría europea[8].

III. DISCRIMINACIÓN INDIRECTA EN EL ACCESO A PRESTACIONES.

El TEDH ha sostenido que los estados miembros del CEDH no se encuentran obligados a instaurar un determinado nivel de protección social, existiendo un amplio margen de libertad al respecto. Sin embargo, si se establece una concreta prestación, no pueden adoptarse criterios discriminatorios para su acceso a la misma[9].

Partiendo de lo expuesto, a nuestro juicio, el análisis de la realidad concreta del pueblo gitano sí justifica, a nuestro juicio, una conclusión distinta en cuanto

6 Gamella Mora, J. F. y Martín Carrasco-Muñoz, E.: "'Vente conmigo'…", cit.

7 Montañés Álvarez, P.: "Una aproximación a la realidad de las mujeres gitanas desde la perspectiva de género", *Acciones e Investigaciones Sociales*, núm. 29, 2011, p. 102.

8 Ruggiu, I.: "La diversidad cultural como bien común y como situación de vulnerabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre minorías culturales", en Ríos Vega, L. E. e Spigno. I. (dirs.): *Los derechos fundamentales en el Siglo XXI, Tomo II El Estudio Comparado, Estudios de casos líderes interamericanos y europeos, vol. III. Problemas actuales de la justicia regional. Una visión comparada entre América y Europa*, Ciudad de México: Tirant Lo Blanch, 2020, pp. 469-470.

9 Requena Casanova, M.: "TEDH – Sentencia de 08.12.2009, Muñoz Díaz c. España, 49151/07 – Artículos 12 y 14 CEDH – Derecho a contraer matrimonio – Discriminación por motivos étnicos – Matrimonio gitano – Artículo 1 del Protocolo n.º 1 – Pensión de viudedad". *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 36, 2010, p. 575.

a la posible concurrencia de discriminación indirecta. En este sentido, existe un importante hecho diferencial: la consideración de que no nos encontramos ante un mero supuesto de valoración de la diversidad, sino que se va más allá, al concurrir importantes notas de vulnerabilidad[10], circunstancia esta que ya fue apreciada por la STEDH Muñoz Díaz (TEDH 2009\140)[11]. Dicha situación de vulnerabilidad fue muy acertadamente destacada por el voto particular de la resolución comentada, no solo para la población gitana, sino, en especial, para sus mujeres. De hecho, debe destacarse que el TEDH ha tenido oportunidad de plantear en varias ocasiones que el pueblo gitano ha sido víctima recurrente de discriminación[12], con independencia de la resolución que haya finalmente dictado.

Además, el citado voto particular hace referencia a una norma que consideramos de gran importancia en el presente asunto, como es el Convenio-marco para la protección de las Minorías Nacionales, cuyo art. 5 incluye dos apartados que aportan luz para la resolución del supuesto analizado. El primero establece la necesidad de promover las condiciones necesarias para permitir a las personas pertenecientes a las minorías nacionales mantener y desarrollar su cultura, así como preservar los elementos esenciales de su identidad, entre los que se incluyen sus tradiciones y patrimonio cultural. El segundo establece que las políticas de integración que puedan adoptarse no pueden perseguir el objetivo de asimilar a dichas personas contra su voluntad.

En consecuencia, son tres los elementos que, interrelacionados, justificarían la adopción de una resolución diferente, en la línea con lo apuntado por el voto particular. En primer lugar, la reconocida situación de vulnerabilidad del pueblo gitano, que extrae el presente supuesto del ámbito de la mera necesidad de proteger la diferencia. En segundo lugar, el papel fundamental que ostenta la institución matrimonial dentro de este colectivo, hasta el punto de haberse convertido en una de las piezas claves de su propia consideración como pueblo. Por último, la actuación histórica de España frente a esta minoría, habiéndose mostrado en todo momento reacia al reconocimiento y aceptación de su singularidad. Así, de la inicial posición de rechazo o, incluso, expulsión, se dio lugar a una línea tendente a la

10 A tal efecto, debe señalarse que la tendencia histórica que se ha seguido en España respecto de este colectivo ha aspirado a la asimilación, si bien tratando para ello de desproveerles de sus señas de identidad. En este sentido, véase San Román Espinosa, T.: *La diferencia inquietante. Viejas y nuevas estrategias culturales de los gitanos,* Madrid: Siglo XXI, 1997, p. 45.

11 En el apartado 61 de dicha sentencia se señala que "la vulnerabilidad de la etnia gitana, por el hecho de constituir una minoría, implica prestar una especial atención a sus necesidades y a su propio modo de vida, tanto en el marco regulador válido en materia de ordenación como en el momento de la adopción de la decisión en casos particulares".

12 Entre otros, puede hacerse referencia a las sentencias del TEDH de 18 de mayo de 2000, asunto Velikova c. Bulgaria (TEDH 2000\133), de 12 de julio de 2005, asunto Moldovan y otros c. Rumanía (JUR 2005\179423), de 13 de noviembre de 2007, asunto D.H. y otros c. Chequia (JUR 2007\329300), etc.

integración por el mecanismo de imponer la homogeneización, lo que pasa por la renuncia a sus tradiciones[13].

En este punto, resulta fundamental tener en cuenta que hasta la fecha España ha alcanzado acuerdos con representantes de distintas confesiones, de forma que se les ha reconocido efectos civiles a sus enlaces matrimoniales. No obstante, y pese al tiempo transcurrido, no se ha planteado la misma posibilidad respecto del pueblo gitano. Sin duda alguna, esto se debe a dos aspectos fundamentales: que no pueden ser considerados como una confesión religiosa y a la inexistencia de altos representantes legitimados para alcanzar un acuerdo en dichos términos. Con todo, consideramos que las circunstancias expuestas habrían justificado alcanzar una solución distinta[14].

A mayor abundamiento, debe tenerse en cuenta que, como se ha anticipado, la discrepancia fáctica con el asunto Muñoz Díaz (TEDH 2009\140) no debe llevar a considerar que aquella resolución resulte ajena a cualquier otro supuesto similar. Ya en aquel caso, el TEDH ponía en valor la necesidad de tener en cuenta las características del pueblo gitano, en su condición de minoría nacional, al efecto de valorar los detalles concretos del supuesto analizado; y precisamente sobre dicha consideración se sustentó la apreciación de la concurrencia de buena fe.

En este contexto, resulta fundamental tener en cuenta los peculiares esquemas de la discriminación indirecta, esto es, aquella en que una norma o práctica aparentemente neutra sitúan a determinado colectivo en desventaja particular respecto del resto. En esta tipología de discriminación, el trato peyorativo rara vez se muestra de forma abierta, sino que suele manifestarse de manera disimulada,

13 En esta línea, se pronuncia Cabezuelo Arenas, al señalar que "la determinación de no contraer matrimonio es más bien fruto de la obstinación que de los obstáculos que el legislador haya podido interponer o perpetuar, negándose a introducir modificaciones. Cuando libremente se opta por un estilo de vida, al margen de las leyes civiles, no se está en condiciones de exigir los beneficios que éstas llevan aparejados. El camino correcto no consiste en dictar decisiones de dudosa apoyatura jurídica que eviten polémicas indeseables con ciertos colectivos, sino, como quedó dicho, en educar a quienes desean verdaderamente integrarse haciéndoles comprender cuáles serán las consecuencias de sus actos, los efectos de las conductas que habrán de asumir como cualquier ciudadano…" ("Matrimonio y parejas de hecho. ¿Es necesaria una reforma del sistema matrimonial español? A propósito de una inexistente discriminación por motivos étnicos. *Derecho Privado y Constitución*, núm. 21, 2007, p. 20). Esta postura resulta ilustrativa de la posición contraria al reconocimiento de las particularidades del pueblo gitano, aun cuando estas son uno de los fundamentos de su cultura (como es el caso del aspecto matrimonial).

14 Olarte Encabo, S.: "De nuevo una reforma de las pensiones de viudedad: el desmoronamiento de toda una doctrina constitucional y la ignorancia de la dimensión multicultural. Sentencia del Tribunal Constitucional 69/2007, de 16 de abril". *Temas Laborales*, núm. 96/2008, p. 248. En este mismo sentido se ha pronunciado, entre otros, Matia Portilla, F. J.: "Condena por una discriminación inexistente (Tribunal de Estrasburgo y matrimonio gitano)", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 92, 2011, pp. 370-372. Sin embargo, como este mismo autor advierte, ello no significa que dicho reconocimiento deba realizarse de forma absolutamente acrítica, sino que resultará imprescindible que se observen los elementos esenciales de la institución civil matrimonial (voluntad de los cónyuges, etc.). Por este mismo motivo, consideramos que también deberá excluirse la adopción de prácticas intrínsecamente discriminatorias, como la prueba de virginidad para las mujeres.

cuando no oculta[15]. En estos casos deberá analizarse si la diferencia de trato se encuentra justificada y resulta ajena a toda discriminación.

En el presente supuesto, no puede perderse de vista que en ninguna instancia se ha negado la convivencia efectiva entre la actora y su fallecido marido durante numerosos años. El obstáculo se plantea en torno a la inexistencia de matrimonio reconocido civilmente o, cuanto menos, del incumplimiento de un requisito sacramental consistente en la formalización documental de la pareja de hecho. Por este mismo motivo, entendemos -igual que lo han hecho las resoluciones que han dado la razón a la reclamante- que se supera de manera suficiente el test de satisfacción de la finalidad buscada por la norma[16], especialmente teniendo en cuenta el papel fundamental que representa la institución matrimonial para el pueblo gitano.

Por lo tanto, coincidimos con el voto particular de la sentencia, que realiza a nuestro juicio un estudio mucho más ajustado a la realidad de este colectivo, lo que le permite abordar con mayor acierto las peculiaridades del asunto y, por ende, aplicar con mayor precisión los esquemas sobre los que se sustenta la declaración de la conducta como discriminatoria. Al respecto, es necesario destacar el apunte que hace el citado voto particular, en cuanto a la dificultad de acceder a números precisos que sustenten la existencia de discriminación indirecta, lo que achaca a la prohibición de emplear datos identificativos de una minoría nacional a efectos estadísticos (no puede olvidarse que se ha puesto en valor la importancia de tales datos estadísticos a la hora de evidenciar esta tipología de discriminación). Sin embargo, no podría aceptarse una interpretación que descartase de plano dicha discriminación ante la inexistencia de tales datos[17]. A tal efecto, resulta clave el dato que aporta, relativo a que el 28 % de los matrimonios gitanos se contraen sin ajustarse a la fórmula que les atribuye efectos civiles, mientras que solo el 15 % de la población general opta por la unión de hecho (frente al 85 % restante, que decide contraer matrimonio).

15 Sánchez Trigueros, C.: "Jubilación anticipada de mujeres con pensión inferior a la mínima. Comentario a la STJUE de 21 de enero de 2021 (C-843/2019)", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 2, 2021, p. 206.

16 De este modo, lo que se constituye formalmente como un requisito documental, se consagra materialmente como un formalismo enervante que, a la vista de las circunstancias concurrentes, contribuyen a evidenciar la existencia de discriminación. Al respecto, véase Rojo Torrecilla, E.: "Pensión de viudedad. Dos días, dos Salas, dos sentencias. Matrimonio por el rito gitano: no. Poligamia: si para la segunda (y restantes si las hubiere) esposa. Notas a las sentencias del TS (C-A y Social) de 24 y 25 de enero de 2018". *El blog de Eduardo Rojo. El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas relaciones laborales*. http://www.eduardorojotorrecilla.es/2018/02/pension-de-viudedad-dos-dias-dos-salas.html , publicado el 18 de febrero de 2018 y recuperado el 12 de mayo de 2021. En el mismo sentido se pronuncia Sempere Navarro, al señalar que dicho formalismo puede implicar un perjuicio que profundice en la posición de vulnerabilidad en que históricamente se ha colocado al pueblo gitano, en "Las uniones por el rito gitano ante la pensión de viudedad", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 209, 2018, pp. 11-22.

17 En esta misma línea, debe destacarse la importancia de la Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de septiembre de 2020, sobre la aplicación de las estrategias nacionales de integración de los gitanos. La misma, en sus apartados 8 y 10, destaca la necesidad de recopilar y publicar datos sólidos desglosados por etnia y sexo, precisamente con el objeto de enfrentar problemas como el que aquí nos encontramos.

Finalmente, se demuestra la necesidad de recuperar el debate en torno a si el TC debería replantearse la interpretación que viene realizando del art. 14 CE e incluir la llamada "discriminación por indiferenciación", tal como parece sostener el TEDH[18]. Sin duda alguna, el presente habría supuesto una ocasión idónea para ello. Asimismo, el voto particular deja abierta una interesante línea de trabajo, en cuanto señala que la decisión adoptada podría haber sido muy diferente si se hubiese planteado en atención a otro factor, como es el de la discriminación por sexo[19]. De este modo se nos permite entender que el asunto queda hoy día lejos de estar cerrado.

IV. EPÍLOGO.

Por último, debe destacarse que varias semanas después de la publicación de la resolución comentada se ha dictado la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 7 de abril de 2021 [RJ 2021\1460]). Esta analiza el derecho a pensión de viudedad para una pareja de hecho y, si bien se enmarca en el régimen de clases pasivas, la regulación es sustancialmente idéntica a la analizada.

Sin embargo, en este caso se ha estimado que la acreditación de una pareja de hecho no es posible solo a través de los requisitos previstos en la norma (inscripción en registro o documento público), sino también a través de cualquier otro medio de prueba válido en Derecho, por lo que aprecia su existencia en el contexto de una relación de treinta años. Se descarta así que la constitución formal de la pareja de hecho se convierta en requisito constitutivo o sacramental para el acceso a la prestación de viudedad.

Esta última resolución reabrirá sin duda un debate en torno a la interpretación del requisito que podría quedar fácil y convenientemente resuelto a través de una sencilla intervención legislativa. Esta, a la vista de las circunstancias, se hace ineludible.

18 Berenguer Albadalejo, C.: "El principio de igualdad y no discriminación en relación con la pensión de viudedad y el 'matrimonio gitano'", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 24, 2010, pp. 159-160.

19 A tal efecto, se ha señalado que "ninguna de las sentencias referenciadas aborda la discriminación múltiple o interseccional raza/género que hubiera llevado, de ser apreciada, a resoluciones judiciales que hubieran seguido siendo estimatorias del recurso, pero con una argumentación y fundamentación distintas": Rojo Torrecilla, E.: "El matrimonio gitano no permite el acceso a la pensión de viudedad según el TC. ¿Existe discriminación?". *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 3, 2021. Al respecto de la discriminación múltiple, y su aplicabilidad al presente supuesto, véase también Catalá Pellón, A.: "Discriminación múltiple por razón de género y pertenencia a minoría étnica", *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 26, 2010, pp. 10-11.

BIBLIOGRAFÍA

Asensio Belenguer, A.: *Mujeres gitanas de Zaragoza: de lo privado a lo público, un análisis desde la perspectiva de género* [tesis doctoral, Universidad de Zaragoza], disponible en: https://zaguan.unizar.es/record/31889, 2015.

Berenguer Albadalejo, C.: "El principio de igualdad y no discriminación en relación con la pensión de viudedad y el 'matrimonio gitano'", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 24, 2010.

Bouazza Ariño, O.: "Protección de las minorías étnicas y derecho a la igualdad (comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Muñoz *Díaz c. España*, de 8 de diciembre de 2009)", *Revista General de Derecho Administrativo,* núm. 23, 2010

Cabezuelo Arenas, A. L.: "Matrimonio y parejas de hecho. ¿Es necesaria una reforma del sistema matrimonial español? A propósito de una inexistente discriminación por motivos étnicos. *Derecho Privado y Constitución*, núm. 21, 2007.

Catalá Pellón, A.: "Discriminación múltiple por razón de género y pertenencia a minoría étnica", *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 26, 2010.

Gamella Mora, J. F. y Martín Carrasco-Muñoz, E.: "'Vente conmigo, primita'. El matrimonio entre primos hermanos en los gitanos andaluces", *Gazeta de Antropología,* núm. 24 (2), artículo 33, 2008.

Gaya Sicilia, R.: "El matrimonio gitano ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: el caso Muñoz Díaz contra España (STEDH de 8 de diciembre de 2009)". *Revista de Derecho*, vol. 11, 2010.

Hernández Vallés, M.: "Familia, matrimonio y rito nupcial en la comunidad gitana: un breve análisis desde la antropología jurídica", *Revista Persona: revista electrónica de derechos existenciales*, núm. 96, 2017.

Matia Portilla, F. J.: "Condena por una discriminación inexistente (Tribunal de Estrasburgo y matrimonio gitano)", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 92, 2011.

Montañés Álvarez, P.: "Una aproximación a la realidad de las mujeres gitanas desde la perspectiva de género", *Acciones e Investigaciones Sociales*, núm. 29, 2011.

Olarte Encabo, S.: "De nuevo una reforma de las pensiones de viudedad: el desmoronamiento de toda una doctrina constitucional y la ignorancia de la

dimensión multicultural. Sentencia del Tribunal Constitucional 69/2007, de 16 de abril". *Temas Laborales*, núm. 96/2008.

Requena Casanova, M.: "TEDH – Sentencia de 08.12.2009, Muñoz Díaz c. España, 49151/07 – Artículos 12 y 14 CEDH – Derecho a contraer matrimonio – Discriminación por motivos étnicos – Matrimonio gitano – Artículo 1 del Protocolo n.º 1 – Pensión de viudedad". *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 36, 2010.

Rey Martínez, F.: "La discriminación racial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Pensamiento Constitucional*, núm. 17, 2021.

Rojo Torrecilla, E.:

- "El matrimonio gitano no permite el acceso a la pensión de viudedad según el TC. ¿Existe discriminación?". *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 3, 2021.

- "Pensión de viudedad. Dos días, dos Salas, dos sentencias. Matrimonio por el rito gitano: no. Poligamia: si para la segunda (y restantes si las hubiere) esposa. Notas a las sentencias del TS (C-A y Social) de 24 y 25 de enero de 2018". *El blog de Eduardo Rojo. El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas relaciones laborales.* http://www.eduardorojotorrecilla.es/2018/02/pension-de-viudedad-dos-dias-dos-salas.html . Publicado el 18 de febrero de 2018. Recuperado el 12 de mayo de 2021.

Ruggiu, I.: "La diversidad cultural como bien común y como situación de vulnerabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre minorías culturales", en Ríos Vega, L. E. e Spigno, I. (dirs.): *Los derechos fundamentales en el Siglo XXI, Tomo II El Estudio Comparado, Estudios de casos líderes interamericanos y europeos, vol. III. Problemas actuales de la justicia regional. Una visión comparada entre América y Europa*, Ciudad de México: Tirant Lo Blanch, 2020.

San Román Espinosa, T.: *La diferencia inquietante. Viejas y nuevas estrategias culturales de los gitanos,* Madrid: Siglo XXI, 1997.

Sánchez-Rodas Navarro, C.: "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la pensión de viudedad en caso de unión celebrada conforme al Rito Gitano", *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol. 2, núm. 18, 2010.

Sánchez Trigueros, C.: "Jubilación anticipada de mujeres con pensión inferior a la mínima. Comentario a la STJUE de 21 de enero de 2021 (C-843/2019)", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 2, 2021.

Sempere Navarro, A. V.: "Las uniones por el rito gitano ante la pensión de viudedad", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 209, 2018.

DEDUCIBILIDAD DE LOS INTERESES DE DEMORA EN EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES. COMENTARIO DE LA STS DE ESPAÑA NÚM. 150/2021, DE 8 DE FEBRERO (ROJ: STS 433/2021)

DEDUCTIBILITY OF INTEREST FOR LATE PAYMENT CORPORATE INCOME TAX. COMMENT OF THE STS OF SPAIN NUM. 150/2021, OF FEBRUARY 8 (ROJ: STS 433/2021)

Rev. Boliv. de Derecho Nº 32, julio 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 1052-1061

Fernando
HERNÁNDEZ
GUIJARRO

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de abril de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 30 de abril de 2021

RESUMEN: El presente estudio analiza la STS 150/2021, de 8 de febrero, que ha declarado la deducibilidad de los intereses de demora en el Impuesto sobre Sociedades. Para ello, se hace un repaso a la naturaleza de los intereses de demora, a la previsión del impuesto sobre el cálculo de la base imponible en dicho tributo y el encuadre de estos intereses dentro del gasto deducible.

PALABRAS CLAVE: Intereses de demora; gasto deducible; impuesto sobre sociedades.

ABSTRACT: *This study analyzes STS 150/2021, of February 8, which has declared the deductibility of late payment interest in Corporation Tax. To do this, a review is made of the nature of the moratory interest, the forecast of the tax on the calculation of the taxable base in said tax and the framing of these interests within the deductible expense.*

KEY WORDS: *Moratory interest; deductible expense; corporate tax.*

SUMARIO.- SUPUESTO DE HECHO.- DOCTRINA.- COMENTARIO.- I. LOS INTERESES DE DEMORA EN LA LGT.- II. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS INTERESES DE DEMORA.- III. LA DEDUCIBILIDAD DE LOS GASTOS EN EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES.- 1. Reserva de ley en materia tributaria.- 2. La base imponible de impuesto sobre sociedades.- 3. La deducibilidad de los gastos financieros. IV. CONSIDERACIONES SOBRE LA STS 150/2021, DE 8 DE FEBRERO.

SUPUESTO DE HECHO

El Tribunal Supremo ha dictado la sentencia número 150/2021, en fecha 8 de febrero de 2021, por la que ha declarado que los intereses de demora, sean los que se exijan en la liquidación practicada en un procedimiento de comprobación, sean los devengados por la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado, tienen la consideración de gasto fiscalmente deducible. Dicha sentencia ha sido pronunciada en el recurso contencioso-administrativo 3071/2019, contra la sentencia dictada el 18 de marzo de 2019 por la Sección Cuarta de la Sala de la Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el recurso nº 15705/2017, en relación con el Impuesto sobre Sociedades (IS), ejercicio 2014.

Los preceptos afectados son el 25 y 26 LGT y 10.3 LIS. La definición de interés de demora nos la brinda, concretamente, el 26 LGT que dictamina: "el interés de demora es una prestación accesoria que se exigirá a los obligados tributarios y a los sujetos infractores como consecuencia de la realización de un pago fuera de plazo o de la presentación de una autoliquidación o declaración de la que resulte una cantidad a ingresar una vez finalizado el plazo establecido al efecto en la normativa tributaria".

Los hechos sobre los que se desarrolla el litigio son los siguientes:

1. En noviembre de 2015 la Dependencia de Inspección Financiera y Tributaria de La Coruña dictó acuerdo de liquidación referente al Impuesto sobre Sociedades del ejercicio 2014, en el cual se regulariza la situación tributaria del contribuyente puesto que se consideró improcedente la deducción pretendida por el obligado tributario de los intereses de demora procedentes de una liquidación tributaria de 2010 por importe de 121.531,25 euros, que fue declarada conforme a derecho

• Fernando Hernández Guijarro
Profesor de Derecho Tributario en la Universitat Politècnica de València. Magistrado Suplente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Doctor en Derecho por la Universitat de València. Abogado y Economista, no ejerciente. Ha trabajado en despachos profesionales de reconocido prestigio como Garrigues y Arco Abogados y Asesores Tributarios. Es autor de Ediciones Francis Lefbvre y Aranzadi. Correo electrónico: ferhergu@upv.es.

por la citada sentencia de la Audiencia Nacional. Asimismo, la AEAT rechazó la deducción de los intereses suspensivos por importe de 117.000 euros devengados, al acordarse la suspensión del pago de la deuda tribuiría mientras se tramitaba el procedimiento administrativo y posterior judicial.

2. Contra dicha liquidación interpuso el obligado tributario recurso de reposición, el cual fue desestimado por la oficina gestora. La motivación de la negativa a la admisión de la deducibilidad del gasto fue, según la Administración, que lo característico de los intereses de demora es su función compensadora del incumplimiento de una obligación, de manera que de aceptarse el carácter de gastos deducibles, desaparecería la función llamada a cumplir por dichos intereses, pues la deducción como gasto tendría por efecto descompensar la situación que precisamente trata de corregir los intereses de demora, por lo que no los considera deducibles para determinar la base imponible en el Impuesto de Sociedades.

3. En de febrero de 2016, la representación de la mercantil presentó reclamación económico-administrativa ante el TEAR de Galicia, que la desestimó mediante resolución de 28 de septiembre de 2017 manteniendo el criterio anterior.

4. La mercantil interpuso recurso contencioso-administrativo registrado en la Sección cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, bajo el número de autos 15705/2017. Seguidos los trámites oportunos, la Sala de instancia dictó sentencia desestimatoria el día 18 de marzo de 2019.

5. La fundamentación de la citada sentencia que se impugna en casación se: "En aplicación del mencionado criterio jurisprudencial, no puede ser acogido el presente recurso en lo que atañe a los intereses moratorios y ello con independencia de que tal criterio se emitiese en relación a litigio al que le era de aplicación la normativa entonces vigente, anterior a la que aquí es de observar , siendo de tener en cuenta que la inviabilidad de aceptar como gasto deducible el procedente del incumplimiento de la norma, no se ve desvirtuada por la circunstancia de que la normativa aquí aplicable haya eliminado la necesidad del gasto como requisito para la deducibilidad, ya que no es de acoger la pretensión de que el autor de un acto contrario al ordenamiento jurídico obtenga un beneficio o ventaja del mismo, lo que a su vez excluye también la pretendida deducibilidad de los denominados intereses suspensivos, dada la vinculación de estos últimos con el retardo en la debida superación de la violación normativa en la que en su día incurrió la parte actora y sin que tales específicos intereses, con su singularidad de origen, sean asimilables a los que merezcan ser propiamente considerados como intereses financieros, o como intereses derivados de fraccionamiento o aplazamiento de pago como consecuencia de pacto con la Hacienda Pública".

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

El Tribunal Supremo fija su doctrina a partir de la definición del hecho imponible del Impuesto sobre Sociedades. A tal efecto, reconoce que el mismo está constituido por la renta obtenida por el contribuyente, cualquiera que fuera su fuente u origen. La renta de las personas jurídicas está prevista en el art. 10.3 de la LIS, el cual dispone que, en el método de estimación directa, la base imponible se calculará, corrigiendo, mediante la aplicación de los preceptos establecidos en esta ley, el resultado contable determinado de acuerdo con las normas previstas en el Código de Comercio, en las demás leyes relativas a dicha determinación y en las disposiciones que se dicten en desarrollo de las citadas normas.

A partir de ahí, el Tribunal realiza un silogismo de fácil comprensión:

- Por un lado, la LIS establece que la base imponible del Impuesto sobre Sociedades (medición de la capacidad económica del contribuyente), está determinada a partir del resultado contable corregido, en su caso, por determinados supuestos en los términos previstos, a tal fin, en los preceptos específicos contenidos en la propia LIS.

- Por otro, que los intereses de demora no están expresamente excluidos del concepto de gasto fiscalmente deducible en la LIS.

- En conclusión, el TS fija la siguiente doctrina: "los intereses de demora, sean los que se exijan en la liquidación practicada en un procedimiento de comprobación, sean los devengados por la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado, tienen la consideración de gasto fiscalmente deducible, atendida su naturaleza jurídica".

COMENTARIO

I. LOS INTERESES DE DEMORA EN LA LGT.

Conviene empezar con la definición legal del interés de demora. Desde un punto de vista general, los intereses de demora son aquellos que resultan de aplicar un incremento sobre un tipo de referencia en las cantidades adeudadas y vencidas, en proporción al tiempo transcurrido hasta el pago de la deuda.

El Código Civil hace referencia a esta institución en su art. 1.108 donde se dispone que "si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal". Junto a ello, completa su previsión el art. 1.100

cuando afirma que: incurren en mora los obligados a entregar o a hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación. No será necesaria la intimación del acreedor para que la mora exista cuando la obligación o la ley lo declaren así expresamente y cuando de su naturaleza y circunstancias resulte que la designación de la época en que había de entregarse la cosa o hacerse el servicio, fue motivo determinante para establecer la obligación.

Por lo que respecta a la LGT, el art. 26 establece que el interés de demora es una prestación accesoria que se exigirá a los obligados tributarios y a los sujetos infractores como consecuencia de la realización de un pago fuera de plazo o de la presentación de una autoliquidación o declaración de la que resulte una cantidad a ingresar una vez finalizado el plazo establecido al efecto en la normativa tributaria.

II. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS INTERESES DE DEMORA.

A la luz de las definiciones normativas anteriores, podemos colegir que los intereses de demora tienen un carácter resarcitorio y no sancionador. Es decir, tienen una finalidad indemnizatoria por el retraso en el pago de la deuda. En otras palabras, el carácter indemnizador -no sancionador- de los intereses legales de demora pagados por el contribuyente y su sustantividad respecto a los recargos en la normativa tributaria, no permite su asimilación a esos conceptos en razón a una supuesta causa común, esto es, la conducta ilícita del contribuyente.

En este comentario no vamos a analizar la diferencia entre intereses de demora -indemnizatorios- y los intereses remuneratorios. En dicho extremo nos remitimos al trabajo del profesor Orón Moratal G.: "Los intereses de demora tributarios en la base imponible de los impuestos directos sobre la renta", *Carta Tributaria. Revista de Opinión*, núm. 51, 2020.

III. LA DEDUCIBILIDAD DE LOS GASTOS EN EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES.

La Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (LIS), establece en su art. 10.3 que, "en el método de estimación directa, la base imponible se calculará, corrigiendo, mediante la aplicación de los preceptos establecidos en esta Ley, el resultado contable determinado de acuerdo con las normas previstas en el Código de Comercio, en las demás leyes relativas a dicha determinación y en las disposiciones que se dicten en desarrollo de las citadas normas".

Por lo tanto, debiendo establecerse los elementos que determinan la deuda tributaria por norma con rango de Ley, se hace necesario abordar las características y consecuencias de la reserva de ley.

1. Reserva de ley en materia tributaria.

La producción normativa en el Derecho Tributario ha tenido y tiene una fuerte y necesaria referencia al principio de reserva de Ley tributaria como consecuencia de la garantía de autoimposición de la comunidad sobre sí misma. En este sentido se pronuncia claramente el art. 31.3 de la CE que establece que: "sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la Ley". Junto a ello, el art. 8.a) de la LGT concreta que se regulará por ley la delimitación del hecho imponible, del devengo, de la base imponible y liquidable, la fijación del tipo de gravamen y de los demás elementos directamente determinantes de la cuantía de la deuda tributaria.

De conformidad con lo expuesto, el principio de reserva de ley opera inexcusablemente en la creación *ex novo* de un tributo y en la determinación de sus elementos esenciales o configuradores del mismo. En nuestro caso, tras la previsión del art. 10.3 de la LIS, habrá que analizar si el gasto financiero de los intereses de demora es o no deducible atendiendo a las previsiones de la citada LIS. De existir una previsión que excluyese su deducibilidad, no habría conflicto. Sin embargo, de no existir dicha previsión; ¿qué respuesta nos ofrece la reserva de ley y la interpretación doctrinal?

2. La base imponible de impuesto sobre sociedades

Como hemos anticipado, la base imponible del impuesto viene determinada por el mandato del art. 10.3 LIS. Por ello, debemos atender a las normas que fijan el resultado contable y los preceptos del impuesto que corrigen ese resultado.

El resultado contable de la actividad se refleja en la cuenta de pérdidas y ganancias que separa los ingresos y gastos imputables al ejercicio y que se clasifican por naturaleza; en particular, los derivados de las variaciones de valor originadas por la regla del valor razonable, de conformidad con lo dispuesto en el Código de Comercio y en el Plan General de Contabilidad. En concreto, los gastos financieros se encuentran en las cuentas del subgrupo 66 del PGC.

Por lo que respecta a su desarrollo, el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas ha dictado varias resoluciones donde sostenía el calificativo de gasto financiero a los intereses de demora:

- Resolución ICAC de fecha 9 de octubre de 1997; "Novena.-Registro de las contingencias derivadas del Impuesto sobre Sociedades (...) Los intereses correspondientes al ejercicio en curso se contabilizarán como un gasto financiero, que figurará en la partida «Gastos financieros y gastos asimilados», formando parte del epígrafe II. «Resultados financieros». Para ello se podrá emplear las

cuentas del subgrupo 66 que correspondan contenidas en la segunda parte del Plan General de Contabilidad. Los intereses correspondientes a ejercicios anteriores se considerarán como gastos de ejercicios anteriores, y figurarán en la partida «Gastos y pérdidas de otros ejercicios», formando parte del epígrafe IV. «Resultados extraordinarios». Para ello se podrá emplear la cuenta 679. «Gastos y pérdidas de ejercicios anteriores» contenida en la segunda parte del Plan General de Contabilidad".

- Resolución ICAC de 9 de febrero de 2016; art. 18.3 "(…) b) Los intereses correspondientes al ejercicio en curso se contabilizarán como un gasto financiero, que figurará en la partida «Gastos financieros» de la cuenta de pérdidas y ganancias.

c) Los intereses y las cuotas correspondientes a todos los ejercicios anteriores se contabilizarán mediante un cargo en una cuenta de reservas cuando habiendo procedido el registro de la citada provisión en un ejercicio previo, éste no se hubiese producido. Por el contrario, si el reconocimiento o los ajustes en el importe de la provisión se efectúan por cambio de estimación (consecuencia de la obtención de información adicional, de una mayor experiencia o del conocimiento de nuevos hechos), se cargará a cuentas del subgrupo 63 por el importe que corresponde a la cuota y a cuentas del subgrupo 66 por los intereses de demora, correspondan éstos al ejercicio o a ejercicios anteriores".

Todo lo expuesto pone de manifiesto que, desde el punto de vista contable, los intereses de ejercicio o de ejercicios anteriores van a ser registrados en el subgrupo 66, calificado por el propio PGC de "Gastos financieros", los cuales, son deducibles contablemente. Lo siguiente que habrá que comprobar es qué referencia hace la LIS sobre si son o no deducibles dichos gastos a efectos fiscales pues, de entrada, forman parte del resultado contable a los efectos del art. 10.3 de la Ley del Impuesto.

3. La deducibilidad de los gastos financieros.

Lo primero que toca hacer es analizar los gastos que son considerados no deducible por la LIS y verificar si los intereses de demora se encuentras en dicha relación. Sobre esta cuestión, el art. 15 de la LIS denominado "gastos no deducibles" hace una relación de partidas y conceptos que no serán gastos fiscalmente deducibles. A tal efecto, se enumeran: los que representen una retribución de los fondos propios (por ejemplo, los dividendos), los derivados de la contabilización del Impuesto sobre Sociedades, las multas, sanciones penales y administrativas, los recargos del período ejecutivo y el recargo por declaración extemporánea sin requerimiento previo, las pérdidas del juego, los donativos y liberalidades, etc.

Sin embargo, los intereses de demora no se encuentran relacionados en dicho precepto. Sólo podemos encontrar una limitación a la cuantía de su deducibilidad -como gastos financieros que son- en el art. 16 LIS que se denomina "limitación en la deducibilidad de gastos financieros". Lo cual, dicho sea de paso, llevaría a considerar que al tener naturaleza de gastos financieros y no estar excluidos por el art. 15 LIS, son fiscalmente deducibles. Con la limitación del art. 16 LIS, sí; pero deducibles.

IV. CONSIDERACIONES SOBRE LA STS 150/2021, DE 8 DE FEBRERO.

La cuestión a dilucidar en el recurso que da lugar a la sentencia comentada está muy bien delimitada en la admisión a trámite de la casación y el debate se ciñe, simplemente, a determinar si son deducibles en el impuesto sobre sociedades los intereses de demora y los suspensivos. La sentencia analizada realiza, a nuestro juicio, un correcto planteamiento sobre la cuestión principal. Y acierta en el enfoque de la normativa y la jurisprudencia que resuelve la controversia (entre otras, la STC 76/1990, de 26 de abril).

Por lo que respecta a los argumentos que expone la recurrente, entendemos que hace un razonamiento acertado y pone de manifiesto la contradicción de la propia Agencia Tributaria en su informe de fecha 7 de marzo de 2016, en el que admite la deducibilidad de los intereses suspensivos y no los de demora.

En lo que afecta a la Abogacía del Estado, su planteamiento adolece de un error de concepto fundamental. En efecto, en sus alegaciones "incluye entre los gastos no deducibles [art.15.f)]: 'los gastos de actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico', genérica expresión en la que tienen perfecta cabida los intereses de demora que ahora nos ocupan por derivar, como se viene razonando, de un incumplimiento o cumplimento incorrecto, contrario al ordenamiento jurídico, de las normas tributarias". Y este argumento no tiene posibilidad de prosperar.

Por un lado, porque "los gastos de actuaciones contrarias al ordenamiento" son los gastos necesarios para incurrir, precisamente, en esa actuación contraria a la norma (por ejemplo, los gastos incurridos en actividades de economía sumergida). Ni siquiera ello se refiere a las posibles consecuencias de dicho acto ilegal (sanciones, multas y los recargos) que ya están expresamente previstas en otros apartados del mismo precepto. Los intereses de demora o suspensivos tienen, como reconoció el Tribunal Constitucional, naturaleza compensatoria por el simple retraso en el pago del impuesto.

Por otro lado, porque puede ser incluso que el interés de demora se devengue a petición del propio contribuyente como en el caso de los aplazamientos y fraccionamientos (art. 65.5 LGT) en los que, lejos de existir un atisbo de actuación

ilegal, el contribuyente quiere atender el pago de la deuda tributaria pero no dispone en dicho momento de la liquidez necesaria y plantea posponer el pago asumiendo dicha indemnización.

Por último, creemos que podría haber tenido cabida otro argumento contra la posición de la Administración Tributaria. En efecto, además de la necesidad de que la no deducibilidad del gasto por los intereses de demora y suspensivos requiere de previsión legal expresa, habida cuenta del art. 10.3 LIS, en ningún caso podía prosperar la práctica –utilizada también por la Abogacía del Estado- del uso de la analogía al intentar asemejar un gasto netamente financiero a uno de naturaleza cuasi-sancionadora. El Derecho Tributario no acoge la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito del hecho imponible. Y dado que la LIS no elimina dicho gasto financiero del concepto de gasto fiscal, no puede ser admitida una interpretación que pretende mostrar una similitud o semejanza entre los gastos por intereses de demora o suspensivos con los recargos u otros que sí están expresamente excluidos.

De conformidad con todo lo expuesto, entendemos que la sentencia comentada ha dejado establecida una cabal doctrina sobre la deducibilidad de los gastos por los intereses de demora y suspensivos (gastos financieros) que, en ocasiones, los contribuyentes por este impuesto deben asumir.

PANORAMA

EL *GRAND DÉBAT NATIONAL* DE FRANCIA: ANÁLISIS DE UN PROCESO PARTICIPATIVO MULTICANAL

THE FRENCH GRAND DÉBAT NATIONAL: ANALYSING A MULTICHANNEL PARTICIPATORY PROCESS

Rev. Boliv. de Derecho Nº 32, julio 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 1064-1089

Álvaro
GONZÁLEZ
ANDREU

ARTÍCULO RECIBIDO: 13 de febrero de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 30 de abril de 2021

RESUMEN: En una época de cambios tecnológicos y sociales, la ciudadanía demanda nuevos canales de participación pública. En los últimos tiempos distintos procesos de participación recurren a la opinión ciudadana para adoptar decisiones. El movimiento de los chalecos amarillos desencadenó una ola de protestas en Francia a la que quiso hacerse frente con el Grand Débat National, un proceso participativo multicanal, a distintos niveles administrativos. El estudio de su desarrollo y resultados debe servir para diseñar futuros procesos similares.

PALABRAS CLAVE: Proceso participativo; Grand Débat National; chalecos amarillos; ciudadanía; desigualdad; cambios sociales.

ABSTRACT: *Technological and social changes require new ways of participation. New decision-making processes are considering the opinion of citizens. The yellow-vests movement triggered a wave of protests in France which lead to the Grand Débat National, a multichannel participation system covering every administrative level whose analysis may be useful for the design of similar processes.*

KEY WORDS: *Participatory process; Grand Débat National; yellow vests; citizenry; inequality; social changes.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. CAMBIOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y POLÍTICOS: NUEVOS PROCESOS PARTICIPATIVOS.- III. LOS CHALECOS AMARILLOS.- 1. Las causas que explican el movimiento.- A) La evolución económica y tecnológica.- B) El territorio.- C) La cultura.- D) El orden político.- E) La cuestión ecológica.- 2. El perfil de los chalecos amarillos.- IV. EL GRAND DÉBAT NATIONAL.- 1. Cuestiones generales.- 2. El desarrollo del proceso participativo.- A) La administración local se adelanta: los Cahiers de doléances.- B) La plataforma online.- C) Debates locales.- D) Conferencias regionales.- E) Las conferencias nacionales temáticas.- F) La publicación de los resultados: las síntesis temáticas.- 3. El perfil de los participantes en el Gran Débat National.- V. LAS SÍNTESIS.- 1. Fiscalidad y gasto público.- 2. Organización del Estado y de los servicios públicos.- 3. Democracia y ciudadanía.- 4. Transición ecológica.- VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

Cualquier estudio sobre nuestras sociedades democráticas de principios de la segunda década del siglo XXI, implica analizar una serie de cambios que desde la perspectiva tecnológica tienen repercusión en el modelo productivo, esto es, en la propia economía, y que crean una serie de tensiones que afectan al modelo institucional y político de las democracias liberales. Estos cambios, evidentemente, tienen consecuencias en el plano de la participación política de los ciudadanos, en unas sociedades abocadas a buscar nuevos métodos de participación ciudadana.

Distintas tendencias parecen caracterizar al conjunto de las economías desarrolladas cuyas democracias representativas aún no han sabido adaptarse a los cambios producidos por la nueva revolución industrial.

Las tensiones que provocan estos cambios, tanto entre aquellos que saben y pueden adaptarse a las nuevas circunstancias y los que no, han llevado en los últimos tiempos a la aparición de distintos movimientos de protesta a los que debe darse una respuesta institucional.

El *Grand Débat National* (Gran Debate Nacional), respuesta institucional al movimiento de los chalecos amarillos, ha supuesto un experimento de participación ciudadana a gran escala cuyo objetivo teórico consistía en tratar de canalizar el descontento de una parte considerable de la sociedad francesa. Esta experiencia, su desarrollo y sus conclusiones merecen ser analizadas, por tanto, como un modelo de participación pública que utiliza los nuevos instrumentos técnicos para facilitar la participación ciudadana.

• Álvaro González Andreu
Abogado. Licenciado en Derecho y Administración y Dirección de Empresas por la Universitat de València. Correo electrónico: alvarogonzalezandreu@yahoo.es.

Para ello, en primer lugar, se abordará cómo la llamada Cuarta Revolución Industrial está alterando las relaciones interpersonales desde el punto de vista del individuo, así como de la propia sociedad. Este hecho motiva la búsqueda de nuevos métodos de participación pública para reformular la relación del ciudadano con sus estructuras políticas, presentando ejemplos de otros países. En segundo lugar, centraremos nuestro análisis en explicar las causas del estallido de las protestas de los chalecos amarilloscomo antesala al *Grand Débat National*. A continuación, se presentarán algunos de los resultados obtenidos en este proceso participativo para finalmente analizar esta experiencia con el fin de valorarla como un instrumento de participación a tener en cuenta en futuras iniciativas similares.

II. CAMBIOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y POLÍTICOS: NUEVOS PROCESOS PARTICIPATIVOS.

Cada revolución industrial ha tenido un impacto en los modelos productivos, y por tanto económicos y sociales, a los que el ámbito de lo político, de lo público, debió dar respuesta. La irrupción de las Nuevas Tecnologías de la Innovación y la Comunicación (NTIC) constituye el núcleo de la nueva revolución industrial, la cuarta, según la terminología acuñada por Klaus Schwab[1].

La difuminación de la frontera entre lo tangible y lo intangible en la esfera digital crea una nueva realidad virtual que ha cambiado por completo las posibilidades que el individuo tiene de relacionarse en y con la sociedad. Las nuevas aplicaciones, las redes sociales, la nueva economía colaborativa, los nuevos servicios que amenazan a sectores tradicionales como el taxi o la hostelería… abren al individuo nuevas posibilidades, desde las más banales, como pedir comida para llevar, o buscar una relación sentimental, hasta la posibilidad de poder dar su opinión, publicarla, en cualquier momento y lugar, y sobre cualquier tema. Además, con un carácter inmediato, poco esfuerzo, y con un coste ínfimo. Es así como los individuos pueden interactuar con líderes de opinión de los más distintos y variados campos, e incluso con los mismos representantes políticos.

La revolución tecnológica, por tanto, tiene un impacto evidente en la forma de participación en la esfera social y política, que cambia los propios presupuestos del sistema.

Así, y como tras cualquier revolución tecnológica, las nuevas posibilidades que se presentan al individuo transforman sus relaciones, y, por tanto, la sociedad, debiendo realizarse una adaptación institucional en un proceso, que siempre es reactivo, con los problemas que ello conlleva. Tendencias como el descontento

1 Schwab, K.: *The Fourth Industrial Revolution*, World Economic Forum, Ginebra, 2016.

social y la desafección con el sistema institucional y político pueden motivar incluso un cuestionamiento de la propia legitimidad, lo cual que supone una seria amenaza.

Hoy, la nueva realidad, la sensación de participación y expresión directa, sin intermediarios, que se da con los nuevos cambios, gracias a los nuevos instrumentos técnicos, plantean la necesidad de adaptar el sistema democrático en lo que Micklethwait y Woolridge, llaman la Cuarta Revolución del Estado[2]. La idea pasa por tratar de readaptarlo de una manera consecuente con los cambios económicos y sociales producidos.

Internet permite agrupar el descontento, permite la organización y movilización de la población que busca cambios, y ha desempeñado un papel crucial en todos y cada uno de los movimientos de protesta social de los últimos años: desde el *Occupy Wall Street*, el 15-M en España, las primaveras árabes, el movimiento *#MeToo*, o las recientes protestas en Chile que han provocado una reforma constitucional, por citar sólo algunos ejemplos.

Muchos de estos movimientos han considerado que el marco institucional vigente era incapaz de dar una respuesta a sus problemas. Y es en este punto, cuando el sistema puede caer en una peligrosa crisis de legitimidad. Ciertos grupos se sienten excluidos de la toma de decisiones, o consideran que sus derechos no se respetan. Se exige, en consecuencia, una redefinición de la esfera pública[3], acorde a los nuevos cambios. A este respecto, las nuevas formas de participación pública, especialmente mediante canales directos, parecen situarse como una de las principales demandas.

Diversos procesos, se han llevado a cabo en los últimos tiempos, y especialmente en Europa, en los que se ha buscado diseñar nuevas formas de participación ciudadana. Y entre todas ellas, las asambleas ciudadanas adquieren importancia.

Dejando de lado la experiencia de los tradicionales *Landgemeinde,* que aún se encuentran vigentes en los cantones suizos de Glaris y Appenzell Rodas Interiores, merece la pena mencionar dos ejemplos relativamente recientes.

En primer lugar, la Convención sobre la Constitución[4] que se promovió en Irlanda para debatir sobre ocho temas en el año 2012. En ella participaron parlamentarios de la República de Irlanda, representantes de los partidos políticos de Irlanda del Norte y ciudadanos escogidos al azar. Aunque los informes de esta

2 Mickethwait, J., Wooldridge, A.: *La cuarta revolución. La carrera global para reinventar el Estado,* Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2015.

3 Sánchez Duarte, J. M., Bolaños Huertas, M. V., Magallón Rosa, R., Caffarena, V. A. "El papel de las tecnologías cívicas en la redefinición de la esfera pública", *Historia y comunicación social,* vol. 20, núm. 2, 2015.

4 http://www.constitutionalconvention.ie/ (consultada el 14 de diciembre de 2020).

convención no eran vinculantes, las autoridades se comprometieron a tener en cuenta los resultados de la misma desde un primer momento, y ello condujo, a someter a referéndum nacional tres cuestiones debatidas en la Convención con el fin de reformar la Constitución: la inclusión de la aprobación del matrimonio entre personas del mismo sexo (aprobada en mayo de 2015), la reducción de la edad para ser elegido presidente de 35 a 21 (rechazada en mayo de 2015) y la eliminación el delito de blasfemia de la Constitución (aprobada en octubre de 2018).

A partir de esta experiencia, en 2016, se promovieron las *Citizen's Assemblies*[5]. El objetivo de las mismas era la discusión de ciertas cuestiones políticas, volviéndose a incluir la posibilidad de reformar la Constitución. Entre otras cuestiones, en estas asambleas se debatió sobre el aborto[6], el uso de los referéndums y el cambio climático. En 2019 presentaron informes sobre sus resultados al Parlamento.

Otro ejemplo interesante de participación por asamblea se da en la comunidad germanófona de Bélgica. En 2019, la entidad federal más pequeña de Europa (alrededor de 75.000 habitantes, distribuidos en nueve municipios[7], decidió establecer un método novedoso de participación[8]. Este mecanismo de Ostbelgien, consiste en un *Bürgerrat* (Consejo ciudadano), como órgano permanente, compuesto por 24 ciudadanos escogidos para un periodo de 18 meses, que busca dar a cada ciudadano de la comunidad la oportunidad de participar en las instituciones. Sin embargo, en este órgano sólo se establece la agenda que se discutirá en las *Bürgerversammlungen* (Asambleas ciudadanas), especializadas sobre un tema concreto propuesto, y en las que participan 50 ciudadanos durante tres fines de semana en un periodo de tres a cuatro meses. Las recomendaciones de estas asambleas serán posteriormente remitidas al parlamento que se compromete a debatir sobre las mismas.

También Unión Europea parece buscar nuevas vías de participación ciudadana para hacer frente a la sempiterna cuestión del déficit democrático.

El 22 de enero de 2020, antes del estallido de la crisis sanitaria, la Comisión comunicó su voluntad de convocar una conferencia sobre el futuro de Europa[9] en la que se habla de que ésta será "un nuevo foro público para un debate abierto,

5 https://www.citizensassembly.ie/en/ (consultada el 14 de diciembre de 2020).

6 En mayo de 2018, el pueblo irlandés, mediante referéndum, votó a favor de derogar la Octava Enmienda de la Constitución que impedía la legalización del aborto.

7 http://www.dg.be/fr/desktopdefault.aspx/tabid-2788/5431_read-34851/#:~:text=La%20Communaut%C3%A9%20germanophone%20se%20situe,germanique%20et%20la%20culture%20latine. (consultada el 14 de diciembre de 2020).

8 https://oidp.net/en/practice.php?id=1237 (consultada el 14 de diciembre de 2020).

9 https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/communication-conference-future-of-europe-january-2020_en.pdf (consultada el 14 de diciembre de 2020).

inclusivo, transparente y estructurado con los ciudadanos sobre un número de prioridades clave y desafíos". Además, recoge la voluntad de crear nuevos canales de participación, entre ellos telemáticos, que permitan una participación accesible y transparente de cualquier ciudadano de la Unión, proyectándose, asimismo, la realización de eventos relacionados con la conferencia a nivel local, regional y nacional. La Comisión también se compromete a tener en cuenta la opinión de los ciudadanos a la hora de diseñar su agenda legislativa.

El caso del *Grand Débat National* francés puede ser también un ejemplo a analizar para esta futura conferencia europea.

III. LOS CHALECOS AMARILLOS.

1. Las causas que explican el movimiento.

Centrándonos ya en el caso de Francia, no puede entenderse el *Grand Débat National* sin su causa inmediata: el movimiento de los chalecos amarillos. Este fenómeno, que encuentra similitudes con otros movimientos de protestas que han tenido lugar en otras partes del planeta en los últimos años, se expandiría por toda Francia desde octubre de 2018 y constituye un ejemplo de cómo todas estas desigualdades y tensiones derivadas de los cambios económicos y sociales pueden motivar la aparición de movimientos de protesta transversales. Aunque el impuesto sobre el diésel aparece como el desencadenante, las causas son mucho más profundas.

Siguiendo a Eddy Fougier, cinco cambios, mutaciones según su expresión, explican la aparición de los chalecos amarillos[10].

A) La evolución económica y tecnológica.

El grueso de los chalecos amarillos está compuesto por ciudadanos sin un empleo estable y bien remunerado, y que, además, no pueden permitirse vivir en aquellos polos económicos donde sea crea, desarrolla y acumula la producción y riqueza.

La desindustrialización de las economías desarrolladas, el comercio global, la externalización de la producción, aumentan la inseguridad económica y social de ciertos colectivos, cuyas cualificaciones y experiencias parecen no casar con las exigencias del nuevo mercado.

10 Fougier, E. : *Les 5 raisons qui expliquent le mouvement des gilets jaunes*, 2018 (https://www.huffingtonpost.fr/eddy-fougier/les-5-raisons-qui-expliquent-le-mouvement-des-gilets-jaunes_a_23602331/. Consultada el 16 de diciembre de 2020).

También muchos agricultores se sienten perjudicados por la apertura de mercados derivada de la globalización.

Gran parte de los ciudadanos pertenecientes a estas categorías, se sienten rechazados por los nuevos cambios, y se sienten sacrificados incluso por el sistema institucional al que consideran el garante de su bienestar.

B) El territorio.

Otra de las razones fundamentales de este movimiento, son las diferencias crecientes entre los distintos territorios del país.

En primer lugar, el precio de la vivienda obliga a muchos trabajadores a residir en lugares distintos a dónde se localizan sus puestos de trabajo. La diferencias entre los centros de las ciudades, su periferia, e incluso las zonas semiurbanas y el medio rural, han sido en las últimas décadas uno de los caballos de batalla de las administraciones francesas. Sin embargo, en los últimos tiempos, parece que esta desigualdad aumenta progresivamente. Así, la urbanización del país provoca un aumento de población en aquellas localidades próximas a las grandes ciudades, en la periferia de las aglomeraciones, mientras que la población disminuye en aquellas regiones más alejadas[11]. Además, las clases medias viven en las periferias, y los obreros se ven desplazados de los centros de las grandes ciudades[12], alterando notablemente la propia vertebración social.

La concentración en grandes ciudades, además, va acompañada de una reducción de los servicios públicos y administrativos en aquellas regiones que pierden población, aumentando aún más las desigualdades existentes[13].

Para Fougier, estos cambios conllevan un doble perjuicio: por un lado, existe un gran número de ciudadanos que no puede beneficiarse de los servicios que sólo se dan en las grandes ciudades y, además, éstos son a menudo denigrados por pertenecer a la *France moche* (La Francia fea), de construcciones de aluvión, poco productiva, y nada atractiva culturalmente. Ello nos conduce a la tercera mutación.

C) La cultura.

Los chalecos amarillos son también el resultado del rechazo de cierta parte de la población de las manifestaciones culturales potenciadas por unas élites, en

11 Insee: "Du rural éloigné au rural proche des villes: cinq types de ruralité, Insee Analyses", núm. 77, 2019 (https://www.insee.fr/fr/statistiques/3715314. Consultada el 17 de diciembre de 2020).

12 Le Bras, H. : *La France inégale: partage social de l'espace français*, 2017 (https://theconversation.com/la-france-inegale-partage-social-de-lespace-francais-75604. Consultada el 15 de diciembre de 2020).

13 Chambres régionales et territoriales des comptes: *L'accès aux services publics dans les territoires ruraux*, 2019 (https://www.ccomptes.fr/system/files/2019-03/20190320-acces-services-publics-territoires-ruraux.pdf. Consultada el 16 de diciembre de 2020).

gran parte urbanas, al amparo del liberalismo cultural. Gran parte de la ciudadanía considera que también las tendencias culturales se convierten en algo ajeno, al no vivir en aquellos lugares donde se producen, crean y exportan estas tendencias y donde existe una mayor oferta cultural. De nuevo, aquí se percibe una disparidad entre el medio urbano y el rural.

Además, al no compartir esos valores culturales, a menudo, vuelven a ser tachados, con o sin razón, de xenófobos, nacionalistas o misóginos.

A propósito de esta divergencia, existe un debate, que no es reciente, en la izquierda francesa para abordar esta cuestión. Ya en 2011, el think-tank progresista *Terranova* publicó un informe en el que abordaba la necesidad de discutir acerca de estos cambios[14]. Olvidar buscar el voto de los obreros y de las clases medias de las periferias y el medio rural en pos del voto juvenil, de universitarios, de las minorías de los barrios populares, lo que en el debate se conocería como *La France de demain* (La Francia del mañana) contra *La France d'hier* (La Francia de ayer), puede dejar en manos de las alternativas populistas, como de hecho se está produciendo, a todos aquellos electores que se sienten desplazados por los cambios que venimos analizando, ante la abdicación de los partidos que tradicionalmente les representaban.

Es el "desalineamiento" de una gran parte de los ciudadanos con las agendas de los partidos políticos convencionales lo que explica esa ola hacia el nacionalpopulismo, según lo analizado por Eatwell y Goodwin[15]. Concretamente en Francia, ese nacionalpopulismo llevado el nombre Frente Nacional, ahora Reagrupamiento Nacional. Sin embargo, esta tendencia se ve más claramente en la desafección por los partidos tradicionales que históricamente habían ostentado el poder de la Quinta República: la derecha gaullista, con distintas denominaciones, y el Partido Socialista. Ninguno de los dos consiguió llevar a su candidato a la segunda vuelta de las presidenciales de 2017.

D) El orden político.

Visto lo anterior, los chalecos amarillos sienten desafección por las formas de participación política tradicionales. Consideran que sus inquietudes, sus problemas, sus aspiraciones, no preocupan a la clase política. La abstención o su preferencia por partidos extremos en el espectro político, con todo lo que ello conlleva, los caracterizan.

14 Ferrand, O., Prudent, R., Jeanbart, B.: *Gauche: quelle majorité électorale pour 2012?*, Terranova, 2011 (https://tnova.fr/rapports/gauche-quelle-majorite-electorale-pour-2012. Consultada el 14 de diciembre de 2020).

15 Eatwell, R., Goodwin, M.: "Desalineamiento", en *Nacionalpopulismo. Por qué está triunfando y de qué forma es un reto para la democracia*, Península, Barcelona, 2019, pp. 253-294.

E) La cuestión ecológica.

Finalmente, los métodos para luchar contra el cambio climático y construir una sociedad más sostenible, también levantan tensiones que explican este movimiento.

El debate al respecto puede centrarse en dos aspectos básicos: el uso de los vehículos privados y la alimentación. En el primer caso, parece evidente cómo son los ciudadanos que necesitan desplazarse para acudir a los puestos de trabajo, y utilizar un vehículo privado ante la falta de transporte público en las regiones periféricas y rurales, los más afectados por las políticas necesarias para descarbonizar la economía, mediante el establecimiento, por ejemplo, de gravámenes sobre el diésel[16].

Por otro lado, el aumento de la demanda de productos provenientes de la agricultura ecológica[17], también ha afectado a la producción agrícola tradicional, creando tensiones entre los distintos modelos agrícolas del país vecino.

2. El perfil de los chalecos amarillos.

Desde el estallido de las protestas en octubre de 2018, diversos estudios sociológicos han tratado de dibujar un perfil sobre los chalecos amarillos.

El *Institut d'Études d'Opinion et Marketing* (IFOP), publicó un informe llamado 'Les «gilets jaunes»: Sociologie d'un mouvement hors norme' (Los chalecos amarillos: Sociología de un movimiento fuera de lo común) en enero de 2019, en el que se aportan varios datos a tener en cuenta[18]:

- La media de edad de los que se consideran chalecos amarillos se sitúa en 47 años.

- Sólo el 11% de las personas que ocupan puestos de dirección y que ejercen profesiones intelectuales se consideran chalecos amarillos. Este porcentaje aumenta hasta el 31% en el caso de obreros, al 25% en el caso de los autónomos y al 23% en el caso de los empleados por cuenta ajena.

16 Quéméner, S., Nathan, H.: *17 novembre 2018: la révolte des pue-le-diesel*, Marianne, 2018, (https://www.marianne.net/medias/17-novembre-2018-la-revolte-des-pue-le-diesel. Consultada el 17 de diciembre de 2020).

17 Según la *Agence Française pour le Développement et la Promotion de l'Agriculture Biologique*, el mercado de productos ecológicos experimentó un crecimiento del 13,5% en 2019 en el país galo, siendo Francia el segundo país de la UE que dedica más superficie a estos cultivos tras España. https://www.agencebio.org/vos-outils/les-chiffres-cles/ (Consultada 11 de diciembre de 2020).

18 IFOP - Foundation Jean Jaures. Département Opinion et Stratégies d'Entreprises : «Gilets jaunes » - Note n°2 : Les « gilets jaunes » : Sociologie d'un mouvement hors norme, 2019 (https://www.ifop.com/wp-content/uploads/2019/02/Focus2019120-20Gilets20jaunes20note202.pdf. Consultada el 12 de diciembre de 2020).

- Un 15% de los pensionistas se considera chaleco amarillo.

- A medida que aumentan los niveles de educación disminuye el apoyo a los chalecos amarillos. Entre la ciudadanía con estudios de formación profesional (lo que en Francia sería una titulación CAP[19]/BEP[20]) hasta el 28% se considera chaleco amarillo, mientras que en los titulados universitarios este porcentaje cae al 9%.

- Según el grado de dependencia a la utilización del vehículo privado, entre aquellos que se consideran muy dependientes, un 30% se considera chaleco amarillo. Entre los que consideran "que no son nada dependientes", el porcentaje vuelve a caer a un 9%.

- Según la distancia entre su lugar de residencia y la gran aglomeración más cercana (entendiéndose como una ciudad de más de 200.000 habitantes), entre aquellos que viven a menos de 10 kilómetros, sólo un 13% se considera chaleco amarillo, mientras que entre aquellos que viven a entre 40 y 60 kilómetros de distancia, el porcentaje aumenta hasta el 28%. Vuelve a disminuir al 21% entre aquellos que viven a más de 60 kilómetros.

Vemos, por tanto, una confirmación de la tesis de Fourgier a la hora de definir las causas que se encuentran tras este movimiento social: una desigualdad económica, territorial, social y cultural derivada de unas tendencias que causan hastío.

El *Observatoire Société & Consommation*, publicó también en 2019 un informe en el que analiza las características del movimiento[21], y según este estudio, la principal preocupación de los chalecos amarillos es la pérdida del poder de adquisitivo, que supera incluso a la inquietud por la reducción de los servicios públicos.

Según este estudio, es la cuestión económica la base de todas estas tensiones.

IV. EL GRAND *DÉBAT* NATIONAL.

1. Cuestiones generales.

Las concentraciones de los chalecos amarillos cada fin de semana provocaron una crisis política en Francia que necesitó de una respuesta institucional. Aunque fueron los gobiernos locales los primeros en adoptar medidas, sería la propuesta del Elíseo de convocar un *Grand Débat National* la que abordaría con carácter

19 Certificat d'Aptitude Professionnelle.

20 Brevet d'Études Professionnelles.

21 Observatoire Société & Consommation : *Qui sont les gilets jaunes, leurs soutiens et leurs opposants?*, 2019, (https://lobsoco.com/wp-content/uploads/2019/03/LObSoCo-1-Qui-sont-les-gilets-jaunes-leurs-soutiens-et-leurs-opposants-1-Rapport-danalyse.pdf. Consultada el 18 de diciembre de 2020).

general este movimiento social, tratando de canalizar este descontento mediante la propuesta de un proceso participativo ambicioso.

Así, el 10 de diciembre de 2018, el Presidente Emmanuel Macron anunciaría el proyecto del Debate, que se abriría oficialmente el 15 de enero del año siguiente y que tendría una duración de dos meses, hasta el 15 de marzo.

La propuesta del presidente, no sería bien recibida por ciertos sectores del movimiento y, en paralelo, los chalecos amarillos lanzarían una iniciativa similar llamada *Vrai Débat* (Debate verdadero), usando cauces de participación telemática similares a los de la propuesta gubernamental.

Ambas propuestas, motivarían la aparición del *Observatoire des Débats*[22], como proyecto de investigación independiente, que reúne tanto a actores de la sociedad civil como del mundo académico. Este observatorio ha ido analizando todos los datos relativos a estos procesos, ofreciendo informes sobre la participación y resultados de los mismos, y recopilando, entre otros, los cuestionarios rellenados por la ciudadanía en los debates locales que tuvieron lugar a lo largo y ancho del país.

Aunque es cierto que el gobierno francés ha publicado informes oficiales, que se analizarán más tarde, los datos del Observatorio a propósito de la socio-demografía de la ciudadanía que participó en el *Grand Débat National* (en adelante GDN), son los únicos existentes. Serán éstos los que se utilizarán para comparar el perfil de los chalecos amarillos, ya presentado, con el de los participantes del GDN.

El GDN se caracteriza por ser un proceso participativo en el que se utilizan distintos canales de participación: asambleas presenciales, cuadernos de quejas, plataforma online, correo ordinario…y, además, con una implicación de la Administración a nivel local, regional y nacional.

Para organizar el debate, se propusieron cuatro bloques temáticos sobre los que centrar las discusiones y propuestas efectuadas a través de los distintos canales de participación:

- Fiscalidad y gasto público.

- Organización del Estado y de los servicios públicos.

- Democracia y ciudadanía.

22 https://observdebats.hypotheses.org/.

- Transición ecológica.

Tras el cierre del GDN, el gobierno francés ofrece los siguientes datos de participación[23]: 1.932.884 contribuciones telemáticas, 10.134 reuniones locales, 16.337 ayuntamientos en los que se ha puesto a disposición del ciudadano un "cuaderno de quejas", y 27.373 correos recibidos por las distintas administraciones.

Procedemos, a continuación, a analizar cada uno de estos canales y las fases en las que se desarrolló el GDN. En este proceso, tiene especial importancia la participación ciudadana mediante asambleas y conferencias presenciales que se complementaron con canales de participación telemáticos.

2. El desarrollo del proceso participativo.

A) La administración local se adelanta: los Cahiers de doléances.

Tras meses de protestas, serían las alcaldías de los pequeños municipios, las primeras en tratar de dar una respuesta a las inquietudes de este movimiento de los chalecos amarillos. Y lo harían, también, mediante un proceso participativo.

Utilizando la terminología histórica de *Cahiers de doléances*, lo que podría traducirse como "cuadernos de quejas" o "de agravios", y que tanta importancia tuvieron en el proceso revolucionario de 1789, la *Association de Maires Ruraux de France* (AMRF)[24], propuso ya en diciembre de 2018, que en cada ayuntamiento existiese un espacio en el que la ciudadanía pudiera dejar por escrito sus quejas, inquietudes y propuestas para mejorar su situación.

Adelantándose a la propuesta de la Presidencia de la República, alrededor de 10.000 ayuntamientos mantuvieron sus puertas abiertas para permitir la participación de sus conciudadanos hasta mediados de enero, momento en el que este proceso se suma a la propuesta nacional del GDN.

Se estima que en este proceso estrictamente local, participaron alrededor de 160.000 ciudadanos, cuyas "quejas" serían enviadas a las prefecturas para su recopilación y análisis[25].

23 https://granddebat.fr/.

24 https://www.amrf.fr/.

25 Legris, M.: "Grand débat ou vrai débat?", Études. Révue de Culture Contemporaine, noviembre 2019, pp. 45-56.

B) La plataforma online.

El GDN es un ejemplo del uso de la tecnología cívica, mediante la cual se los nuevos instrumentos derivados de la irrupción de las NTIC se ponen a disposición de la ciudadanía para facilitar su participación pública.

La habilitación del portal https://granddebat.fr/, por parte del gobierno[26], junto con la campaña mediática llamando a la participación permitieron cerrar el GDN, con 2,8 millones de visitantes, 647.324 usuarios registrados y 506.333 usuarios que participaron en la iniciativa.

Para participar telemáticamente, el registro en el portal era obligatorio y los únicos requisitos eran disponer de una dirección de correo electrónico válida y una verificación mediante código una vez solicitado el registro. Se solicitaba también el código postal del lugar de residencia.

La plataforma planteaba distintos cuestionarios acerca de los cuatro bloques presentados con preguntas cerradas, y no existía obligación de responder ni a todos los cuestionarios ni a todas las preguntas de cada uno de ellos.

Además, también se permitía presentar propuestas mediante su carga directa en la plataforma.

C) Debates locales.

Durante los dos meses que duró el GDN, la ciudadanía, las organizaciones de la sociedad civil, los representantes políticos y autoridades convocaron asambleas locales en las que cualquier ciudadano podía participar. Una gran parte de estos debates se publicitó a través de la plataforma oficial, así como en los medios oficiales de los entes territoriales en los que se iba organizar. Otras reuniones se organizaron sin tener ese respaldo oficial.

A pesar de que no existen datos oficiales por lo que respecta a la participación en estos encuentros, el *Observatoire des Débats* estima que alrededor de medio millón de ciudadanos participaron en estos debates locales. Uno de cada ocho ayuntamientos organizó un encuentro de este carácter.

D) Conferencias regionales.

Tras una primera fase de encuentros locales, a nivel regional se organizarían conferencias durante las dos primeras semanas de marzo de 2019 con un funcionamiento distinto al de las asambleas locales.

26 https://www.le-vrai-debat.fr sería el portal utilizado para el debate alternativo.

En esta fase, se seleccionó al azar a varios ciudadanos, para que durante, al menos un día y medio, trabajaran en pequeños grupos de cinco a siete personas para discutir sobre los cuatro bloques propuestos con el fin de, ahora sí, elaborar propuestas concretas. Un total de 1.404 ciudadanos participaron en estas conferencias, desde los 55 de Córcega a los 125 de Isla de Francia.

Estos debates ya no fueron públicos.

En teoría, estas conferencias debían trabajar sobre las propuestas que se habían recopilado las semanas anteriores a nivel local.

A este nivel se celebraron:

- 13 conferencias en cada una de las regiones de la Francia metropolitana.

- 5 en los territorios de ultramar.

- Una conferencia, específica para la participación juvenil, en Isla de Francia.

- Dos talleres participativos en los territorios de ultramar de San Pedro y Miquelón y San Bartolomé y San Martín.

E) Las conferencias nacionales temáticas.

Cuatro conferencias nacionales fueron organizadas para centrarse en cada uno de los bloques propuestos. En estas conferencias se sumarían al debate las organizaciones sindicales, la patronal, así como algunas de las asociaciones más representativas de la sociedad civil.

El objetivo de estos encuentros residía en tratar de identificar los distintos puntos de acuerdo y desencuentro entre las distintas partes.

En estas conferencias, los ministerios del ramo ejercieron de anfitriones:

- 11 de marzo: Conferencia sobre transición ecológica. Ministerio de Transición ecológica.

- 11 de marzo: Conferencia sobre democracia y ciudadanía. Ministerio de Justicia.

- 13 de marzo: Conferencia sobre fiscalidad y gasto público. Ministerio de Economía y Finanzas.

- 13 de marzo: Conferencia sobre organización del Estado y servicios públicos. Ministerio de cohesión de territorios y relaciones con las colectividades territoriales.

F) La publicación de los resultados: las síntesis temáticas.

En junio de 2019, la plataforma online publicó las síntesis[27] obtenidas como resultado del análisis conjunto de todos los canales de participación que fueron recibidos por las administraciones.

Se presentaron cuatro síntesis para cada uno de los bloques extraídas de las contribuciones telemáticas, las síntesis de las contribuciones libres, las síntesis de las cuatro conferencias sectoriales nacionales, y las síntesis de las conferencias regionales.

En el siguiente bloque se presentarán algunos de los resultados obtenidos a partir de los cuestionarios respondidos telemáticamente.

3. El perfil de los participantes en el *Grand Débat National.*

Siguiendo los datos del *Observatoire des Débats*[28], vemos como el perfil de los participantes en el GDN es muy diferente del perfil del ciudadano que se considera a sí mismo como chaleco amarillo.

Por lo que respecta a los participantes de los debates locales, el *Observatoire des Débats* aporta algunos datos interesantes:

- La media de edad se sitúa en 57 años, siendo la mediana de 62 años (el 50% tiene 60 años o más y más de un cuarto tiene 70 años o más)

- 49% de los asistentes eran jubilados.

- 62% de los asistentes contaban con un título de educación superior.

- El 72% era propietario de su vivienda.

- Dos tercios de los asistentes declaran poder salir adelante bastante bien o muy fácilmente con sus ingresos.

- Tres cuartos de los participantes afirman estar satisfechos con su vida.

27 https://granddebat.fr/pages/syntheses-du-grand-debat.

28 Fourniau, J.: "Communiqué de l'Observatoire des débats: Le *Grand Débat National*: un exercice inédit, une audience modérée au profil socioéconomique opposé à celui des Gilets jaunes", *Observatoire des débats*, 2019, (https://observdebats.hypotheses.org/413. Consultada el 14 de diciembre de 2020).

- Uno de cada dos participantes declara ser la primera vez que participa en una reunión pública similar al GDN.

En cuanto a los participantes escogidos al azar para las conferencias regionales, tampoco modificaron sustancialmente este perfil, especialmente en lo que respecta al nivel de educación superior. Un nivel muy superior al de la media de la población del país, y aún más alejado del perfil del chaleco amarillo.

A propósito de los participantes telemáticos, el *Observatoire* solicitó a las autoridades poder efectuar un cuestionario con el fin de analizar su perfil socio-demográfico, pero esta petición quedó sin respuesta.

Basándose en el número medio de contribuciones por usuario (cerca de 4), el *Obstervatoire des Débats* estima que los participantes podrían ser internautas activos con un nivel educativo significativamente diferente al de la población general.

En conclusión, podemos estimar que el GDN reunió a un sector de la población de edad avanzada, con educación superior, en su mayor parte propietario de su vivienda y satisfecho en un grado notable con sus condiciones de vida.

Un perfil, por tanto, muy diferente al del ciudadano que decidió vestir un chaleco amarillo, y que desencadenó este proceso participativo.

V. LAS SÍNTESIS.

Con el fin de especificar algunas de las cuestiones sobre las que se debatieron, conviene realizar una enumeración, no exhaustiva, de algunos de los resultados de los cuestionarios telemáticos, que serían publicados en las cuatro síntesis de los bloques propuestos.

1. Fiscalidad y gasto público[29].

En este bloque se recogieron 188.700 contribuciones de 154.446 participantes únicos, y respondieron al cuestionario de preguntas cerradas 345.578 participantes únicos.

EL 56% de los participantes residían en ciudades de 100.000 habitantes o más y tan sólo el 9% en municipios rurales[30] (conviene recordar que el código postal era el único dato que se pedía).

29 https://granddebat.fr/media/default/0001/01/a95c01efe99bf13294aa6b574bf445a0925fb40b.pdf (consultada 11 de diciembre de 2020).

30 El 46% de la población francesa reside en ciudades de 100.000 habitantes o más y 23% en municipios rurales.

Entre los resultados a destacar:

- Un 42,8% de los participantes considera que es necesaria una mejor transparencia sobre la utilización del dinero recaudado por impuestos.

- Para financiar el gasto social, las tres soluciones más valoradas son: 1) revisar las condiciones de atribución de ciertas ayudas sociales (53%); 2) aumentar el tiempo de trabajo (24%); 3) reducir la edad de jubilación (22%).

- Para reducir el déficit público francés, un 75% considera que, ante todo, hay que reducir el gasto público.

- Las dos principales partidas presupuestarias que deben reducirse, de acuerdo con los participantes, con el fin de reducir el gasto público son: defensa (28% de los participantes están de acuerdo) y política de vivienda (22% está de acuerdo).

- El principal impuesto en el que se desea una rebaja es en el IVA (*TVA* en Francia). Un 17,9% está de acuerdo con ello, especialmente para los productos de primera necesidad (un 12,9%), seguido de cerca por el IRPF (*impôt sur le revenu*) con un 17,4% de apoyos.

- Muy interesante es el dato de que el 58% de los participantes no estaría dispuesto a pagar un impuesto para propiciar mejores comportamientos cívicos en provecho de la sociedad, como una tasa ecológica[31] o impuestos sobre el tabaco y el alcohol.

2. Organización del Estado y de los servicios públicos[32].

En este bloque se recogieron 113.695 contribuciones de 97.677 participantes únicos y 335.535 personas únicas respondieron al cuestionario.

Los participantes muestran una distribución por lugar de residencia similar al anterior bloque. Vuelven a repetirse los porcentajes de un 56% de participantes residiendo en ciudades de 100.000 habitantes o más, y un 9% residiendo en municipios rurales.

Por lo que respecta a los resultados:

- El 35% de los participantes se muestra a favor de que el Estado transfiera nuevas competencias a las colectividades territoriales. Aunque otro 35% se muestra en contra y un 30% no contesta.

31 Como el impuesto sobre el diésel que supuso el inicio de las protestas.

32 https://granddebat.fr/media/default/0001/01/6411a9e47f830b33c58e05acde5754f0aed9b631.pdf (consultada el 11 de diciembre de 2020).

- El 52% de los participantes responde que tiene acceso a los servicios públicos que necesita.

- 45% considera que es necesario dotar de más autonomía a los llamados *fonctionnaires de terrain*[33] (policías, personal sanitario y asistencial, bomberos…).

- Un 67% conoce los diferentes niveles administrativos que prestan los distintos servicios públicos en su territorio. Un 32% de los participantes desconoce esta cuestión. Además, un 87% estima que hay demasiados niveles administrativos en Francia.

- Un 68% considera que su municipio (*commune*) es la colectividad territorial por la que siente más apego. Por delante de la región (un 38%) y del departamento (un 35%).

- Un 49% ha renunciado a ciertos derechos y prestaciones sociales a causa de unos procedimientos burocráticos que se consideran demasiado complejos.

- Para realizar trámites administrativos, un 27% responde que podría desplazarse sin dificultad hasta 5 kilómetros, un 26% hasta 10 kilómetros, y un 13% no tendría problema en recorrer más de 20 kilómetros.

- 74% de los participantes declara tener necesidades digitales, más que físicas (un 45%) o telefónicas (40%) para acceder a ciertos servicios públicos.

- 95% de los participantes estima como "una cosa positiva" el hecho de concentrar en un mismo lugar a varios servicios públicos. El 84% ve positivamente que existan "servicios públicos itinerantes".

3. Democracia y ciudadanía[34].

Unos 103.933 participantes únicos presentaron 118.356 contribuciones en este bloque. Al cuestionario cerrado responden 336.964 participantes únicos.

De nuevo, un 56% de los participantes reside en grandes ciudades y un 9% en municipios rurales.

Entre los resultados obtenidos podemos destacar:

33 Se establece una distinción entre "fonctionnaires de terrain" y los "fonctionnaires administratifs". Se considera que los primeros tienen condiciones más difíciles a la hora de desarrollar su trabajo.

34 https://granddebat.fr/media/default/0001/01/7967bf7a5ea62fe6c284469196d9c829e26ac14a.pdf (consultada el 11 de diciembre de 2020).

- Un 52% considera que hace falta dar un papel más importante a asociaciones y organizaciones sindicales y profesionales.

- Un 69% considera que debe tenerse en cuenta el voto en blanco.

- El 42% de los participantes piensa que debe facilitarse la puesta en marcha del referéndum de iniciativa compartida[35]. Un 27,6% considera que los referéndums permitirían tener una democracia más participativa. El 80% considera que habría que recurrir más a referéndums a nivel local.

- El 52% de los participantes defiende que hace falta establecer contrapartidas a las distintas prestaciones sociales.

- El 86% considera deseable reducir el número de parlamentarios.

- Un 57% defiende que el voto adquiera el carácter de obligatorio (Un 42% se muestra contrario a adoptar esta medida).

- Un 48% estima que debe mejorarse la aplicación de la laicidad en Francia.

- Un 52% considera que las asambleas legislativas deben transformarse. Un 20% aboga por la supresión del Senado.

4. Transición ecológica[36].

En este último bloque, 136.208 participantes únicos efectuaron 155.840 contribuciones. 353.354 personas participan en el cuestionario.

Vuelven a repetirse los porcentajes relativos al lugar de residencia de los participantes.

Algunos datos de este bloque son:

- El 62% considera que el cambio climático afecta a su día a día.

- El 86% piensa que puede contribuir a proteger el medio ambiente.

35 Référendum d'Initiative Partagée (RIP). Es un proceso legislativo con dos fases. La iniciativa corresponde a un diputado que necesita el apoyo de una quinta parte de los miembros del parlamento. En una segunda fase se debe conseguir el apoyo de una décima parte del cuerpo electoral. No se ha aplicado nunca. A día de hoy sólo ha habido tres intentos de usar esta vía: en 2019 con el fin de establecer un impuesto sobre las grandes fortunas (sin recabar el apoyo parlamentario necesario). La segunda también se propuso en 2019 para considerar a la agrupación de aeropuertos de París como servicio público (sólo se consiguió 1,09 millones de firmas de los electores). El último intento llegó en julio de 2020, y se encuentra aún en trámite, con el propósito de regular el bienestar animal.

36 https://granddebat.fr/media/default/0001/01/b88758e8caa2733bec607a74b3b5371cc0a3b420.pdf (consultada el 11 de diciembre de 2020).

- Un 37% ve posible recurrir a soluciones de movilidad alternativa al vehículo privado. Un 32% considera que no es posible.

- Un 55% no creen que un impuesto sobre el diésel y la gasolina pueda modificar el comportamiento de los usuarios.

- Un 59% estima que la financiación de la transición ecológica debe provenir tanto del presupuesto general como de una tributación ecológica.

- Un 21,1% defiende la necesidad de cambiar el modelo agrícola actual.

VI. CONCLUSIONES.

El 25 de abril de 2019, el presidente Macron dio por concluido el *Grand Débat National*, anunciado una reducción del impuesto sobre la renta y una revalorización de las pensiones a partir la inflación. El hecho de dar por concluido el debate semanas antes de publicar las síntesis con los resultados es una muestra de los problemas que ha tenido este proceso participativo.

Que se anunciaran estas medidas no quiere decir, que en el futuro no puedan diseñarse nuevas políticas tomando como base los resultados obtenidos en el proceso. Y es que, de hecho, las síntesis, los cuestionarios y las contribuciones ofrecen una fotografía de la sociedad francesa, que, aunque con fallos de representatividad, no debería desdeñarse.

Y esta falta de representatividad e incluso de legitimidad, por la participación y el perfil de las personas que decidieron tomar parte lo que ensombrece este proceso de participación multicanal a gran escala.

Las autoridades estiman que alrededor de 1,5 millones de franceses y francesas participaron en el GDN. Y de éstos, 500.000 personas asistieron a las reuniones locales.

Estos datos atestiguan una baja participación en un país con más de 64 millones de habitantes y 47,1 millones de personas con derecho a voto según los datos de abril de 2019[37].

La incertidumbre sobre cuál era el objetivo de este proceso, así como qué se iba a hacer con los resultados del mismo, puede haber sido uno de los principales obstáculos para lograr una participación masiva de la ciudadanía francesa en el GDN. Y todo ello a pesar de la gran cobertura mediática y de la pluralidad de formas de participación.

37 https://www.insee.fr/fr/statistiques/4134308 (consultada el 15 de diciembre de 2020).

Según el *Observatoire de Débats*[38], la participación, a la que califica de "moderada", responde a que el proceso no aportó garantías de pluralismo ni de transparencia. Además, la ciudadanía siempre tuvo dudas sobre que el Gobierno tuviera en cuenta sus propuestas.

Según la encuesta de opinión del IFOP de febrero de 2019, un 62% de la ciudadanía no pensaba que el gobierno fuese a tener en cuenta las propuestas e ideas de los participantes en el GDN[39].

Una de estas faltas de transparencia puede ser la de la propia participación. Solo existen datos de la participación telemática, en el caso de las asambleas presenciales locales sólo existen estimaciones a pesar de ser una de las formas de participación más ambiciosas. Uno de cada ocho municipios del país celebró al menos una reunión local, lo que dio la oportunidad de asistir a un encuentro de este tipo al 61% de la población francesa. Sin embargo, se estima que sólo el 0,9% de la población adulta participó en estas asambleas.

También se puede achacar un excesivo personalismo del presidente durante todo el proceso. Las intervenciones públicas, o la gran movilización de los representantes políticos del partido en el gobierno, como demuestra el dato de que existió un mayor número de reuniones locales en aquellas ciudades donde *La République en Marche* obtuvo mejores resultados electorales, no facilitó que se considerara esta iniciativa como plural.

Algunos economistas incluso criticaron las preguntas escogidas para los cuestionarios cerrados, al estimar que predisponían a los participantes hacia las posturas del gobierno[40].

Además, conviene señalar como los datos socio-demográficos, muestran grandes diferencias entre los chalecos amarillos y los participantes en el GDN. Si el proceso participativo se presentó como una respuesta a los problemas sociales que habían desembocado en las propuestas del GDN, parece que no tuvo la respuesta adecuada en aquellos sectores de la población de los cuales, teóricamente, se esperaba una mayor participación.

Diez años más de media de edad, mayoría de jubilados, gran peso de ciudadanos residiendo en grandes ciudades y con estudios superiores, propietarios de su

38 https://www.participation-et-democratie.fr/communique-de-l-observatoire-des-debats (consultada 14 de diciembre de 2020).

39 IFOP-Fiducial: *Le regard des Français sur le grand débat national*, Balises d'opinion #58, 2019, (https://www.ifop.com/wp-content/uploads/2019/02/116084-Rapport-CN-SR-N58.pdf. Consultada el 12 de diciembre de 2020).

40 https://www.lemonde.fr/politique/article/2019/01/17/grand-debat-des-fiches-pedagogiques-qui-vont-dans-le-sens-du-gouvernement_5410443_823448.html (consultada 14 de diciembre de 2020).

vivienda y satisfechos con sus condiciones de vida, no representan a esa "otra Francia" que fin de semana tras fin de semana ocupaba las rotondas de amplias zonas del país.

Ni siquiera el perfil de los participantes logra asemejarse al de la población francesa en general. Ni en cuestión de edad, nivel de estudios, de ingresos o lugar de residencia. Además, ni siquiera las conferencias regionales lograron acabar con esta falta de representatividad.

En resumidas cuentas, el GDN ha reunido la participación moderada de un perfil socio-demográfico opuesto al de los chalecos amarillos, y ello también conduce a que no pueda hablarse de un éxito del proceso participativo.

De los resultados de este proceso, también se puede extraer, que son los municipios los que salen más reforzados. Fueron las alcaldías las que dieron el primer paso para afrontar la crisis, proponiendo los *cahiers de doléances*, que luego fueron asimilados por el proceso general. Son las autoridades locales las que han canalizado el grueso de la participación presencial, enlazando esos debates con las siguientes fases regional y nacional. Además, las síntesis también ofrecen resultados destacables a este respecto: el 68% considera al municipio como la administración por la que siente más apego, el 35% considera que el Estado debe ceder competencias a las colectividades territoriales y el 45% defiende dotar de más competencias a los funcionarios que trabajan en el día a día, y que dependen, en muchos casos, de la administración local como son los policías, bomberos y asistentes sociales.

En resumen, el GDN fue concebido para dar respuesta a una ola de protesta social basada en toda una serie de desigualdades económicas y sociales, que no es sólo un problema de Francia. Sin embargo, la falta de transparencia y la desconfianza con respecto a que no fuese un procedimiento inclusivo y plural cuyos resultados fuesen a tenerse en cuenta, puede explicar la baja participación.

Y todo ello a pesar de la variedad de formas de participación, presenciales y telemáticas, que peculiarmente sólo motivaron la participación de un perfil distinto al de los chalecos amarillos.

En comparación con los casos mencionados de Irlanda y Bélgica, en el primero desde el principio existió un compromiso claro de las autoridades por cumplir con los resultados del proceso participativo. Y en Bélgica el procedimiento, se incluye directamente en el proceso legislativo ordinario de la comunidad germanófoba.

Quizás, la iniciativa de la Unión Europea con respecto a la futura conferencia sobre el futuro de Europa pueda beber del ejemplo francés. Al menos, en su

diseño estructural. Un procedimiento participativo a través de canales digitales, podría complementarse mediante asambleas o reuniones presenciales, a nivel local, regional y nacional, con el fin de llevar el debate sobre Europa a un ámbito más cercano al ciudadano.

Por otro lado, es fundamental establecer claramente el "para qué" va a servir esa participación. Sólo si el ciudadano entiende que su opinión cuenta, puede llegar a considerar participar.

Y he aquí la diferencia entre unos procesos participativos y otros.

Es posible, que las protestas de los chalecos amarillos hayan perdido intensidad por el prolongado periodo de tiempo desde su estallido en octubre de 2018 y por la reciente crisis sanitaria, sin embargo, los problemas que motivaron su aparición y en consecuencia, la propuesta del GDN, siguen ahí.

BIBLIOGRAFÍA

CHAMBRES RÉGIONALES ET TÉRRITORIALES DES COMPTES: *L'accès aux services publics dans les territoires ruraux*, 2019, (https://www.ccomptes.fr/system/files/2019-03/20190320-acces-services-publics-territoires-ruraux.pdf).

DOBLER, C.: "The 2019 Grand Débat national in France: A participatory experiment with limited legitimacy", *Democracy International*, 2020 (https://www.democracy-international.org/2019-grand-debat-national-france-participatory-experiment-limited-legitimacy).

EATWELL, R., GOODWIN, M.: "Desalineamiento", en *Nacionalpopulismo. Por qué está triunfando y de qué forma es un reto para la democracia*, Península, Barcelona, 2019.

FERRAND, O., PRUDENT, R., JEANBART, B.: *Gauche: quelle majorité électorale pour 2012?,* Terranova, 2011 (https://tnova.fr/rapports/gauche-quelle-majorite-electorale-pour-2012).

FOUGIER, E.: "Les 5 raisons qui expliquent le mouvement des gilets jaunes", 2018 (https://www.huffingtonpost.fr/eddy-fougier/les-5-raisons-qui-expliquent-le-mouvement-des-gilets-jaunes_a_23602331).

FOURNIAU, J.: "Communiqué de l'Observatoire des débats: Le Grand Débat National: un exercice inédit, une audience modérée au profil socioéconomique opposé à celui des Gilets jaunes", *Observatoire des débats*, 2019 (https://observdebats.hypotheses.org/413).

IFOP-FIDUCIAL : *Le regard des Français sur le grand débat national*, Balises d'opinion #58, 2019, (https://www.ifop.com/wp-content/uploads/2019/02/116084-Rapport-CN-SR-N58.pdf).

IFOP-FOUNDATION JEAN JAURES. DÉPARTEMENT OPINION ET STRATÉGIES D'ENTREPRISES : "Gilets jaunes"-Note n°2: "Les gilets jaunes: Sociologie d'un mouvement hors norme", 2019 (https://www.ifop.com/wp-content/uploads/2019/02/Focus2019120-20Gilets20jaunes20note202.pdf).

INSEE: "Du rural éloigné au rural proche des villes: cinq types de ruralité", *Insee Analyses*, núm. 77, 2019 (https://www.insee.fr/fr/statistiques/3715314).

LE BRAS, H.: *La France inégale: partage social de l'espace français*, 2017 (https://theconversation.com/la-france-inegale-partage-social-de-lespace-francais-75604).

Legris, M. : "Grand débat ou vrai débat?", Études. Révue de Culture Contemporaine, noviembre 2019.

Mickethwait, J., Wooldridge, A.: *La cuarta revolución. La carrera global para reinventar el Estado,* Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2015.

Observatoire Société & Consommation : "Qui sont les gilets jaunes, leurs soutiens et leurs opposants?", 2019 (https://lobsoco.com/wp-content/uploads/2019/03/LObSoCo-1-Qui-sont-les-gilets-jaunes-leurs-soutiens-et-leurs-opposants-1-Rapport-danalyse.pdf).

Quéméner, S., Nathan, H.: *17 novembre 2018: la révolte des pue-le-diesel*, Marianne, 2018 (https://www.marianne.net/medias/17-novembre-2018-la-revolte-des-pue-le-diesel).

Sánchez Duarte, J. M., Bolaños Huertas, M. V., Magallón Rosa, R., Caffarena, V. A.: "El papel de las tecnologías cívicas en la redefinición de la esfera pública". *Historia y comunicación social,* vol. 20, núm. 2, 2015.

Schwab, K.: "The Fourth Industrial Revolution", *World Economic Forum*, Ginebra, 2016.

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL DERECHO MATRIMONIAL

HISTORICAL EVOLUTION OF THE AUTONOMY OF WILL IN MARRIAGE LAW

Rev. Boliv. de Derecho Nº 32, julio 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 1090-1109

Lucía
ROZALÉN
CREUS

ARTÍCULO RECIBIDO: 14 de abril de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 30 de abril de 2021

RESUMEN: La autonomía de la voluntad o poder de autoregulación de las relaciones derivadas del matrimonio es una materia que está en auge y que podemos calificarla de novedosa. Cada vez son más los matrimonios que se decantan por proceder haciendo uso de esta facultad a autorregular los efectos tanto personales como patrimoniales derivados de su unión o de su futura ruptura. En el ordenamiento jurídico español no existe una regulación precisa y completa del tema, sin que todas estas figuras estén igual de legisladas, aunque sí todas admitidas sin ningún género de duda por la jurisprudencia. En los últimos años se ha producido una evolución del derecho de Familia, tradicionalmente muy reacio a dar hueco a la autorregulación. Nuestra Constitución marca un punto de inflexión cambiando el concepto de derecho de familia mantenido hasta el momento y abriendo la puerta a las demandas de flexibilización de una sociedad cada vez tendente a la huir de las nomas de "ius cogens".

PALABRAS CLAVE: Autonomía de la voluntad; pactos matrimoniales; capitulaciones matrimoniales; convenio regulador; derecho de familia.

ABSTRACT: *The autonomy of the will or power of self-regulation of relationships derived from marriage is a subject that is on the rise and that we can qualify as novel. More and more couples are opting to proceed making use of this power to self-regulate both personal and property effects derived from their union or its future breakdown. In the Spanish legal system there is no precise and complete regulation of the subject, without all these figures being equally legislated, although all are admitted without any doubt by jurisprudence. In recent years there has been an evolution of Family law, traditionally very reluctant to give space to self-regulation. Our Constitution marks a turning point by changing the concept of family law maintained up to now and opening the door to the demands for flexibility of a society every time it tends to flee from the norms of "jus cogens".*

KEY WORDS: *Autonomy of the will; convenant marriage; marriage contract; regulatory agreement; Family right.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA.- 1. Influencia de la CE 1978.- 2. Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.- 3. La Ley 30/1981, 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.- 4. Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

I. INTRODUCCIÓN.

Podemos definir la autonomía de la voluntad dentro del derecho matrimonial en la capacidad que se otorga a los cónyuges o futuros contrayentes para autoregular los efectos tanto personales como patrimoniales derivados de su matrimonio.

Varias son las figuras que podemos encontrar hoy día en nuestro ordenamiento jurídico que sirven como herramienta a tal fin.

Tenemos en este punto que hacer una breve reflexión acerca de las formas en que la autonomía de la voluntad se puede expresar por los cónyuges según el momento y las circunstancias en que se produzca.

En primer lugar las capitulaciones matrimoniales, cuyo principal fin es el establecimiento, modificación o sustitución del régimen económico matrimonial, aunque como dice el Código Civil pueden contener cualquier otra u otras disposiciones por razón del matrimonio.

Como segunda figura que recoge también la voluntad de las partes, tenemos el convenio regulador aprobado judicialmente, el cual establece los efectos personales y/o patrimoniales derivados de la nueva situación creada por la separación de los cónyuges o disolución de su matrimonio, creado una vez ya aparecida la crisis conyugal.

Por otro lado tenemos el convenio privado no homologado judicialmente, el cual puede pactarse en el seno de una separación de hecho o por cualquier otra circunstancia que haya impedido su homologación ante el Juez, los cuales también se habrán acordado una vez surgida la crisis matrimonial e igualmente tendrá por finalidad la regulación de la nueva situación tanto en las relaciones de los cónyuges entre sí como de éstos con los hijos si los hubiere, con una eficacia más limitada que los anteriores circunscrita a las partes.

• Lucía Rozalén Creus
Abogada del ICAV. Doctora en Derecho.

Y los acuerdos prematrimoniales, los cuales pese a su nombre pueden ser otorgados antes o después de la celebración de matrimonio, aunque usualmente suelen pactarse antes de contraerlo, cuyo objeto principal es el pacto de las consecuencias de una futura ruptura matrimonial, realizándolo antes de que surja la crisis conyugal.

En nuestro ordenamiento jurídico español estos pactos carecen de un concepto autónomo que los identifique. Aunque en principio se reconoce a los cónyuges el poder de contratar y realizar negocios jurídicos de diversa índole, lo cierto es que nuestra legislación no los reconoce como tal.

Estos pactos no tienen, en contra de lo que ocurre con las capitulaciones matrimoniales, una larga tradición en nuestro derecho matrimonial, sino que muy al contrario podíamos calificarlos como un tema novedoso.

La posibilidad de otorgar capitulaciones matrimoniales, con más o menos restricciones siempre ha sido aceptada por el Código Civil, el cual desde su redacción originaria ha reconocido esta facultad.

Hasta la reforma de 1975 su regulación era bastante estricta y se restringía a poder establecer el régimen económico[1] y sin que se pudieran establecerlas ni modificarlas una vez contraído el matrimonio. Posteriormente se presentan modificaciones tendentes a ampliar la libertad de los otorgantes al permitir que las mismas se otorguen, y modifiquen, antes y después del matrimonio y suprimiendo también la referencia a la autoridad marital como uno de los límites que no podían contravenir anteriormente el contenido de las capitulaciones matrimoniales. Luego la reforma de 1981 se amplía el contenido de las mismas y se amplía considerablemente la libertad de pacto.

Sin embargo, pese a lo que pudiera parecer, es en aquellos países donde existía más tradición de capitulaciones matrimoniales, donde más recelo ha existido a la hora de introducir en su ordenamiento jurídico los pactos matrimoniales dada su estructura ya formada y su contenido prefijado.

Pero en los últimos años se ha producido una evolución como vamos a pasar a ver, que está en sintonía con el modelo europeo y su avance, hasta el punto que hoy en día, pese a la carencia legislativa que hemos comentado, son plenamente admitidos por la jurisprudencia.

1 El artículo 1315 del Texto original del Código Civil decía "Los que se unan en matrimonio podrán otorgar sus capitulaciones antes de celebrarlo, estipulando las condiciones de la sociedad conyugal relativamente a los bienes presentes y futuros, son otras limitaciones que las señaladas en este Código. A falta de contrato sobre los bienes, se entenderá que el matrimonio contraído bajo el régimen de la sociedad legal de gananciales".

Siendo cada vez más frecuente la demanda de autorregulación por parte de la sociedad haremos un breve recorrido por las leyes que más han influido en que esto a día de hoy sea posible.

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA.

1. Influencia de la CE 1978.

Como hemos dicho el tema que nos ocupa es bastante novedoso en nuestro derecho. En el ordenamiento jurídico español bien es cierto que no existe una larga tradición respecto a los pactos matrimoniales como puede ocurrir en otros países sobre todo de origen anglosajón.

En el Derecho de Familia tradicional tal la autonomía privada era muy limitada en su regulación, siendo las normas primordialmente imperativas y dejando poco espacio para la libertad de pacto entre los cónyuges.

En igual sentido se expresaba Carlos Lasarte[2] al afirmar respecto de la naturaleza y el carácter del Derecho de familia, que la mayor parte de las normas se caracterizan por ser de carácter imperativo. Añadiendo, que la relación entre el *ius cogens* y la capacidad auto normativa de los interesados prevalece generalmente el derecho imperativo estando muy limitada la autonomía privada.

Si tenemos que buscar un punto de inflexión, sin duda, este es la Constitución de 1978, la cual cambió de manera radial la concepción del derecho de familia que existía hasta la época.

Como dice Encarna Roca[3], "la personalidad de los ciudadanos que les hace iguales ante la Ley, no tiene una traducción práctica en las normas del derecho de familia, en las que hasta la Constitución de 1978, no rigió el principio de igualdad, sino el de autoridad". Es precisamente la CE la que teje todo un entramado de protección de la familia[4] así como un catálogo de Derechos Fundamentales de los

2 Lasarte Álvarez, C.: *Derecho de Familia. Principios de Derecho civil VI*, Marcial Pons, 7ª ed., Madrid, 2008, p. 9.

3 Roca trías, E.: *Familia y cambio social (De la «casa» a la persona),* Cuadernos Civitas, Madrid, 1999, p. 30.

4 La Constitución no ofrece una definición de familia, como apunta Rocha Espíndola, M.A: "El principio del libre desarrollo de la personalidad en la persona, el matrimonio y la familia", *Cuadernos Jurídicos del Instituto de Derecho Iberoamericano*, núm. 2 (2), Valencia, 2016; con el que estamos plenamente de acuerdo en que lejos de ser criticable es una ventaja que permite adaptar a cada época el concepto jurídico de familia que se debe tomar. Así lo expresa el citado autor: "Sin duda existe una falta de definición de la familia por parte de la Constitución, pero sin embargo esta opción es correcta, porque aunque parezca paradójico la familia queda protegida y si se hubiese dado un definición constitucional de familia habría sido un problema otorgar protección a otros modelos, por lo cual hubieran quedado desprotegidos. Además al excluir dichos modelos probablemente se estarían violentando los principios del Estado democrático y social, esta indefinición es necesaria para adaptarse a la realidad social. La opción vigente permite que sea el propio legislador el que dependiendo de cada momento opte por una mayor o menor apertura, lo cual no significa crear a la carta los diversos modelos 70".

individuos que integran ésta, que en opinión de Roca[5] justifica que las normas de Derecho de familia sean imperativas.

José Ramón Polo Sabau nos da su visión de este cambio y a su modo de ver, la Constitución, viene a romper la batalla que se venía librando entre el Estado y la Iglesia en torno a la figura del matrimonio y por ende del derecho de familia. Así lo expresa el citado autor al apuntar que "El art. 32 de la Constitución española vino a clausurar, en este caso en beneficio del Estado, la pugna históricamente entablada entre éste y la Iglesia a propósito de la competencia normativa y jurisdiccional sobre el matrimonio…"[6].

También el profesor Lasarte en parecido sentido se pronuncia, pero apoyándose en el art. 16 de la CE, al afirmar "Al declarar la aconfesionalidad estatal (art. 16.3), presupone la Constitución la recuperación del poder civil en la regulación del matrimonio, lo que implícitamente supone delegar en el legislador ordinario la posibilidad de existencia del divorcio"[7].

Como decíamos son varios los artículos constitucionales en los que podemos encontrar respaldo a la proclamación de la autonomía de la voluntad respecto de los pactos matrimoniales.

Tienen especial relevancia e influyen de una forma o de otra el art. 1.1 CE que proclama como valor superior del ordenamiento jurídico la libertad y la igualdad; el artículo 9.2 CE desde el que insta a los poderes públicos a promover la libertad y la igualdad de los individuos; el 10 CE que alude a la dignidad de la persona, y el libre desarrollo de la personalidad; el art. 14 CE que proclama la igualdad; el artículo 32 CE que garantiza el derecho al matrimonio en plena igualdad; el 39 CE que asegura la protección de la familia, y el artículo 53 CE garante de los derechos y libertades fundamentales.

Para Moreno Velasco[8], "A la hora de buscar un reconocimiento legal de la autonomía de los cónyuges para pactar cuestiones relativas a su matrimonio debemos partir de los principios y derechos constitucionales, en concreto del

5 Roca Trías, E.: *Familia y cambio social (De la «casa» a la persona)*, cit., p. 80. La autora dice al respecto: "Seguramente, la única razón por la que se justifica que las normas de Derecho de familia sean imperativas reside en que la intervención de los poderes públicos, asegurando la protección social, económica y jurídica de la familia, de acuerdo con el artículo 39.1 CE, se justifica como garante de los derechos fundamentales de los individuos, de acuerdo con el artículo 53 CE. De aquí se deduce una importante consecuencia: los poderes públicos deben intervenir para controlar que la actividad de los miembros de la familia no produzca una lesión en los derechos fundamentales de algunos de ellos".

6 Polo Sabau, J. R.: *Matrimonio y Constitución ante la reforma del Derecho de Familia,* Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p. 18.

7 Lasarte Álvarez, C.: *Derecho de Familia…*, cit., p. 6.

8 Moreno Velasco, V.: *Autonomía de la voluntad y crisis matrimoniales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 29.

principio de libertad y al libre desarrollo de la personalidad prevista en el artículo 10 de la Constitución Española".

Para este autor la libertad que se proclama como uno de los valores supremos del ordenamiento hace que el Estado tenga que garantizar que los individuos puedan organizar libremente su matrimonio y su familia, aunque eso sí, con ciertos límites constituidos por otros principios, señalando el de igualdad, el de seguridad y el de protección a la familia, además de algunos de *"menos calado constitucional, pero de igual importancia práctica"*, según palabras del propio autor, como el de protección a los acreedores.

Pero no todos ellos entraran en juego de la misma forma. Para la anteriormente citada autora Roca[9] "los derechos protegidos a través de la técnica constitucional e identificados en el grupo de los derechos fundamentales prevalecen en todo caso frente a un hipotético interés familiar. Si los intereses en juego no tienen categoría constitucional, prima entonces el interés de la familia. Porque en el sistema basado en derechos constitucionales, la familia es una institución instrumental, cuya finalidad esencial es facilitar a sus miembros el ejercicio de los derechos fundamentales y la promoción de los valores que se consagran en el art. 10 CE".

Tras la proclamación de la CE se ha producido un cambio en el Derecho de Familia español para su adaptación a la misma, que se ha ido desarrollando a través de las diversas normas que paulatinamente se han dictado para acomodar nuestro ordenamiento jurídico a los mandatos constitucionales. Para ello el legislador ha tenido en cuenta los principios y valores que contiene nuestra norma fundamental para reflejarlos en el conjunto de leyes que desde 1978 hasta la actualidad han ido conformando el cambio en el actual derecho de familia.

Como señala Parra Lucán[10], "El sistema de valores imprescindibles del que se deben deducir las reglas que permitan conformar las nomas imperativas está recogido en la Constitución. El concepto de orden público, tradicional en la elaboración de los conceptos del estado civil y de las relaciones familiares, en la actualidad debe identificarse con los principios y valores constitucionales, con los derechos fundamentales. En consecuencia, el «orden público familiar», es decir, las reglas básicas sobre las que se organiza la familia, son las que están en la Constitución." Para la autora la autoridad y la jerarquía familiar, la estabilidad del matrimonio y la heterosexualidad ya no son orden público, formando los derechos fundamentales un nuevo orden público que se debe tener en cuenta para apreciar la validez de los pactos, junto con el interés superior del menor.

9 Roca Trías, E.: *Familia y cambio,* cit., p. 76.

10 Parra Lucán, M. Á.: "Autonomía de la Voluntad y Derecho de Familia", en AA.VV.: *Autonomía de la Voluntad en el Derecho Privado*, Tomo I Derecho de la persona, familia y sucesiones, Consejo General del Notariado, 2012, p. 119.

Pasamos ahora a reseñar las principales reformas que se han operado desde la proclamación de nuestra Carta Magna y que han tenido influencia en el tema que nos ocupa.

2. Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

Tras la entrada en vigor de la Constitución, como suele decir la doctrina, se empezó a producir una "personalización del matrimonio". En palabras de DE VERDA Y BEAMONTE[11], "Poco a poco, se ha ido acentuando, en efecto, la función del matrimonio como un medio de desarrollo de la personalidad de los cónyuges, en detrimento de su carácter de institución social, cuya estabilidad se ha considerado, desde siempre, un valor social, lo que ha estado en estrecha relación con la conexión de la institución matrimonial con la procreación y educación de los hijos; y de ahí la exigencia del requisito de la heterosexualidad de los contrayentes".

O como dice FERNÁNDEZ-CORONADO[12], "el legislador actual ha podido, por fin, desplazar su centro de atención desde el colectivo a la persona individual o, lo que es lo mismo, desde la lucha continua por la reivindicación y la defensa de sus competencias matrimoniales frente al Derecho canónico, a centrarse en su propio cometido y desarrollar su concepción matrimonial de Estado personalista, que tiene en su punto de mira los derechos de sus ciudadanos derivados de su propia dignidad como personas, y necesarios para el libre desarrollo de su personalidad; cuestiones ambas, dignidad y libre desarrollo, que sustentan la libertad de conciencia individual de todos ellos".

Una de las principales Leyes que han operado el cambio de la regulación del derecho de familia sin duda ésta ha sido la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial.

Entre otros aborda reformas tan importantes como la que supone en materia de filiación y patria potestad, por lo que aquí nos interesa, especialmente el de la eliminación de los llamados "hijos ilegítimos" al desaparecer la distinción entre filiación legítima e ilegítima, eliminando cualquier distinción entre los hijos, y en materia de patria potestad como el establecimiento de que ésta será compartida por ambos progenitores, lo que supone dar cabida a los principios constitucionales de igualdad[13], consagrado en el art. 14 y 39.2 de la CE, y a los mandatos de protección

11 DE VERDA BEAMONTE, J. R.: "La incidencia del principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad en la configuración del matrimonio", *Revista Boliv. De derecho*, núm. 17, enero 2014, pp. 10-31.

12 FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ, A.: "La evolución jurídica del sistema matrimonial español desde la Constitución de 1978 a la admisión del matrimonio homosexual", *Foro, Nueva época*, núm. 3/2006, p. 105.

13 En la exposición de motivos del Proyecto de Ley de 14 de septiembre de 1979 se refería esta idea de igualdad diciendo: "La ley de 2 de mayo de 1975 rectificó, atendiendo demandas urgentes de nuestra sociedad, una

al menor consagrados en éste último artículo. En este campo la autonomía de la voluntad está sometida a un control más exhaustivo, puesto que se protege el interés del menor.

Además la citada Ley supone una revolución en cuanto al régimen económico matrimonial[14].

Regula novedosamente la sociedad de gananciales en régimen de igualdad entre el marido y la mujer, para así adaptarlo a lo prescrito con el principio constitucional, al igual que proclama tal igualdad para el régimen económico general o primario perfeccionando lo anteriormente legislado[15].

Mediante ella se da nueva redacción a la mayoría de artículos referidos al régimen económico matrimonial, entre otros, se aprecia como a través de la redacción del art. 1325 del CC se puede distinguir entre el contenido típico y el atípico de las

orientación legislativa ya ampliamente superada en la jurisprudencia de los países desarrollados, al liberar a la mujer casada de las trabas personales y patrimoniales que le imponían, en obsequio al marido y por razón de un cierto modo de entender la unidad de los cónyuges y la familia, diversos preceptos de nuestro Código, inspirados, a su vez, en el de Napoleón.
La nueva versión de 1975 establecía, como principio rector de las relaciones personales entre esposos, el de la igualdad de varón y mujer, pero no alteraba la organización económica de la sociedad conyugal o de las relaciones entre padres e hijos que, fundadas ambas sobre el principio de la superioridad del marido y el padre, atribuían al varón el gobierno, con amplios poderes, de la economía del matrimonio; e igualmente de la persona y los bienes del hijo menor. De donde la libertad concedida de esposa y los bienes del hijo menor. De donde la libertad concedida de esposa y madre por la nueva ley quedaba habitualmente muy incompleta, al no tener aquélla, en el régimen legal de sociedad de gananciales, acceso suficiente a los medios económicos más frecuentes e inmediatos de los cónyuges, que son las ganancias del trabajo y las rentas de sus bienes; caudal que, sujeto a la gestión del marido, correlativamente quedaba fuera de la esfera de influencia de la mujer y no podía servirle como medio de hacer valer la deseada autonomía personal. De igual modo la madre seguía apartada de cualquier nivel de decisión mínimamente importante en la incumbencia es de sus hijos menores".

14 Diversas Sentencias del Tribunal Supremo recogen este espíritu de cambio operado por esta Ley "Profunda es la reforma introducida en el CC por la Ley 11/1981, de 13 de mayo (modificación del CC en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio) sobre el régimen económico matrimonial, al atribuir protagonismo en el mismo a la mujer casada, conforme a los principios constitucionales, con lo que alcanzó la situación de igualdad y gestión con el varón, y por ello se vino a potenciar y preservar su haber ganancial, superando la casi plena disponibilidad que la legislación anterior y tradicional atribuía al marido, ya que era monopolizador de los bienes gananciales, como "jefe de familia". Así, la reforma legal impuso a la jurisprudencia la necesaria adaptación al texto vigente y, con ello, entre otras situaciones, superar el concepto de actuación en interés de la familia para justificar las disposiciones del marido comprometedoras de los bienes gananciales, por atribución a sus deudas la condición de ganancialidad y atendiendo a los preceptos civiles vigentes, la literalidad de los mismos no la refieren y así resulta extralegal", entre otras STS Sala 1ª de 21 de diciembre de 1985.

15 En este sentido se pronuncia Espín Cánovas, D.: "La igualdad conyugal en la reforma del Código Civil", en AA.VV.: *El nuevo derecho de familia español*, Reus, Madrid, 1982, p. 16, al referir respecto del régimen económico primario que "La Ley de 2 de mayo de 1975, al suprimir la autoridad marital, aunque todavía dejó en vigor el poder de administrador conyugal a favor del marido, transformó la potestad doméstica de la mujer, regulándose en pie de igualdad para ambos cónyuges, de manera que si bien les colocaba en el plano igual en esa esfera, subsistía la desigualdad en los poderes de administración que excedieren del poder doméstico… La reforma actual, conservando la norma de la Ley de 1975, que más sistemáticamente incorpora al título sobre el régimen económico matrimonial, con leves modificaciones que mejoran su texto a mi juicio, faculta a ambos cónyuges para realizar los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia, encomendadas a su cuidado, conforme al uso del lugar y a las circunstancias de la misma (artículo 1.319, ap. 1). Esta norma, cobra un sentido plenamente igualatorio al establecerse también un régimen de iguales facultades para los actos de gestión y disposición de los bienes gananciales (artículo 1.375)".

capitulaciones matrimoniales, al decir "En capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualquiera otras disposiciones por razón del mismo".

Y es también obra de esta Ley la modificación de los límites de las mismas a través del artículo 1328 estipulando "Será nula cualquier estipulación contraria a las Leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge"[16] al igual que la introducción del art. 1335 del Código Civil, diciendo "La invalidez de las capitulaciones matrimoniales se regirá por las reglas generales de los contratos. Las consecuencias de la anulación no perjudicarán a terceros de buena fe".

Por tanto, los límites fijados por el Código Civil después de esta reforma a los pactos que pueden estipular los cónyuges son: los que contravengan las leyes imperativas; límites derivados del régimen económico matrimonial primario; pactos contrarios a las buenas costumbre; los que sean limitativos de la igualdad de derechos que correspondan a cada cónyuge; y los que perjudiquen a los derechos adquiridos por terceros con anterioridad.

En cuanto al contenido de las capitulaciones matrimoniales, el típico será el establecimiento, modificación o sustitución de un régimen económico matrimonial, pero podrán también contener cualesquiera otras disposiciones por razón del matrimonio.

Lasarte Álvarez dice[17] que "… en numerosos supuestos conflictivos las propias normas legales de Derecho de familia reclaman y presuponen ante todo un acuerdo o un convenio entre los interesados… Esta línea de desarrollo, se ha acentuado profundamente en algunos de los aspectos de Derecho de familia, instaurados sobre la base de nuevos principios, en las reformas descritas de 1981. La autonomía privada o capacidad de autorregulación propia de los cónyuges desempeña, asimismo un papel extraordinariamente relevante en el ámbito de las relaciones patrimoniales, pues el principio básico en materia de régimen económico del matrimonio radica en la libertad de elección por parte de los cónyuges del sistema que consideran preferible de entre los diversos modelos regulados por el legislador o, incluso, en la libertad de elaboración del régimen económico-matrimonial que consideren necesario estatuir".

16 En la regulación originaria del Código Civil decía "no podrán los otorgantes estipular nada que fuere contrario a las leyes o a las buenas costumbres, ni depresivo de la autoridad que respectivamente corresponde en la familia a los futuros cónyuges", art. 1.316; la reforma de la Ley de 2 de mayo de 1975 modificó el precepto transcrito diciendo "no podrán los otorgantes estipular nada que fuere contrario a las leyes o a las buenas costumbres ni a los fines del matrimonio".

17 Lasarte Álvarez, C.: *Derecho de Familia,* cit., p. 10.

Como hemos afirmado ésta Ley junto con la 30/1981, de 7 de julio, como ahora explicaremos, han supuesto el principio de la gran revolución de la autonomía de la voluntad en el campo del derecho de familia y la apertura de las puertas de los pactos patrimoniales.

3. La Ley 30/1981, 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

Anteriormente a la entrada en vigor de ésta Ley el matrimonio era indisoluble[18], solamente era posible su terminación bien por la muerte bien por la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges.

Tras la entrada en vigor de la Constitución era necesario dar una respuesta, acorde con los tiempos, a las necesidades de las parejas que su matrimonio entra en crisis. O como decía en la época Vega Sala[19] "La tradición en la aplicación de Derecho canónico,…, nos obliga a establecer el sistema matrimonial vigente en España como marco en el que, necesariamente, se tiene que desarrollar el matrimonio y los institutos jurídicos que la ley establece para cuando aparece la crisis de la relación conyugal". Como seguía afirmando el citado autor la CE de 1978 por sí sola no modificó el sistema aunque proclame los principios de igualdad, aconfesionalidad, la no obligación de declaración ideológica o religiosa, o la vinculación de todos los poderes públicos; además de proclamar que la Ley regulará las causas de disolución del matrimonio.

Se dejó abierta la puerta al legislador para que desarrollara tales principios y confeccionara las premisas para la disolución del matrimonio.

A partir de entonces se incluye una causa de extinción del matrimonio, el divorcio. Ello supone el poder poner fin a un matrimonio contraído válidamente, aunque eso sí, siempre que concurran unas causas tasadas. Éstas se contenían en el antiguo art. 86 del CC, hoy en día derogado, en el que en lista de numerus

18 A excepción del breve periodo de tiempo que duró la II República, cuya Constitución de 9 de diciembre de 1931 es la precursora de la Ley del Divorcio, siendo la que por primera vez lo introduce en nuestro ordenamiento jurídico, la cual en su artículo 43 predicaba "El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos, y podrá disolverse por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges, con la alegación en este caso de justa causa". De ello derivó la Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932 la que establecía en su art. 1 que el divorcio disuelve el matrimonio cualquiera que hubiera sido la forma y fecha de celebración. Y en el art. 2 decía "Habrá lugar al divorcio, cuando lo pidan ambos cónyuges de común acuerdo, o uno de ellos por alguna de las causas determinadas en esta Ley, siempre con sujeción a lo que en ella se dispone", estableciéndose en el artículo 3 las causas de divorcio. Ésta Ley fue derogada por la Ley de 23 de septiembre de 1939 relativa al divorcio, la cual en su único artículo declara la vigencia de nuevo del Código Civil en la materia, anteriormente fue suspendida la tramitación de los pleitos de separación y divorcio por Decreto del Ministerio de Justicia de 2 de marzo de 1938.

19 Vega sala, F.: "El nuevo derecho del matrimonio", en AA.VV.: *El nuevo derecho de familia español*, Reus, Madrid, 1982, p. 243.

clausus se recogían hasta un total de cinco causas por las que se podía solicitar la disolución del matrimonio[20].

En principio, el divorcio no podía ser de mutuo acuerdo, o no al menos por la sola voluntad de los cónyuges, puesto que tenía que estar sustentado por alguna de estas causas, lo que hace que algunos autores hablen de un sistema culpabilista[21], aunque otros muchos lo tilden simplemente de causalista pero sin tintes sancionadores, en este sentido se decanta la profesora Martínez de Morentin[22] entre otros.

La introducción del divorcio junto con la separación judicial supone un gran paso adelante en cuanto a la autonomía de la voluntad de los cónyuges. Así lo cree también el citado profesor Jiménez Muñoz[23] al afirmar "En este sentido, La Ley de 1981 parece orientar las normas matrimoniales desde el Derecho imperativo

20 El citado art. 86 del CC, tras la reforma operada por la Ley 30/1981 establecía: "Son causas de divorcio: 1ª El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación formulada por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro, cuando aquélla se hubiera interpuesto trascurrido un año desde la celebración del matrimonio.- 2ª El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación personal, a petición del demandante o de quien hubiere formulado reconvención conforme a lo establecido en el artículo 82, una vez firme la resolución estimatoria de la demanda de separación o, si trascurrido el expresado plazo, no hubiera recaído resolución en la primera instancia.- 3ª El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos dos años interrumpidos: a) Desde que se consienta libremente por ambos cónyuges la separación de hecho o desde la firmeza de la resolución judicial, o desde la declaración de ausencia legal de alguno de los cónyuges, a petición de cualquiera de ellos. b) Cuando quien pide el divorcio acredite que, al iniciarse la separación de hecho, el otro estaba incurso en causa de separación.- 4ª El cese efectivo de la convivencia conyugal durante el trascurso de al menos cinco años, a petición de cualquiera de los cónyuges.- 5ª La condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes. Cuando el divorcio sea solicitado por ambos o por uno con el consentimiento del otro, deberá necesariamente acompañarse a la demanda o al escrito inicial la propuesta de convenio regulador de sus efectos, conforme a los artículos 90 y 103 de este Código".

21 Jiménez muñoz, F. J.: "Una visión de la evolución del divorcio en España desde 1870", en AA.VV.: *Familia, Matrimonio y Divorcio en los albores del Siglo XXI*, coedición Idadfe, UNED, y El Derecho, Madrid, 2006, p. 303, distingue dentro del divorcio judicial: "a) La tesis del divorcio-sanción, según la cual determinados hechos antijurídicos se configuran como una causa de divorcio para el cónyuge que no los haya cometido (al que comúnmente se denomina "inocente"), como una sanción cuya imposición queda al arbitrio de éste, mediante el ejercicio de la acción de divorcio. Por ello, el proceso de divorcio incide básicamente sobre la culpabilidad o la inocencia de los cónyuges, y en este sistema se hace hincapié en causas que entrañen incumplimientos graves de los deberes conyugales: abandono, adulterio …" de ésta otra tesis que describe "b) La más reciente tesis de frustración o del divorcio-remedio o divorcio-quiebra entiende que, cuando existe un fracaso razonablemente irreparable del matrimonio, su mantenimiento sería perjudicial, y por ello se considera más conveniente darlo por concluido, sin acudir a una difícil indagación de las causas de ruptura; se trata así de resolver una situación de los cónyuges en todas las situaciones en que la vida en común, por la concurrencia de determinadas causas, ha resultado intolerable. En este sistema, las causas de divorcio se objetivizan y residen básicamente en la ruptura de la vida conyugal cuando es razonablemente previsible la imposibilidad de recomponerla".

22 Martínez de Morentin Llamas, M. L.: "La supresión de las causas de separación en nuestro ordenamiento", *Aequalitas*, núm. 19, 2006, pp. 20-27. Como decíamos la citada autora en este sentido manifiesta: "Sin embargo hay que recordar, que le sistema instaurado por la Ley 30/81, fue un sistema, no de búsqueda de culpables, sino un sistema mixto en el que además de haberse dado entrada a la separación consensual, verdadera innovación en 1981, se introducía la separación constatación de la quiebra de la vida matrimonial (separación-ruptura), a la vez que se mantenían una serie de causas de tipo subjetivo, pero no en un intento de sancionar conductas reproblables, sino de proteger al cónyuge que se veía perjudicado ante una serie de situaciones producidas por el otro cónyuge, y ello en un intento de aproximar la justicia a ese tipo de supuestos, en los que no podía premiarse al cónyuge causante de la ruptura matrimonial".

23 Jiménez Muñoz, F. J.: "Una visión de la evolución del divorcio en España desde 1870", cit., p. 311.

hacia el ámbito del Derecho dispositivo, destacando los aspectos consensuales del matrimonio y su mantenimiento en tanto subsista la affectio maritalis, permitiéndose en cambio su disolución cuando cese el consentimiento continuado en su pervivencia, lo que se pone de manifiesto en que varias de las causas de divorcio se basen en el mutuo disenso o en un cambio del consentimiento otorgado en el momento de la celebración del matrimonio, exteriorizado por medio de determinadas conductas y fundamentalmente del cese efectivo de la convivencia conyugal, que se hace equivaler a una declaración de voluntad presunta".

Si bien es cierto que la Constitución ya había dejado la puerta abierta al legislador para que pudiera introducir la disolución del matrimonio al establecer en el apartado segundo del artículo 32 que: "La ley regulará las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos", lo cierto es que es la Ley 30/1981 la que establece esta causa de disolución, lo que supone, como apuntábamos, la ruptura con el sistema matrimonial que regía hasta ese momento, presidido por el principio de indisolubilidad del matrimonio.

Decíamos que es toda una novedad en éste campo la introducción de la separación consensual entre los cónyuges. Así el art. 81 en su punto primero rezaba "Se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio: 1º A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurrido el primer año del matrimonio. Deberá necesariamente acompañarse a la demanda la propuesta del convenio regulador de la separación, conforme a los artículos 90 y 103 de este Código".

Por primera vez se reconoce la posibilidad de pactar los efectos derivados de la separación o del divorcio del matrimonio al introducir la figura del Convenio Regulador.

Se reconoce en un texto legislativo por primera vez la posibilidad de que sean los cónyuges los que a través de la figura del convenio regulador sean ellos mismos los que en manifestación de su autonomía regulen los efectos derivados de su separación o divorcio expresando al menos los extremos que se fijan en el art. 90 del CC. Aunque esta autonomía no es ilimitada puesto que como bien apunta Cristóbal Pinto Andrade[24] "El Convenio Regulador del art. 90 CC es un negocio jurídico familiar de carácter mixto por intervenir en él los particulares la autoridad pública, de forma que la facultad que se les concede a los esposos de regular los efectos sustantivos del mismo no supone un reconocimiento ilimitado de su autonomía, al menos en los extremos del mismo que afectan a materias indisponibles para las partes –tales como los acuerdos referentes a los hijos

24 Pinto Andrade, C.: *El convenio regulador y su aplicación práctica,* Bosch, Hospitalet de Llobregat, 2013, p. 7.

menores de edad- si no interviene como es preceptivo el Ministerio Fiscal y no resulta luego aprobado judicialmente".

4. Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

"La reforma que se acomete pretende que la libertad, como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, tenga su más adecuado reflejo en el matrimonio. El reconocimiento por la Constitución de esta institución jurídica posee una innegable transcendencia, en tanto que contribuye al orden político y la paz razón, el artículo 32 de la Constitución configura el derecho a contraer matrimonio según los valores y principios constitucionales. De acuerdo con ellos, esta Ley persigue ampliar el ámbito de libertad de los cónyuges en lo relativo al ejercicio de la facultad de solicitar la disolución de la relación matrimonial.- Con este propósito, se estima que el respeto al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el artículo 10.1 de la Constitución, justifica reconocer mayor transcendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado a su cónyuge. Así, el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud, ni, desde luego, de una previa ineludible situación de separación".

Es la propia Ley en su Exposición de Motivos la que nos da las claves para entender el espíritu de la misma señalando los motivos por los cuales se elaboró. Como vemos destaca la ampliación de la autonomía de la voluntad mermando la intervención de los poderes públicos[25].

Varias son las novedades introducidas en este sentido, en primer lugar destaca la supresión de las causas de separación o divorcio[26]. A partir de su entrada en vigor solamente es necesario el transcurso de tres meses[27] desde la celebración del matrimonio para que sea suficiente solamente la voluntad de uno de los cónyuges

25 La mencionada Exposición de motivos de la Ley 15/2005, de 8 de Julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, dice al respecto: "La intervención judicial debe reservarse para cuando haya sido imposible el pacto, o el contenido de las propuestas sea lesivo para los intereses de los hijos menores o incapacitados, o uno de los cónyuges, y las partes no hayan atendido a sus requerimientos de modificación. Solo en estos casos deberá dictar una resolución en la que imponga las medidas que sean precisas".

26 Aunque para Cerdeira Bravo de Mansilla, G.: *Matrimonio y Constitución (Presente y posible futuro)*, Reus, Madrid, 2013, p. 41, opina que aún existe algo de cuasalista en el sistema introducido por esta Ley, al decir: "Al margen de tal requisito temporal, se vanaglorian los creadores de la ley 15/2005 en decir reiteradamente y abiertamente que con esta ley el sistema de separación y de divorcio es abstracto o sin causa. E insiste en ello buena parte de la doctrina". Y haciendo referencia al art. 81.2 CC prosigue "En esta norma subsiste, ahora como una modalidad más, no como la única, la separación /divorcio unilateral causal o circunstancial de los antiguos arts. 82 y 865ª CC; tan es así, que la genérica y amplia redacción del art. 81.2° CC vigente puede ejemplificarse con la casuística de las antiguas normas (82 y 86.5ª CC), así como para éstas servía el más antiguo art. 105 CC, sobre separación en vigor desde 1958 hasta 1981".

27 No es necesario el trascurso de este plazo cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante

para que, sin separación previa, se pueda solicitar el divorcio. Ello supone dar mayor autonomía al individuo puesto que de la misma forma que se recoge el derecho a contraer matrimonio, de esta manera se reconoce una mayor libertad de poner fin al mismo[28].

Para muchos autores esta Ley, junto con la Ley 13/2005, de 1 de julio[29], ha supuesto una revolucionaria reforma en la regulación del matrimonio y de sus efectos tanto durante como tras el fin de éste. Pero sobre todo la mayoría de la doctrina destaca lo que han dado en llamar la "personalización del matrimonio".

En este sentido se pronuncia José Ramón de Verda Beamonte[30], y añade "Las referidas leyes, en efecto, hacen jugar al principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad, consagrado en el art. 10.1 CE, una importancia hasta ahora desconocida. Acentúan, así, la función del matrimonio como un medio de desarrollo de la personalidad de los cónyuges, en detrimento de su carácter de institución social, cuya estabilidad se ha considerado, desde siempre un valor social, lo que ha estado en estrecha relación con la conexión de la institución matrimonial con la

o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio, de conformidad con el apartado 2º del art. 81 del CC.

28 En palabras de Ortuño Muñoz, P.: *El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p. 16: "Con la derogación de los artículos 82, 86 y 87 y la modificación del artículo 81 del Código Civil, el legislador español ha optado por introducir un sistema de absoluta consensualidad en la relación matrimonial, no únicamente referida al momento de la constitución de la unión, sino también respecto a la finalización de la relación y la extinción del vínculo. Puede afirmarse que el presupuesto esencial de la propia existencia del matrimonio es, a partir de ahora, la voluntad común de constituir y de mantener la unión. En tanto que persista la determinación de ambos cónyuges, en el entramado de derechos y deberes que la ley prevé estará vigente, pero en el momento en el que la permanencia de este elemento subjetivo desaparezca, tanto bilateral como unilateralmente, el matrimonio termina. En uno y otro caso el requisito que persiste es el control formal por el órgano judicial: en el momento de contraer matrimonio, para asegurar la inexistencia de impedimentos, asegurar la libertad de la expresión de la voluntad, y dar publicidad registral a la unión que se constituye; en el momento de la separación o el divorcio, con los mismos fines y, además, para regular los efectos de la ruptura de carácter personal, cuando existan hijos comunes, o de naturaleza patrimonial".

29 La citada Ley 13/2005, en su exposición de motivos nos dice respecto de su afán por llevar a cabo ese desarrollo de la personalidad a través de la institución del matrimonio "La relación y convivencia de pareja, basada en el afecto, es expresión genuina de la naturaleza humana y constituye cauce destacado para el desarrollo de la personalidad, que nuestra Constitución establece como uno de los fundamentos del orden político y la paz social … Esta garantía constitucional del matrimonio tiene como consecuencia que el legislador no podrá desconocer la institución, ni dejar de regularla de conformidad con los valores superiores del ordenamiento jurídico, y con su carácter de derecho de la persona con base a la Constitución … El establecimiento de un marco de realización personal que permita que aquello que libremente adoptan una opción sexual y afectiva por personas de su mismo sexo puedan desarrollar su personalidad y sus derechos en condiciones de igualdad se ha convertido en exigencia de los ciudadanos de nuestro tiempo, una exigencia a la que esta ley trata de dar respuesta… Pero, además, la opción reflejada en esta ley tiene unos fundamentos constitucionales que deben de ser tenidos en cuenta por el legislador. Así, la promoción de la igualdad efectiva de los ciudadanos en el libre desarrollo de su personalidad (artículos 9.2 y 10.1 de la Constitución), la preservación de la libertad en lo que las formas de convivencia se refiere (artículo 1.1 de la Constitución), y la instauración de un marco de igualdad real en el disfrute de los derechos sin discriminación alguna por razón de sexo, opinión o cualquier otra condición personal o social (artículo 14 de la Constitución) son valores consagrados constitucionalmente cuya plasmación debe reflejarse en la regulación de las normas que delimitan el estatus del ciudadano, en una sociedad libre, pluralista y abierta".

30 De Verda y Beamonte, J. R. (coord.): "Derecho Civil IV. Derecho de Familia", Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 34.

procreación y educación de los hijos; y de ahí la exigencia de la heterosexualidad de los contrayentes".

En palabras de Lorenzo Prats Albentosa[31] "se estima que el respeto al libre desarrollo de la personalidad justifica reconocer mayor transcendencia a la voluntad del individuo cuando ya no desea seguir vinculado a su cónyuge; … se ha considerado que el ejercicio por uno de los consortes de su derecho a no continuar casado sólo puede hacerse depender de la manifestación del fin de esa voluntad expresada en la demanda, y, que desde luego, no puede someterse, ni dejarse en suspenso su realización al paso de un lapso de tiempo, previo e ineludible, de separación…"

Aunque éste es el parecer de la mayoría de la doctrina, en contra Cerdeira[32] al expresar "La libertad que reconoce la ley 15/2005 no es esa, no es la genuina autonomía de la voluntad; su fin ha sido igualar la libertad para casarse y «descasarse». Y si en efecto hay casamiento, el matrimonio no dejará de ser con esta ley un acto jurídico obligatorio, donde el margen de autonomía privada para fijar y observar su dimensión personal será tan inexistente como antes de la ley 15/2015".

Evidentemente en segundo lugar como ya hemos apuntado se configura el divorcio como una figura autónoma a la separación. Ya no es necesario acudir a una previa separación para poder tener acceso al divorcio, de forma que se evita un doble procedimiento.

Y además mantiene la separación como figura propia dejando libertad para aquellos esposos que queriendo cesar su convivencia en común y regular los efectos derivados de la nueva situación no quieran disolver su vínculo matrimonial.

Son varios los autores que entienden que la separación tras la aprobación de esta Ley se queda como una figura residual[33].

31 Prats Albentosa, L.: "La nueva regulación del derecho matrimonial español: bases y principios", AFDUAM 10, 2006.

32 Cerdeira Bravo de Mansilla, G.: *Matrimonio y Constitución,* cit., p. 75.

33 Entre otros Martínez de Aguirre, C.: "El nuevo matrimonio civil", en *Novedades legislativas en materia matrimonial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008, p. 52. El citado autor afirma "Con dicha reforma la separación pierde buena parte del sentido que tenía en nuestro Derecho, hasta el punto de que cabe aventurar que se convertirá, en buena medida en una figura residual. En la regulación derogada la separación estaba contemplada como un paso previo al divorcio… Las cosas cambian con la reforma: por un lado, ya no es precisa esa separación previa, y por otro, la coincidencia total entre las causas (meros: la ausencia de causas) de separación y de divorcio hace que previsiblemente, se vaya a optar directamente por el divorcio, y no por una separación inicial, seguida de divorcio, con la consiguiente duplicidad de procedimientos (y de costes). La separación quedaría reservada para quienes quieren darse un periodo de reflexión, dejando la puerta abierta a una posible reconciliación, o para quienes optan por la separación como mecanismo estable de salida de su crisis conyugal. Como queda indicado, previsiblemente una figura residual".

Existen de igual modo otras novedades introducidas por ésta ley que afectan a la posibilidad de pacto entre los cónyuges acerca de las medidas que a consecuencia de la crisis matrimonial regirán a partir de ese momento; como ejemplo citar la reflexión que hace Francisco Javier Forcada[34] en este sentido "Es novedosa, igualmente, la actual mención expresa de la posibilidad de fijación de la prestación compensatoria en el convenio regulador, algo que antes no preveía expresamente este artículo pero que sí permitía el art. 90 apartado e) anterior, hoy f), y la práctica habitual con la mayor naturalidad. Ello no hace sino dar gran prevalencia al principio de libertada de regulación por los cónyuges en la fijación de las consecuencias de la ruptura de su relación.- En la propia exposición de motivos de la Ley 15/2005, late, de forma reiterada, la voluntad del legislador de potenciar el acuerdo de las partes respecto a las mediad derivadas de la ruptura, teniendo en cuenta la mediación un papel muy importante en esta materia.- Se observa claramente el impulso dado a la voluntad negocial de las partes en la reforma, incluso potenciando el contenido del convenio regulador cuando en el encabezamiento del art. 90 del CC, se ha sustituido la expresión "deberá referirse" por la de "deberá contener".- Ahora, en el precepto reformado, se incluye específicamente la posibilidad de acuerdo entre los cónyuges como una exclusión a la facultad del juez de fijar la compensación a petición de parte, lo Que parece mejor respecto al sistema anterior que consideraba los acuerdos de los cónyuges como una circunstancia más a tener en cuenta para la fijación de la cuantía de la prestación".

Como vemos son importantísimas las reformas operadas por ésta Ley en el derecho de familia y su incidencia en el campo que nos ocupa, posibilitando una mayor autorregulación a los cónyuges tanto durante su matrimonio como los efectos que van a regir después del cese de éste o de su convivencia, en caso de optar por una separación.

Pese a todo como apunta el anteriormente autor citado Martínez de Aguirre[35] "Las leyes 13/2005 y 15/2005 han supuesto un de la más importantes modificaciones del Derecho de Familia español de los últimos decenios. Pero no un cambio radical, son el último eslabón de una evolución que se inició con la ley 30/1981, de 7 de Julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil, y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio".

A nuestro entender si bien es cierto que supone una continuidad de la reforma iniciada por las leyes de 1981, o incluso nos atreveríamos a decir, de la iniciada por

34 Forcada Miranda, F. J.: "Novedades en la pensión compensatoria: la compensación por desequilibrio", en *Novedades legislativas en materia matrimonial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008, p. 117.

35 Martínez de Aguirre, C.: "El nuevo matrimonio civil", cit., p. 16.

la Constitución de 1978, discrepamos del autor en cuanto a lo del último eslabón puesto que a nuestro juicio todavía queda camino que recorrer legislativamente hablando sobre todo en el derecho común.

BIBLIOGRAFÍA

Cerdeira Bravo de Mansilla, G.: *Matrimonio y Constitución (Presente y posible futuro)*, Reus, Madrid, 2013.

De Verda Beamonte, J. R.:

- "Derecho Civil IV. Derecho de Familia", Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- "La incidencia del principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad en la configuración del matrimonio", *Revista Boliv. De derecho*, núm. 17, enero 2014.

Espín Cánovas, D.: "La igualdad conyugal en la reforma del Código Civil", en AA.VV.: *El nuevo derecho de familia español*, Reus, Madrid, 1982.

Fernández-Coronado González, A.: "La evolución jurídica del sistema matrimonial español desde la Constitución de 1978 a la admisión del matrimonio homosexual", *Foro, Nueva época*, núm. 3/2006.

Forcada Miranda, F. J.: "Novedades en la pensión compensatoria: la compensación por desequilibrio", en *Novedades legislativas en materia matrimonial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008.

Jiménez muñoz, F. J.: "Una visión de la evolución del divorcio en España desde 1870", en AA.VV.: *Familia, Matrimonio y Divorcio en los albores del Siglo XXI*, coedición Idadfe, UNED, y El Derecho, Madrid, 2006.

Lasarte Álvarez, C.: *Derecho de Familia. Principios de Derecho civil VI*, Marcial Pons, 7ª ed., Madrid, 2008.

Martínez de Aguirre, C.: "El nuevo matrimonio civil", en *Novedades legislativas en materia matrimonial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008.

Martínez de Morentin Llamas, M. L: "La supresión de las causas de separación en nuestro ordenamiento", *Aequalitas*, núm. 19, 2006.

Moreno Velasco, V.: *Autonomía de la voluntad y crisis matrimoniales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

Ortuño Muñoz, P.: *El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

Parra Lucán, M. Á.: "Autonomía de la Voluntad y Derecho de Familia" en AA.VV.: *Autonomía de la Voluntad en el Derecho Privado*, Tomo I Derecho de la persona, familia y sucesiones, Consejo General del Notariado, 2012.

Pinto Andrade, C.: *El convenio regulador y su aplicación práctica,* Bosch, Hospitalet de Llobregat, 2013.

Polo Sabau, J. R.: *Matrimonio y Constitución ante la reforma del Derecho de Familia,* Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

Prats Albentosa, L.: "La nueva regulación del derecho matrimonial español: bases y principios", AFDUAM 10, 2006.

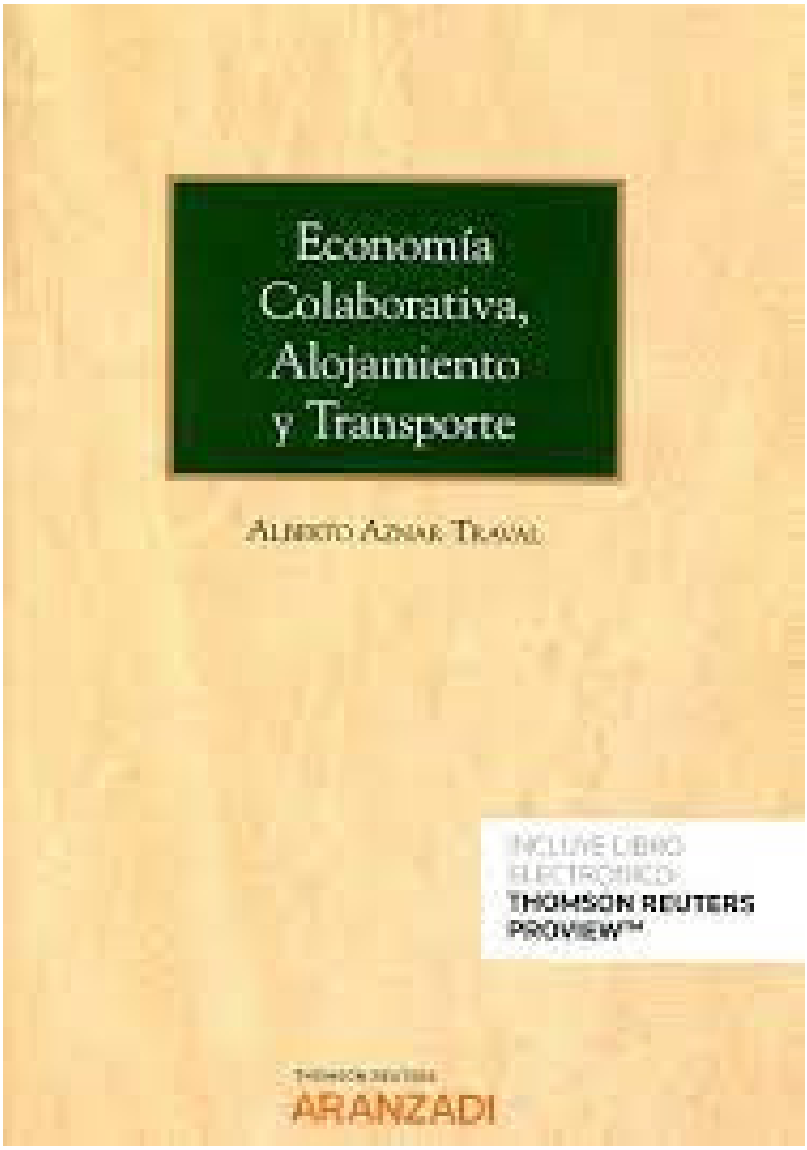
Roca Trías, E.: *Familia y cambio social (De la «casa» a la persona),* Cuadernos Civitas, Madrid, 1999.

Rocha Espíndola, M. A.: "El principio del libre desarrollo de la personalidad en la persona, el matrimonio y la familia", *Cuadernos Jurídicos del Instituto de Derecho Iberoamericano*, núm. 2 (2), Valencia, 2016.

Vega sala, F.: "El nuevo derecho del matrimonio", en AA.VV.: *El nuevo derecho de familia español*, Reus, Madrid, 1982.

RECENSIONES

AZNAR TRAVAL, A.: *Economía colaborativa, alojamiento y transporte,* Thomson Reuters, Navarra, 2018.



En 2011 la prestigiosa revista *Time* se refería a la economía colaborativa como una de las diez ideas susceptibles de cambiar el mundo. Aunque la propiedad, hasta épocas recientes, ha tenido una proyección sostenida en el tiempo, el uso y disfrute está ganando cada vez más terreno. Nos referimos al uso compartido

de bienes y/o servicios. Como veremos en la obra que se reseña, no existe una definición unánime respecto a la economía colaborativa. Asimismo, se han acuñado numerosos términos para referirse a tal fenómeno. Entre los mismos, podemos, sin ánimo agotador, señalar los siguientes: economía compartida; economía bajo demanda; capitalismo fundamentado en las masas; y economía del alquiler. A mayor abundamiento, existen ciertas posturas que critican la denominación más extendida de economía colaborativa, pues, en sentido estricto, lo que impera es un negocio apoyado en plataformas digitales en las que participan los usuarios –pagando las comisiones que correspondan; y aceptando las reglas impuestas-. Es decir, lo que hace unos años era un favor en virtud del que un conocido o un familiar nos prestaban un coche o nos daban cobijo en su casa, gracias a la tecnología, se ha profesionalizado.

Alberto Aznar tiene una sólida formación vinculada con los temas abordados. Es licenciado en Derecho por la Universidad de Salamanca -España-, así como licenciado en Ciencias Políticas y de la Administración por la Universitat de València -España-, Máster en Derecho por esta última Universidad -Universitat de València-. Ha realizado su Diploma de Estudios Avanzados (DEA) sobre la economía colaborativa, tema sobre el que se encuentra desarrollando su tesis doctoral. En los últimos años es directivo de la Entidad Valenciana de Vivienda y Suelo -EVha- que constituye una empresa pública dependiente del gobierno autonómico de Valencia. Asimismo, cuenta con sólidos conocimientos en materia de derecho de vivienda y alojamientos turísticos.

En cuanto a la sistemática de la obra, la misma cuenta con un total de seis capítulos de cuyas particularidades más destacables nos ocuparemos seguidamente, con el fin de que el lector tome conciencia de sus partes más destacables. Antes, debemos reseñar el prestigio de la editorial en la que se publica la obra: Thomson Reuters Aranzadi. A tenor del ranking SPI -*Scholarly Publishers Indicators*- de 2018 -último año del que existen registros-, ocupa la tercera posición, a nivel español, de un amplísimo número de editoriales.

El capítulo primero versa sobre un elenco de cuestiones, de carácter general, relativas al alcance del fenómeno de la economía compartida. En su contenido se aborda su concepto, caracteres, motivos a favor y en contra y las diversas modalidades de plataformas que imperan. El autor, en nuestra opinión, de manera muy acertada, vincula el origen de estas plataformas tecnológicas con un contexto de crisis y precarización. La realidad económica presente -más si cabe a raíz de la COVID-19- está dominada por la precariedad laboral. Aunque la precariedad muchas veces se circunscribe al espectro laboral, en sentido estricto, va más allá, pues se extiende al ámbito vital o existencial y al social. La creciente precarización, que se agudiza tras la crisis financiera mundial de 2008, impera en las plataformas

que se agrupan dentro de la economía colaborativa. Bajo esta última, se han incluido numerosas y variadas plataformas tecnológicas ciertamente reconocidas a nivel mundial. Así, por ejemplo, podemos, entre otras, citar: Airbnb; Uber; Cabify; Deliveroo; Lime; y Glovo. Las reflexiones del autor resultan ciertamente oportunas, pues nos invitan a la reflexión. En este sentido, cabe plantearse cómo se van a fijar los límites que definirán una práctica colaborativa y si, en realidad, la economía colaborativa constituye un instrumento de transformación que nos lleve a una sociedad más justa o si representa un próspero negocio para unos pocos que se aprovechan de la precarización del trabajo y el aumento de desigualdades.

La necesaria participación del sector público en toda esta materia es objeto de análisis en el capítulo siguiente. En efecto, la Administración Pública ha de intervenir en este fenómeno para garantizar la tutela de los consumidores y/o usuarios y actuar frente a la economía sumergida. La actuación del sector público, en toda esta problemática, ha sido mucho más lenta de lo deseable y tampoco se ha adaptado a sus necesidades. La red de redes ha propiciado la celeridad de esta tipología de contratos, lo cual debe ser regulado para evitar perjuicios a las partes que intervienen. Para fomentar la innovación, sin perjudicar los derechos de los potenciales consumidores y/o usuarios, la Comisión Europea se encuentra redactando un conjunto de medidas denominadas "Digital Services Act Package" para robustecer el mercado único digital e impulsar la innovación y la competitividad de los servicios en línea. En toda esta materia debe valorarse la relevancia que ostenta el fenómeno de la autorregulación que desempeña una labor complementaria -y no sustitutiva- de la normativa legal. Existen algunas iniciativas que se iniciaron hace tres años como, a título de ejemplo, es el código de conducta del Govern de Cataluña -España- para Uber y Airbnb. Asimismo, podemos destacar el código ético de Sharing España que incluye un elenco de buenas prácticas. En todo caso, para encontrarnos ante un verdadero sistema de autorregulación debe existir, con carácter mínimo, un código de conducta y un organismo de control encargado de su observancia.

El capítulo tercero estudia las respuestas que, desde diversas perspectivas, está dando la Administración Pública a numerosos problemas que se están suscitando en la práctica. Resultan muy convenientes las apreciaciones del autor de referirse a las diferentes áreas jurídicas -tanto del Derecho público como privado-, para dar una respuesta adaptada a cada una de ellas. Habida cuenta de la ausencia de legislación específica a la economía colaborativa, han tenido que ser los tribunales los que resuelvan la cuestión atendiendo a los casos concretos que se le han planteado. En el caso de España podemos destacar la elaboración de la denominada Ley Rider -todavía es un proyecto de ley si bien se encuentra en una fase avanzada- que busca hacer frente a los falsos autónomos que existen en plataformas de envío de comida a domicilio -como Glovo o Deliveroo-. Tal

cuestión se ha replicado en otros países como Estados Unidos (California) pero referido a Uber. Hace algún tiempo, se aprobó una norma en virtud de la cual los conductores de la citada plataforma no deberían ser autónomos, sino trabajadores con una serie de derechos -como seguro médico o un salario mínimo garantizado-.

El capítulo cuarto analiza, de forma magistral, las particularidades que el alojamiento suscita en la economía colaborativa. El paradigma en esta materia probablemente sea Airbnb. La práctica pone de manifiesto las tensiones que se suscitan entre los anfitriones u oferentes en la plataforma y comunidades de vecinos y/o oferentes profesionales -como hoteles-. En toda esta cuestión cabe referirse a las leyes aprobadas para hacer frente al alquiler turístico ilegal. En virtud de estas últimas, se están imponiendo sanciones que buscan desincentivar tal práctica.

El capítulo quinto de la obra se vincula con el transporte. En dicho ámbito coexisten numerosas plataformas. En el caso concreto de España, podemos destacar, además de Uber, las plataformas de Blablacar y Amovens. Estas últimas son diferentes a Uber o Cabify, dado que, entre otros aspectos, realizan una labor de intermediación poniendo en contacto a conductores y pasajeros que buscan un destino común en el horario acordado. Llama la atención que, pese a ser plataformas muy fructíferas en términos económicos, registran beneficios muy reducidos e incluso pérdidas, por lo que apenas tributan. No cabe duda de que las empresas que hemos enunciado, en muy poco tiempo, han adquirido una enorme relevancia social, pero el pago de impuestos es sensiblemente bajo.

Las conclusiones se incluyen en el capítulo sexto. Varias de ellas ya las hemos adelantado en las líneas previas. Una de las cuestiones más espinosas en este fenómeno es la precariedad inherente a varias de ellas. Aunque un importante colectivo recurre a las mismas, como complemento a otros empleos, y, por tanto, dedica poco tiempo, el exiguo salario que, en muchas ocasiones, se obtiene no justifica la vulneración de derechos. En otro orden de cuestiones, como hemos visto, a pesar de las ganancias que tales plataformas obtienen, la tributación es extraordinariamente baja.

En suma, la obra que hemos abordado representa una monografía paradigmática en el ámbito de la economía colaborativa. Estamos ante un fenómeno que, si bien es relativamente reciente, ha proyectado una expansión notable en muy corto espacio de tiempo. Existen tres aspectos que han fomentado este modelo, entre los que podemos citar la concurrencia de una plataforma tecnológica; intermediación tanto en la oferta como en la demanda; y relación entre partes que se sitúan en una posición de igualdad. Las plataformas digitales desempeñan una labor esencial en lo que podrían denominarse economías de carácter colaborativo. En puridad, se trata de una modalidad de economía de plataforma que ostenta caracteres

colaborativos. La Economía P2P -*Peer to Peer*- permite que individuos particulares, sin vínculos previos, interaccionen a través de estas plataformas. Estas últimas, como hemos tenido ocasión de analizar, recurren a las más novedosas tecnologías y los teléfonos inteligentes relacionan a los usuarios con sencillez. Aunque, como hemos visto, numerosas empresas se han lanzado a este negocio, todavía se está definiendo. En este último sentido, existen dos cuestiones en las que se plantean ciertos conflictos. Se trata, en primer término, del cumplimiento de la legislación vigente en cada momento -en más ocasiones de las deseables se plantean lagunas legales- y la convivencia pacífica con actividades profesionales consolidadas precedentes -caso del taxi con Uber o Cabify; o de Airbnb y los hoteles-. No cabe duda que constituye un fenómeno que ha llegado para quedarse, pero plantea numerosas particularidades que son objeto de examen, de manera magistral, en la presente obra.

Dra. Patricia Vargas Portillo
ESIC Business & Marketing School, España

MARTÍNEZ NADAL, A.: *Big data, cloud computing y otros retos jurídicos planteados por las tecnologías emergentes,* Thomson Reuters Aranzadi, 2019.

La tecnología emergente está generando un elenco de cambios disruptivos en la regulación legal actual. En ocasiones, puede resultar complejo el equilibrio entre el fomento de la innovación y la tutela de los potenciales destinatarios. Es cierto que las tecnologías emergentes posibilitan una gran cantidad de ventajas y de prerrogativas, aunque también plantean numerosas incertidumbres desde el plano jurídico. El paradigma legal decimonónico de que las regulaciones se

pueden desarrollar de forma pausada y deliberada y, posteriormente, continuar sin modificaciones puede considerarse superada y, más si cabe, en las cuestiones que se analizan en esta obra. Ésta incorpora los principales resultados de las investigaciones acometidas en el seno del grupo de investigación de Derecho y Nuevas Tecnologías de la Universidad de Islas Baleares cuya Investigadora Principal -IP- es, asimismo, la directora de la obra. Como veremos, se incluyen aportaciones jurídicas de vanguardia en relación a las tecnologías emergentes. Estamos frente a una monografía de carácter interdisciplinar, ya que cada capítulo cuenta con juristas expertos de cada área respectiva.

El contrato de *cloud computing* celebrado por el pequeño empresario se examina en el primer capítulo. Como bien se advierte en su contenido, existen prácticas contractuales desproporcionadas, injustas y extendidas que pueden reputarse comunes en la comercialización de los servicios de computación en la nube. Como consecuencia de lo anterior, el pequeño empresario ve reducida su posibilidad de elección si esta se fundamenta en el análisis de las condiciones generales predispuestas por los diversos proveedores. La suscripción de estos servicios supone dependencia del proveedor y la renuncia a una parte de sus derechos, sin tener, a diferencia del consumidor, de cobertura legal que les tutele. Por ello, como acertadamente se dispone, sería conveniente que los tribunales, en virtud de la analogía, extendieran la tutela que se destina al consumidor y/o usuario al adherente profesional. Este último se encuentra en una clara situación de desventaja económica y negocial respecto al proveedor. Además, no dispone de conocimientos tecnológicos y jurídicos. Son, por tanto, convenientes mejoras normativas que establezcan una salvaguarda real del pequeño empresario que posibiliten un mejor reflejo legal del principio de buena fe contractual entre profesionales.

El capítulo segundo versa sobre la computación en la nube y las transferencias internacionales de datos. El cliente en la computación en la nube es el responsable del tratamiento, mientras que el proveedor del servicio es el encargado del tratamiento. Tiene razón el autor en la falta de estabilidad en la ubicación de los datos. De hecho, es ciertamente habitual que los datos que están en un determinado momento, pocas horas después, estén en otro punto del planeta. A mayor abundamiento, el cliente no suele conocer los lugares en los que los datos se van situando a lo largo del tiempo. En el caso de que no exista transparencia en la computación en la nube, el cliente –responsable del tratamiento- no puede tener certeza de que se están respetando sus obligaciones en el ámbito de la privacidad. Resulta necesario que surjan nuevas herramientas para simplificar, en mayor medida, las transferencias internacionales, al mismo tiempo que se asegure la salvaguarda de datos personales. En el supuesto contrario, el espacio comunitario quedará rezagado en el terreno de la computación en la nube.

Los mecanismos de control de la externalización de servicios financieros en la nube se analizan en el capítulo tercero. Este efectúa un examen pormenorizado de las recomendaciones sobre la externalización de servicios a proveedores de servicios en la nube aprobadas por la Autoridad Bancaria Europea. Ofrece una visión sistemática del mismo que nos da la oportunidad de tomar conciencia del sentido y de la finalidad de las mismas. Este estudio, con buen criterio, se complementa con una referencia a una serie de criterios, aprobados por el Banco Central Europeo, en marzo de 2018, que también pivota sobre la delegación de actividades o funciones a través de servicios de computación en la nube.

El capítulo cuarto estudia la protección del *copyright* en la nube en los Estados Unidos. En el mismo se analizan, en toda su extensión, los efectos jurídicos del uso de los servicios de *cloud computing* cuando se plantea una violación de los derechos en relación a obras protegidas para determinar el tipo de responsabilidad de los proveedores de estos servicios. También se estudia la forma en la que han sido abordadas estas cuestiones desde la óptica de la normativa y la jurisprudencia de Estados Unidos. Ahora bien, como acertadamente se dispone en el capítulo, las nubes privadas representan un nuevo reto en la salvaguarda jurídica del *copyright,* pues puede aumentar la masificación en el uso de copias privadas. Debe considerarse que la copia privada es una excepción que nos permite el uso privado sin el consentimiento del autor. En cualquier caso, la determinación de la infracción dependerá de la casuística y la problemática en estos casos estriba en la complejidad de detectar estos hechos y analizar si el uso privado responde a una de las excepciones permitidas.

La protección penal del servidor de *cloud computing* y de los datos almacenados o en proceso de transferencia hacia él, se estudia en el capítulo quinto. El derecho penal no da al contenido de la nube una tutela unitaria, sino una protección parcial en virtud de diversos tipos del Código Penal. Dentro de estos últimos deben considerarse, por un lado, los delitos de descubrimiento y revelación de secretos del art. 197.1 del Código Penal en el supuesto de particulares y, por otro lado, del art. 278 del Código de Penal para los casos de secreto de empresa. En 2015, como consecuencia de la Directiva de 2013 relativa a los ataques contra los sistemas de información, se introdujeron dos tipos penales. Estos últimos protegen, en primer lugar, al propio servidor respecto a accesos no deseados que produzcan una brecha en su seguridad y, en segundo término, el proceso de transmisión de datos informáticos hacia este, instante en el que son más vulnerables. El presente capítulo examina, desde la perspectiva penal, la tutela de las tecnologías de *Cloud Computing* desde dos puntos de vista, a saber: la protección del contenido -es decir los ficheros que se almacenan en el servidor- y de la salvaguarda del continente -el propio servidor-.

El capítulo siguiente versa sobre la relevancia del *big data* para la formación de contratos relacionados con viajes combinados o arreglos de viaje vinculados, según la nueva directiva de viajes combinados. En la Directiva de 2015 sobre viajes combinados y servicios de viaje vinculados resulta clara la búsqueda de respuestas en lo que se refiere a los nuevos modelos de negocios. Existe un creciente uso de plataformas tecnológicas que se fundamentan en el *big data* por parte de las empresas turísticas que ha quedado fuera de los criterios de la Directiva que, en cierta medida, nació desfasada. El *big data* en los viajes va más allá de ofrecer un mejor soporte, en cuanto a la decisión y la maximización de eficiencia, ya que el *big data* repercute en la organización de la oferta. Los modelos fundamentados en el *big data* son susceptibles de representar una verificación permanente de los clientes ya que, entre otros aspectos, pueden: ser datos tratados a tiempo real, que se conservan por tiempo indeterminado y que permita crear perfiles detallados para cada cliente. Por todo ello, se debe recurrir al Reglamento que se refiere a la protección de las personas físicas en cuanto al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de los mismos.

El turismo inteligente y el Derecho, desde la perspectiva de la intervención administrativa, es objeto de examen en el capítulo séptimo. Resulta especialmente sugerente el análisis que se realiza en materia de privacidad y seguridad. Existen diferentes fenómenos –la minería de datos, el internet de las cosas y la inteligencia artificial- que, referidas al sector turístico, nos permiten desarrollar el turismo inteligente. Este último suscita desafíos jurídicos que no había incluido el legislador habida cuenta de la celeridad de su implantación. En el acceso y reutilización de datos turísticos tanto la calidad del sistema democrático como la eficacia y eficiencia de los poderes públicas requieren un incremento de la transparencia, la personalización de los servicios prestados, la optimización de la gestión de los servicios, y, en definitiva, mayores niveles de innovación.

La digitalización del concepto tributario de establecimiento permanente se estudia en el capítulo octavo. Debe valorarse si podemos pensar en una versión digitalizada del concepto tradicional de Establecimiento Permanente como instrumento para hacer frente a los modelos de negocio que, en virtud de las nuevas tecnologías, consiguen evitar tributar en el país de la fuente como consecuencia de los beneficios logrados en el territorio de ese Estado.

El capítulo noveno se refiere al alquiler turístico vacacional y las plataformas digitales. En primer lugar, cabe destacar que la fragmentación y dispersión autonómica, habida cuenta del reparto competencial, da lugar a resultados indeseables por la desigualdad en la ordenación de una misma actividad. Es conveniente, con total observancia del marco de distribución de competencias, la instauración de instrumentos de coordinación entre las diversas Autonomías

que hagan posible la uniformización de soluciones legales. En segundo término, no parece oportuno que el estudio del alojamiento turístico vacacional dentro de la economía colaborativa y los nuevos modelos de prestación de servicios. En efecto, el alquiler vacacional no siempre se da en actividades de economía colaborativa, ya que, en muchas ocasiones, el arrendador no es un particular, sino un profesional o empresario del sector. Respecto al alquiler vacacional, debe considerarse que, como se indica en el capítulo, estamos ante un fenómeno global que está siendo objeto de diversas iniciativas reguladoras a nivel mundial. Al estar en un mundo globalizado y una economía sin fronteras, es esencial realizar un seguimiento de la ordenación internacional de estas materias, así como identificar sus tendencias y soluciones más oportunas. En cualquier caso, debe tenerse presente que estas iniciativas reguladoras deben tender hacia una ordenación equilibrada que tenga en consideración los distintos intereses en juego y sobre todo los nuevos intereses reconocidos por la normativa y la jurisprudencia españolas.

La resolución online de conflictos y, en concreto, su análisis en la plataforma europea de resolución de litigios se trata en el último capítulo. Esta última es un mecanismo ODR que nace en Europa en virtud del Reglamento 524/2013 sobre resolución de litigios en materia de consumo. El uso de la plataforma que se analiza en el capítulo se limita a los conflictos de consumo y, en gran parte de los supuestos, solo a favor de los consumidores. Gracias a estos mecanismos ODR, se han podido ir superando ciertos obstáculos tradicionales de la vía judicial.

En suma, la obra que es objeto de reseña representa una obra de referencia por lo que se refiere a la regulación de las tecnologías emergentes. Estas últimas implican numerosos beneficios tanto para la propia industria como para sus destinatarios –consumidores y/o usuarios-, aunque también plantea numerosas preguntas acerca de cómo debería acometerse tal regulación.

David López Jiménez
EAE Business School

MARTÍNEZ OTERO, J. Mª.: *El ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración en el ámbito audiovisual,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2021. ISBN: 978-84-1355-671-0

Al elegir la obra monográfica del profesor MARTÍNEZ OTERO titulada *El ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración en el ámbito audiovisual***,** como tema de la presente recensión deseo hacer referencia, no solo al estudio de un autor especializado en Derecho de la Comunicación sino a un investigador que asume, para el bien de la doctrina, la labor de contribuir al desarrollo de uno de los sectores económicos que presenta mayor complejidad en nuestro ordenamiento

jurídico, el sector audiovisual. Desde que defendiera su tesis doctoral, acerca de *La protección de la juventud y la infancia como límite a las libertades informativas en los medios audiovisuales* dirigida por el Dr. Alexandre H. Català i Bas, no han sido pocos los trabajos protagonizados por el mismo que tienen como eje principal la defensa de colectivos especialmente vulnerables y las particularidades que presenta este sector. Ello no hace más que confirmar, no solo su compromiso académico, sino también su valía para poder ofrecer soluciones a los problemas sociales generados en torno a este medio que siguen desarrollándose en la actualidad.

La potestad sancionadora de la Administración, observada desde el prisma que ofrece el ámbito audiovisual, no es una materia ni mucho menos residual. La importancia que supone para el conjunto de la ciudanía, entes públicos y entes privados, confirma la novedad y la pertinencia que ofrece el presente estudio, que puede observarse a través de tres motivos claves.

En primer lugar, tras haber transcurrido ocho años desde que la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (en adelante CNMC) se constituyera como autoridad audiovisual independiente, ejerciendo las funciones previstas en la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (LGCA), se ha podido trazar una trayectoria lo suficientemente intensa y extensa respecto al uso que ha ejercido de la potestad sancionadora, cuyo detalle la obra pretende. Si bien es cierto que en los primeros años de singladura el ejercicio de sus competencias fue tímido o incipiente, el organismo regulador pronto comenzaría a forjar un notorio historial de actuaciones que son cuanto menos interesantes de valorar y formular desde la madurez de su alcance actual. Centrando el objeto de análisis en el ejercicio de la potestad sancionadora, son escasos los tipos sobre los que la CNMC no ha tenido la ocasión de pronunciarse. Este hecho ha permitido al autor ofrecer una visión bastante completa acerca del régimen infractor señalado y llevado a la práctica en virtud de lo señalado en la LGCA. La idoneidad de su estudio, en este aspecto, puede comprenderse visualizando una moneda. Por un lado, en el anverso, detectamos un acercamiento al lector de la panorámica que ofrecen los intereses públicos en juego cuya protección ha sido contemplada por la vigente legislación audiovisual y, por otro lado, enfoca su objeto desde su reverso, el que ofrecen las conductas que propician su vulneración.

En segundo lugar, el estudio permite colmar una aún sorprendente laguna en la doctrina *iuscomunicativa* en España. A pesar de la enorme importancia que adquiere un estudio sobre la CNMC, no ha recibido un tratamiento actualizado. La exigua trayectoria del organismo autorregulador justifica la escasez de estudios que se aventuren en detallar la actuación práctica centrada en materia audiovisual. La mayoría de la doctrina trata esta materia desde la vertiente teórica, puntual o tangencial. Al intentar examinar el caso español se observó una situación anómala,

que el estudio pone de relieve, indicando que no existían datos sobre la autoridad española al no estar en funcionamiento el CEMA. Si bien su diseño en la LGCA parecía satisfacer los estándares básicos de independencia orgánica y funcional no ha quedado exenta de crítica sobre lo que supuso su suspensión, ya que nunca llegaría a materializarse, aunque sigue vigente su regulación en la LGCA. La elección general que adoptan las escasas investigaciones sobre la procedencia de la CNMC parten bien de describir su composición orgánica y funciones, o para comentar una resolución concreta, con motivo de su publicación o de su revocación en vía judicial. Si a este panorama añadimos que la mayoría analizan la actividad de la CNMC desde una perspectiva más propia de las Ciencias de la comunicación que del Derecho, su oportunidad queda plenamente justificada.

En tercer lugar, a su evidente importancia teórico práctica, potenciada desde que se creara en el año 2013 la CNMC hasta la actualidad, hay que unir hoy su trascendencia respecto a lo previsto en el Título VI de la LGCA. Un texto normativo que ha sido asimismo cuestionado en los últimos tiempos por su desactualización respecto a los desafíos presentes, no solo aludiendo a la innovación tecnológica, sino también a la nueva realidad normativa que ocupa este sector desde Europa a partir de lo señalado en la Directiva 2018/1808/UE, de 14 de noviembre, cuyo objeto consiste en la adaptación de la Directiva 2010/13/UE, de 10 de marzo, de servicios de comunicación audiovisual, habida cuenta las nuevas necesidades que plantea el mercado. Entre las principales novedades que presenta, debemos destacar: la nivelación de las exigencias legales para los servicios lineales y los servicios no lineales; la inclusión de las plataformas de compartición de vídeo en el Internet en el ámbito material de la Directiva; y la flexibilización de las exigencias que se imponen a las comunicaciones comerciales. El plazo de trasposición de la directiva expiró el 19 de septiembre de 2020, sin haber obtenido respuesta por parte del legislador español que perdió una oportunidad sin parangón de actualización de una ley que se encuentra muy alejada de la realidad que envuelve al servicio.

Al tiempo de escribir estas líneas, en nuestro país, se ha puesto en marcha un proyecto de reforma de la LGCA. La convulsa actualidad política y la crisis sanitaria que ha caracterizado los años 2019 y 2020 en España ha retrasado su reforma normativa y dificultado la celebración de un debate jurídico, político y social serio y sosegado en torno a la misma. Sin embargo, el panorama no es del todo desolador. Nos encontramos en un momento clave para su regulación e implementación fruto del reciente compromiso europeo que impulsa a que los Estados miembros transiten hacia una doble transformación: digital y verde. Este aspecto no atiende únicamente a una voluntad política o institucional, sino que viene acompañado de una serie de fondos europeos -*Next Generation EU* y el Marco Financiero Plurianual- que permitirán su adaptación y que tienen por

objeto el relanzamiento de la economía que ha sido fuertemente devastada tras las consecuencias marcadas por la Covid-19. Ello no hace más que confirmar que nos encontramos ante una necesaria redefinición del sector audiovisual, que deberá comenzar desde la observancia de tres ejes principales: el mercado, el soporte y el contenido.

En este ámbito, incumbirá a la CNMC llevar a cabo la promoción de una competencia efectiva y el correcto funcionamiento del mercado audiovisual, en beneficio de los consumidores y usuarios. En los últimos años, ha mejorado el normal funcionamiento de su integración institucional, ha potenciado su servicio jurídico y ha consolidado su compromiso en defensa de los consumidores y en la mejora de la gobernanza pública. Elementos que no son más que el resultado de la aplicación de la Ley 3/2013, de 4 de junio, que permite su creación, y le otorga una serie de funciones que abarcan el derecho de la competencia para investigar y sancionar conductas restrictivas, además de la promoción de la competencia para la supervisión y la regulación que subyace no solo de uno -como sucedía en el caso del CEMA-, sino de diversos sectores económicos que hoy ocupan una posición de rabiosa actualidad, tales como: el sector de la energía, las telecomunicaciones, el transporte, el sector postal y el audiovisual. En relación a este último sector, la CNMC cuenta con numerosas resoluciones que dan a conocer algunas de las deficiencias que siguen planteando su aplicación y que deberán combatirse a través de una de las competencias que le han sido conferidas, puestas de manifiesto en el presente estudio, tales como la 'sanción'.

La presente obra adquiere un valor añadido por cuanto lleva tras de sí no solo el marco teórico sino también una importante labor de campo, que su autor ha acertado en vehicular y que aporta un análisis exhaustivo desde la perspectiva que ofrece el Derecho Público. La complejidad y a la vez la riqueza del estudio se encuentra en sus páginas donde, aunque el centro de su atención guarda relación con un enfoque fundamentalmente *iusadministrativo,* no descuida otras disciplinas que son inherentes a su objeto. En concreto, de forma adicional, ofrece un análisis y reflexiones más propias del Derecho Constitucional, el Derecho Mercantil, la deontología periodística o la estructura del sistema audiovisual. Este hecho denota la enorme repercusión académica transversal que supone su estudio.

Para llevar a cabo esta intención, el trabajo se organiza en un prólogo, que ha sido elaborado desde la admiración y el orgullo de quien fue su director de tesis doctoral, un total de siete capítulos, unas referencias finales y un anexo adicional. La estructura con la que queda configurado dará comienzo así con el Capítulo I, de carácter introductorio, que tiene por objeto abordar cuestiones generales relativas a la potestad sancionadora de la Administración. La visualización del marco histórico y teórico que atraviesa nos permitirá posteriormente valorar su

objeto y la transcendencia de esta potestad con el fin de asegurar la observancia de las leyes y la tutela de los intereses públicos reconocidos. Para comprender mejor su alcance, el autor identifica con acierto las cuestiones más relevantes que se plantean en estos términos: quiénes ejercen su titularidad y cómo se lleva a cabo este sistema. Para dar respuesta a las mismas el autor comienza señalando que la titularidad se presenta como un elemento que ha sido objeto de un sostenido debate desde que en los años noventa se determinara la oportuna creación de una autoridad audiovisual independiente, que finalmente se materializó normativamente pero no físicamente a través del CEMA. El *iter* que ha llevado a que se le otorgue la atribución de la potestad sancionadora a esta, a una secretaría de Estado y en último término, a la CNMC. Respecto a la forma en que se lleva a cabo el ejercicio de la potestad, se introducen someramente los principios que la arman y que se encuentran contenidos en virtud de lo señalado en la Ley 40/2015, de 15 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Sin descuidar algunas de las peculiaridades que ofrece el procedimiento administrativo cuando tiene por objeto imponer una sanción y que se encuentran reguladas en el tenor de la Ley 39/2015, de 15 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común. Todo ello, sin olvidar la realización de un breve apunte sobre cómo se ejecuta esta materia respecto a las Comunidades Autónomas en el sentido de la potestad que tienen atribuida cuya cobertura no sea estatal. Si bien el autor destaca que los casos son excepcionales, señala los ejemplos que ofrecen el Consejo del Audiovisual Catalán y el Conejo del Audiovisual Andaluz como honrosas excepciones a esa pasividad, cuyo análisis resulta necesario para ofrecer una visión completa del objeto de estudio. Los conceptos que propone el autor en este capítulo serán analizados de forma específica en cada uno de los escenarios que comprende el libro.

Los capítulos siguientes, entre los temas 2 al 6, el autor elabora un interesante repaso de los principales hitos y datos ilustrativos de la actividad realizada por la CNMC en materia sancionatoria respecto al sector audiovisual organizado a través de cinco grandes áreas temáticas: la protección de los derechos de los menores (Capítulo 2); comunicaciones comerciales (Capítulo 3); discursos que atenten a la dignidad de la persona, que fomentan el odio y la discriminación (Capítulo 4); obligación de financiación anticipada de obra europea (Capítulo 5); y el derecho a la contratación en exclusiva de contenidos audiovisuales (Capítulo 6). El autor reflexiona así, sobre cada uno de estos elementos, sin detenerse en la superficialidad, sino que va más allá. Detecta y señala, de forma clara, cinco capítulos que convergen en su estructura, y que aportan una visión que simplifica su comprensión y dan claridad sobre los pormenores que supone su aplicación.

Atendiendo a su contenido, en primer lugar, cada uno de los capítulos se abre con una breve introducción, en la que se expone la importancia de los intereses públicos implicados en los expedientes sancionadores que se van a analizar. Este

planteamiento continúa, en segundo lugar, con un análisis de las disposiciones señaladas en la LGCA que serán posteriormente aplicables en la materia. En concreto, tanto las que reconocen, protegen y desarrollan los citados intereses públicos, como las contenidas en el régimen sancionador de la Ley. En tercer lugar, los capítulos describen las infracciones que han sido objeto de sanción por la CNMC en el periodo comprendido entre 2014, fecha que coincide con los primeros datos públicos de las sanciones aportadas por la CNMC, y 2019. Los capítulos relativos a materias en las que hay múltiples resoluciones sancionadoras –como la protección de los menores o la publicidad- ofrecen datos globales, y son el resultado del resumen de algunas de las resoluciones, a título ejemplificativo, más significativas llevadas a cabo por esta administración. Sin embargo, los capítulos que representan materias en las que la cuantía de expedientes es menor, a título de ejemplo la financiación de obra europea, el autor pone el foco en una síntesis de todos ellos. En cuarto lugar, la presentación de los expedientes sancionadores, va seguida o acompañada de un análisis de las principales cuestiones que se han suscitado en los procedimientos sancionadores y que en la mayoría de los supuestos se encuentran conectadas con algunos de los principios de la potestad sancionadora. En este sentido, guarda conexión con la tipicidad, el principio *non bis in idem* o la responsabilidad del infractor. El conjunto de los capítulos ultima el texto haciendo referencia a unas breves conclusiones que pretenden compendiar los aspectos más relevantes abordados a lo largo de cada uno de ellos.

Un análisis constructivo y crítico, aplicado a un sector dinámico como es el audiovisual, pasa también por observar en qué medida existen otras actuaciones conexas al ejercicio de la potestad sancionadora llevadas a cabo por la CNMC. Con este objeto, se ha redactado el capítulo 8 de la obra. Su contenido atiende a ciertas prácticas que, sin constituir propiamente sanciones en el ámbito audiovisual, se encuentran íntimamente ligadas con el objeto de la obra. En concreto, de un lado, se aborda la labor que ocupa la supervisión relativa al cumplimiento de las obligaciones de accesibilidad cuyo tenor contempla la LGCA. El fin pasa por establecer un entorno audiovisual accesible e inclusivo para determinados colectivos identificados como especialmente vulnerables por cuanto presentan alguna discapacidad. En este ámbito, a pesar de haber constatado la comisión de infracciones de la normativa vigente, la CNMC ha declinado la imposición de sanciones, decantándose por formas alternativas para garantizar el respeto de la legalidad. De otro lado, se analizan los casos de dos multas impuestas a Mediaset y Atresmedia en noviembre de 2019 respectivamente, cuya cuantía conjunta asciende a 77 millones de euros. Este hecho las convirtió en las más abultadas de la historia del organismo regulador. Estas sanciones tuvieron por objeto ejercer un castigo sobre determinadas prácticas anticompetitivas en el mercado de la publicidad televisiva. Si bien se trata de sanciones que se materializaron por incumplimientos de la normativa mercantil, y no audiovisual, su profunda conexión

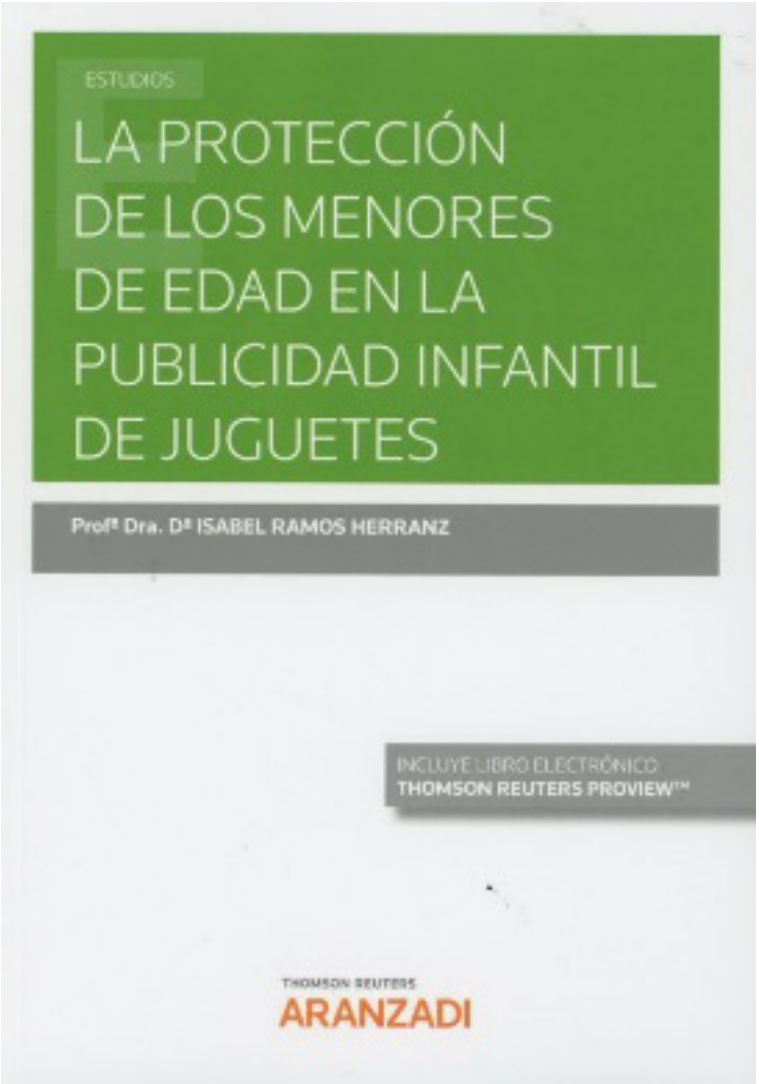
con el sector audiovisual y su contundencia hacen que no solo sea positivo sino también oportuno su análisis.

Finalmente, el Capítulo 9 hace referencia a un conjunto de conclusiones que se convierten en el corolario de una admirable labor investigadora, abordada por el autor, que pone de relieve la profunda evolución que ha experimentado la potestad sancionadora ejercida por la CNMC desde la crítica y la esperanza. Podemos afirmar así que, la sistemática empleada resulta sumamente acertada y coherente. La obra se convierte por ello, en un nuevo análisis de referencia, en un sector tan controvertido como es el audiovisual, ávido de estudios rigurosos e interdisciplinares como el que ofrece esta obra desde la perspectiva central del interés público. No debe obviarse que se trata de un sector relativamente sensible debido a las enormes consecuencias que comporta sobre la cultura y la sociedad, y que el autor ha sabido tratar a la perfección.

En definitiva, la obra que pone a nuestra disposición el profesor Martínez Otero, de la mano de la prestigiosa editorial jurídica Tirant lo Blanch, se encuentra rigurosamente argumentada y correctamente articulada sobre la base de un minucioso y valioso estudio de campo de las resoluciones sancionadoras de la CNMC en el periodo que comprende entre 2014 a 2019 y que siguen manteniendo la condición de suma actualidad. El trabajo conjuga de este modo las principales cuestiones teórico-prácticas que afectan a cada una de las vertientes que competen al marco audiovisual desde el punto de vista jurídico tanto público como privado. Su naturaleza práctica hace del mismo un producto oportuno para cualquier profesional del medio, personal universitario o quienes dispongan de un mínimo interés por la materia a fin de esclarecer qué prácticas son o no permitidas. Con todo, no debemos olvidar su carácter transversal fijado desde la 'independencia' que caracteriza a esta autoridad y la definición de garantías mínimas que, sobre la libertad de expresión e información, transparencia y seguridad jurídica que tanto de los prestadores como de los usuarios del medio se le presuponen. Por todo lo señalado, me encuentro en disposición de afirmar que estamos ante un importante trabajo de investigación, que me lleva al convencimiento que será de gran utilidad para futuras contribuciones doctrinales que tengan por objeto académico la importantísima, aunque a veces olvidada, tarea de abordar la supervisión del sector audiovisual que realiza la Administración.

Belén Andrés Segovia
Doctora en Derecho (Universitat de València)
Profesora de la Facultad de Derecho
Universidad Internacional de la Rioja

Ramos Herranz, I.: *La protección de los menores de edad en la publicidad infantil de juguetes,* Thomson Reuters Aranzadi, 2019.



Los menores de edad presentan ciertas características entre las que podemos destacar, sin ánimo agotador, la inmadurez; la facilidad de persuasión; y credulidad o sugestión. Por todo ello, son merecedores de una especial tutela en el ámbito publicitario. En base a esto último, las comunicaciones comerciales dirigidas a tal colectivo están sometidas a distintas medidas que la publicidad en general -que

tiene como destinatarios a los adultos-. Los requerimientos serán más exigentes cuanto menor sea la edad de los destinatarios. Resulta patente que la dificultad se incrementa cuando la publicidad presenta carácter encubierto u oculto. Así, por ejemplo, se encuentra presente en programas expresamente dirigidos a los menores de edad. También cabe hacer alusión a la publicidad comportamental como consecuencia del uso de *smartphone*. Cada vez más, los menores de edad, recurren a dispositivos electrónicos a etapas más tempranas.

La publicidad de juguetes se analiza en la monografía que es objeto de reseña. La autora es Isabel Ramos Herranz, Profesora Titular de Derecho Mercantil de la Universidad Carlos III. Antes de analizar su sistemática, cabe hacer alusión al prestigio de la editorial en la que se incluye la obra. Thomson Reuters, en el ámbito jurídico, según el ranking SPI -*Scholarly Publishers Indicators*- de 2018 -último disponible-, ocupa la primera posición de la tabla.

La obra tiene un total de siete capítulos, así como un elenco de documentos y contenidos que se incluyen a modo de anexo (códigos de conducta publicitaria; jurisprudencia nacional y europea; y resoluciones del Jurado de Autocontrol de la Publicidad).

La introducción de la obra, que se contiene en el capítulo primero, nos pone en contexto de la materia que va a ser abordada a lo largo de la misma. En este sentido, se tratan las particularidades que concurren en los menores de edad que tienen relevancia en el ámbito promocional. Efectivamente, los niños, hasta los cinco años de edad, no distinguen el concepto publicitario del que no lo es. Asimismo, los menores presentan gran protagonismo en el comportamiento de los adultos. Cuando las comunicaciones comerciales resultan visionadas por menores la capacidad de diferenciar la publicidad está más consolidada, pero no así su resistencia a la persuasión.

El capítulo segundo se centra en el análisis de cuestiones de carácter terminológico: "publicidad"; "publicidad infantil"; y "juguetes". Cabe destacar que, con buen criterio, la obra no solo alude al contenido de las disposiciones legales, sino, además, con carácter complementario, a los instrumentos de autorregulación con incidencia en la materia -con mayor detalle en el capítulo séptimo-: el código de autorregulación de la publicidad infantil de juguetes. Como bien apunta la autora, llama la atención que el legislador español no haya aprobado una norma específicamente publicitaria, en la que se aborde la publicidad infantil de juguetes, que defina el término juguete.

La protección de los menores de edad en la Ley General de Publicidad (LGP) se analiza en el capítulo tercero. Nótese que la LGP, en su art. 3 b), disciplina la protección de los menores de edad, aunque no la publicidad infantil de juguetes.

En primer término, se efectúa un examen de la práctica publicitaria que busca persuadir a los menores con el objetivo de que adquieran juguetes infantiles aprovechando su inexperiencia o credulidad. Especialmente sugerentes resultan las valoraciones que se formulan relativas al uso de las redes sociales para difundir el acto publicitario. Existen supuestos en los que no se identifica la publicidad, siendo ésta objeto de difusión a través de *influencers*. Otra práctica que también ha de reprimirse es la aparición de menores de edad en un acto publicitario para que los padres o tutores -aunque debería haberse utilizado la expresión "otros adultos"- adquieran, para los niños, un determinado bien y/o servicio. Asimismo, la publicidad dirigida a niños no debe inducir a error sobre las características de los productos, las aptitudes y capacidades requeridas.

El capítulo cuarto versa sobre la publicidad agresiva con los menores de edad -art. 30 de la Ley de Competencia Desleal-. Estriba en actos publicitarios en los que concurre una exhortación directa a los menores de edad para que sean ellos mismos los que adquieran productos o contraten servicios como para que los contraten sus propios progenitores o adultos. La parte final del mismo se refiere a la protección jurisdiccional y sanciones administrativas. Tiene particular relevancia el hecho de que, además del Ministerio Fiscal, puedan intervenir otras entidades: las asociaciones de consumidores y usuarios; entes de otros Estados miembros de la Comunidad Europea; el Instituto Nacional de Consumo; órganos o entidades de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales que se dediquen a la defensa de los consumidores y/o usuarios.

La igualdad de género en la publicidad infantil de juguetes se analiza en el capítulo quinto. En el mismo se alude a los diversos esfuerzos acometidos por el legislador para hacer frente a la publicidad que incumpla la igualdad que debe imperar entre hombres y mujeres. El Derecho español se caracteriza por un régimen jurídico protector de la mujer respecto a la publicidad ilícita por figurar de forma vejatoria o discriminatoria. Como apunta la obra, la ordenación española de esta materia, es innovadora. Asimismo, no responde a la transposición de ninguna Directiva de la Unión Europea, aunque sería oportuno que existiera un instrumento legislativo de tal naturaleza.

El capítulo sexto contiene la regulación de la publicidad que afecta a menores de edad en la Ley General de Comunicación Audiovisual (LGCA). Esta última se aplica a las emisiones por televisión y radio efectuadas tanto a través de medios tradicionales como mediante la Red. Asimismo, se refiere a la televisión y radio a la carta y a la televisión y radio programadas. Entre las cuestiones abordadas, relativas a la LGCA, podemos citar las siguientes: el control de contenidos y las franjas horarias audiovisuales; el contenido de las comunicaciones comerciales audiovisuales; las exhortaciones directas a los menores de edad para la adquisición

de bienes o servicios o para que convenzan a los adultos a tal fin; interrupciones de programas infantiles por actos publicitarios; información a los menores de edad sobre la concurrencia de un acto publicitario (mediante información por medios acústicos y ópticos).

La autorregulación aplicable a la publicidad infantil de juguetes se analiza en el capítulo séptimo. Dicho fenómeno es un sugerente complemento de la normativa legal imperante sobre la materia. En el mismo se trata la virtualidad que ostenta el código de autorregulación de la publicidad infantil de juguetes, pero también el código de conducta genérico de Autocontrol, el código de prácticas publicitarias y mercadotecnia de la *International Chamber of Commerce*, así como el código de autorregulación de contenidos televisivos e infancia. En toda esta materia debe considerarse que el incumplimiento de códigos de conducta resulta un acto de competencia desleal, sancionado como tal en la Ley de Competencia Desleal.

En definitiva, estamos ante una obra de referencia en el ámbito de la publicidad infantil de juguetes y la protección del menor. Tiene la virtualidad de incluir un riguroso análisis de la normativa legal imperante en la materia que es objeto de complemento por los códigos de conducta aprobados al respecto.

David López Jiménez
EAE Business School