rBD

REVISTA BOLIVIANA DE DERECHO

FUNDACIÓN IVRIS TANTVM

IDIBE
Instituto de Derecho Iberoamericano

tirant lo blanch

REVISTA BOLIVIANA DE DERECHO / EDICIÓN SEMESTRAL / ENERO 2022 / 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

33

DOCTRINA

A) DERECHO DE LA PERSONA

01/ Aspectos generales de la reforma del Código civil relativa a las personas con discapacidad intelectual en el ejercicio de su capacidad jurídica. Ángel Sánchez Hernández (España) 14

02/ El honor, la intimidad y la imagen como derechos fundamentales y la tutela civil en Nicaragua. Juan Carlos Rocha Valle (Nicaragua) 52

B) DERECHO DE FAMILIA

03/ Suspensión de la obligación de prestar alimentos al menor de edad: mecanismos de control, análisis jurisprudencial y propuestas. Pablo Tortajada Chardí (España) 104

04/ Régimen económico del matrimonio en Cuba: de la regulación actual a la propuesta del Anteproyecto de Código de las familias. Nileidys Torga Hernández (Cuba) 124

05/ El acuerdo de unión civil chileno y su eficacia como regulación de la pareja estable. Miguel Ignacio Donckaster (Chile) 176

C) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

06/ Una visión crítica de los recientes cambios en la legislación arrendaticia urbana. Mª Pilar Montes Rodríguez (España) 202

07/ Eterointegrazione dei contratti tramite disposizioni regolamentari delle autorità amministrative indipendenti. Giovanni Berti de Marinis (Italia) 228

08/ El error de derecho como vicio del consentimiento en los contratos civiles. Fausto Fabián López Almeida (Ecuador) 260

D) DERECHOS REALES

09/ El décimo aniversario de la Ley 4/2012 de Contratos de aprovechamiento por turno. Federico Arnau Moya (España) 286

E) DERECHO PROCESAL

10/ Protagonismo probatorio de la víctima en el proceso penal: inconvenientes y ¿posibles soluciones? (al hilo del Convenio de Estambul). José Francisco Etxeberria Guridi (España) 326

11/ Vistas telemáticas y plataformas digitales: algunas cuestiones. Carolina Sanchis Crespo (España) 364

F) DERECHO MERCANTIL

12/ Objeto, causa y siniestro en el contrato de reaseguro marítimo: reflexiones desde el Derecho comparado. Gabriel Ballesta Luque (España) 402

G) DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

13/ La aplicación del nuevo Régimen de Medidas Restrictivas contra Violaciones y Abusos Graves de los Derechos Humanos por la Unión Europea. María Torres Pérez (España) 436

14/ La transformación del sector energético a la luz del Pacto Verde Europeo: las estrategias de la Comisión Europea para alcanzar el Objetivo 55 y la Neutralidad Climática. Karla Zambrano González (España) 454

15/ Los Impuestos sobre determinados Servicios Digitales: ¿son incompatibles con las normas sobre ayudas de Estado de la Unión Europea? María Carro Pitarch (España) 482

H) DERECHO Y NUEVAS TECNOLOGÍAS

16/ Reflexiones sobre la normativa aplicable a las plataformas de intermediación de servicios jurídicos. Loreto Carmen Mate Satué (España) 512

CUESTIONES DE INTERÉS JURÍDICO

17/ Aspectos polémicos de La ley 8/2021 de medidas de apoyo a las personas con discapacidad. Federico Arnau Moya (España) 534

18/ Los derechos de participación política en la Constitución Republicana de 1931 y su influencia en la Carta Magna de 1978. Mª Nieves Alonso García (España). 574

19/ Hipoteca en garantía de préstamos con cláusula de estabilización. Isabel J. Rabanete Martínez (España) 602

20/ La incaducibilidad típica y atípica. Enrique Antonio Varsi Rospigliosi y Marco Andrei Torres Maldonado (Perú) 614

21/ La aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos dentro del Estado Plurinacional de Bolivia. María Renee Delgado Durán y Michael Juan Ramón Vega Quevedo (Argentina) 638

22/ La facilitación del comercio en el Derecho internacional económico. Víctor Nikiforovich Sidorov (Rusia) y Elena Victorovna Sidorova (España) 666

23/ El T-MEC y la OMC: un caso de forum shopping. Gerardo Enrique Lupián Morfín (México). 688

24/ El tratamiento de la relación jurídica causal en los títulos valores, contrastes entre Perú, Colombia y Bolivia. José Carlos Bernal (Bolivia) 706

25/ La conquista espacial: la responsabilidad de los Estados por las actividades de las empresas en el espacio ultraterrestre. Melanie Ruiz Catalá (España)..... 724

CRÓNICA LEGAL

26/ La Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia. Josefina Alventosa del Río (España)..... 754

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

A) DERECHO DE LA PERSONA

27/ Primera Sentencia del Tribunal Supremo sobre medidas de apoyo pronunciada después de la publicación de la Ley 8/2021. Comentario a la STS 589/2021, de 8 de septiembre. Josefina Alventosa del Río (España) 778

B) DERECHO PROCESAL

28/ Estado actual del incidente de nulidad de actuaciones. Comentario a la STC 73/2021, de 18 de marzo. Luis de las Heras Vives (España)..... 800

C) DERECHO TRIBUTARIO

29/ Aplicación de la STC 182/2021, de 26 de octubre, que declara la inconstitucionalidad de la plusvalía municipal. Comentario de la Sentencia núm. 350/2021, de 10 de noviembre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, núm. 11, de Madrid. Fernando Hernández Guijarro (España) 822

RECENSIONES

30/ Literatura jurídica para una pandemia. A propósito de la obra *Aspectos jurídicos del coronavirus,* del prof. Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla. Eugenio Pizarro Moreno..... 836

31/ Aceto di Capriglia, S.: *Protezione del Patrimonio genetico tra garantismo ed esigenze securitarie,* Bari, Cacucci Editore, 2021. José Ramón de Verda y Beamonte..... 847

32/ Ayllón García, J. D.: *Las parejas de Hecho. Nuevas Tendencias,* Reus, Madrid, 2021. Araya Alicia Estancona Pérez..... 851

33/ De la Iglesia Monje, Mª I.: *El allegado. Su derecho de relaciones personales (visita, comunicación y estancias) con el menor,* Dykinson, 2021. María Elena Cobas Cobiella..... 859

34/ Perea Ortega, R. (dir.): *Estudios sobre Derecho digital*, Thomson Reuters, Navarra, 2021. David López Jiménez..... 863

35/ Ramón Fernández, F.: *Microtargeting, transparencia, datos y propiedad intelectual. Una reflexión sobre los nuevos retos de la inteligencia artificial,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2021. José Ramón de Verda y Beamonte..... 870

36/ Vilalta Nicuesa, A. E.: *Smart legal contracts y blockchain,* Wolters Kluwer, 2019. David López Jiménez..... 873

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 Contratado 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 Contratado 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 Titular de Derecho Internacional Privado, Universidad Miguel Hernández de Elche, España

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

Derecho 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 Contratado Doctor 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 Titular 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 Contratado 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 Contratado 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
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil, 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. MIGUEL HERRERO MEDINA
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Romano, Universidad Complutense de Madrid, 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
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil, Universidad Autónoma de Madrid, España

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

DOCTRINA

ASPECTOS GENERALES DE LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL RELATIVA A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL EN EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA*

GENERAL ASPECTS OF THE REFORM OF THE CIVIL CODE REGARDING PEOPLE WITH INTELLECTUAL DISABILITIES IN THE EXERCISE OF THEIR LEGAL CAPACITY

Rev. Boliv. de Derecho Nº 33, enero 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 14-51

* El texto de este trabajo coincide sustancialmente con el enviado a la obra colectiva De Verda y Beamonte, J. R. (dir.): Estudios de Derecho privado en homenaje al profesor Salvador Carrión Olmos, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

Ángel
SÁNCHEZ
HERNÁNDEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de diciembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 15 de diciembre de 2021

RESUMEN: El presente trabajo plantea una visión general de la reforma al Código civil por virtud de 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. En primer término, en él se aborda el preámbulo detalladamente. Luego, se adentra propiamente en la reforma al Código civil, hecha por el artículo segundo, y, por último, traza las líneas principales del nuevo sistema de apoyos a las personas a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica.

PALABRAS CLAVE: reforma; discapacidad intelectual; capacidad jurídica; sistema de apoyo; autonomía.

ABSTRACT: *This work presents an overview of the reform of the Civil Code by virtue of Law 8/2021, of June 2, which reforms the civil and procedural legislation to support people with disabilities in the exercise of their juridical capacity. First, it deals with the preamble in detail. Then, it properly enters to the reform of the Civil Code, made by the second article. And, finally, it outlines the main lines of the new system of support for people with disabilities for the exercise of their legal capacity.*

KEY WORDS: *reform; intelectual disabilities; legal capacity; support system; autonomy.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL PREÁMBULO DE LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO 2021.- III. LA REFORMA DEL CC A TENOR DEL ART. SEGUNDO DE LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO.- IV. DE LAS MEDIDAS DE APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD PARA EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

La Convención Internacional sobre los derechos de la persona con discapacidad, aprobada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, consagra, y destaca por tener una especial trascendencia, en su art. 12, el igual reconocimiento como persona ante la ley[1], lo cual se traducirá inevitablemente en una reforma, entre otros, en el ámbito civil tanto en su aspecto sustantivo -CC-, en el procedimental -LEC-, y en el registral -legislación hipotecaria y del Registro Civil.

En este contexto, el Preámbulo de 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[2], explica que la reforma de la legislación civil

1 Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobado en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. «BOE» núm. 96, de 21 de abril de 2008, en su art. 12, rubricado, Igual reconocimiento como persona ante la ley, reza así: "1. Los Estados Parte reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. 2. Los Estados Parte reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. 3. Los Estados Parte adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. 4. Los Estados Parte asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas. 5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria".
Torres Costas, M. E.: *La capacidad jurídica a la luz del art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con discapacidad*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020, p. 25-117 estudia el nacimiento del art. 12 de la Convención (antecedentes, negociación, entrada en vigor, informes…), pp. 119-221, analiza los avances producidos en la normativa sobre la capacidad jurídica en España, y p. 223- 423 desarrolla las cuestiones pendientes en relación con el susodicho art.12 en el anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica.

2 Su disposición final tercera. Entrada en vigor, establece que: "La presente Ley entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado". Ha sido publicada en el BOE el día 3 de junio, luego entró en vigor el 3 de septiembre de 2021.

• Ángel Sánchez Hernández
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de La Rioja. Académico Correspondiente de la Real Academia de Doctores de España y de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España.

pretende[3] "dar un paso decisivo en la adecuación de nuestro Ordenamiento Jurídico a la Convención Internacional sobre los derechos de la persona con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, tratado internacional que en su art. 12 proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida, y obliga a los Estados Parte a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica".

La Ley 8/2021, de 2 de junio, por tanto, pretende la adecuación de nuestro Ordenamiento Jurídico a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006, que exige a los Estados Parte que se adopten medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos[4]. Tales salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas[5].

Se impone así el "cambio de sistema como el hasta ahora vigente en nuestro Ordenamiento Jurídico, en el que predomina la sustitución en la toma de decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomas sus propias decisiones"[6]. Hasta la entrada en vigor

3 Sobre las pretensiones de la reforma, en particular, Magariños Blanco, V.: "Comentarios al anteproyecto de Ley para la reforma del Código Civil sobre discapacidad", *Revista de Derecho Civil*, núm. 3, 2018, pp. 199-225; Sobre los aspectos a reformar se han pronunciado ya algunos autores, entre ellos, Cuenca Gómez, P.: "Sobre la reforma de la legislación española en materia de capacidad jurídica", en AA.VV.: *Avanzando en la inclusión. Balance de los logros alcanzados y agenda pendiente en el Derecho español de discapacidad* (coord. M. Flores), 1ª ed., Aranzadi, Navarra, 2019, pp. 109-132; García Rubio, M. P.: "Algunas propuestas de reforma del CC como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial, en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil", *Revista de Derecho Civil*, vol.3, 2018, pp. 17-197.

4 Art. 12.3 de la Convención de 2006.

5 Art. 12.4 de la Convención de 2006.

6 En el Preámbulo de la Ley 8/2021, de 2 de junio, se señala que la reforma del Ordenamiento Jurídico español, en lo que a materia de Derecho civil se refiere, se inició ya con la Ley 26/2011 de adaptación normativa a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, continuó con el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social, a las que se ha de sumar la nueva legislación de jurisdicción voluntaria (Ley 15/2015, de 2 de julio, modificada por la Ley 4/2017, de 24 de junio), precisamente en relación con el derecho de las personas con discapacidad a contraer matrimonio en igualdad de condiciones.
El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre las medidas de protección a las personas que tenían modificada su capacidad, contenidas en el CC en relación con la Convención de 2006 (art. 2, 3 y 12), resaltando en la sentencia de 29 de abril de 2009 (RAJ 2009, 2901) que el sistema de protección del CC

de la Ley 8/2021, de 2 de junio[7], ha venido predominando, como regla general, la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a la persona con discapacidad intelectual-. A partir de tal entrada en vigor, se pasará al nuevo sistema de apoyos[8], que al estar basado en el respeto a la voluntad y a la preferencia de la persona con discapacidad será ésta, como regla general, la encargada de tomar sus propias decisiones.

La reforma supone un hito fundamental en el respeto al derecho de igualdad de todas las personas en el ejercicio de su capacidad jurídica[9] y está inspirada la nueva regulación, como nuestra CE en su art.10 exige, en el respeto a la dignidad de la persona, en la tutela de sus derechos fundamentales y en el respeto a la libre voluntad de la persona con discapacidad, así como en el principio de necesidad y proporcionalidad de las medias de apoyo[10] que, en su caso, pueda necesitar esa

vigente, para vertebrarlo con la Convención de 2006, ha de tener la siguiente lectura: " 1º.- Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es solo una forma de protección…"; 2º."La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias…" Posteriormente, entre otras, en las SSTS 24 junio 2013 (RAJ 2013, 3948) y 30 septiembre 2014 (RAJ 2014, 4864), el TS, aplicando la Convención de 2006, mantiene la vigencia y aplicación de las instituciones de incapacitación y de los mecanismos de tutela y curatela, asume el criterio de modular las decisiones en el enjuiciamiento de cuestiones que afectan a personas judicialmente incapacitadas solo de manera parcial, pero que conservan un determinado ámbito de autonomía, entiende que la voluntad de aquellas personas debe ser respetada en dichos ámbitos. Por ello, se inclina por el mecanismo de la Curatela en particular "desde un modelo de apoyo y de asistencia y el principio superior del interés de la persona con discapacidad, que, manteniendo la personalidad, requiere un complemento de su capacidad, precisamente para proteger su personalidad, en palabras de la propia Convención". Entre otras, pueden verse las siguientes sentencias: SSTS 11 octubre 2012 (RAJ 2012, 9713), 27 noviembre 2014 (RAJ 2014, 6032), 13 mayo 2015 (RAJ 2015, 2023), 16 mayo 2017 (RAJ 2017, 2207), y 8 noviembre 2017 (RAJ 2017, 4745). Sobre estos aspectos, Legerén Molina, A.: "La relevancia de la voluntad de la persona con discapacidad en la gestión de los apoyos", en AA.VV: *Claves para la adaptación del Ordenamiento Jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (dir. S. De Salas Murillo y M. V. Mayor Del Hoyo), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 165-212, en concreto en las pp. 175- 177. En la p. 175 se refiere a la STS 29 abril 2009 (RAJ 2009, 2901) diciendo que "es la primera que, de manera específica, ha abordado la compatibilidad de las instituciones tutelares contenidas en el Código civil con la Convención, admitiéndola siempre que se interpreten del modo que se señala en la resolución y efectuando la lectura en ella contenida".
En particular, sobre la susodicha STS 21 de abril 2009, véase a Torres García, R.F.: "Encarna Roca Trías: jurista", en AA.VV.: *Derecho de Familia. Homenaje a Encarnación Roca Trías*, Sepín, Madrid, 2021, pp. 421-433, en concreto en la p. 423.

7 Según la disposición final tercera de la Ley 8/2021, de 2 de junio (publicada en el BOE de 3 de junio de 2021), referida a la "Entrada en vigor", dispone que "La presente Ley entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado", por tanto, el día 3 de septiembre de 202, según el art. 5.1 del CC.

8 Munar Bernat, P. A.: "Presentación", en AA.VV.: *Principios y preceptos de reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política* (dir. P.A. Munar Bernat), Marcial Pons, Madrid, 2021, p. 17, escribe "El cambio de un sistema de sustitución en la adopción de decisiones por un sistema de asistencia para la toma de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona", refiriéndose al cambio de un sistema de exclusión por otro de protección y apoyo.

9 Sin embargo, Pereña Vicente, M.: "El régimen jurídico de los poderes preventivos en la reforma del Código Civil", en AA.VV.: *Principios y preceptos de reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política* (dir. P.A. Munar Bernat), Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 195- 241, en concreto en la p. 197, considera como postulado más peligroso, en relación con la interpretación del art. 12 de la Convención de Nueva York de 2006 "borrar la distinción entre capacidad jurídica y su ejercicio, distinción que la Convención no elimina" Añade en la nota 10: "No la elimina porque la redacción del art. 12 de la Convención diferencia con toda precisión la capacidad jurídica, para la que el núm. 2 obliga a su reconocimiento sin más en igualdad de condiciones, y el ejercicio de ésta para la que el núm. 3 exige adoptar las "medidas pertinentes".

10 En referencia a estos aspectos, Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: *Código civil, prólogo Ciento treinta años después… un Código Civil para el siglo XXI, Código Civil*, ed. actualizada, Tecnos, Madrid, 2020, pp. 28 y

persona para el ejercicio de su capacidad jurídica (que abarca tanto la titularidad de los derechos como la legitimación para ejercitarlos[11]) en igualdad de condiciones con los demás[12].

La Ley 8/2021, de 2 de junio, consta de ocho arts., amén de dos disposiciones adicionales, seis disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales. En el primer art. se modifica la Ley del Notariado, en el art. segundo se modifica el CC, el art. tercero afecta a la Ley Hipotecaria, el art. cuarto reforma la LEC, el art. quinto modifica la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad (Ley 41/2003, de 18 de noviembre), el art. sexto modifica la Ley del Registro Civil, el artículo séptimo se refiere a la Ley de la Jurisdicción Voluntaria (Ley 15/2015, de 2 de julio), finalmente, el artículo octavo, se refiere al Código de Comercio [13].

La reforma que el artículo segundo de la Ley 8/2021 introduce en el CC "es la más extensa y de mayor calado, pues sienta las bases del nuevo sistema basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, el cual informa toda la norma y se extrapola a través de las demás modificaciones legales al resto de la legislación civil y la procesal". La reforma recae fundamentalmente, aunque no exclusivamente, dentro del Libro I, en el título IX (De la incapacitación) y en el Título X (De la tutela y de la curatela de los menores e incapacitados), amén de unas decenas de artículos dispersos por los cuatro libros del CC que hacen referencia, con distinto alcance, a las susodichas expresiones[14]. El Título IX del Libro Primero queda con la rúbrica "De la tutela y de la guarda de los menores", el Título X del Libro Primero se rubrica "De la mayor edad y de la emancipación". El

29, refiriéndose a la Propuesta de Proyecto de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil escribe que en relación con el Libro I…"Merecen especial consideración los Títulos dedicados a la mayor y a la menor edad, a la tutela y guarda de la entidad pública y al acogimiento…En todos ellos se han introducido modificaciones y precisiones acordes con las necesidades y sensibilidades sociales actuales. Estrechamente relacionadas con ellas son las medidas de protección de las personas con alguna discapacidad física o psíquica, basadas en respetar escrupulosamente los principios de necesidad, subsidiariedad, proporcionalidad y autonomía personal (Título VII). Se regulan minuciosamente las diversas instituciones de apoyo que puedan valer en cada caso, según las circunstancias, para una mejor protección de la persona, dentro del mayor respeto a su autonomía y dignidad: la curatela, la tutela, la asistencia, los poderes preventivos, el defensor judicial y la guarda de hecho. Referencia obligada en la mencionada regulación ha sido su adaptación a las normas internacionales de protección y salvaguarda de las personas vulnerables, en las que destaca el Convenio de Nueva York, de Protección de las Personas con Discapacidad de 2006."

11 Como ha puesto en evidencia la Observación General del Comité de Expertos de las Naciones Unidas elaborada en 2014.

12 Preámbulo de la Ley 8/2021, de 2 de junio.

13 Sobre el proyecto de Ley antecedente de la Ley 8/2021, de 2 de junio, véase entre otros, Sánchez Gómez, A.: "Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad. Reflexiones a propósito del Proyecto de Ley de 17 de julio de 2020 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", *Revista de Derecho Civil*, núm.5, 2020, pp. 385-428.

14 Sobre estos aspectos, García Rubio, M. P.: "La necesaria y urgente adaptación del Código Civil español al art. 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, núm.1, 2018, pp.143-192. También, Recover Balboa, T.: "Hacia la reforma del CC y la LEC en materia de discapacidad", en AA.VV.: *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia* (dir. M.C. García Garnica), Dykinson, Madrid, 2017.

Título XI del Libro Primero del CC se redacta de nuevo y pasa a rubricarse "De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica", de manera que "el elemento sobre el que pivota la nueva regulación no va a ser ni la incapacitación de quien no se considera suficientemente capaz, ni la modificación de una capacidad que resulta inherente a la condición de persona humana y, por ello, no puede modificarse. Muy al contrario, la idea central del nuevo sistema es la de apoyo a la persona que lo precise"[15].

II. EL PREÁMBULO DE LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO 2021.

La Ley 8/2021, arrastra un cambio de mentalidad jurídica[16]. Según su Preámbulo, como he señalado, la reforma que el artículo segundo introduce en el CC… sienta las bases del nuevo sistema basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad … El Título XI del Libro Primero del CC se redacta de nuevo y pasa a rubricarse "De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica", de suerte que el elemento sobre el que pivota la nueva regulación no va a ser la incapacitación de quien no se considera suficientemente capaz, ni la modificación de una capacidad que resulta inherente a la condición de persona humana, y por ello, no puede modificarse. Muy al contrario, la idea central del nuevo sistema es la de apoyo a la persona que lo precise, apoyo que, …es un término amplio que engloba todo tipo de actuaciones: desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad… el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad. Cabe añadir, incluso, que en situaciones donde el apoyo no pueda darse de otro modo y solo ante esa situación de imposibilidad, éste pueda concretarse en la representación en la toma de decisiones.

Partiendo de la comprensión de las personas con discapacidad como sujetos plenamente capaces, en la doble dimensión de titularidad y ejercicio de sus derechos, la Ley 8/2021, en su art. segundo apartado veintitrés, propone modificar el Título XI del Libro I del CC, rubricándolo "De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica".

15 Preámbulo de la Ley 8/2021, de 2 de junio.

16 Es crítica con la reforma pretendida Muñiz Espada, E.: "Análisis de la seguridad jurídica en la proyectada reforma de la discapacidad", *Revista Jurídica del Notariado*, núm.111, 2020, pp. 277-325, concretamente en la p. 293, dice: "Lo importante es que el pretendido cambio que se quiere adoptar ha de garantizar indubitadamente la seguridad del tráfico jurídico, y en esta consecuencia falla la reforma, porque representa una mayor seguridad a este respecto para los terceros la situación precedente, es decir, la actual; si se quiere modificar habría que hacerlo con un sistema que no deje duda a los terceros con quienes se contrata de la estabilidad de su negocio. Entender poder realizar actos jurídicos válidos sin necesidad de incapacitación cuando la persona está afectada obviamente de deficiencias intelectuales, simplemente asistido por la indefinición de un apoyo cuando tampoco está profesionalizado, no representa una adecuada seguridad, ni para los terceros ni para el mismo incapaz."

El art. 1 de la Convención no define expresamente quienes son las personas con discapacidad, pero afirma que "incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás".

En España, acuña la expresión "persona con discapacidad"[17], la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad -en el apartado segundo de su art. primero-, si bien es el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, en su art. 4.1 el que define las personas con discapacidad como "aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás"[18].

En cuanto a la discapacidad que aquí nos interesa, tradicionalmente venimos entendiendo por personas con "discapacidad intelectual" aquellas que no poseen el discernimiento necesario para conocer, para comprender el acto o contrato en cuestión, carecen de capacidad suficiente para querer, entender acerca del contrato, el significado o alcance del acto o contrato, lo que éste representa para ella, y el carácter beneficioso o perjudicial que puede suponerle[19].

17 La CE de 1978, en su art. 49 establece que "Los poderes públicos realizaran 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". Es el único precepto constitucional que menciona a las hoy denominadas personas con discapacidad con una norma "dirigida al legislador ordinario que introduce un principio social y dibuja un marco constitucional en relación con las personas discapacitadas" Roca Trías, E.: "Conferencia inaugural: Discapacidad y protección de derechos fundamentales", en AA.VV: *Protección jurídica de la persona con discapacidad* (coord. I. Serrano García y A. Candau Pérez), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 15-33, en concreto, en las pp. 17 y 18. Sobre los derechos fundamentales, López Ebri, G. A.: "Restricciones involuntarias a las personas con discapacidad desde la óptica del derecho fundamental a la libertad", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 2020, pp. 193- 258.

18 En el art. 2.a) de Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, se define la discapacidad como "una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás." De Lorenzo García, R, y Loya Del Rio, M.: "Concepto y sistema de fuentes", en AA.VV.: *Fundamentos del Derecho de la Discapacidad* (dir. R. De Lorenzo García y L.C. Pérez Bueno), Aranzadi, Navarra, 2020, pp. 205- 253, en concreto en las pp. 209, 210 y 211, se recoge la definición de la persona con discapacidad que realizan la legislación de Portugal, Italia, Francia, Estados Unidos, Méjico y Perú.

19 Art. 200 CC. Vid. también el Reglamento de Organización y Régimen del Notariado de 2 de junio de 1944 modificado en su art. 182.1° por el Real Decreto 1276/2011 de 16 de septiembre. Sin embargo frente a ese planteamiento que se ha denominado médico, está el modelo llamado social para el cual en palabras de García Alguacil, M. C.: *Protección jurídica de las personas con discapacidad*, Reus, Madrid, 2016, p. 19, la discapacidad no se percibe, o no se debería percibir como consecuencia de una enfermedad, sino que debería ser valorada desde "la interacción entre las personas que se encuentran en dicha situación y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás"

La cuestión se centra en qué medida la persona con discapacidad ve limitado el ejercicio de sus derechos. A estos efectos, es importante dejar claro que la discapacidad "es una forma de capacidad en que manifiesta una existencia. No es una negación total de capacidad pues ello sería una incapacidad, sino un medio o manera de estar modelada para cada uno el alcance de la propia capacidad, y denota una manera especial de ser capaz"[20].

En muchos casos, a las personas con discapacidad intelectual -aquellas que tienen dificultades para formar una voluntad libre y enteramente consciente para realizar actos o negocios jurídicos-, se las ha marginado socialmente, incapacitándolas, sin prestarles los apoyos jurídicos, la ayuda que precisan para aprovechar su potencial capacidad jurídica. Con la Convención de 2006, se propugna una reforma para cambiar la mentalidad ya que no tiene sentido incapacitar a una persona con algún tipo de deficiencia- limitación intelectual-, puesto que ello supone marginarla o dejarla a un lado al privarla de su capacidad de decidir por sí misma, actuando por ella su representante. Lo que tiene sentido es ayudar o apoyar a esa persona para que logre tomar la decisión que esa persona con discapacidad quiere, la que desea, la que sea de su interés (en sentido subjetivo), facilitándole que quiera algo, atendiendo a su voluntad, a sus deseos o preferencias -no objetivamente en el sentido de buscar lo que según otros le conviene-[21].

Desde este planteamiento, toda persona tiene capacidad jurídica que puede ejercitar[22], y en casos extremos y severos de discapacidad intelectual de una persona, "situaciones donde el apoyo no pueda darse de otro modo y solo ante esa situación de imposibilidad, este pueda concretarse en la representación en la toma de decisiones"[23]. Por ello, en el Preámbulo de la Ley 8/2021se señala que "no se trata, pues, de un mero cambio de terminología, que relegue los términos tradicionales de "incapacidad" e "incapacitación" por otros más precisos y respetuosos, sino de un nuevo y más acertado enfoque de la realidad…: que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, derecho que ha de ser respetado…".

20 Sánchez De La Torre, A.: "Discapacidad, condición humana y dignidad humana", en AA.VV.: *Fundamentos de conocimiento jurídico: la capacidad jurídica* (coord. A. Sánchez De La Torre), Dykinson, Madrid, 2005, pp. 376 y 383.

21 Pau Pedrón, A.: "De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el CC", *Revista de Derecho Civil*, núm. 3, 2018, pp. 8 y 9.

22 Las SSTS 15 marzo 2018 (Tol 6548076) y 15 marzo 2018 (Tol 6544108), ya parten del principio de presunción de capacidad en línea con la Convención de 2006. En la última de ellas se pone de manifiesto que la capacidad natural ha de comprobarse "in situ", esto es, en el lugar y momento en que se otorgue el acto jurídico de que se trate. La posibilidad concreta de realizar u otorgar, caso por caso, esos actos no contemplados en la sentencia que pone fin al procedimiento de prestación de apoyos, corresponde constatarla al funcionario competente respecto de cada uno de ellos, y en el momento en que pretendan realizarse.

23 Preámbulo de la Ley 8/2021.

Desde esta Ley 8/2021, se formula un cambio en nuestro Ordenamiento Jurídico al pasar de un sistema en el que predominaba, mediante resolución judicial, la sustitución en la toma de decisiones que afectan a las personas con discapacidad intelectual, por otro sistema de apoyos y respeto a la voluntad y preferencias de estas personas que serán las que tomarán sus propias decisiones[24].

Si la persona con discapacidad intelectual no tiene clara su voluntad o preferencia, la persona de apoyo, en interés de la primera, debe intentar ayudar a que tenga su propia voluntad, a buscar el deseo y preferencia de aquélla y, sólo cuando ello no sea posible (recrear ese deseo, preferencia o voluntad de la persona con discapacidad), entonces la persona de apoyo, el curador representante, será quien decida en interés de la persona con discapacidad[25]. De esta manera, se

24 Lledó Yagüe, F. y Monje Balmaseda, O: "De la convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006 al Anteproyecto de Ley español de 26 de septiembre de 2018", *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, núm. 14º, 2019, pp. 15-18, concretamente en la p. 17: "Y así, el sistema de apoyo debe ser diverso, individualizado y centrado en las necesidades de la persona adaptándose a las diferentes situaciones personales y sociales teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tipo de figura de apoyo y el tipo de acto jurídico implicado. Las medidas de apoyo deben cubrir todo el proceso de toma de decisiones pudiendo consistir, en función de cada situación, en la asistencia para la traslación, comprensión y/o evaluación de información relevante, valoración de las diferentes opciones y sus consecuencias, expresión de voluntad y preferencias etc. El sistema de apoyo debe ser diseñado como un «continuum», contemplando apoyos más o menos intensos. Los apoyos más intensos, como antes se señaló, pueden llegar a consistir en la práctica en decidir por la persona y no con la persona. Pero no se trata de una sustitución en la toma de decisiones similar a la existente en los sistemas de incapacitación", Amunátegui Rodríguez, C.: "El protagonismo de la persona con discapacidad en el diseño del sistema de apoyo", en AA.VV.: *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (dir. S. De Salas Murillo y M.V. Mayor Del Hoyo), Tirant lo Blanch, Valencia 2019, pp. 125- 163; Legerén-Molina, A: "La relevancia", cit., pp. 165 a 212.
Ya en el CP vigente (tras su modificación por la Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, de modificación del Código Penal para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente, que modifica, entre otros, el art. 156) existe una manifestación en este sentido: El art. 155 establece: "En los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontáneamente y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados. No será válido el consentimiento otorgado por un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección". Sin embargo, respecto de ésta, el art. 156 del mismo texto legal establece que "no obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o carezca absolutamente de aptitud para prestarlo, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales." Así pues, se está admitiendo que es válido tal consentimiento prestado por personas con discapacidad intelectual que no carezcan absolutamente de aptitud para prestarlo.

25 Con arreglo a los planteamientos de la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006, las personas que presten apoyo deben actuar atendiendo, además de al mejor interés de la persona con discapacidad, a la voluntad deseos y preferencias de quien lo requiera. Sin embargo, hay que matizar con Santos Urbaneja, F.: La guarda de hecho: Institución clave en el nuevo sistema de protección jurídica de la persona con discapacidad, recuperado en http:/fernandosantosurbaneja.blogspot.com/, pp. 1-43, concretamente pp. 11 y 12, considera el interés superior de la persona con discapacidad como criterio rector de toda actuación. "Toda persona con discapacidad 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. Como criterio general se considera interés superior de la persona con discapacidad aquel que, en relación con sus circunstancias concretas, le reporte mayor calidad de vida y felicidad apreciado ello conforme a lo manifestado por dicha persona de acuerdo con sus convicciones personales, dentro de los límites legalmente previstos.
Toda persona con discapacidad en la medida que sea posible y aplicando en su caso los instrumentos de apoyo que sean preciso, deberá ser oída respecto de las decisiones que le incumban, debiendo ser respetada su voluntad cuando haya podido válidamente formarse y manifestarse. En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior de la persona con

intenta que ésta deje de estar excluida siempre que tenga voluntad y claridad mental que pueda expresarse con la correspondiente ayuda.

Por tanto, la preferencia está en saber que quiere la persona con discapacidad intelectual, su voluntad y deseos. Si no la tiene plenamente formada habrá que ayudarle para que decida por sí misma.

Se considera que la curatela encaja mejor que otros sistemas de apoyo con lo dispuesto en la Convención de 2006 y sus principios rectores de autonomía y libre desarrollo de la personalidad de las personas con discapacidad[26].

Pero en ocasiones, la persona con discapacidad no alcanzará la facultad de querer o entender. Ante la imposibilidad de formar esa voluntad de la persona discapacitada, se precisa designar a un representante –curador- que decidirá, pero teniendo presente las creencias, preferencias, valores, ideas, trayectoria vital del representado. De esa manera llegará a decidir el curador-representante, si fuere posible, lo que hubiese decidido la persona con discapacidad intelectual: el representante actuará por la persona con discapacidad intelectual. Ahora bien, el curador ha de actuar respetando la voluntad, deseos y preferencias[27] de la persona con discapacidad. "Pero respecto a la voluntad va más allá de la indagación de esa voluntad. Hay casos en que la voluntad no puede expresarse, porque ha sobrevenido una discapacidad que lo impide, y en ese caso hay que indagar la voluntad que hubiera tenido la persona. Y para ese caso se impone al curador que tome en consideración "la trayectoria vital, los valores y creencias" de la persona con discapacidad[28]".

En este contexto jurídico de la Convención de 2006, desaparecerá la incapacidad como estado civil[29], dada la heterogeneidad de situaciones de discapacidad. Al ser la discapacidad muy diversa, no es posible aplicar las mismas medidas de apoyo para todas las situaciones de discapacidad. El tratamiento jurídico de medidas de apoyo

discapacidad sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir". Sin embargo, García Rubio, M. P.: "La necesaria", cit., pp. 143-192, entiende que como toda la propuesta de regulación del Proyecto de Ley está basada en el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad por encima de cualquier consideración relativa a su mejor interés, ya que es aquella quien puede decidir cuál es su mejor interés, incluso aunque se equivoque.

26 Opinión ya adelantada por Varela Autrán, B.: "Incapacidad. Curatela reinterpretada a la luz de la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Comentario a la STS 11 octubre 2012 (Tol 2674037)", *Diario la Ley*, núm. 8006, Tribuna, 22 enero 2013, quien añade que se ha desaprovechado una importante ocasión para dejar marcado un posicionamiento jurisprudencial sobre una materia de tanto interés y trascendencia, desde una perspectiva jurídica y social, como es el de la consideración de las personas discapacitadas a la luz de los derechos humanos fundamentales que les corresponden en igualdad de condiciones.

27 Art. 249.2 CC, a tenor de 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.

28 Ello es así por requerirlo la Convención de 2006, como nos recuerda, Pau Pedrón. A.: "De la incapacitación", cit., p.23.

29 De Castro y Bravo, F.: *Derecho civil de España*, t. II, Madrid, 1952, p. 70 define los "estados civiles" como "cualidades jurídicas de las personas".

no puede ser idéntico para todas las personas con discapacidad intelectual, ya que son distintas las características personales de cada una, esto es, dada su respectiva singularidad. "En armonía con este nuevo y acertado enfoque de la discapacidad, la antigua noción de "estado civil de incapacidad" -que ponía el centro de gravedad en el incapaz- ha dado paso a la de "situación de prestación de apoyos" -que coloca el centro de gravedad en las personas plenamente capaces-[30]".

Queda claro que no tiene sentido prohibir a las personas con discapacidad intelectual el ejercicio de su capacidad jurídica, ya que éstas con el apoyo adecuado, pueden llevar a efecto el ejercicio de su capacidad jurídica. Las personas de apoyo han ayudar a las personas con discapacidad intelectual para que lleguen al ejercicio de su capacidad jurídica.

III. LA REFORMA DEL CC A TENOR DEL ART. SEGUNDO DE LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO.

El cambio del régimen jurídico, respecto de las personas con discapacidad intelectual, supone que las personas que realizan el apoyo -sea para un apoyo asistencial o de representación-, no actuarán atendiendo a lo que a su juicio resulta ser el interés "objetivo" de la persona con discapacidad intelectual, sino atendiendo a lo que quiere ésta, ya que debe prevaler su voluntad. Para todo ello, la Ley 8/2021, sigue los principios de la Convención de 2006 -en particular los que se desprenden con la nueva concepción de la capacidad establecida en el art. 12-, se deducen diversas líneas principales que presidirán el nuevo régimen jurídico del CC, aplicable a las personas con discapacidad psíquica[31]:

1º- Si bien se parte de una idea amplia de discapacidad, la Ley se centra en aquellos supuestos en que la discapacidad afecta a la voluntad en la toma de decisiones, esto es, afecta a la capacidad de autogobierno de la persona con discapacidad(intelectual)[32].

2º.- La Ley 8/2021, basándose en el respeto a la dignidad de la persona con discapacidad intelectual, a su voluntad, deseos y preferencias, por encima de cualquier consideración relativa a su mejor interés a juicio de terceros, establece como regla general que "es la persona con discapacidad y sólo ella quien pude considerarse encargada de decidir cuál es su mejor interés, incluso aunque

30 Pau Pedrón, A.: "De la incapacitación", cit., pp. 10 y 11 expone las razones por las que con la discapacidad (a diferencia de lo que sucedía con la incapacitación) ha dejado de ser un estado civil. Las personas con discapacidad no deben ser vistos como un grupo determinado al que se impone un mismo régimen jurídico.

31 Sigo en este apartado a García Rubio, M. P.: "La necesaria", cit., pp.143-192, y también a, Pau Pedrón, A.: "De la incapacitación", cit., pp.13 y 14.

32 En este sentido, García Rubio, M. P.: "La necesaria", cit., pp. 143-192, en concreto p. 172.

se equivoque, pues las personas con discapacidad tienen el mismo derecho a equivocarse que todas las demás''[33], atendiendo al interés por ellas preferido.

3º.- La Ley 8/2021, parte de la capacidad sin distinciones de todas las personas. Al no hacer distinción entre capacidad jurídica y de obrar, habla de capacidad al entender que ésta no puede ser objeto de limitación o modificación judicial. ''La capacidad se tiene por el hecho de ser persona y, por ello, ni se puede restringir ni se puede modificar''[34].

4º.- Según la exposición de motivos, ''a la hora de concretar los apoyos, la nueva regulación otorga absoluta preferencia a las medidas voluntarias, esto es, a las que puede tomar la propia persona con discapacidad. Dentro de las medidas voluntarias adquieren especial importancia los poderes y mandatos preventivos, así como la posibilidad de la autocuratela[35]''.

Se reconoce el ámbito más amplio posible a la autonomía (autorregulación) de la persona con discapacidad para poder decidir su futuro dentro de la legalidad. La autonomía puede hacerse efectiva mediante una escritura pública de previsión de medidas de apoyo sobre la propia persona o los propios bienes; mediante las medidas voluntarias de apoyo[36], de manera que, salvo que legalmente se disponga otra cosa, el juez no puede apartarse de lo dispuesto por la persona con discapacidad intelectual, y mediante la autocuratela[37] (la persona no nombra

33 García Rubio, M. P.: "La necesaria", cit., pp.143-192, en concreto p. 173.

34 García Rubio, M. P.: "La necesaria", cit., pp.143-192, en concreto p. 174.

35 Mayor Del Hoyo, M. V.: "Los Derechos civiles en España ante la Convención de Naciones Unidas sobre discapacidad. Especial referencia al Derecho civil aragonés: ¿una adaptación condiciona por la reforma estatal?", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 782, 2020, pp. 3359-3415, y concretamente en la p. 3371, refiriéndose al avance en el camino hacia la autorregulación que entraña la modificación legislativa prevista manifiesta que ésta: "otorga absoluta preferencia a las medidas preventivas, es decir, a las que puede tomar las persona en previsión de una futura necesidad de apoyo, que han de prevalecer sobre las medias que se establecen judicialmente. Adquieren así especial importancia los poderes y mandatos preventivos. Se introduce una nueva regulación de éstos, dedicándoles un capítulo -el II- dentro del título XI, en la que se separa la autocuratela del otorgamiento de poderes preventivos y estos del mandato.
El nuevo paradigma de la discapacidad se proyecta, en distinto grado, sobre amplios sectores del ordenamiento jurídico-civil, por lo que son muchas las normas que a lo largo del CC precisan adaptación y que el Anteproyecto propone modificar: reglas de Derecho Internacional Privado; adquisición de la nacionalidad; efectos de la separación, nulidad y divorcio; determinación de la filiación; patria potestad; emancipación; régimen económico matrimonial, en especial, preceptos relativos a la sociedad de gananciales; posesión. Particularmente afectadas -como explica la exposición de motivos- van a resultar algunas reglas relativas al Derecho de sucesiones y al Derecho de contratos, dado que la capacidad de ejercicio de los derechos implica la posibilidad de realizar actos jurídicos de gran transcendencia, cuya celebración, validez y eficacia debe ser tratada de conformidad con la nueva perspectiva. Asimismo, la comprensión de las personas con discapacidad como sujetos plenamente capaces, repercute en la idea de responsabilidad, en concreto, en el concepto de imputación subjetiva en la responsabilidad civil por hecho propio, y en una nueva y más restringida concepción de la responsabilidad por hecho ajeno".

36 "De las medidas voluntarias de apoyo", Art. 254 y ss. CC, a tenor de la 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. Sobre los denominados poderes preventivos García Rubio, M. P.: "Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipado", *Revista de Derecho Civil*, núm. 3, 2018, pp. 29- 60.

37 Art. 271 del CC a tenor de la Ley 8/2021. Escartín Ipiéns, J. A.: "La autocuratela en el anteproyecto de ley sobre modificación del CC y otras leyes complementarias en materia de discapacidad", *Revista de Derecho Civil*, núm. 3, 2018, pp. 85- 119; Escartín Ipiéns, J. A.: "Disposiciones transitorias del anteproyecto de Ley de

curador –que es una facultad exclusiva del Juez- pero la propuesta hecha por el interesado vinculará al Juez al constituir la curatela[38], si bien la autoridad judicial podrá prescindir de la propuesta del interesado, mediante resolución motivada, si existen circunstancias graves[39]).

5º.- La Ley 8/2021, diferencia claramente entre las medidas preventivas, basadas en la voluntad de la persona (autorregulación) tomadas en previsión de una necesidad de futuro apoyo y las medidas -de carácter no voluntario- que se establecen una vez que se constata la necesidad de apoyo -mediante la curatela, la guarda de hecho[40] y el defensor judicial[41]- que han de respetar en el más amplio margen posible la voluntad del discapacitado. Estas últimas medidas, son subsidiarias de las primeras medidas tomadas anticipadamente por la propia persona en previsión de su futura discapacidad -poderes preventivos[42] o auto-curatela-.

Se establece, por tanto, preferencia de la auto-regulación (regulación privada, adoptada por una persona respecto de su propia discapacidad intelectual futura), frente a la regulación establecida por la Ley o por el Juez[43]. Primero se ha de estar a lo que quiere la persona con discapacidad y, si nada ha dispuesto ésta, o lo dispuesto en la auto-regulación es insuficiente (vg. existe un poder preventivo, pero éste no alcanza a toda la necesidad de apoyo), se estará a lo establecido

reforma del CC y otras leyes complementarias en materia de discapacidad, *Revista de Derecho civil*, núm. 3, 2018, pp. 227- 245.

38 Art. 272 CC, a tenor de la Ley 8/2021. Ribot Igualada, J.: "La nueva curatela: diferencias con el sistema anterior y perspectivas de funcionamiento", en AA.VV.: *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (dir. S. De Salas Murillo, y M. V. Mayor Del Hoyo), Tirant lo Blanch, Valencia 2019, pp. 215- 252.

39 Art. 272, apartado segundo CC, a tenor de 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.

40 De la guarda de hecho de las personas con discapacidad, Art. 263 y ss. CC, a tenor de la Ley 8/2021. Sobre este particular ya se había ocupado Pérez Monge, M.: "La guarda de hecho a partir del nuevo paradigma de la convención", en AA.VV.: *Principios y preceptos de reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política* (dir. P.A. Munar Bernat, P.A), Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 243 -276.

41 Del defensor judicial de la persona con discapacidad, se ocupan los artículos 295 a 298 del CC a tenor de la Ley 8/2021. Sobre este aspecto ya se había ocupado Sánchez-Ventura Morer, I.: "Supuestos en los que interviene el defensor judicial: mención especial a la situación de conflicto de intereses", en Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad (dir. S. De Salas Murillo, y M. V. Mayor Del Hoyo), Tirant lo Blanch, Valencia 2019, pp.271-290.

42 Pereña Vicente, M.: "El régimen", cit., pp.195-241, en concreto en la p. 199, refiriéndose a la cuestión esencial del respeto de la voluntad de la persona con discapacidad: "Si la voluntad de la persona se sitúa en el centro del sistema, los poderes preventivos están llamados a convertirse en una de las instituciones esenciales del mismo. Porque vehiculan dicha voluntad y esta es trasunto, nada menos que de la libertad. La libertad individual es el derecho fundamental que está en juego cuando hablamos de respeto de la voluntad y, por ello, es esencial construir un sistema que, además de consagrar el derecho, lo garantice."

43 El art. 253 "in fine" CC, a tenor de la 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 que: "Sólo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria (escritura pública con medidas de apoyo, poder y mandato preventivo o proponer nombramiento de curador), y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias".

por la Ley o por el Juez (éste, puede nombrar curador). Sólo en defecto de auto-regulación, el Juez puede adoptar medidas al respecto[44].

Es cierto que la auto-regulación y la regulación legal o judicial, no son incompatibles, es posible su coexistencia cuando la primera sea insuficiente[45]. Si la primera no existiese o fuese insuficiente puesto que solo se han previsto determinados actos o negocios jurídicos, se necesita de la regulación establecida por la Ley o por el Juez para el futuro, ya que la persona con discapacidad no ha decidido por sí misma. El Juez, mediante un proceso judicial de determinación de apoyos, nombrará curador para ayudar a la persona con discapacidad en los demás actos o negocios jurídicos no previstos por el propio discapacitado. Por tanto, pueden coexistir el nombramiento de curador con la vigencia del "poder preventivo", o bien, el Juez puede simplemente completar las previsiones del citado poder, pero no disponiendo nada respecto del nombramiento de un curador[46].

La auto-regulación para el futuro, dispuesta por la persona mayor de edad o menor emancipada, en previsión de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica, no está sometida a un control, homologación o autorización judicial previa[47]. "Solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias"[48]. El Juez ha de respetar tales decisiones, aunque no fuesen acertadas, cosa distinta en que se hayan producido determinados errores, que se podrán corregir.

El Preámbulo de la Ley 8/2021 se deja claro que "la nueva regulación otorga preferencia a las medidas voluntarias, esto es, a las que puede tomar la propia persona con discapacidad. Dentro de las medidas voluntarias adquieren especial importancia los poderes y mandatos preventivos, así como la posibilidad de la

44 Art. 255 "in fine" CC, a tenor de la Ley 8/2021. Ahora bien, ha de tenerse presente que declarar a una persona incapaz para privarle de ejercer todos o parte de sus derechos conforme a su voluntad o preferencias -siempre que estas existan-, vulnera la dignidad de la persona. Existe, en el art.12.4 de la Convención, un principio de respeto a las decisiones personales.

45 Art. 255 "in fine" CC, a tenor de la Ley 8/2021. García Rubio, M. P.: "La necesaria", cit., pp.143-192, en concreto p.178, entiende que habrá una mayor amplitud "de las situaciones en las que pueden convivir los negocios preventivos nacidos de la voluntad del interesado con otras medidas de apoyo, coexistencia que pasa a ser la regla general, de modo que en línea de principio los poderes preventivos mantendrán su vigencia pese a la constitución de otras medidas de apoyo a favor del poderdante, tanto si éstas han sido establecidas judicialmente como si han sido previstas por el propio interesado, salvando evidentemente las situaciones de absoluta impunidad".

46 Art. 258 CC, a tenor de la 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: "Los poderes a que se refieren los artículos anteriores (poderes y mandatos preventivos) mantendrán su vigencia pese a la constitución de otras medidas de apoyo a favor del poderdante, tanto si éstas han sido establecidas judicialmente como si han sido previstas por el propio interesado".

47 Art. 271 CC, a tenor de la Ley 8/2021.

48 Art. 255 "in fine" CC, a tenor de la Ley 8/2021.

autocuratela". Sin embargo, en este último caso se dispone que: "No obstante, la autoridad judicial podrá prescindir total o parcialmente de esas disposiciones voluntarias, de oficio o a instancia de las personas llamadas por ley a ejercer la curatela o del Ministerio Fiscal y, siempre mediante resolución motivada, si existen circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció o alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones"[49].

En todo caso, las medidas de apoyo legales o judiciales que se adopten- "que sólo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate"[50] - han de ser proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona (principio de proporcionalidad)[51], y que se aplicarán en el plazo más corto posible (principio de temporalidad)[52], siendo necesario que esas medidas estén sujetas a revisión periódica (principio de revisión)[53], de cara a su posible modificación o supresión[54]. En el Preámbulo de la Ley 8/2021 se deja claro que la Convención de Nueva York de 2006 exige a los Estados Parte "que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el Derecho Internacional en materia de derechos humanos. Estas salvaguardias aseguran que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas".

49 Art. 272 "in fine" CC, a tenor de la Ley 8/2021.

50 Art. 249 "in fine" CC, a tenor de la Ley 8/2021.

51 Art. 249 "in fine" CC, a tenor de la Ley 8/2021, todas las medidas de apoyo deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad.

52 Art. 12.4 de la Convención de 2006.

53 Art. 12.4 de la Convención de 2006.

54 El art. 268 CC a tenor de la 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: "... las medidas de apoyo adoptadas judicialmente serán revisadas periódicamente en un plazo máximo de tres años. No obstante, la autoridad judicial podrá, de manera excepcional y motivada, en el procedimiento de provisión o, en su caso, de modificación de apoyos, establecer un plazo de revisión superior que no podrá exceder de seis años. Sin perjuicio de lo anterior, las medidas de apoyo adoptadas judicialmente se revisarán, en todo caso, ante cualquier cambio en la situación de la persona que pueda requerir una modificación de dichas medidas". La discapacidad intelectual no es una realidad inmodificable. La ya citada a STS 29 abril 2009 (RAJ 2009, 2901) habló de la "reversibilidad" de esa situación: "el sistema de protección debe…constituir una situación revisable, según la evolución de la causa que ha dado lugar a tomar la medida de protección". Sobre la contribución de la Jurisprudencia del TS al diseño del nuevo sistema de apoyo a las personas con discapacidad, Guilarte Martín-Calero, C.: "La contribución de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo al diseño del nuevo sistema de protección previsto en el anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad de 21 de septiembre de 2018", en AA.VV.: *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (dir. S. De Salas Murillo, y M. V. Mayor Del Hoyo), Tirant lo Blanch, Valencia 2019, pp.361-394.

En suma, las medidas de apoyo, que pueden afectar tanto al ámbito personal (aspectos médicos, domicilio, correspondencia, derechos de la personalidad, …) como al ámbito patrimonial (contratos, propiedad, …), o a ambos, deberán ajustarse como señala García Rubio "a los principios de necesidad y proporcionalidad, e irán destinadas a fomentar que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro. De los mencionados principios se deriva que las medidas de apoyo no podrán exceder de lo que precisa la persona con discapacidad (principio de necesidad), pero también que han de ser suficientes para que con ese apoyo pueda ejercer su capacidad jurídica en plenitud de condiciones (principio de proporcionalidad)"[55].

6º.- Según el Preámbulo de la Ley 8/2021, la curatela pasa a ser la "principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad. El propio significado de la palabra curatela –cuidado-, revela la finalidad de la institución: asistencia, apoyo, ayuda en el ejercicio de la capacidad jurídica; por tanto, como principio de actuación, y en la línea de excluir en lo posible las actuaciones de naturaleza representativa, la curatela será, primordialmente, de naturaleza asistencial. No obstante, en los casos en los que sea preciso, y sólo de manera excepcional, podrá atribuirse al curador funciones representativas".

Sabemos que cada persona con discapacidad intelectual tiene las facultades que tiene y que son variables, por lo que precisamente teniendo presente las que son, habrá que apoyar a la persona para que desarrolle su personalidad. Por todo ello, la figura central de apoyo pasará a ser la curatela, por ser una figura graduable y de la necesaria plasticidad para que sea proporcionada a las concretas necesidades de apoyo de la persona necesitada del mismo. Por consiguiente, se deja al margen la tutela por ser esencialmente no graduable y, además, fundamentalmente una figura de representación.

La curatela se establecerá en un procedimiento judicial de provisión de apoyos, en cuya tramitación no se prescindirá de la voluntad, deseos y preferencias – como indica el art. 12 de la Convención de 2006- de la persona con discapacidad. Así, la pasa a ser la institución única de apoyo a la persona mayor de edad con discapacidad, al tratarse de una figura graduable en su intensidad y amplitud atendiendo al grado e intensidad de las medidas de apoyo que precise la persona con discapacidad intelectual. El Preámbulo de la Ley 8/2021 nos señala que "el procedimiento de provisión de apoyos sólo puede conducir a una resolución judicial que determine los actos para los que la persona con discapacidad requiera

55 García Rubio, M. P.: "La necesaria", cit., pp.143-192, en concreto p. 174, manifiesta que tomando la expresión de la jurisprudencia más reciente "… se parte de una concepción del apoyo como un "traje a medida", o mejor aún, como "tantos trajes a medida como sean necesarios", pues el apoyo ha de ajustarse a las necesidades y deseos de la persona que lo requiere".

el apoyo, pero en ningún caso a la declaración de incapacitación ni mucho menos, a la privación de derechos, sean estos personales, patrimoniales o políticos."

La curatela del mayor de edad con discapacidad, al ser graduable, puede ir, por ejemplo, desde una mera curatela de asistencia e intervención, de acompañamiento a los negocios jurídicos que realice la persona con discapacidad (para los caso más leves de discapacidad intelectual, en la que se manifiesta el deseo, la voluntad de la persona), a la curatela de representación para casos limites severos (los más graves en las que no siempre sea posible la manifestación de voluntad de la persona con discapacidad intelectual) y que supone la actuación en nombre de ésta persona para ciertos actos que no puede realizar por sí misma. El Juez en lo posible, atendiendo al grado de discapacidad, procurará optar por la curatela no representativa, buscando que exista una correlación entre la necesidad de medidas de apoyo y la ayuda recibida, entre el grado de discapacidad intelectual y el grado de asistencia, respetando la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad.

Al excluirse la incapacitación, no se modifica la capacidad de la persona, sino que, en función de la discapacidad intelectual de la persona, el Juez gradúa las medidas de apoyo constituyendo una curatela asistencial (determinando los actos que requieren esa asistencia). Cuando se trate de una discapacidad intelectual severa que impida a la persona decidir por sí misma, se establece como medida de apoyo la curatela de representación. "Solo de modo excepcional se acepta la curatela representativa, aunque sea para actos aislados, con lo que más excepcional será todavía la curatela representativa de alcance general, esta última solo deberá decretarse en aquellas situaciones en la que la persona con discapacidad esté absolutamente privada de sus facultades volitivas y cognitivas, de suerte que únicamente el mecanismo representativo puede garantizar su participación en la vida jurídica…, en aras al respeto de la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, en los supuestos en los que actúe en representación o sustitución de esta, el curador estará obligado a tratar de averiguar el sentido de la decisión que hubiera tomado la persona con discapacidad si no hubiese requerido representación; para ello habrá de tener en cuenta los factores que esa misma persona habría tomado en consideración y no otros ajenos"[56].

56 Arts. 268 y ss. CC, a tenor de la Ley 8/2021. García Rubio, M. P.: "La necesaria", cit., pp.143-192, en concreto p. 182, añade "Por consiguiente, el motivo de la decisión no ha de descansar en lo que el curador (ni la autoridad judicial, ni ningún tercero experto) pueda considerar como lo mejor para la persona con discapacidad o lo que mejor satisface su interés, sino en aquello que, tras un delicado trabajo de reconstrucción hermenéutica, hubiera sido concorde con su voluntad, deseos y preferencias del necesitado de apoyo."

Además, la curatela puede ser revisable[57] y variable con una misma persona con discapacidad, pues cabe que, para determinados actos a realizar por esa persona con discapacidad intelectual, el curador actúe en una modalidad asistencial -vg. arrendar-, mientras que, para hipotecar –o vender- bienes de la persona discapacitada, actúe como un curador representante[58]. La sentencia de provisión de apoyos establecerá el apoyo que necesita la persona con discapacidad para cada acto concreto, teniendo presente que la curatela como institución de apoyo flexible se adaptará al grado real de posibilidades de autogobierno de cada persona, teniendo el alcance que resulte necesario: desde la mera asistencia hasta los actos en que se precise la práctica sustitución en la toma de decisiones cuando la persona discapacitada intelectualmente no pueda hacerlo por sí misma[59].

La actuación del curador ha de ser de respeto a la voluntad de la persona con discapacidad[60], teniendo presente que todos los actos distintos de aquellos para los cuales la autoridad judicial haya previsto asistencia, o representación, podrán ser realizados por la propia persona con discapacidad intelectual.

En suma, la curatela pasará a ser la medida de apoyo preferente para quienes precisen de manera continuada el apoyo[61]. Se constituye mediante resolución judicial cuando no exista otra medida de apoyo, o ésta no fuere suficiente[62], precisándose los actos para los cuales la persona con discapacidad intelectual requiere la intervención del curador y aquellos en los que éste, excepcionalmente, representa al discapacitado[63]. Además, en la susodicha resolución se incluirán las oportunas medidas de control para garantizar el respeto a la voluntad y preferencia

57 El Preámbulo de la Ley 8/2021 establece que "Todas las medidas de apoyo adoptadas judicialmente serán revisadas periódicamente en un plazo máximo de tres años o, en casos excepcionales, de hasta seis. En todo caso, pueden ser revisadas ante cualquier cambio en la situación de la persona que pueda requerir su modificación". Art. 268 apartado segundo CC a tenor de la Ley 8/2021.

58 Art. 269 CC, a tenor de la Ley 8/2021.

59 Art. 269 CC, a tenor de la Ley 8/2021.

60 El art. 268 CC, a tenor de la Ley 8/2021 dispone: "Las medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos serán proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise, respetarán siempre la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias." Art. 270, apartado primero CC, a tenor de la 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: "La autoridad judicial establecerá en la resolución que constituya la curatela o en otra posterior las medidas de control que estime oportunas para garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que precisa el apoyo, así como para evitar los abusos, los conflictos de intereses y la influencia indebida…"

61 Preámbulo de la Ley 8/2021: "La institución objeto de una regulación más detenida es la curatela, principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad."

62 Art. 269 CC, a tenor de la 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.

63 En estos casos el curador necesita de autorización judicial para aquellos actos determinados por la propia resolución judicial, y en todo caso, para los especificados en el art. 287 CC, a tenor de la 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, y para los realizados por el curador sin autorización judicial, art. 289 CC, a tenor de la Ley susodicha: "No necesitarán autorización judicial la partición de herencia o la división de cosa común realizada por el curador representativo, pero una vez practicadas requerirán aprobación judicial…"

de la persona discapacitada en el proceso de toma de decisiones[64]. En este sentido, nos recuerda García Rubio que "la función principal de cualquier curador es la de asistir a la persona que presta apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica en los aspectos personales y/o patrimoniales que lo necesite, respetando su voluntad, deseos y preferencias garantizando su participación activa en la toma de decisiones que le afecten"[65].

7º.- El propio Preámbulo de la Ley 8/2021 deja claro que "se eliminan del ámbito de la discapacidad, no sólo la tutela, sino también la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada, figuras demasiado rígidas y poco adaptadas al sistema de promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad que ahora se propone… las nuevas concepciones sobre la autonomía de las personas con discapacidad ponen en duda que los progenitores sean siempre las personas más adecuadas para favorecer que el hijo adulto con discapacidad logre adquirir el mayor grado de independencia posible y se prepare para vivir en el futuro sin la presencia de sus progenitores, dada la previsible supervivencia del hijo; a lo que se añade que cuando los progenitores se hacen mayores, a veces esa patria potestad prorrogada o rehabilitada puede convertirse en una carga demasiado gravosa. Es por ello qué, en la nueva regulación, cuando el menor con discapacidad llegue a la mayoría de edad, se le prestarán los apoyos que necesite del mismo modo y por el mismo medio que a cualquier adulto que los requiera".

La tutela, con su tradicional connotación representativa, por su rigidez en cuanto a su ámbito y en cuanto a su duración, se limitará a los menores de edad no emancipados que no estén protegidos a través de la patria potestad. Los menores no emancipados necesitan representación legal y universal[66]. Salvo para estos casos, se optará por la supresión de la tutela[67], como medida basada en la adopción de decisiones sustitutivas, reemplazándose por otras medidas que se basen en el apoyo a la adopción de decisiones de la persona con discapacidad. Se reconfigura la curatela para esos casos, atribuyéndole excepcionalmente al curador funciones de representación -con lo que cabe hablar de curatela representativa- para casos

64 Art. 270 CC, a tenor de la 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.

65 García Rubio, M. P.: "La necesaria", cit., pp.143-192, en concreto p.184, añade que "el curador deberá además tener en cuenta en su actuación la trayectoria vital, los valores y las creencias de la persona a la que presta apoyo cuando actúe con facultades representativas, en cuyo caso tratará de determinar la decisión que hubiera tomado aquélla en caso de no requerir representación, teniendo en cuenta para ello los factores que esa persona habría tomado en consideración. El curador que ejerza funciones representativas precisará de la autorización judicial ex ante para los actos más trascendentes, que pueden ser tanto de naturaleza personal como patrimonial".

66 Art. 199 y ss. CC, a tenor de la Ley 8/2021.

67 Pereña Vicente, M.: "Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para una propuesta de reforma legislativa", *Revista de Derecho Privado*, núm. 4, 2016, pp. 3-40, en concreto en la pp. 10 y 11, entiende que con arreglo al art. 12 de la Convención de 2006, es posible admitir que, en supuestos graves de discapacidad intelectual, la tutela, más allá de la terminología, pudiera ser un apoyo idóneo puesto que "el apoyo es la finalidad perseguida no la medida en sí".

excepcionales[68] en los que el discapacitado puede necesitar dicha representación[69], en los que, en ocasiones, será difícil que el curador actúe atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, o teniendo en cuenta la trayectoria vital, los valores y las creencias de la persona a que se preste apoyo, en cuyo caso, por sentido común el curador representante tomará como criterio de actuación el interés objetivo de la persona con discapacidad, puesto que debe actuar en beneficio de la persona representada.

Para el menor emancipado, cuando lo necesite, se dispone la asistencia del defensor judicial (como complemento de capacidad requerido por los emancipados para el ejercicio de ciertos actos jurídicos) y se suprime la prodigalidad como institución autónoma "dado que los supuestos contemplados por ella encuentran encaje en las normas sobre medidas de apoyo aprobadas con la reforma", siendo apoyado mediante un asistente[70]. Por tanto, al margen de la discapacidad, no se regula expresamente la prodigalidad como situación de la persona que requiere una asistencia destinada a impedir la realización de conductas desordenadas que, con origen en causas diversas, puedan poner en grave peligro sus intereses patrimoniales, en detrimento del derecho de alimentos de parientes.

En el Preámbulo de la Ley 8/2021, se recoge la figura del defensor judicial "especialmente prevista para cierto tipo de situaciones, como aquella en que exista conflicto de intereses entre la figura de apoyo y la persona con discapacidad, o aquella en que exista imposibilidad coyuntural de que la figura de apoyo habitual

68 En que está privada la persona de las facultades volitivas o cognitivas. Art. 249, apartado tercero CC, a tenor de la 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: "En los casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas. En este caso, en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación".

69 Crítico es Alemany, M.: "Una crítica a los principios de la reforma del régimen jurídico de la discapacidad", en AA.VV.: *Principios y preceptos de reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política* (dir. P.A. Munar Bernat), Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 227-302, concretamente en las pp. 21 a 45, en particular en la p. 41 escribe en relación con los concretos efectos sociales que la reforma tendrá sobre las personas con discapacidad mental y/o intelectual: "mi sospecha es que va a ser perjudicial para los casos de personas que verdaderamente necesitan de medidas paternalistas y, en particular, de la representación. Más bien parece que terminarán siendo las víctimas que todo cambio revolucionario genera: algo que sí que plantea problemas con el principio de dignidad…En resumen, me parece desproporcionada la exigencia de excepcionalidad que se está imponiendo para negarle validez a una declaración de voluntad".

70 En cuanto a la supresión de la prodigalidad, vid. el Preámbulo de la Ley 8/2021. Dentro de la modificación del CC, los arts. 199 (quienes quedan sujetos a tutela) y 235 referido al defensor judicial del menor ambos conforme a 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. Por otra parte, el art. sexto del susodicho texto legal, referido a la Modificación de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, punto Cinco. Se modifica el título y el apartado 1 del art. 72: "Art. 72. Resolución judicial de provisión de apoyos, asistencia al pródigo y declaración del concurso de persona física.1. La resolución judicial dictada en un procedimiento de provisión de apoyos, así como la que la deje sin efecto o la modifique, se inscribirán en el registro individual de la persona afectada. La inscripción expresará la extensión y límites de las medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad.
Asimismo, se inscribirá cualquier otra resolución judicial sobre los cargos tutelares, medidas de apoyo a personas con discapacidad y asistencia al pródigo".

lo ejerza". Por tanto, la figura del defensor judicial está pensada para situaciones en las que existe la necesidad de apoyo ocasional que no está garantizado por otra medida voluntaria o de facto, o en las situaciones de conflicto de intereses entre la figura de apoyo –vg. curatela- y la persona con discapacidad o ante la imposibilidad de ejercer coyunturalmente el apoyo por la figura de apoyo habitual.

Las figuras de la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada, como instituciones rígidas, deben excluirse como medidas de apoyo al hijo con discapacidad, ya que suponen una representación total con la consiguiente sustitución de una actuación jurídica del hijo, cualquiera que sea el grado de su discapacidad. En cambio, el hijo debe recibir los apoyos que precise según el grado de discapacidad intelectual a través de la curatela[71]. Por tanto, en el ámbito de la discapacidad se eliminará la Patria Potestad prorrogada- y también la rehabilitada, en su caso-, ya que al cumplir el hijo la mayoría de edad no quedará sometido a una representación universal de sus padres, sino que quedará sometido a una curatela determinada en función del apoyo que necesiten[72].

8º.- El Preámbulo de Ley 8/2021 destaca "el reforzamiento de la figura de la guarda de hecho, que se transforma en una propia institución jurídica de apoyo, al dejar de ser una situación provisional cuando se manifiesta como suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad. La realidad demuestra que en muchos supuestos la persona con discapacidad está adecuadamente asistida o apoyada en la toma de decisiones y el ejercicio de su capacidad jurídica por un guardador de hecho…que no precisa de una investidura judicial formal que la persona con discapacidad tampoco desea. Para los casos en que se requiera al guardador que acredite la representación, se prevé la necesidad de que obtenga una autorización judicial ad hoc, de modo que no será preciso que se abra todo un procedimiento general de provisión de apoyos, sino que será suficiente con la autorización para el caso, previo examen de las circunstancias".

71 "Resulta determinante la curatela, desde un modelo de apoyo y asistencia del superior interés de la persona con discapacidad, reinterpretada a la luz de la Convención, que será ejercida por su madre con el mismo contenido que establece la sentencia, en lo que se refiere al gobierno o control de su patrimonio, pero sin anular su capacidad económica, hasta el punto de impedirle disponer de una suma periódica para su consumo y necesidades cotidianas de la vida (dinero de bolsillo), aspecto en el que también se revoca la sentencia" Cfr. STS 20 octubre 2014.

72 El Preámbulo de la Ley 8/2021 establece que "se eliminan del ámbito de la discapacidad no sólo la tutela, sino también la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada, figuras demasiado rígidas y poco adaptadas al sistema de promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad… las nuevas concepciones sobre la autonomía de las personas con discapacidad ponen en duda que los progenitores sean siempre las personas más adecuadas para favorecer que el hijo adulto con discapacidad logre adquirir el mayor grado de independencia posible y se prepare para vivir en el futuro sin la presencia de sus progenitores, dada la previsible supervivencia del hijo; a lo que se añade que cuando los progenitores se hacen mayores, a veces la patria potestad prorrogada o rehabilitada puede convertirse en una carga demasiado gravosa. Es por ello que, en la nueva regulación, cuando el menor con discapacidad llegue a la mayoría de edad se le prestarán los apoyos que necesite del mismo modo y por el mismo medio que a cualquier adulto que los requiera."

Por tanto, se potencia como institución de apoyo la guarda de hecho[73] para no dificultar su actuación cuando la persona con discapacidad esté suficientemente atendida por razones afectivas (atendido por: el cónyuge, la pareja, el familiar, el vecino…) y no resulta preciso el nombramiento del curador. Sabemos que generalmente la familia es el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que respecta a los miembros de la misma más vulnerables.

Ahora bien, cuando el guardador de hecho necesite acreditarse para realizar actos concretos en representación, podrá acudir al Juez, en acto de jurisdicción voluntaria, para obtener una autorización concreta como representante para ese concreto acto o negocio jurídico, pero sin iniciar un procedimiento judicial de determinación de prestación de apoyo que es de índole contenciosa[74].

El apoyo fáctico que representa la guarda de hecho soló subsistirá en caso de que no existan medidas de apoyo voluntarias o judiciales que resulten eficaces, pues la esencia de la guarda de hecho debe ser la libre actuación del guardador, salvo que se requiera autorización judicial para realizar actos jurídicos representativos. En estos casos, "el guardador de hecho deberá obtener la autorización correspondiente, pero sin que pueda exigirse la incoación de un procedimiento general de provisión de apoyos[75]".

9º. Reza en el Preámbulo de la Ley 8/2021 que "el procedimiento de provisión de apoyos solo puede conducir a una resolución judicial que determine los actos

73 Art. 263 CC, a tenor de la 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. García Rubio, M. P.: "La necesaria", cit., pp.143 -192, en concreto p.179, refiriéndose a esta figura que considera de "apoyo más frecuente", asegura que "se trata de un instituto cuyos contornos exactos no se definen en el nuevo texto, lo que le permite una gran plasticidad. No obstante, a diferencia de la concepción del Código vigente, deja de ser contemplada como una situación provisional destinada a ser sustituida por otra más estable, para pasar a consagrar su permanencia en tanto constituya el apoyo adecuado para la persona necesitada de él. Por consiguiente, la guarda de hecho va a ser considerada como una genuina institución de apoyo a la que se dan mayores posibilidades de actuación eficaz en el tráfico jurídico que las que posee en la regulación actual, pues se le permite realizar incluso actuaciones representativas para actos concretos previa autorización judicial, por un procedimiento no contencioso que trata de ser rápido y eficiente." Respecto de la guarda de hecho, Leciñena Ibarra, A.: "La guarda de hecho como institución de apoyo a las personas con discapacidad", en AA.VV.: *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (dir. S. De Salas Murillo, y M. V. Mayor Del Hoyo), Tirant lo Blanch, Valencia 2019, pp. 293-320.

74 Art. 264 CC, a tenor de la 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: "Cuando excepcionalmente ser requiera la actuación representativa del guardador de hecho, éste habrá de obtener la autorización para realizarla a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria, en el que se oirá a la persona con discapacidad. La autorización judicial para actuar como representante se podrá conceder, previa comprobación de su necesidad, en los términos y con los requisitos adecuados a las circunstancias del caso. La autorización podrá comprender uno o varios actos necesarios para el desarrollo de la función de apoyo y deberá ser ejercitada de conformidad con la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.
En todo caso, quien ejerza la guarda de hecho deberá recabar autorización judicial conforme a lo indicado en el párrafo anterior para prestar consentimiento en los actos enumerados en el art. 287".

75 A. Pau Pedrón, A.: "De la incapacitación", cit., p. 20.

para los que la persona con discapacidad requiera el apoyo, pero en ningún caso a la declaración de incapacitación ni, mucho menos, a la privación de derechos, sean estos personales, patrimoniales o políticos".

El procedimiento judicial de prestación de apoyos sólo puede conducir a una resolución judicial que, lejos de privar de derechos personales o patrimoniales a las personas con discapacidad, determine los actos o negocios jurídicos para los que éstas requieran apoyo o, excepcionalmente, representación.

En los apoyos de naturaleza judicial, se trata de evitar recurrir a las figuras ligadas a los modelos de sustitución plena en la toma de decisiones, como han venido siendo la tutela, la patria potestad prorrogada y rehabilitada. Se evita la tutela como medida de apoyo para la persona con discapacidad, manteniéndose para los menores no sometidos a la patria potestad. El desechar las figuras de la patria potestad prorrogada y rehabilitada se justifica al ponerse "en duda que los progenitores sean siempre las personas más adecuadas para favorecer que el niño-adolescente-joven-adulto con discapacidad llegue a adquirir el mayor grado de independencia posible y se prepare para vivir en el futuro sin la presencia de sus progenitores, quienes, en buena parte de los casos, morirán antes que él. No se puede olvidar, además, que cuando el padre y la madre se hacen mayores, esa patria potestad prorrogada o rehabilitada pueda llegar a ser una carga demasiado pesada para ellos, de suerte que otras personas pueden estar en mejores condiciones para servir de apoyo a sus hijos adultos con discapacidad. En consecuencia, el menor discapacitado que alcanza la mayoría de edad tiene el mismo tratamiento que cualquier discapacitado mayor de edad que solicita, o para el que solicitan, medidas de apoyo …la autoridad judicial… podrá acordar si lo estima necesario, la procedencia de la curatela o el nombramiento de un defensor judicial para cuando concluya la minoría de edad…estas medidas se adoptarán dando participación al menor en el proceso y atendiendo en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias"[76].

El susodicho procedimiento judicial de determinación de apoyos, además de llevar a una resolución judicial que determine aquellos actos para los que la persona con discapacidad precisa asistencia, determinará el carácter representativo de la curatela, o en su caso, su ámbito total o parcial, así como la persona a la que se le nombra curador, pero nunca la privación de derechos personales o patrimoniales[77].

La Sentencia no prohibirá a la persona con discapacidad actos concretos en su esfera personal, familiar o patrimonial, sino que establecerá los que puede hacer

76 García Rubio, M. P.: "La necesaria", cit., p.181,

77 En la redacción dada al art. 268 CC por la 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: "Las medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos serán proporcionadas a las

por sí misma y que apoyos necesitará para los demás actos. El contenido de la Sentencia de prestación de apoyos puede ser diverso ya que puede determinar, de manera precisa, los actos en los que la persona con discapacidad intelectual pueda actuar por sí misma, los actos para los que requiera asistencia de curador y los actos para los que requiera representación del curador. Por tanto, se trata de que la Sentencia judicial establezca, no la limitación de capacidad, sino los apoyos que necesita la persona con discapacidad para que ejercite su capacidad jurídica.

IV. DE LAS MEDIDAS DE APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD PARA EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA.

En el art. veintitrés de la Ley 8/2021, se modifica el CC y su art. 249 CC, al tratar de las medidas de apoyo a las personas con discapacidad, se refiere a las necesarias para que las personas mayores de edad o emancipadas que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad.

Pero ¿Qué debemos entender por persona mayor de edad o emancipada que precisa medidas de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica? Atendiendo, a sensu contrario, a lo dispuesto en el propio art. 249 citado, es aquella que sin esas medidas de apoyo no puede desarrollar su propio proceso de toma de decisiones y por ello precisa de otras personas que le preste el apoyo para que puedan desarrollar tal proceso de toma de decisiones informándola, ayudándola en su compresión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias.

Durante todo el proceso de apoyo, las personas que lo prestasen fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menor apoyo en el futuro[78].

Respecto de las medidas de apoyo que recibirán las personas mayores de edad o emancipadas que las precisan, se dirigirán al adecuado ejercicio de su capacidad jurídica con la finalidad del desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad con las demás personas. Se inspiran estas medidas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de los derechos fundamentales. Se considera que en circunstancias normales

necesidades de la persona que las precise, respetarán siempre la máxima autonomía de ésta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias."
En la redacción dada al art. 269 CC por la 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, se establece que "en ningún caso podrá incluir la sentencia la mera privación de derechos", como por ejemplo el derecho a testar, el derecho a contraer matrimonio, entre otros.

78 Art. 249, párrafo 2º in fine CC, según de Ley 8/2021.

resulta posible determinar, a través de las medidas de apoyo, la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. Igualmente procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo, fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyos en el futuro[79].

Las medidas de apoyo pueden tener su origen en la voluntad de la persona de que se trate de apoyar, o pueden tener un origen legal o judicial[80]. Estas últimas solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate de apoyar, si bien todas ellas deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad[81]. Cuando habiéndose hecho un esfuerzo considerable mediante las medidas de apoyo y no siendo posible determinar, para actuar, la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, las instituciones jurídicas de apoyo – guardador de hecho, curatela o defensor judicial[82]-, podrán asumir las funciones representativas. En este caso, en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que hubiera adoptado la persona en el caso de no requerir representación[83].

En consecuencia, las medidas de apoyo, como regla general, se llevarán a cabo por las instituciones jurídicas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo precisen, pero sin asumir funciones de representativas. Sólo en casos excepcionales las susodichas instituciones jurídicas de apoyo asumirán funciones representativas.

El juez – según el art. 249, párrafo cuarto del CC a tenor de la Ley 8/2021- podrá dictar las salvaguardas que considere oportunas a fin de asegurar que el ejercicio de las medidas de apoyo se ajuste a los criterios resultantes de este

79 Art. 249, párrafo 1° y 2° CC, a tenor de la Ley 8/2021.

80 Art. 249, párrafo 1° CC, a tenor de la Ley 8/2021. Vivas Tesón, I.: "Curatela y asistencia", en AA.VV.: *Principios y preceptos de reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política* (dir. P.A. Munar Bernat), Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 227-302, concretamente en la pp. 279 y 280, la autora se pregunta si el procedimiento judicial de provisión de apoyos y la posibilidad de sustitución o representación del adulto con discapacidad que contempla el Proyecto de ley por la que reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad, contradice los principios y filosofía de la Convención de Nueva York de 2006 y se responde que no, fundamentalmente "por partirse de la indiscutible premisa de que la autonomía y decisional de la persona debe limitarse lo menos posible por el papel preeminente o privilegiado de las medidas de apoyo voluntaria o preventiva sobre las legales, de modo que la judicialización de la discapacidad se considera la última ratio(hasta ahora la primera y única), por la excepcionalidad de la curatela con funciones representativas, por la obligada revisión periódica de la sentencia y por la aplicación al curador de las directrices de actuación previstas por la CDPD, las cuales se reconducen a la prevalencia de la voluntad, preferencias y deseos existenciales de la persona que precisa de apoyo".

81 Art. 249, párrafo 1° in fine CC, a tenor de la Ley 8/2021.

82 Art. 250 CC, a tenor de la Ley 8/2021.

83 Art. 249, párrafo 3° in fine CC, a tenor de la Ley 8/2021.

precepto, y en particular atienda a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las requiera.

Las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo precisen son, además de las de naturaleza voluntaria[84], la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial. La función de las instituciones de apoyo consistirá en asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso, respetando su voluntad, deseos y preferencias[85].

Guardador de hecho -que ejerce una medida informal- es la persona que ejerce el apoyo de otra con discapacidad, incluso si existen medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial, siempre que éstas no se estén aplicando eficazmente[86].

La curatela es una medida formal de apoyo que se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado. Su extensión vendrá determinada en la correspondiente resolución judicial en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad y con sus necesidades de apoyo[87].

El nombramiento de defensor judicial-como medida formal de apoyo- procederá cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente[88].

La curatela pasa a ser la principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad[89] mayores de edad o emancipadas que precisen medida de apoyo, en consonancia con la Convención de Nueva York de 2006 -arts. 1, 3.a) y 12-, dada la premisa según la cual la persona mayor de edad con discapacidad puede realizar todos los actos que, de acuerdo con lo previsto en la correspondiente resolución judicial, no precisen de asistencia o en su caso representación (sin suplantar la voluntad de la persona con discapacidad, respetándose sus aspiraciones, anhelos y creencias vitales[90], lo que conduce a que

84 Art. 250 CC, párrafo 3, a tenor de la Ley 8/2021: Las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria son las establecidas por la persona con discapacidad, en las que designa quien debe prestarle apoyo y con qué alcance. Cualquier medida de apoyo voluntaria podrá ir acompañada de las salvaguardas necesarias para garantizar en todo momento y ante cualquier circunstancia el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona.

85 Art. 250 CC, párrafo 1 y 2, a tenor de la Ley 8/2021.

86 Art. 263 CC, a tenor de la Ley 8/2021

87 Art. 250, apartado quinto CC, a tenor de la Ley 8/2021

88 Art. 250, apartado sexto CC, a tenor de la Ley 8/2021

89 Vivas Tesón, I.: "Curatela", cit., pp. 227-302, concretamente en la pp.284-301 analiza el régimen jurídico de la Curatela en el nuevo marco normativo en el CC, sus principios rectores (necesidad, proporcionalidad y especificidad; subsidiariedad; elasticidad, temporalidad), el nombramiento del curador, ejercicio de la curatela, la extinción de ésta, así como su régimen transitorio.

90 Cuenca Gómez, P: "De objetos a sujetos de derechos. Reflexiones filosóficas sobre el art. 12 de la Convención internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad", en AA.VV.: *Principios y preceptos de reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política* (dir. P.A. Munar Bernat),

el representante ha de tomar la decisión, lo cual a veces no será fácil, que la persona con discapacidad hubiese tomado[91]).

Nos encontramos ante un criterio preferente: los deseos y preferencias de la persona con discapacidad. Ahora bien, cuál será el alcance de este criterio cuando estemos en presencia de personas que no tienen aptitud de manifestar sus deseos o preferencias, y particularmente, con personas que por su discapacidad nunca han podido manifestarlos. En tales casos habrá que encontrar la mejor interpretación posible de esa voluntad y preferencias en el supuesto en que hayan podido manifestarse en algún momento de su existencia. Cuando desde el momento del nacimiento no hayan podido ser manifestados, quien preste el apoyo actuará orientado por el interés que éste considere que es el interés de la persona con discapacidad[92].

Por tanto, la discapacidad no conlleva, por sí misma, la designación judicial de curador, designación que procede cuando se precise el apoyo para que la persona con discapacidad ejercite su capacidad jurídica, y sólo para lo que realmente precise a estos efectos, apoyo éste que no pudiera ser prestado a través de otra medida[93].

Uno de los aspectos importantes de la modificación del CC a través de la Ley 8/2021es la desaparición de la figura de la tutela en el ámbito de discapacidad[94].

Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 227-302, concretamente en la pp.47-75, concretamente en la p. 64 asegura que "resulta crucial incidir en que el cambio que propugna el art. 12 no supone abandonar o dejar desamparadas a su suerte a las personas con discapacidad cognitiva. Más bien lo que implica es cambiar la dirección del impulso protector …de un sistema que les convierte en "objetos" de protección silenciando sus voces, y transfiriendo sus decisiones y derechos a un tercero, a un sistema que les protege en tanto sujetos de derechos, exigiendo el máximo respeto a su voluntad y preferencias, garantizando la asistencia en la toma de decisiones, estableciendo salvaguardas, y restaurándolas en el ejercicio de sus derechos humanos".

91 La curatela se incardina en el nuevo sistema con base en la voluntad, preferencias y anhelos de la persona con discapacidad por delante incluso del "interés de la persona con discapacidad" como nos recuerda Pau Pedrón, A.: "De la incapacitación", cit., pp. 5-28, en concreto en la p. 9 escribe: "El interés de la persona con discapacidad queda muy relegado en relación con la voluntad de la persona -y situado incluso detrás de la voluntad presunta", pasando a ser la voluntad de la persona, como indica Vivas Tesón, I.: "Curatela", cit., pp. 227-302, concretamente en la p. 281, " la dueña de su propia vida…y por ello es la única que puede tomar sus propias decisiones(acertadas o no, pues, como todas las personas, tienen derecho a elegir, a equivocarse y a aprender de los errores, que es en lo que consiste la libertad personal y la consiguiente responsabilidad que lleva aparejada), y sólo de manera muy excepcional es posible la sustitución por una tercera persona, la cual, buena conocedora de la trayectoria vital de la persona con discapacidad, deberá decidir siempre atendiendo a sus criterios, valores y creencias, pese a que no las comparta".
Hay que poner todos los medios posibles para conocer la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, lo cual por sí sólo no asegura que se consiga ese fin. Cosa distinta, como indica la STS 30 septiembre 2014 (RAJ 2014, 4864), es que conocida deba "ser respetada salvo por razones objetivas permitan concluir que ello la perjudica".

92 Munar Bernat, P. A.: "Notas sobre algunos principios y las últimas novedades del anteproyecto", en AA.VV.: *Principios y preceptos de reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política* (dir. P.A. Munar Bernat), Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 175-193, concretamente, p. 183.

93 Vivas Tesón, I.: "Curatela", cit., pp. 285 y 286. En esta última página señala: "Por tanto, la decisión judicial debe personalizar al máximo las funciones y actos del curador, precisando, con claridad, los actos que requieran apoyo y la intensidad del mismo (asistencia o representación): debe ser un "traje a medida" no pre-confeccionado o pret-à porter, sino de nuevo corte, personalizado y exclusivo para cada persona".

94 Pau Pedrón, A.: "El principio de igualdad y el principio de cuidado, con especial atención a la discapacidad", *Revista de Derecho Civil*, núm.1, 2020, pp. 3-29, en concreto en la p. 20 escribe: "Y se ha dejado fuera

Esta desaparición ha planteado dudas pensando en aquellas personas con discapacidad que padecen una afectación severa que les priva de toda capacidad para manifestar su voluntad. Desde esta perspectiva se ha defendido que se precisaría una institución que permitiera la sustitución en la toma de decisiones, por lo que, para algunos, sería preciso mantener la tutela[95]. En definitiva, ésta es la respuesta que diseña la Ley 8/2021 para proteger a las personas con discapacidad en grado extremo, al considerar que estas también cuentan con capacidad jurídica y que necesitan apoyo para su ejercicio[96].

V. CONCLUSIONES.

I. De lo hasta aquí expuesto, se pone de manifiesto que después de los años transcurridos de vigencia, en el Reino de España, de la Convención de 2006, nuestro Ordenamiento Jurídico, y en concreto nuestro Derecho civil precisaba ser armonizado totalmente con la citada Convención. Durante muchos años ha pervivido, aunque suavizado por nuestra Jurisprudencia, el régimen de sustitución de la voluntad de la persona con discapacidad intelectual. Con la Ley 8/2021 se pretende adaptar totalmente el Derecho español al espíritu de la Convención de 2006.

II. La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006, es un instrumento de protección de las personas con discapacidad en general y en particular de las que tienen una discapacidad intelectual, tomando como punto de partida dos principios básicos: la dignidad humana y la autonomía de la persona.

Para dar cumplimiento al art. 12 de la susodicha Convención de 2006, el legislador realiza una labor de adaptación legislativa en lo atinente a la capacidad jurídica de la persona con discapacidad.

Las ideas básicas que surgen del citado art. 12 de la Convención y que se reflejan en la Ley 8/2021 de 2020, son:

---

del ámbito de la discapacidad la figura del tutor, que es siempre una persona que actúa por sí misma, representando a otra, y además actuando en interés de ella, como si ella misma no pudiera, en la inmensa mayoría de los casos, expresar sus propios intereses".

95 Díaz Alabart, S.: "Actuación de la persona con discapacidad en el ámbito personal y familiar: el derecho a su libertad personal", en AA.VV.: *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardas* (dir. M. Pereña Vicente), Dykinson, 2019, pp. 163-197, concretamente en la pp. 167 y 168. En realidad, para algunos, esto es lo que sucede en los supuestos en los que sea necesario representar a la persona de manera estable, pero con la denominación de "curatela representativa" por carecer de voluntad la persona con discapacidad Sánchez Gómez, A.: "Hacia un nuevo tratamiento", cit., pp. 385-428. Contraria a la eliminación de la tutela en personas con discapacidad en grado extremo Pereña Vicente, M.: "Derechos fundamentales", cit., pp. 3 a 40, en concreto en las pp. 10 y 11, entiende que el cambio de la tutela por la curatela representativa de ámbito general parece más bien "terminológica" que sustancial.

96 Ribot Igualada, J.: "La nueva curatela", cit., pp. 215-252, concretamente en la p. 247.

1ª) La referencia a la capacidad jurídica a que alude el precepto, no se refiere al sentido que tradicionalmente se le ha venido dando en nuestro Derecho como equivalente al de personalidad jurídica, sino que incluye tanto la capacidad para ser titular de derechos como la capacidad para ejercitarlos (capacidad de obrar).

La Ley 8/2021 favorece la auto-regulación y abandona la declaración de incapacidad, el previo proceso de incapacitación y la consiguiente modificación de la capacidad. Desaparecerá el estado civil de incapacitado. Toda persona con discapacidad mayor de edad cuenta con capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas en todos los aspectos de la vida -art. 12 Convención 2006-. El citado proyecto se refiere a personas con discapacidad psíquica que presentan problemas ligados al proceso de toma de decisiones al afectar la discapacidad a sus facultades cognitivas y volitivas y no a sus facultades físicas o sensoriales.

2º) Partiendo de esta premisa, el art. 12 de la Convención de 2006 rompe con el modelo de sustitución en la toma de decisiones, sistema tradicional que ha utilizado la idea de sustitución de las personas con discapacidad intelectual en la toma de decisiones que le afectaban (comprar, vender, consentir o no determinadas actuaciones sanitarias, testar, …). La Convención de 2006, exige que el modelo sustitutivo en la toma de decisiones sea reemplazado por el modelo de apoyo a la persona con discapacidad en la toma de sus propias decisiones.

El modelo tradicional de suprimir o restringir la capacidad de obrar, asociado a un tutor que representa a un incapacitado en casi todos las actuaciones jurídicas -supuesto de representación legal general en el que el tutor toma las decisiones por el tutelado-, y en el que además pueden existir figuras de sustitución parcial o limitadas –como la curatela que se viene utilizando como complemento de capacidad incompleta y que no implica representación-, ha tocado a su fin. Tras la Convención de 2006, la Ley 8/2021 hace que esas figuras, tal y como tradicionalmente han estado perfiladas, salgan de nuestro Derecho para ser reemplazadas por otras, en el marco de un nuevo sistema, como figuras de apoyo en la toma de las decisiones que han de provenir de la propia persona con discapacidad, puesto que esas nuevas formas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica se han de basar en la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad.

Se elimina el modelo de toma de decisiones mediante sustitución, suprimiéndose la institución de la tutela para personas mayores de edad con discapacidad, así como la patria potestad prorrogada y rehabilitada. La tutela como institución tradicionalmente representativa, se reserva en exclusiva para los menores de edad.

Por consiguiente y en coherencia con el art. 12 de la Convención de 2006, la reforma del Derecho Civil se dirige a la supresión del modelo de la incapacitación basado en la sustitución en la adopción de decisiones mediante la institución de la tutela, para ser remplazado por otro modelo de apoyo en la adopción de decisiones por las propias personas con discapacidad -respetando su autonomía de la voluntad-, lo que repercute en todo el conjunto del Derecho Privado, alcanzando, más allá del CC, a normas registrales, procesales,… Se abandona la incapacitación como estado civil y se configura un régimen jurídico diverso de la discapacidad que tiene como punto de partida el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad intelectual.

3º) La reforma elimina el procedimiento de incapacitación, revisa los mecanismos de apoyo -protección- para dar prioridad a la voluntad y autonomía de la persona con discapacidad -capacidad diversa- en el diseño de su propia protección mediante medidas preventivas y convirtiendo a la curatela en la institución preferente de apoyo, atribuyéndole funciones representativas excepcionalmente. Debe quedar atrás definitivamente cualquier atisbo de proclamar la incapacidad de la persona con discapacidad con la consiguiente limitación para realizar actos jurídicos.

Con los apoyos adecuados, la persona con discapacidad puede ejercer su capacidad jurídica, priorizando la voluntad de la propia persona, salvo en los supuestos graves en que ésta no haya tenido capacidad de formar su voluntad y adoptar decisiones, en cuyo caso habrá que acudir a la curatela representativa.

Al reemplazarse el modelo de sustitución por otro de apoyo en la toma de decisiones para el ejercicio de su capacidad jurídica de las personas con discapacidad, se establecerán medidas de salvaguarda adecuadas y efectivas para que, en el modelo de apoyo de las personas con discapacidad, en el ejercicio de sus derechos y toma de sus propias decisiones, se asegure el respeto de su voluntad y sus preferencias. Si después de haber hecho lo preciso para ajustarse a éstas y no fuese posible lograrlo, habrá que acudir a la representación de la persona con discapacidad, pero con la mejor interpretación posible de la voluntad y preferencias de la ésta, sin que, en ningún caso, la persona que presta el apoyo ejerza influencia indebida (presiones, amenazas, agresiones, manipulaciones, …) sobre la persona con discapacidad. En suma, se han de establecer salvaguardas para todos procesos relacionados con el ejercicio de la capacidad jurídica y su ejercicio, con el objetivo de que se respeten la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad.

III. La curatela se convierte en la principal institución de apoyo para las personas con discapacidad – la tutela se reserva al ámbito de los menores no emancipados no sujetos a la patria potestad o en situación de desamparo-, completándose el sistema de apoyos con el guardador de hecho y el defensor judicial, medidas de

apoyo éstas que se pondrán en práctica en defecto de auto regulación (medidas de apoyo voluntarias: poderes preventivos, escritura de previsión de medidas de apoyo sobre la propia persona o los propios bienes y, por último, la auto curatela) que pueden coexistir con la hetero-regulación cuando aquella resultare insuficiente.

La curatela será fundamentalmente de naturaleza asistencial -apoyo, ayuda en el ejercicio de la capacidad jurídica- excluyéndose, salvo en los casos más graves, las actuaciones de naturaleza representativa. De manera excepcional, en los casos en que fuese preciso, la curatela tendría funciones representativas, pero teniendo presente la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que esa persona hubiese tenido en consideración.

La figura del defensor judicial quedaría para supuestos de necesidad de apoyo ocasional, aunque pudiera ser recurrente - cuando hubiese conflicto de intereses entre la persona de apoyo (curador) y la persona con discapacidad-, o bien cuando sobreviene una imposibilidad coyuntural de contar con la institución de apoyo estable.

La guarda de hecho se refuerza como medida de apoyo ya que pudiera llegar a obtener autorización judicial para determinados actos en concreto sin que fuese preciso un procedimiento general de provisión de apoyos.

BIBLIOGRAFÍA

ALEMANY, M.: "Una crítica a los principios de la reforma del régimen jurídico de la discapacidad", en AA.VV.: *Principios y preceptos de reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política* (dir. P.A. MUNAR BERNAT), Marcial Pons, Madrid, 2021.

AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: "El protagonismo de la persona con discapacidad en el diseño del sistema de apoyo", en AA.VV.: *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (dir. S. DE SALAS MURILLO, y M.V. MAYOR DEL HOYO), Tirant lo Blanch, Valencia 2019.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Código civil, prólogo Ciento treinta años después… un Código Civil para el siglo XXI, Código Civil*, edición actualizada, Tecnos, Madrid, 2020.

CUENCA GÓMEZ, P.:

- "De objetos a sujetos de derechos. Reflexiones filosóficas sobre el art. 12 de la Convención internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad", en AA.VV.: *Principios y preceptos de reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política* (dir. P.A. MUNAR BERNAT), Marcial Pons, Madrid, 2021.

- "Sobre la reforma de la legislación española en materia de capacidad jurídica", en AA.VV.: *Avanzando en la inclusión. Balance de los logros alcanzados y agenda pendiente en el Derecho español de discapacidad*, (coord. M. FLORES), 1ª edición, Aranzadi, Navarra, 2019.

DE CASTRO y BRAVO, F.: *Derecho civil de España*, Madrid, 1952.

DE LORENZO GARCÍA, R, y LOYA DEL RIO, M.: "Concepto y sistema de fuentes", en AA.VV.: *Fundamentos del Derecho de la Discapacidad* (dir. R. DE LORENZO GARCÍA y L.C. PÉREZ BUENO), Aranzadi, Navarra, 2020.

DÍAZ ALABART, S.: "Actuación de la persona con discapacidad en el ámbito personal y familiar: el derecho a su libertad personal", en AA.VV.: *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardas* (dir. M. PEREÑA VICENTE), Dykinson, 2019.

ESCARTÍN IPIÉNS, J. A.:

- "Disposiciones transitorias del anteproyecto de Ley de reforma del CC y otras leyes complementarias en materia de discapacidad", *Revista de Derecho civil*, núm. 3, 2018.

- "La autocuratela en el anteproyecto de ley sobre modificación del CC y otras leyes complementarias en materia de discapacidad", *Revista de Derecho Civil*, núm. 3, 2018.

García Alguacil, M. C.: *Protección jurídica de las personas con discapacidad*, Reus, Madrid, 2016.

García Rubio, M. P.:

- "Algunas propuestas de reforma del CC como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial, en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil", *Revista de Derecho Civil*, vol. 3, 2018. "

- "La necesaria y urgente adaptación del Código Civil español al art. 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, núm. 1, 2018.

- "Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipado", *Revista de Derecho Civil*, núm. 3, 2018.

Guilarte Martín-Calero, C.: "La contribución de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo al diseño del nuevo sistema de protección previsto en el anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad de 21 de septiembre de 2018", en AA.VV.: *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (dir. S. De Salas Murillo, y M. V. Mayor Del Hoyo), Tirant lo Blanch, Valencia 2019.

Leciñena Ibarra, A.: "La guarda de hecho como institución de apoyo a las personas con discapacidad", en AA.VV.: *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (dir. S. De Salas Murillo, y M. V. Mayor Del Hoyo), Tirant lo Blanch, Valencia 2019.

Legerén Molina, A.: "La relevancia de la voluntad de la persona con discapacidad en la gestión de los apoyos", en AA.VV.: *Claves para la adaptación del Ordenamiento Jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (dir. S. De Salas Murillo y M. V. Mayor Del Hoyo), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

Lledó Yagüe, F. y Monje Balmaseda, O: "De la convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006 al Anteproyecto de Ley español de 26 de septiembre de 2018", *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, núm. 14º, 2019.

López Ebri, G. A.: "Restricciones involuntarias a las personas con discapacidad desde la óptica del derecho fundamental a la libertad", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 2020, pp. 193- 258.

Magariños Blanco, V.: "Comentarios al anteproyecto de Ley para la reforma del Código Civil sobre discapacidad", *Revista de Derecho Civil*, núm. 3, 2018.

Mayor Del Hoyo, M. V.: "Los Derechos civiles en España ante la Convención de Naciones Unidas sobre discapacidad. Especial referencia al Derecho civil aragonés: ¿una adaptación condiciona por la reforma estatal?", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 782, 2020.

Munar Bernat, P. A.:

- "Notas sobre algunos principios y las últimas novedades del anteproyecto", en AA.VV.: *Principios y preceptos de reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política* (dir. P.A. Munar Bernat), Marcial Pons, Madrid, 2021.

- *Principios y preceptos de reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política* (dir. P.A. Munar Bernat), Marcial Pons, Madrid, 2021.

Muñiz Espada, E.: "Análisis de la seguridad jurídica en la proyectada reforma de la discapacidad", *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 111, 2020.

Pau Pedrón, A.:

- "De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el CC", *Revista de Derecho Civil*, núm. 3, 2018.

- "El principio de igualdad y el principio de cuidado, con especial atención a la discapacidad", *Revista de Derecho Civil*, núm. 1, 2020.

Pereña Vicente, M.:

- "Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para una propuesta de reforma legislativa", *Revista de Derecho Privado*, núm. 4, 2016.

- "El régimen jurídico de los poderes preventivos en la reforma del Código Civil", en AA.VV.: *Principios y preceptos de reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política* (dir. P.A. Munar Bernat), Marcial Pons, Madrid, 2021.

Pérez Monge, M.: "La guarda de hecho a partir del nuevo paradigma de la convención", en AA.VV.: *Principios y preceptos de reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política* (dir. P.A. Munar Bernat), Marcial Pons, Madrid, 2021.

Recover Balboa, T.: "Hacia la reforma del CC y la LEC en materia de discapacidad", en AA.VV.: *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia* (dir. M.C. García Garnica), Dykinson, Madrid, 2017.

Ribot Igualada, J.: "La nueva curatela: diferencias con el sistema anterior y perspectivas de funcionamiento", en AA.VV.: *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (dir. S. De Salas Murillo, y M. V. Mayor Del Hoyo), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

Roca Trías, E.: "Conferencia inaugural: Discapacidad y protección de derechos fundamentales", en AA.VV.: *Protección jurídica de la persona con discapacidad* (coord. I. Serrano García y A. Candau Pérez), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

Sánchez De La Torre, A.: "Discapacidad, condición humana y dignidad humana", en AA.VV.: *Fundamentos de conocimiento jurídico: la capacidad jurídica* (coord. A. Sánchez De La Torre), Dykinson, Madrid, 2005.

Sánchez Gómez, A.: "Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad. Reflexiones a propósito del Proyecto de Ley de 17 de julio de 2020 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", *Revista de Derecho Civil*, núm. 5, 2020.

Sánchez-Ventura Morer, I.: "Supuestos en los que interviene el defensor judicial: mención especial a la situación de conflicto de intereses", AA.VV.: *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (dir. S. De Salas Murillo, y M. V. Mayor Del Hoyo), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

Santos Urbaneja, F.: "La guarda de hecho: Institución clave en el nuevo sistema de protección jurídica de la persona con discapacidad", recuperado en http:/ fernandosantosurbaneja.blogspot.com.

Torres Costas, M. E.: *La capacidad jurídica a la luz del art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con discapacidad*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020.

VARELA AUTRÁN, B.: "Incapacidad. Curatela reinterpretada a la luz de la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Comentario a la STS 11 octubre 2012 (Tol 2674037)", *Diario la Ley*, núm. 8006, Tribuna, 22 enero 2013.

VIVAS TESÓN, I.: "Curatela y asistencia", en AA.VV.: *Principios y preceptos de reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política* (dir. MUNAR BERNAT, P.A), Marcial Pons, Madrid, 2021.

EL HONOR, LA INTIMIDAD Y LA IMAGEN COMO DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA TUTELA CIVIL EN NICARAGUA*

HONOR, PRIVACY AND IMAGE AS FUNDAMENTAL RIGHTS AND CIVIL PROTECTION IN NICARAGUA

Rev. Boliv. de Derecho Nº 33, enero 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 52-103

* El presente trabajo fue realizado en el marco de las Becas Jóvenes Investigadores del Programa 0'7 de la Universidad de Valencia de 2021, bajo la tutoría de José Ramón de Verda y Beamonte, Catedrático de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la misma universidad.

Juan Carlos
ROCHA VALLE

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de diciembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 15 de diciembre de 2021

RESUMEN: El presente trabajo realiza un análisis metódico y pormenorizado sobre el derecho al honor, a la intimidad y a la imagen, desde ordenamiento jurídico constitucional y civil. Primeramente, hace un breve recorrido por la historia, luego se definen como derechos fundamentales y finalmente se delimitan a la jurisdicción civil. Una vez así, se estudia la tutela civil de este bloque de derechos por las vulneraciones, a causa de las intromisiones ilegítimas, en el ejercicio del derecho a la libertad de información y expresión, y se auxilia de la doctrina más autorizada y de la copiosa jurisprudencia del Derecho comparado, en especial, el español.

PALABRAS CLAVE: derechos de la personalidad; honor; intimidad; imagen; derechos fundamentales; libertad de información y expresión; intromisiones ilegítimas.

ABSTRACT: *This paper carries out a methodical and detailed analysis of the right to honor, privacy and image, from the constitutional and civil legal system. First, it makes a brief journey through history, then they are defined as fundamental rights, and finally they are delimited to civil jurisdiction. Once so, the civil protection of this block of rights is studied for violations, due to illegitimate interference, in the exercise of the right to freedom of information and expression, and is helped by the most authorized doctrine and copious jurisprudence of comparative law, especially Spanish.*

KEY WORDS: *personality rights; honor; privacy; image; fundamental rights; freedom of information and expression; illegitimate interference.*

SUMARIO.- I. LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.- 1. Apuntes históricos conceptuales de los derechos.- *A) Las Declaraciones de Derechos: Derechos humanos.- B) Los derechos humanos en la Constitución: Derechos constitucionales.- C) Los derechos fundamentales.- D) La internacionalización de los derechos.- E) Los derechos de la personalidad*.- 2. Concepto.- 3. Naturaleza jurídica.- 4. Características.- 5. Clasificación.- 6. Titularidad.- II. EL HONOR, LA INTIMIDAD Y LA IMAGEN COMO DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN DE NICARAGUA.- 1. Concepto de los derechos fundamentales.- 2. Naturaleza de los derechos fundamentales.- 3. Clasificación de los derechos fundamentales.- 4. El derecho fundamental al honor, a la intimidad y la imagen.- *A) El repertorio de los derechos.- B) El derecho al honor, la intimidad y la imagen.- C) La garantía de la dignidad de la persona.- D) Las garantías constitucionales. La eficacia de los derechos inter privatos. La reserva de ley. La garantía judicial. La garantía constitucional*.- III. LA TUTELA DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL HONOR, A LA INTIMIDAD Y A LA IMAGEN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CIVIL NICARAGÜENSE.- 1. Nociones generales.- *A) El honor.- B) La intimidad.- C) La imagen*.- 2. Delimitación del ámbito de protección.- *A) Cuestiones previas.- B) Protección judicial civil*.- 3. La experiencia en el Derecho comparado: España.- *A) Las intromisiones. Ilegitimas, legítimas y consentidas. Intromisiones ilegítimas. Intromisiones legítimas.- Intromisiones consentidas.- B) El derecho al honor, a la intimidad y la imagen como límites al derecho a la libertad de información y expresión. Colisión entre el derecho al honor y libertad de información. Colisión entre el derecho al honor y libertad de expresión. Colisión entre el derecho a la intimidad y la libertad de información. Colisión entre el derecho a la imagen y la libertad de información*.- IV. CONCLUSIÓN.

I. LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.

1. Apuntes históricos conceptuales de los derechos.

Los derechos de la personalidad son actuales. Esta afirmación, sin embargo, no significa que ignoremos los antecedentes remotos, el Derecho romano, que, dicho sea de paso, la *actio iniuriarum* era la acción perseguidora de la *iniuria*, la cual, en el sentido que aquí nos interesa, consistió en un acto lesionador, corporal, físico o incorporal, moral contra la persona. A los efectos del objeto de este estudio bastará con esta referencia, pues, en el Derecho romano no existieron los derechos de la personalidad[1]. En cambio, nos centraremos en la evolución de los derechos, pues, consideramos que, hay un germen común y de reciente data[2]. Así, la incursión en la historia no es para nada baladí.

1 Castán Tobeñas, J.: *Derecho civil español, común y foral, I, Introducción y parte general*, volumen 2º, *Teoría de la relación jurídica, La persona y los derechos de la personalidad, Las cosas, Los hechos jurídicos*, 15ª edición, Reus, Madrid, 2007, pp. 317-334: "Encontramos en épocas antiguas manifestaciones aisladas […] de la protección de la personalidad individual, pero no una consideración sistemática de los que hoy llamamos derechos de la personalidad. Así, en Roma era desconocida esta clase de derechos, y la protección de la personalidad funcionaba a través de la *actio iniuriarum*".

2 Lacruz Berdejo, J. L. *et al.*: *Elementos de derecho civil, I, Parte general*, volumen 2º, *Personas*, 6ª edición, Dykinson, Madrid, 2010, p. 51: "La regulación legal de estos derechos es un fruto de la modernidad

• Juan Carlos Rocha Valle
Abogado y Notario Público Defensor Público en el área del Derecho Civil, Nicaragua. https://orcid.org/0000-0001-9559-4785. Correo electrónico: jrochavalle@gmail.com

A) Las Declaraciones de Derechos: Derechos humanos.

Las Declaraciones de Derechos tuvieron lugar, a finales del siglo XVIII, en un contexto convulso, en América del Norte, por la independencia de las trece colonias de la Corona británica, y, en Francia, por la desvinculación con el Antiguo Régimen y la desestructuración de la sociedad estamental. La finalidad última era la instauración del Estado de Derecho. Las declaraciones fueron inspiradas por las principales corrientes de pensamiento, entre ellas, la Ilustración, el contractualismo, el republicanismo, el individualismo, el liberalismo y el iusnaturalismo racionalista. Pero, la comprensión puede partir de dos notas: "1. Los derechos del individuo son naturales. 2. El Estado es artificial"[3]. De modo que, las Declaraciones "[…] no son solo declaraciones de derechos, sino que en ellas se incluye el diseño básico de la estructura del Estado"[4].

Pues bien, la sociedad colonial no quería continuar sumisa a Inglaterra. Por eso, la Declaración de Derechos de Virginia fue aprobada el 12 de junio de 1776. Esta declaración, de un lado, "[…] insiste en el valor de la igual libertad, pero también en el de la propiedad (privada), la vida, la seguridad y la felicidad […]"[5], y de otro lado, sus "[…] preceptos está dedicada a la estructura del Estado, siendo, pues, una auténtica Constitución"[6]. En fin, proclamó que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y que tienen ciertos derechos inherentes, así como también, que todo el poder es inherente al pueblo y, por ende, procede de él.

Igualmente, el pueblo francés, en especial la burguesía y con el apoyo del proletariado, quería disolver al *Ancien Regime* y desarticular a los estamentos. Así, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano fue aprobada el 26 de agosto de 1789. Esta declaración condensó "[…] las aportaciones intelectuales […] con sus consecuencias en el ámbito jurídico: el legicentrismo y la positivación de los hasta entonces derechos naturales"[7]. Es importante destacar dos notas características, a saber: "Es un ejemplo puro de formulación racionalista y abstracta de los derechos, como derechos naturales […]. Reconoce la vinculación de los

-por influencia de la escuela del Derecho natural y como conquista de carácter político revolucionario-, manifestada al principio en aspectos parciales. Esa protección antigua y limitada de la persona, en el aspecto que aquí nos interesa, comenzó en el ámbito del Derecho público, con solemnes enunciados en Constituciones y Declaraciones de derechos del Hombre (caso americano, de 1776, y francés, de 1789), y a través del Derecho administrativo y del Derecho penal".

3 Pérez Royo, J.: *Curso de derecho constitucional*, 10ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 238

4 Fernández Segado, F.: *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992, p. 155.

5 Peces Barba-Martínez, G. *et al.*: *Textos básicos de Derechos humanos, con estudios generales y especiales y comentarios a cada texto nacional e internacional*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001, p. 99.

6 Álvarez Conde, E.: *Curso de Derecho constitucional, I, El Estado constitucional, el sistema de fuentes, los derechos y libertades*, 5ª edición, Tecnos, Madrid. 2005, p. 305.

7 Peces Barba-Martínez, G. *et al.*: "Los derechos", cit., p. 107.

derechos con la Constitución[8]". En suma, pregonó la existencia de los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre y determinó que toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurado ni la separación de poderes no tiene Constitución.

Así pues, ambas declaraciones presiden el mismo principio, esto es, "[…] derechos naturales […]. Tales derechos no pueden ni deben ser regulados, ya que son previos e indisponibles para el Estado. Basta su reconocimiento y declaración […] Las Declaraciones son […] *textos preconstitucionale*s […], son expresión de la naturaleza humana y no de la técnica del hombre […] Los derechos son preconstitucionales, son naturales"[9]. Y, han tenido como finalidad "[…] proteger a los particulares frente al Estado: la acción de todos los poderes públicos ha de hallar un tope jurídicamente infranqueable en esos derechos […] declarados. […] las declaraciones de derechos constituyen el estatuto jurídico-político […] de los ciudadanos y […] de las personas"[10].

B) Los derechos humanos en la Constitución: Derechos constitucionales.

Las Declaraciones de Derechos fueron, en sí, documentos independientes, es decir, los derechos naturales estaban fuera de la Constitución, por tal razón, el siguiente paso fue la constitucionalización. Así, después de la independencia de las trece colonias, la Constitución de los Estados Unidos entró en vigor el 4 de marzo de 1789. Sin embargo, no incluyó una *Bill of Rights*. Por supuesto que, el objetivo fue "[…] la de dar sentido jurídico y organizar las relaciones entre la Unión y los Estados"[11]. A pesar de eso, los debates suscitaron, propiciados por los Anti-federalistas, de modo que, los Federalistas prontamente aprobaron la integración de las primeras diez enmiendas a la Constitución el 15 diciembre de 1791.

En este proceso, es dable destacar que, por un lado, se asentó rápidamente el principio de soberanía popular, debido a que las colonias, a partir de la Declaración de Derechos de Virginia, ya habían asentado el principio de soberanía parlamentaria[12], y, por otro lado, "[…] *cambiaría la naturaleza de los derechos*, que dejarían de ser derechos naturales para pasar a ser derechos constitucionales. *No son derechos naturales, sino derechos constitucionales*"[13]. Es decir, a partir de aquí, los "[…] derechos acogidos […] en las diez primeras enmiendas a la Constitución

8 Peces Barba-Martínez, G.: *Curso de derechos fundamentales*, EUDEMA, Madrid, 1991, pp. 131-132.

9 Pérez Royo, J.: "Los derechos", cit., pp. 239-240.

10 Díez Picazo-Jiménez, L. M.: *Sistema de derechos fundamentales*, 4ª edición, Civitas, Cizur Menor, 2013, p. 25.

11 Peces Barba-Martínez, G. *et al.*: "Los derechos", cit., p. 110.

12 Bonilla Sánchez, J. J.: *Personas y derechos de la personalidad*, 1ª edición, Reus, Madrid, 2010, p 45.

13 Pérez Royo, J.: "Los derechos", cit., p. 242.

[…] se presentarán con un significado muy semejante a aquel con el que hoy los entendemos"[14].

En Francia, la Constitución fue aprobada el 3 de septiembre de 1791. La Constitución supuso la supresión del Antiguo Régimen y también la descomposición de la sociedad estamental. No obstante, no encarnaba los anhelos de los revolucionarios puesto que "[…] una buena parte deseaba una mayor democratización de los derechos políticos […], una mayor socialización con la introducción de exigencias sociales en favor de los menesterosos […] y una república como forma de Estado […]"[15]. El resultado fue la imposibilidad de "[…] convertir los derechos naturales en derechos constitucionales […] Falta, en consecuencia, la premisa para que los derechos se conviertan en derechos constitucionales o fundamentales […] Los derechos no son derechos de configuración constitucional, sino de configuración legal"[16].

Con todo, el catálogo de derechos de esta época se les ha llamado derechos civiles o individuales y políticos. Estos derechos están vinculados a la autonomía del individuo y están caracterizado por la no intervención del poder público en la esfera privada del mismo individuo. La finalidad de ellos consiste en garantizar la tutela de la igualdad, la libertad, la vida, la integridad física o corporal y moral o incorporal de la persona.

C) Los derechos fundamentales.

En la centuria del XIX, en Francia, las convulsiones aumentaron, porque, junto a las concepciones liberales y nacionalista defendidas por la burguesía, se unieron las ideas culturales, sociales y económicas del proletariado. En este contexto, tuvo lugar la Constitución de 4 de noviembre de 1848, aunque, "[…] es con todo un texto fracasado, comparado con las aspiraciones sociales de las masas […]"[17]. Sin embargo, a partir de aquí, la historia de los derechos fundamentales sufrirá una "[…] profunda transformación […]. No solo porque el camino hacia el sufragio universal parece ya despejado […], sino también porque las conquistas de la clase obrera, articuladas en la figura de los derechos económicos, sociales y culturales, serán irreversibles"[18]. Es dable mencionar que, estos derechos están dirigidos al individuo, pero, como parte de un colectivo, y están concebidos para garantizar el bienestar económico, la justicia social, las condiciones de vida digna de las personas y los intereses de los colectivos.

14 Fernández Segado, F.: "Los derechos", cit., p. 156.

15 Soriano, R.: *Historia temática de los derechos humanos*, 1ª edición, Editorial Mad, S.L., Alcalá de Guadaira, 2003, pp. 259-260.

16 Pérez Royo, J.: "Los derechos", cit., p. 244.

17 Soriano, R.: "Los derechos", cit., p. 308.

18 Peces Barba-Martínez, G. *et al.*: "Los derechos", cit., p. 146.

Pues bien, en el siglo XX, posterior a la Primera Guerra Mundial, en los países europeos, como Alemania, tuvieron lugar procesos constituyentes, en los que, el Estado fue erigido conforme al principio de *soberanía popular*, con lo cual, inició el proceso de *constitucionalización* de los derechos, lo cual, acabó, en definitiva, en la expresión *derechos fundamentales*[19]. Así, la Constitución de Weimar fue promulgada el 11 de agosto de 1919, la cual, proclamó la república y concretó el sufragio universal. Esta Constitución, en la segunda parte, denominada "Derechos y deberes fundamentales de los alemanes", integró los derechos civiles y políticos y los derechos culturales, sociales y económicos, e institucionalizó, por ende, el Estado de bienestar[20]. Así, la Constitución marcó el punto de partida del proceso de constitucionalización de los derechos, esto es, los derechos se constitucionalizaron "[…] por una serie de garantías, que se cifraría en dos requisitos: el desarrollo por ley de los derechos […] y el carácter intervencionista del Estado para hacer posible la satisfacción de los derechos sociales"[21].

No obstante, el constituyente de Weimar no discriminó entre los derechos discutibles y los indiscutibles y, a la vez, adoleció del control de constitucionalidad de la ley. Frente a ello, la doctrina alemana trabajó en la separación dentro de la segunda parte de la Constitución de las normas que contenían auténticos derechos fundamentales de las otras que no los contenían. A este fin estaba dirigido el concepto de *garantía institucional o garantía de instituto*, por lo que, diferenció los derechos que *son indisponibles* para el legislador de los otros *que están a disposición del legislador*[22].

La república de Weimar, sin embargo, finalizó con la entrada al poder del partido nacionalsocialista el 5 de marzo de 1933. Así, tras la Segunda Guerra Mundial, la Ley Fundamental de Bonn fue aprobada el 8 de mayo de 1949. Esta Ley acogió los principios de la Constitución de Weimar y la doctrina de los derechos fundamentales, de manera que, supuso la articulación de un Estado social y democrático de Derecho y no renunció a la significación jurídica de los derechos fundamentales. Por tanto, desde el artículo 1 hasta el 19, además de reconocer los derechos fundamentales como tales, "[…] se recogen explícitamente todos los elementos de lo que, desde entonces, se entiende que son los derechos fundamentales"[23].

A partir de aquí, la teoría de los derechos fundamentales se ha extendido por toda Europa y también América, aunque la palabra compuesta de este sustantivo

19 Pérez Royo, J.: "Los derechos", cit., p. 245.

20 Peces Barba-Martínez, G. *et al.*: "Los derechos", cit., p. 198.

21 Soriano, R.: "Los derechos", cit., p. 380.

22 Pérez Royo, J.: "Los derechos", cit., pp. 247-248.

23 Pérez Royo, J.: "Los derechos", cit., p. 249.

con aquel adjetivo ha sido objeto de un sinnúmero de conceptualizaciones. Por lo que aquí interesa, bastará decir que, el concepto de los derechos humanos es más amplio. Así, los derechos humanos son un "[…] conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional"[24]. Así pues, los derechos fundamentales son los derechos humanos positivados en la Constitución. Pero, aun así, este reconocimiento constitucional no es suficiente, de modo que, es necesario que además "[…] prevea mecanismos para garantizar su supremacía sobre todas las demás normas del ordenamiento y en particular sobre la ley. *Los derechos fundamentales* están, por tanto, en íntima conexión con las *garantías constitucionales*"[25].

D) La internacionalización de los derechos.

Dicho lo anterior, las dos grandes conflagraciones del siglo XX condujeron a la inseguridad de las personas en el mundo. Por ello, la sociedad en general requería la fundación de un nuevo orden mundial. Y, particularmente, la protección de la persona no solo en su dimensión externa, en lo que tiene, en los bienes extrínsecos, sino también, en su dimensión interna, a la persona en sí misma, en los bienes intrínsecos.

Así, el proceso de internacionalización de los derechos inició con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, entre otros[26]. Este proceso ha traído consigo un "[…] innegable efecto benéfico: la introducción de *standards* mínimos, por debajo de los cuales la comunidad internacional estima que no se respetan los derechos humanos"[27]. Y, por ello, los derechos humanos, en la actualidad, "[…] constituyen una *materia propiamente internacional*, al haber cesado de pertenecer a la categoría de asunto que son esencialmente de la competencia territorial nacional de los Estados"[28].

---

24 Pérez Luño, A.E.: *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 10ª edición, Tecnos, Madrid, 2010, p. 50.

25 Pérez Royo, J.: "Los derechos", cit., pp. 249-250.

26 Lacruz Berdejo, J. L. *et al.*: "La persona", cit., p. 52: "Las modernas Constituciones (también la nuestra), dedican numerosos preceptos a la protección y respeto debido a la persona y a sus libertades y derechos llamados fundamentales o innatos; con visión *iuspublicista* en general, defendiendo a esa persona y sus derechos contra las injerencias del propio Estado. La misma preocupación por los derechos humanos ha motivado Declaraciones universales y Convenios internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 10 diciembre 1948 […], la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 16 diciembre 1966, etc.".

27 Díez Picazo-Jiménez, L. M.: "Derechos fundamentales", cit., pp. 28-29.

28 Peces Barba-Martínez, G. *et al.*: "Derecho internacional", cit., p. 271.

El elenco de estos derechos en estos instrumentos internacionales son los denominados derechos de los pueblos. Nada obsta, en este espacio, para decir que, como consecuencia de la revolución tecnológica, a finales del siglo XX y a comienzos del presente, han surgido los nuevos derechos de la sociedad del conocimiento.

E) Los derechos de la personalidad

El punto de partida de los derechos de la personalidad lo encontramos, sin duda, en las Declaraciones de Derechos. Pero, ya que, los derechos civiles y políticos garantizan el ámbito de libertad de actuación de la persona frente al poder estatal, la protección de la persona basculó en torno a todo lo que fuese apto para satisfacer, directa o indirectamente, sus necesidades, en fin, los bienes materiales e inmateriales, de naturaleza económica, susceptibles de valorase en dinero. Por eso, el *Code* francés de 1804 omitió cualquier referencia sobre los derechos de la personalidad.

La eclosión de este bloque de derechos tuvo lugar en el siglo XX, con la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Así lo evidencia el artículo 12[29]. Y es que, el actual crecimiento y desarrollo tecnológico está conduciendo a la "[…] destrucción sistemática y a la mercantilización de un amplio conjunto de bienes vitales para el hombre […] Son […] los "bienes personalísimos" […] Son […] bienes calificables de fundamentales por contraposición a los bienes de carácter patrimonial"[30].

2. Concepto.

Como ya señalamos, el Código napoleónico no contuvo ninguna disposición sobre los derechos de la personalidad, razón por la cual, todos los Códigos decimonónicos inspirados en él tampoco. Por ello, no existe un concepto normativo. No obstante, podríamos decir que son "[…] aquellas facultades concretas de que está investido todo el que tiene personalidad"[31], es decir, titularidades jurídicas pendulares de la persona.

29 Balaguer Callejón, F. *et al.*: *Manual de derechos constitucional, II, derechos y libertades fundamentales, deberes constitucionales y principios rectores, instituciones y órganos constitucionales*, 5ª edición, Tecnos, Madrid, 2010, pp. 132-133: "El reconocimiento de los derechos derivados de la personalidad como derechos humanos no se produce en los textos internacionales hasta después de la Segunda Guerra Mundial. En 1948, la Declaración Universal de Derechos humanos, en su artículo 12, proscribe las injerencias en la vida de las personales, y los ataques a la honra y a la reputación"; Pérez Royo, J.: "Los derechos", cit., p. 369: "Los llamados derechos de la personalidad no han formado parte de las declaraciones de derechos hasta época muy reciente. Es el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos la que los recoge por primera vez".

30 Monereo Pérez, J.L: *La protección de los derechos fundamentales, El modelo europeo*, 1ª edición, Bomarzo, Albacete, 2009, p. 120.

31 Castán Tobeñas, J.: "La esfera", cit., p. 325.

3. Naturaleza jurídica.

La naturaleza jurídica de los derechos de la personalidad ha sido un tema objeto de grandes debates. El *quid* giró respecto a si este bloque de derechos son auténticos derechos subjetivos. En el pasado, la doctrina negó esta posibilidad, puesto que, "[…] si se aplica la categoría de derechos subjetivos a los derechos de la personalidad, la oscuridad se presenta de inmediato, que se pueden resumir en su heterogeneidad y en lo inseguro y arbitrario que es en muchas ocasiones distinguir el objeto del sujeto de derecho. No es lo mismo el derecho de la persona a expresar libremente sus opiniones que sobre sus atributos físicos, por ejemplo, ni el hombre tiene una relación con su mano o con su honor semejante a la que tienen con una finca de su propiedad, pues la mano y el honor son él y están en él"[32].

Sin embargo, en la actualidad, la doctrina ya ha admitido que son verdaderos derechos subjetivos. En suma, una vez admitido un concepto amplio de derechos subjetivos en relación al bien "[…] no cabe negar que es posible la existencia de derechos la personalidad, consistentes en diferentes poderes, independientemente entre sí, concedidos al sujeto en orden a los diversos bienes (vida, libertad, honor, etc.) personales que tienen propia individualidad. Así, el objeto de tales derechos no lo sería la misma persona […], sino ciertas manifestaciones, cualidades o atributos de la personalidad, que son concebibles como algo distinto de la propia persona en sí misma"[33].

Así, los derechos de la personalidad son derechos subjetivos cuyo sujeto de derecho es la persona, desde el prisma corporal o físico y moral o incorporal, y el objeto recae sobre las facetas de cada uno de los derechos de la persona, sean corporales (derecho a la vida o integridad física) o morales (derecho al honor, a la intimidad o a la imagen).

4. Características.

La doctrina mayoritaria coincide en la caracterización de los derechos de la personalidad. Así pues, este bloque de derechos goza de las siguientes características: innatos u originarios, personalísimos, individuales, privados, absolutos o de exclusión, esenciales e inherentes, extrapatrimoniales, intransmisibles e indisponibles en principio, irrenunciables, imprescriptibles, inexpropiables e inembargables.

Son *innatos u originarios*. Así, la persona los adquiere, desde el nacimiento y por ministerio de la ley, sin necesidad de la concurrencia de ningún requisito, y los

32 Díez-Picazo, L. y Gullón, A.: *Sistema de derecho civil*, Volumen I, *Introducción, derecho de la persona, autonomía privada, persona jurídica*, 12ª edición, Tecnos, Madrid, 2012, p. 323.

33 Albaladejo, M.: *Derecho civil I, introducción y parte general*, 19ª edición, Edisofer, Madrid, 2013, p. 321.

pierde con la muerte[34]. Pertenecen a la persona, por el mero hecho de serlo por ello, el Estado no los concede, sino que, solo los reconoce y, por ende, los regula.

Son derechos *personalísimos*, pues, estamos en presencia de derechos *individuales*, *privados y absolutos*[35]. *Individualidad*, porque, le atañen a la persona física. Individual, ya que "[…] particular es el interés que con ellos se protege y porque se conceden en favor de cada sujeto concreto y especifico con el fin de asegurar ciertos bienes privados, íntimos y propios, distintos de los de las otras personas"[36]. *Privado* porque permite a la persona el goce de sus propios bienes y, a la vez, impide las perturbaciones ocasionadas por terceros [37]. El carácter de *absoluto o de exclusión* tiene un matiz. Los derechos de la personalidad son oponibles frente a todos. Hay un poder inmediato y directo. "No son, en cambio, absolutos (ilimitados) en cuanto a su contenido, pues están condicionados por las exigencias de orden moral y las del orden público que obligan a ponerlos en relación con los derechos de los demás hombres y los imperativos del bien común"[38].

Son *inherentes* a la persona, porque, están vinculados a la persona. Derivan de esta nota, las otras características, tales como *extrapatrimoniales*, *intransmisibles* e *indisponibles* en principio, *irrenunciables*, *imprescriptibles*, *inexpropiables* e *inembargables*.

Lo *extrapatrimonial* se refiere a que están fuera del comercio. "No pueden ser objeto de tráfico jurídico, como no lo puede ser la persona, de la que derivan esta nota característica: todo el tratamiento jurídico privilegiado o de especial amparo que reciben estos derechos se justifica, precisamente, por razón de la dignidad de la persona, en homenaje de la cual se reconocen"[39]. La *intransmisibilidad* e *indisponibilidad* cuentan también con un matiz. La persona no puede *disponer* de estos derechos en favor de particulares. Pero, que sea así "[…] no significa que la persona no pueda disponer de algún aspecto concreta de los mismos. Así, una persona no podrá transmitir a otra por ningún título su imagen o su intimidad en general, pero sí podrá permitirle que, supongamos a cambio de un precio, lo fotografié para una revista, o que publique en ella alguna faceta concreta de su vida más íntima'"[40]. La persona sigue ostentando imagen e intimidad, aun y cuando, haya permitido que le tomaran una fotografía. No son *transmisibles*, pero

34 Castán Tobeñas, J.: "La esfera", cit., p. 332.

35 Bustos Pueche, J. E.: *Manual sobre bienes y derechos de la personalidad*, 2ª edición, Dykinson, Madrid, 2008, p. 42.

36 Bonilla Sánchez, J. J.: "Los derechos", cit., pp. 34-35.

37 Lacruz Berdejo, J. L. *et al.*: "La persona", cit., p. 59.

38 Castán Tobeñas, J.: "La esfera", cit., p. 332.

39 Bustos Pueche, J. E.: "Los derechos", cit., p. 43.

40 Sánchez Calero, F. J. *et al.*: *Curso de Derecho civil I, Parte general y derecho de la persona*, 8ª, edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 210.

hay una disponibilidad parcial. La persona no puede *renunciar* a estos derechos. Conviene decir otra vez, estos derechos pueden dar lugar, a su vez, a una serie de rendimientos de tipo económico que sí podrían ser transmitidos[41].

El ejercicio de estos derechos es *imprescriptible*. El goce es continuo. Y, por último, son *inexpropiables* e *inembargables*. Ambas derivan como consecuencia de la extrapatrimonialidad y la intransmisibilidad.

5. Clasificación.

La clasificación responde, según veremos, a un asunto instrumental y pedagógico. No obstante, cualquier clasificación no puede ser cerrada, porque, pueden surgir "nuevos" derechos. Por ello, la doctrina ha debatido sobre la ampliación o reducción de las clases de los derechos de la personalidad.

En atención a la clasificación más sencilla, este bloque de derechos se divide, por un lado, en atención al aspecto corporal o físico, los cuales son el derecho a la vida y a la integridad física, y, por otro lado, en relación al aspecto moral o incorporal, que se refieren al derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Pero, Lacruz ofrece una clasificación más amplia, "[…] al primer grupo pertenecen el derecho a la vida, el derecho a la integridad física y el derecho sobre las partes separadas o separables del propio cuerpo. En el segundo grupo pueden incluirse el derecho a la propiedad identidad (en especial, a la identidad sexual y el derecho al nombre), el derecho a la libertad en sus múltiples facetas, el derecho al honor, el derecho a la intimidad, el derecho a la propia imagen y el derecho a la autodeterminación informativa'"[42]. Por su parte, Lete Del Río ofrece otra clasificación también amplia "[…] dentro de los primeros se encuentran los siguientes: derecho a la vida, derechos a la integridad física y derecho a la libertad. En el segundo grupo suelen incluirse: el derecho al honor, el derecho a la intimidad, el derecho a la propia imagen y el derecho al nombre'"[43].

6. Titularidad.

En principio, la titularidad de los derechos de la personalidad atañe a la persona física. Sin embargo, la doctrina ha discutido sobre si las personas jurídicas pueden ser titulares de estos derechos. Teóricamente, no[44], porque, en definitiva, "[…] la construcción técnica de los derechos de la personalidad se ha hecho a partir de

41 Encabo Vera, M.A.: *Derechos de la personalidad*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 38.

42 Lacruz Berdejo, J. L. *et al.*: "La persona", cit., p. 62.

43 Lete Del Río, J. M.: *Derecho de la persona*, 3ª edición, Tecnos, Madrid, 1996, p. 211.

44 Bustos Pueche, J. E.: "Los derechos", cit., p. 44: "[…] en mi opinión, […] sólo los individuos, las personas físicas […] pueden ser titulares de estos derechos".

la persona física […]'[45]. No obstante, las personas jurídicas de Derecho privado pueden gozar del derecho al honor[46], aunque, no tienen ni intimidad ni imagen. Este reconocimiento procede por virtud de la naturaleza instrumental de las personas jurídicas[47].

II. EL HONOR, LA INTIMIDAD Y LA IMAGEN COMO DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN DE NICARAGUA.

1. Concepto de los derechos fundamentales.

Previamente, trazamos las líneas generales de los derechos fundamentales, es decir, ofrecimos un concepto histórico. No obstante, la doctrina ha formulado conceptos, según las perspectivas, formales y materiales. Por tal razón, podemos decir que no existe un concepto inequívoco de los derechos fundamentales[48].

Los derechos fundamentales son, según Ferrajoli, "[…] todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar'[49]. La premisa de este concepto es que, a todos los seres humanos, por el mero hecho de serlo, les atañen derechos. Pero, este concepto ha sido tildado, por el mismo autor, como teórico, puramente formal o estructural. Aunque, Díez Picazo-Jiménez presupone que se trata de un concepto material, porque, "[…] sobreentiende que lo verdaderamente peculiar de los derechos es su contenido"[50]. Así, conforme a este concepto, en cualquier ordenamiento jurídico constitucional todos los derechos serían fundamentales.

Ahora bien, desde el punto de vista formal, los derechos fundamentales están íntimamente vinculados con las garantías constitucionales. Así, los derechos fundamentales son sólo los que están reconocidos explícitamente como tales y los que, además, gozan de los ingredientes imprescindibles que los fundamentan con tal carácter.

45 García Rubio, M. P.: "Los derechos de la personalidad", en AA.VV.: *Tratado de derecho de la persona física*, (coord. por J. Solé Resina), 1ª edición, Civitas, Cizur Menor, 2013, p. 612.

46 En el Derecho comparado, el Tribunal Constitucional español (TC) ha afirmado en cuanto al honor de las personas jurídicas que: "En consecuencia, dada la propia sistemática constitucional, el significado del derecho al honor ni puede ni debe excluir de su ámbito de protección a las personas jurídicas", (STC 139/1995, de 26 de septiembre (RTC 1995, 139).

47 Vid. De Verda y Beamonte, J. R.: "Los derechos fundamentales de la personalidad (al honor, a la intimidad y a la propia imagen) como categoría unitaria", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 23, 2017, pp. 91-97.

48 Balaguer Callejón, F. *et al.*: "El sistema", cit., p. 34: "Ahora bien, no es posible dar cuenta clara de la existencia de un criterio de fundamentalidad para los derechos que sea universalmente válido. Los derechos fundamentales son, así, los que están reconocidos con ese carácter en un ordenamiento positivo […]. Aunque satisfacen un requerimiento ético en algunos casos compartido universalmente, ni existen derechos humanos *per se* […], ni existe tampoco, en lógica consecuencia, un concepto doctrinal y dogmático universalmente válido de derecho fundamental".

49 Ferrajoli, L.: *Derechos y garantías: la ley del más débil*, 7ª edición, Trotta, Madrid, 2010, p. 37.

50 Díez Picazo-Jiménez, L.M.: "Derechos fundamentales", cit., p. 30.

Con todo, el concepto formal y material son compatibles entre sí. El concepto formal pone el "[…] acento en que la máxima fortaleza jurídica de los derechos se produce cuando son declarados a nivel constitucional y hay, además, vías para la aplicación jurisdiccional de la constitución. La concepción material, por su parte, insiste en que regímenes jurídicos distintos no dan forzosamente lugar a realidades diferentes […][51]".

2. Naturaleza de los derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales están profundamente conectados con el Estado social y democrático de Derecho. Así pues, tienen una doble dimensión, subjetiva y objetiva. Este doble aspecto debe valorarse con dependencia recíproca, es decir, esta dualidad debe considerarse en la interpretación y en la aplicación de las normas constitucionales cuyo contenido sean derechos fundamentales.

En la primera dimensión, conforman el "[…] estatuto jurídico de los ciudadanos en relación con el Estado y en el seno de la sociedad, esto es, respecto a los poderes públicos y también respecto a terceros en las relaciones entre particulares"[52]. Así, brindan a las personas facultades a fin de ejercerlas en situaciones específicas, esto es, de las intervenciones del poder público y de las actuaciones de los terceros. En el segundo aspecto, son "[…] presupuestos de consenso del sistema social y político, como resultado del acuerdo básico de los ciudadanos y de las fuerzas políticas y, por ello, tienen una función legitimadora e informadora, axiológica, del conjunto del entramado constitucional"[53]. Por ello, como valores básicos, fundan el orden de los poderes públicos[54].

3. Clasificación de los derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales se han clasificados de múltiples maneras por parte de la doctrina. Se pueden clasificar según el criterio funcional o estructural, según el contenido, objeto o finalidad, por la garantía, etcétera. Pero, por lo que aquí interesa, los clasificaremos por el criterio funcional. De modo que, esta clasificación atiende a un asunto instrumental y pedagógico.

51 Díez Picazo-Jiménez, L.M.: "Derechos fundamentales", cit., p. 31.

52 Balaguer Callejón, F. *et al.*: "El sistema", cit., p. 40.

53 Balaguer Callejón, F. *et al.*: "El sistema", cit., p. 40.

54 El TC ha dicho sobre la doble dimensión de los derechos fundamentales que: "Los derechos fundamentales tienen un doble carácter. En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un "status" jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho […]", (STC 25/1981, de 14 de julio (RTC 1981, 25).

Así, en cuanto al criterio funcional, pueden ser clasificados en tres bloques: los derechos civiles, derechos políticos, derechos sociales y colectivos. Los primeros, como ya habíamos delineado, garantizan el ámbito de libertad de actuación de la persona, sin la interferencia estatal. Los segundos, garantizan la gestión democrática de los asuntos públicos por parte de la persona. Y los últimos, garantizan las condiciones de vida digna de las personas y los intereses de los colectivos[55].

4. El derecho fundamental al honor, a la intimidad y a la imagen.

A) El repertorio de los derechos.

La Constitución nicaragüense de 1987 (Cn) tiene una clasificación de los derechos similar a la antes mencionada. Pero, esta lista atendió a los compromisos políticos asumidos por el Estado de Nicaragua en esta época. Así, la Constitución ha reconocido los derechos, en el título IV, denominado Derechos, Deberes y Garantías del Pueblo Nicaragüense, en el capítulo I Derechos Individuales, en el capítulo II Derechos Políticos, en el capítulo III Derechos Sociales, en el capítulo IV Derechos de la Familia, en el capítulo V Derechos Laborales, y, en el capítulo VI Derechos de las Comunidades de la Costa Atlántica. Los derechos están comprendidos desde el art. 23 hasta el 91.

B) El derecho al honor, a la intimidad y a la imagen.

Antes que todo, el artículo 4 Cn, reconoce al ser humano como persona, "El Estado nicaragüense reconoce a la persona…". El art. 5 Cn, erige el respeto de la dignidad de la persona, "Son principios de la nación nicaragüense […] el respeto a la dignidad de la persona humana […]". El art. 6, precisa de este Estado democrático y social de Derecho la promoción "[…] como valores superiores la dignificación del pueblo a través de su ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los Derechos Humanos […]". Y, el art. 25, prevé la condición básica, la personalidad jurídica, "Toda persona tiene derecho: 3. Al reconocimiento de su personalidad […]".

Así también, el Código civil de Nicaragua de 1904 (CC), en el art. 1, la persona es sujeto de derecho derechos y de obligaciones, "Es persona todo ser capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones", En el art. 2, el ser humano, por el mero hecho de serlo, es merecedora de personalidad, "Son personas naturales todos los individuos de la especie humana". Y en el art. 5, fija, así sin más, el comienzo de la persona en el mismo momento del nacimiento, "La existencia legal de toda persona principia al nacer".

55 Díez Picazo-Jiménez, L.M.: "Derechos fundamentales", cit., pp. 34-35.

Así pues, el ordenamiento jurídico nicaragüense está encaminado al reconocimiento, respeto y protección de la persona y de su dignidad. La dignidad de la persona, "[…] el rango y la categoría del ser humano como tal […], conlleva la personalidad jurídica […]. La dignidad postula ineludiblemente la personalidad, la aptitud para ser titular de derechos y de obligaciones, la atribución de derechos y de deberes que le son inherentes y son inviolables"[56]. La personalidad no es solo la aptitud para ser sujeto de derechos y de obligaciones; también, comporta la titularidad de derechos y deberes[57]. La dignidad como piedra base de la persona dimana los derechos propios de ésta y se los tutela[58].

En efecto, la Constitución reconoce los derechos de la personalidad, los de tipo incorporal, en el capítulo I Derechos individuales, en el art. 26, "Toda persona tiene derecho: 1. A su vida privada y a la de su familia. 2. Al respeto de su honra y reputación". Y, los tutela en el art. 46 "[…] toda persona goza de la *protección estatal* y del *reconocimiento de los derechos* inherentes a la persona humana, del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos y de la plena vigencia de los derechos consignados […]" en las Declaraciones, Pactos y Convenciones.

No obstante, podemos notar que, la Constitución interna una nebulosa jurídica con respecto al derecho al honor, a la intimidad y la imagen. Primero, en la Constitución no los rotula, ni en el título IV, ni en capítulo I, ni en el resto de los capítulos, como derechos fundamentales[59], y las garantías constitucionales no están nítidamente reflejadas. Y, segundo, el art. 26 numeral 1 y 2 no los enuncia en términos claros y precisos. Este claroscuro panorama jurídico deviene, probablemente, por la particular naturaleza de estos derechos, "[…] cuyo carácter eminentemente moral dificulta su delimitación y tratamiento legal al tener que llevar al terreno de lo concreto aspectos esencialmente abstractos […][60]". Aunque, lo cierto es que, en este artículo están proclamados, en general, una serie de

56 González Pérez, J.: *La dignidad de la persona*, 2ª edición, Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 75-76.

57 Hervada, en Martínez De Aguirre Aldaz, C. y De Pablo Contreras, P. *et al.*: *Curso de Derecho civil, I, Derecho de la persona*, volumen 2º, 5ª edición, Edisofer, S. L., Madrid, 2016, pp. 25-26.

58 El TC ha manifestado en relación a estos derechos: "El derecho al honor y otros de los derechos reconocidos […] aparecen como derechos fundamentales vinculados a la propia personalidad, derivados sin duda de la dignidad de la persona […]", (STC 214/1991, de 11 de noviembre (RTC 1991, 214).

59 De Verda y Beamonte, J. R.: "Consideraciones preliminares", cit., p. 60: "Uno de los problemas dogmáticos recurrentes en el ámbito del Derecho de la Persona es explicar de modo adecuado la relación entre la categoría de los "derechos fundamentales" y la de los "derechos de la personalidad". Las dificultades nacen por el diverso origen de ambas: los derechos fundamentales se conciben inicialmente como reductos de inmunidad frente a las injerencias de los poderes públicos; los derechos de la personalidad como una técnica del Derecho Civil para hacer frente a las intromisiones ilegítimas de sujetos de Derecho Privado en ámbitos de la propia esfera personal (física o psíquica) de los seres humanos, justificando la puesta en marcha de la tutela inhibitoria (para hacer cesar la intromisión) y resarcitoria (para obtener la reparación del subsiguiente daño moral)".

60 Moliner Navarro, R.: "El derecho al honor y su conflicto con la libertad de expresión y el derecho a la información", en AA.VV.: *Veinticinco años de aplicación 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* (coord. por J.R. De Verda y Beamonte), Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 22.

derechos no solo vinculados a la personalidad y derivados de la dignidad de la persona, sino también, relacionados a la vida privada, esto es, los derechos de la vida privada[61], los cuales, consisten en el derecho a un espacio enteramente íntimo, reservado de la vida tanto personal como familiar.

El precitado art. en el numeral 1 claramente pregona, como vimos, el derecho a la vida privada personal y familiar, de modo que, en él están implícitos tanto la intimidad como la imagen. Así, de esta norma constitucional debe extraerse y, por ende, en ella debe distinguirse la intimidad y la imagen también. Por tanto, la vida privada personal y familiar debe entenderse en un sentido genérico, y la intimidad y además la imagen en un sentido estricto.

Ciertamente, en algunos ordenamientos jurídicos constitucionales, como en el italiano y en el francés, la vida privada y la intimidad son equivalentes[6263]. Pero, el concepto de la vida privada es más amplio que el concepto de la intimidad. Ya que, puede incluir "[…] circunstancias que, sin ser secretas ni de carácter íntimo, merecen el respeto de todos y la protección frente a la indebida publicación de hechos particulares y familiares, aunque no sean secretos, prescindiendo de si son ciertos o inciertos […], mientras que intimidad, íntimo, se puede vincular a la idea secreto, de núcleo fundamental de las circunstancias, informaciones, de una persona que permite excluir a todos"[64].

Cabe señalar que, a la imagen se la ha considerado como complementaria de la intimidad. La imagen es la "[…] efigie o cara, o el cuerpo en tanto en cuanto permita conocer la persona a que pertenece […] consiste en la reserva o preservación del propio físico o efigie en tanto que revelador de la persona: significa la no reproducción inconsentida de la propia efigie. Por esta razón, es

61 Vid. Díez Picazo-Jiménez, L. M.: "Los derechos", cit., pp. 279-311; Pérez Luño, A.E.: "La intimidad", cit., pp. 323-350.

62 De Verda y Beamonte, J. R.: *La protección del derecho a la intimidad frente a las indiscreciones literarias*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 12-13: "En el Derecho italiano no existe un explícito reconocimiento del derecho a la intimidad, pero el denominado "diritto alla riservatezza" es únicamente admitido por autores y tribunales, basándose en el art. 2 de la Constitución del país, en la aplicación analógica del art. 10 CC (que reconoce el derecho a la propia imagen), en una interpretación extensiva del […] art. 8 del Convenio de Roma, que sanciona el derecho al respeto a la vida privada, personal y familiar. En la jurisprudencia es emblemática la Sentencia […], que, por vez primera, afirma claramente la existencia del derecho a la "riservatezza" […]. En Francia, el art. 9 CC reconoce el derecho al respeto a la vida privada y familiar […], derecho éste, que se ha convertido en una especie de "supra-concepto" […], que permite la protección de bienes de la personalidad que carecen de una regulación específica en la legislación francesa, como es señaladamente, el caso de la propia imagen. De lo dicho resulta que el contenido de este "droit a la vie privée" es más extenso que el derecho a la intimidad, regulado en el art. 18 CE y en la LO 1/1982) […]".

63 El Tribunal Supremo español (TS) al respecto ha expresado que: "[…] -en- la Constitución, […] si bien no dice en qué consiste la intimidad, indudablemente hay que relacionarla con la dignidad de la persona y derecho a la privacidad, como patrimonio personal y familiar propio, vivencial y existencial", (STS 27 junio 2003 (RJ 2003, 4312).

64 Grimalt Servera, P.: *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, 1ª edición, Iustel, Madrid, 2007, p. 69.

dudoso que la imagen sea un bien con sustantividad propia"[6566]. Sin embargo, el profesor De Verda y Beamonte nos dice que, la imagen tiene autonomía conceptual respecto al honor y a la intimidad porque protegen bienes jurídicos distintos[6768].

Por su parte, en el antedicho art. numeral 2, el derecho al honor[69] está presente con concepciones afines, tal como la honra y la reputación, lo cual, sin embargo, es desacertado y desajustado, puesto que, el honor no es sinónimo ni de honra ni de reputación. La honra es un concepto desfasado del honor y, por ende, "[…] ha caído en desuso y se ha vaciado casi por completo de contenido"[70], aunque, podría asociarse, no obstante, un poco más a la reputación o al buen nombre. Y es que, el honor "[…] representó en el pasado para las clases altas de la sociedad lo que la honra para los estratos más humildes de ésta"[71]. Según Pérez Royo, el honor fue un concepto que tuvo sus raíces en la sociedad aristocrática, por ello, no tenía un sentido igualitario, sin embargo, en un Estado social y democrático de Derecho, el honor es predicable de todos los seres humanos y, por tanto, igualitario, razón por cual, no es posible una aplicación e interpretación de la Constitución en sentido nobiliario[7273]. En suma, la honra está referida a una "[…] visión clasista y discriminatoria del Derecho […]. Una concepción anclada en convencionalismos […]"[74] y la reputación hace referencia al contenido propio del derecho al honor.

65 Bustos Pueche, J. E.: "El honor", cit., p. 122.

66 El TS la consideró como una faceta del derecho a la intimidad: "El del honor queda muy diferenciado, pero los de la intimidad e imagen tiene más difícil separación dogmática y pragmática, e incluso en la doctrina italiana, francesa y especialmente la anglosajona se engloba la imagen dentro del derecho a la intimidad", (STS 17 diciembre 1997 (RJ 1997, 9100). Vid. STC 117/1994, de 25 de abril (RTC 1994, 117).

67 De Verda y Beamonte, J.R.: "La autonomía", cit., p. 26.

68 El TC reconoció la autonomía de la imagen: "La facultad otorgada por este derecho, en tanto que derecho fundamental, consiste en esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad —informativa, comercial, científica, cultural, etc.— perseguida por quien la capta o difunde", (STC 81/2001, de 26 de marzo (RTC 2001, 81).

69 El TC en relación al concepto del derecho al honor ha apuntado que: "En una primera aproximación no parece ocioso dejar constancia de que en nuestro ordenamiento no puede encontrarse una definición de tal concepto, que resulta así jurídicamente indeterminado. Hay que buscarla en el lenguaje de todos, en el cual suele el pueblo hablar a su vecino y el Diccionario de la Real Academia (edición 1992) nos lleva del honor a la buena reputación (concepto utilizado por el Convenio de Roma), la cual -como la fama y aun la honra- consiste en la opinión que las gentes tienen de una persona, buena o positiva si no van acompañadas de adjetivo alguno. Así como este anverso de la noción se da por sabido en las normas, éstas en cambio intentan aprehender el reverso, el deshonor, la deshonra o la difamación, lo infamante", "El contenido del derecho al honor es lábil y fluido, cambiante y, en definitiva, como hemos dicho en alguna ocasión, "dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento", (STC 223/1992, de 14 de diciembre (RTC 1992, 223).

70 Moliner Navarro, R.: "El derecho", cit., p. 42.

71 Romero Coloma, en Moliner Navarro, R.: "El derecho", cit., p. 42.

72 Pérez Royo, J.: "Los derechos", cit., pp. 374-375.

73 El TC ha destacado la incompatibilidad del honor en cuanto al sentido nobiliario: "El casar o no con persona noble no puede afectar en modo alguno a la dignidad de las personas. La mentalidad nobiliaria no puede mantener hoy su axiología como un sistema referencial socialmente relevante; pues ya no lo es, ni en todo caso compatible con la Constitución", (STC 27/1982, de 24 de mayo (RTC 1982, 27).

74 Moliner Navarro, R.: "El derecho", cit., pp. 42-43.

En algunos ordenamientos jurídicos constitucionales, es verdad, con todo, que "[…] valores similares son protegidos a través de otros derechos fundamentales. Tal es destacadamente, el caso de Alemania, donde gran parte de lo que en España se conoce como honor cae dentro del libre desarrollo de la personalidad, que allí es un derecho fundamental en sí mismo […][75]".

Por último, el art. antes citado encuentra, en primer lugar, su correlativo en el antes señalado art. 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En segundo lugar, en el art. 5 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Y, en tercer lugar, en el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Al respecto, hay que tener en cuenta que, estas declaraciones y pactos, por el bloque de convencionalidad del art. 46 de la Constitución, deben ser aplicadas e interpretadas por las autoridades judiciales de manera directa e inmediata a los casos concretos.

C) La garantía de la dignidad de la persona.

La dignidad de la persona fue incorporada como fundamento de los derechos fundamentales en los ordenamientos jurídicos constitucionales contemporáneos, es decir, el "[…] recurso a la dignidad humana como nodo antitotalitario es muy reciente. Tanto como su uso catártico frente a los pavores asociados a sistemas políticos dirigidos al exterminio del ser humano como categoría existencial individual"[76]. Y es que, el concepto de derechos fundamentales "[…] exige una idea de persona válida en todas las circunstancias y momentos y que no puede construirse cuando se rechaza la idea misma de persona. Sin aceptación del ideal de la dignidad de la persona no puede haber derechos humanos"[77].

Así, los derechos fundamentales consagrados en una Carta Magna están encaminados, de cualquier forma, a "[…] posibilitar el desarrollo integral del ser humano exigido por su misma dignidad"[78]. Por eso, la dignidad, una vez prescrita en la Constitución, de alguna manera, queda ya, "[…] esbozada su comprensión del Estado y del Derecho, y asienta su premisa antropológica. El respeto y la protección de la dignidad humana, como garantía fundamental del Estado constitucional, supone, por tanto, la premisa respecto a la totalidad de las cuestiones concretas

75 Díez Picazo-Jiménez, L.M.: "Derechos fundamentales", cit., p. 293.

76 Chueca Rodríguez, R.: "La marginalidad jurídica de la dignidad humana", en AA.VV.: *Dignidad humana y derecho fundamental*, (coord. por R. Chueca Rodríguez), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, p. 28.

77 Peces-Barba, en Bioy, X.: "Dignidad humana y derecho fundamental: Francia y España", en AA.VV.: *Dignidad humana y derecho fundamental*, (coord. por R. Chueca Rodríguez), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, p. 181.

78 Fernández Segado, F.: "La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1993, núm. 39, p. 203.

dogmático jurídico"[79]. De ahí la importancia de que una Constitución esté cimentada en esta garantía propia del Estado social y democrático de Derecho.

Como dijimos, la Constitución, en el art. 5, funda el respeto de la dignidad, y, en el art. 6, insta al Estado social y democrático de Derecho a que promueva como valores superiores la dignificación del pueblo mediante su ordenamiento jurídico y la preeminencia de los Derechos Humanos. Por tanto, la recepción constitucional de la dignidad supone, según Dürig, "[…] su conversión en valor jurídico […]", Maihofer, "[…] su reconocimiento incondicional como norma jurídica […]", Wertenbruch, "[…] como norma en sentido pleno y precepto jurídico obligatorio […]", y Peters "[…] conforme al cual debe ser interpretado el propio sentido de toda la Constitución"[80].

La dignidad es pues un "[…] concepto de Derecho constitucional positivo[81]". En consecuencia, la Constitución la ha colocado en una posición de supremacía. Y así, esta superioridad jerárquica pone de relieve su desdoblamiento en derecho fundamental supremo y en supremo principio constitucional.

Por una parte, el art. 5 propicia a considerarla como un derecho fundamental supremo del ordenamiento jurídico constitucional. Así, la enunciación de la dignidad en esta norma constitucional comporta una faceta intangible y otra de salvaguardia, es decir, puede ser asumido por dos frentes, en primer lugar, intocable y, en segundo lugar, amparable. Este artículo puede también concatenarse con el art. 46, el cual, reafirma esta posición bifronte, esto es, la protección estatal y el reconocimiento de los derechos inherentes a la persona. El enlazamiento de estas normas constitucionales permite a la persona saber a qué atenerse frente al Estado y frente a los particulares.

Por ello, el Estado y los terceros están obligados, en un sentido lato, a respetarla. Los poderes públicos y los particulares deben abstenerse, respectivamente, de emitir cualquier acto y de realizar cualquier comportamiento que la menoscabe o la agreda. En especial, los órganos estatales están obligados a respetarla y, a la vez, protegerla. Por un lado, la obligación de respeto sugiere que el Estado la deje intacta -negativamente-, es decir, cualquier acto del poder estatal debe estar en función de su permanencia intacta. Por otro lado, la obligación de protegerla se manifiesta en dos ámbitos, en primer lugar, la salvaguardia mediante una actuación

79 Häberle, P.: "La dignidad del hombre como fundamento de la comunidad estatal", traducción del alemán por Alberto Oehling De Los Reyes, en AA.VV.: *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*, (coord. por F. Fernández Segado), Dykinson, S.L., Madrid, 2008, p. 213.

80 Oehling De Los Reyes, A.: *La dignidad de la persona: Evolución histórico filosófica, concepto, recepción constitucional y relación con los valores y derechos fundamentales*. Dykinson, Madrid, 2010, pp. 242-243.

81 Starck, C.: "La dignidad del hombre como garantía constitucional, en especial, en el derecho alemán", traducción del alemán por Alberto Oehling De Los Reyes, en AA.VV.: *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*, (coord. por F. Fernández Segado), Dykinson, S.L., Madrid, 2008, p. 241.

estatal de fomento y, en segundo lugar, la tutela de las autoridades judiciales, en especial, por cualquier ataque o merma, perpetrado por los terceros, el mismo Estado e, incluso, la propia persona[82][83].

Con este planteamiento, la dignidad supone, según Nipperdey, "[…] el derecho fundamental principal material de la Constitución […][84]". Es decir, "[…] un derecho público (y privado) subjetivo elemental […] -de tal forma que, la dignidad en la Constitución- […] exige la abstención de toda merma de la dignidad (derecho de defensa) y actuación de protección positiva (derecho de protección)"[85]. Así, la dignidad es, por tanto, un derecho subjetivo público.

Por otra parte, el tenor literal del art. 6 apunta a considerarla como un supremo principio constitucional[86]. La dignidad está configurada como un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional[87]. Con este planteamiento, la dignidad, por un lado, puede erigirse "[…] sobre el resto del contenido de la Constitución […][88]", puede ser "[…] el fundamento y la razón de la necesidad de esos valores superiores, es la raíz última de todo […][89]", puede formar parte del "[…] núcleo axiológico fundamentador de los derechos humanos […]"[90], y, por otro lado, puede operar como un identificador del contenido esencial de los derechos fundamentales, en otras palabras, el tópico concreto de los derechos fundamentales puede estar "[…] en función de los valores constituidos en una comunidad histórica concreta y de los fines que ella misma pretende realizar, siempre que se respete como principio ineludible la propia esencia de la dignidad de la persona humana como el fin de sí misma […]"[91].

82 Starck, C.: "Obligación de", cit., pp. 267-268.

83 González Pérez, J.: "La dignidad", cit., pp. 77-78.

84 Nipperdey, en Germán Gómez, O.: "La dignidad de la persona en la *Grundgesetz*", en AA.VV.: *Dignidad humana y derecho fundamental*, (coord. por R. Chueca Rodríguez), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, p. 56: La dignidad es "[…] el derecho fundamental principal material de la Constitución".

85 Nipperdey, en Oehling De Los Reyes, A.: "La recepción", cit., p. 253.

86 Dürig, en Germán Gómez, O.: "La dignidad", cit., p. 57: La dignidad es "[…] un principio constitucional superior a todos los derechos objetivos […]".

87 El TC ha considerado a la dignidad de la persona como un valor superior: "Junto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionado con la dimensión moral de ésta, nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada […], al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1). Del sentido de estos preceptos puede deducirse que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás", (STC 53/1985, de 11 de abril (RTC 1985, 53).

88 García De Enterría E.: "Principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la Jurisprudencia en la Constitución", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 10, 1984, p. 22.

89 Peces-Barba, G.: Los valores superiores, Tecnos, Madrid, 1984, p. 85.

90 Perez Luño, en Ruiz Lapeña, R.: "La dignidad y sus manifestaciones en el ordenamiento constitucional español", en AA.VV.: *Dignidad humana y derecho fundamental*, (coord. por R. Chueca Rodríguez), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, p. 350.

91 Fernández García, E.: "El problema del fundamento de los derechos humanos", *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 1, 1982, p. 93.

Así las cosas, la dignidad no se ubica en un mismo plano respecto de los derechos fundamentales. La dignidad está proyectada en todos los derechos fundamentales, es decir, "[…] no sólo en los derechos que la Constitución califica de fundamentales […] y que gozan de la protección jurisdiccional del amparo […], sino de los demás derechos que la Constitución consagra […]"[92]. La dignidad "[…] supone el valor básico […] fundamentador de los derechos humanos que tienden a explicitar y satisfacer las necesidades de la persona en la esfera moral. De ahí que represente el principio legitimador de los denominados derechos de la personalidad"[93], en específico, el derecho fundamental al honor, a la intimidad y a la imagen.

Por tanto, la dignidad es fuente jurídica, es piedra angular, es el punto de partida de este bloque de derechos fundamentales, de forma que, deben gozar, como ya dijimos, del reconocimiento, respeto y protección del ordenamiento jurídico constitucional. De modo que, los poderes públicos están obligados a respetarlos y protegerlos[94]. Particularmente, las autoridades judiciales son los que en cada caso en concreto tienen la "[…] obligación de proteger la dignidad respecto de las injerencias de terceros […], debiendo implementar normativamente la garantía de la dignidad […] La protección del honor -la intimidad y la imagen- […] se protege por el Derecho civil […]"[95]. En suma, el análisis aplicativo e interpretativo del derecho fundamental al honor, la intimidad y la imagen debe partir inexorablemente de la dignidad como garantía, ya que, el art. 26 numeral 1 y 2, el cual, consagra estos derechos, está vinculado con los arts. 5 y 6, en los cuales, la dignidad está situada en un lugar hegemónico.

D) Las garantías constitucionales.

Anteriormente, trazamos también las líneas generales de las garantías conforme definíamos a los derechos fundamentales. El concepto de las garantías no es, sin embargo, semejante al de los derechos fundamentales. Pero, por supuesto que, están íntimamente vinculados.

Las garantías constituyen un núcleo de instrumentos de protección de los derechos fundamentales frente a los órganos estatales y terceros, y de elementos que les dan consistencia y estructura interna. Así, se refieren al conjunto de "[…]

92 González Pérez, J.: "La dignidad", cit., p. 128.

93 Pérez Luño, A.E.: "La intimidad", cit., pp. 324-325.

94 Oehling De Los Reyes, A.: "La recepción", cit., pp. 260-261: "El Tribunal de *Karlsruhe* sintetiza ambas visiones como no excluyentes y toma una posición abierta y bifronte. Por un lado, la dignidad es "principio constitucional" y "valor indisponible objetivo", "la atención y respeto de la dignidad forma parte de los principios constitucionales (…), y el poder del Estado está obligado, en todas sus formas de manifestación, a respetar y proteger la dignidad del hombre". Por otro lado, el artículo 1.1 de la *Grundgesetz* también "conforma un derecho fundamental garantizado y, aunque no fuese calificado así, eso no excluiría un compromiso del poder estatal respecto a este principio constitucional".

95 Starck, C.: "Obligación de", cit., pp. 269-270.

medios que el ordenamiento prevé para la protección, tutela o salvaguardia de los derechos fundamentales. Se trata de un conjunto heterogéneo, pues abarca tanto procedimientos de distinta índole como requisitos sustantivos, cuyo rasgo común es precisamente estar dirigidos a asegurar la observancia y la efectividad de los derechos fundamentales[96]". Por ello, la Constitución no solo debe reconocerlos, sino también, debe dotarlos de las máximas garantías. Así, las garantías pasan a constituir el contenido de los derechos fundamentales.

En el Derecho comparado, las garantías son dispares. De forma que, pueden ser diversas en razón de las tradiciones jurídicas de cada país. En suma, no hay una única fórmula.

Las garantías del derecho fundamental al honor, a la intimidad y a la imagen pueden ser de dos tipos. En primer término, las garantías genéricas o normativas. En este caso, hablamos de mecanismos de actuación de los poderes públicos frente a los derechos fundamentales, así, la vinculación de los poderes públicos a los derechos o la eficacia directa de los derechos y la reserva de ley. En segundo lugar, las garantías específicas o jurisdiccionales. En este otro caso, hablamos de específicos instrumentos de protección de los derechos fundamentales, así, la garantía judicial y la constitucional[97].

La eficacia de los derechos *inter privatos*

De entrada, la Constitución, en los arts. 46 y 130, vincula a los poderes estatales o, bien, dota de eficacia directa a los derechos fundamentales. El art. 46 fragua una cláusula vinculatoria o de eficacia, ya que, toda persona goza de la protección y del reconocimiento estatal de los derechos inherentes a la persona, del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos, y de la plena vigencia de los derechos consignados en las Declaraciones, Pactos y Convenciones. Este artículo está conectado con el art. 130[98]. Por tanto, esta norma constitucional robustece la sujeción de los poderes públicos o la eficacia inmediata de los derechos fundamentales.

En suma, conforme a estas dos normas constitucionales, por el tenor literal, los derechos fundamentales son aplicables directa o inmediatamente, con independencia de la existencia de ley que los desarrolle y regule, es decir,

96 Díez Picazo-Jiménez, L. M.: "La protección", cit., p. 69.

97 García Morillo J.: "Las garantías de los derechos fundamentales (I). Las garantías genéricas. La suspensión de los derechos fundamentales", en AA.VV.: *Derecho constitucional, vol. I, El ordenamiento constitucional. Derecho y deberes de los ciudadanos*, 8ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 398-399.

98 El TC ha dicho en torno al principio de vinculatoriedad o de eficacia directa que: "[…] los preceptos constitucionales alegados vinculan a todos los poderes públicos […] y que son origen inmediato de derechos y de obligaciones y no meros principios programáticos", (STC 21/1981, de 15 de junio (RTC 1981, 21).

(en principio) no es preciso "[…] una intervención del legislador para que los ciudadanos puedan ejercerlos, aunque tal intervención pueda ser muy conveniente, dependiendo del derecho de que se trate. Pero el derecho ya está reconocido en la Constitución y ni su presencia en el ordenamiento ni su ejercicio por los ciudadanos depende de que el legislador actúe o deje de actuar"[99].

La vinculación de los poderes públicos o eficacia directa de los derechos fundamentales no está ceñida solo al ámbito estatal, sino que, además se proyecta a las relaciones entre los terceros, esto es, los derechos fundamentales tienen eficacia indirecta o mediata en las relaciones de los particulares[100]. Por eso, los órganos públicos tienen la obligación de configurar las "[…] situaciones jurídicas de todos los particulares de acuerdo con los derechos fundamentales […]"[101], así, el legislador es el encargado de la regulación de las relaciones entre los particulares a la luz de los derechos fundamentales y las autoridades judiciales están obligadas, como ya mencionamos, a respetar y a dotar de eficacia mediata a los derechos fundamentales en las relaciones entre los terceros[102].

Por tanto, podemos inferir del art. 26 numeral 1 y 2 que, dada su naturaleza "[…] se predica principalmente frente a los terceros ya que las lesiones más comunes que puedan infringirse proceden de éstos; tal es el caso, por ejemplo, del derecho al honor […] puesto que la mayoría de los atentados contra él dirigidos proceden de particulares y no de los poderes públicos"[103]. Las agresiones del derecho fundamental al honor, a la intimidad y a la imagen son generalmente ejecutadas, aunque, no en exclusiva, por los particulares. Por tanto, estos derechos fundamentales vinculan a los terceros o, bien, estos derechos fundamentales tienen eficacia indirecta en las relaciones *inter privatos*.

La reserva de ley

La Constitución, en el art. 26 antepenúltimo párrafo ordena el desarrollo y regulación del derecho fundamental al honor, a la intimidad y a la imagen mediante ley, "En todos los casos se procederá de acuerdo a la ley", esto es, la reserva de ley. La reserva de ley consiste pues en "[…] exigir que determinadas materias y, dispone

99 Pérez Royo, J.: "La garantía", cit., p. 569.

100 De Verda y Beamonte, J. R.: "La eficacia", cit., p. 60: "Desde mi punto de vista, es evidente que la dicotomía entre derechos fundamentales/derechos de la personalidad no puede ya mantenerse como un trasunto de la distinción entre Derecho Público/Derecho Privado, entendidos estos como categorías aisladas o compartimentos estancos, pues, a mi parecer, no cabe la menor duda de que los derechos fundamentales (o, al menos, algunos de ellos, entre los que se encuentran los que estudiamos), tienen eficacia entre los particulares, pues no sólo contienen mandatos de protección y límites de actuación dirigidos a los poderes públicos, sino que también tienen como destinatarios a los ciudadanos".

101 Fernández Segado, F.: "Los derechos", cit., p. 486.

102 Balaguer Callejón, F. *et al*.: "El sistema", cit., p. 62.

103 Pérez Tremps, P.: "Los derechos fundamentales", en AA.VV.: *Derecho constitucional, vol. I, El ordenamiento constitucional. Derecho y deberes de los ciudadanos*, 8ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 129.

en especial, las relativas a ámbitos relacionados con la libertad y la propiedad de los ciudadanos, solo puedan ser reguladas por los representantes de estos últimos reunidos en el Parlamento"[104]. Así, la Constitución, además de reconocerlos y dotarlos de las supremas garantías, exige que el desarrollo y regulación sea por ley.

La garantía judicial

Si toda persona tiene un derecho fundamental al honor, a la intimidad y a la imagen significa, por ende, el reconocimiento, respeto y protección por parte del Estado. En concreto, la garantía judicial está conexión con las autoridades judiciales. Por eso, la Constitución, en el art. 160, como una reafirmación de la cláusula de la vinculatoriedad o de la eficacia, plasmada en los arts. 46 y 130, sujeta a las autoridades judiciales a estos derechos fundamentales o, bien, les concede eficacia indirecta mediata, "La administración de la justicia […] protege y tutela los derechos humanos […]". En concordancia con esta norma constitucional, la Ley N.º 260, Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), en el art. 4, ratifica esta cláusula de vinculatoriedad o de eficacia, "La Constitución Política es la norma suprema del ordenamiento jurídico y vincula a quienes administran justicia, los que deben aplicar e interpretar las leyes, los tratados internacionales, reglamentos, demás disposiciones legales u otras fuentes del derecho según los preceptos y principios constitucionales".

En tal sentido, este bloque de derechos goza de la garantía judicial penal y civil. Estos derechos fundamentales pueden ser protegidos por el Derecho penal. La Ley N.º 641, Código penal (CP), sanciona los delitos contra la vida privada, desde el art. 192 hasta el 209. Y, concretamente, desarrolla y regula los delitos contra el honor, tales como la calumnia y la injuria, en los arts. 202 y 203, y la imagen (de un difunto), en el art. 205.

En cuanto a la garantía judicial civil, como dijimos, ni el Código civil contiene disposición alguna relativa a estos de derechos fundamentales, ni hay una ley que los desarrolle y regule. Sin embargo, es destacable que, la Ley N.º 902, Código procesal civil (CPC), en el Libro Cuarto, de los Procesos Declarativos y Monitorio, en el art. 391 numeral 1) tiene como pretensión la tutela de estos derechos fundamentales. Y, en el art. 471 ordena la tramitación de este proceso ordinario de forma especial. A los efectos de este estudio, nos referiremos más detenidamente en el siguiente epígrafe.

La garantía constitucional

104 Díez Picazo-Jiménez, L.M.: "Desarrollo y regulación", cit., pp. 99-100.

El recurso de amparo es la más completa garantía. Es una garantía adicional, específica e individuada del derecho al honor, a la intimidad y a la imagen[105]. Está consagrada en la Constitución, en el art. 45, "Las personas cuyos derechos constitucionales hayan sido violados o estén en peligro de serlo, pueden interponer el recurso de […] amparo […] de acuerdo con la Ley de Justicia Constitucional", y, en el art. 188, "Se establece el Recurso de Amparo en contra de toda disposición, acto o resolución y en general en contra de toda acción u omisión de cualquier funcionario, autoridad o agente de los mismos que viole o trate de violar los derechos y garantías consagrados en la Constitución Política". En este sentido, la Ley N.º 983, Ley de Justicia Constitucional (LJC), según el art. 43, "El Recurso de Amparo tiene por objeto la protección de los derechos y garantías contenidos en la Constitución Política […]".

El recurso de amparo, no obstante, opera bajo una doble vertiente, extraordinario y subsidiario. Es extraordinario, porque, en primer lugar, la primera garantía es la judicial civil, en segundo lugar, puesto que, únicamente procede por la vulneración de estos derechos fundamentales, o, dicho de otra forma, "[…] cuando falla la garantía de protección de los derechos […]"[106], de manera que, no es posible por la discrepancia en torno a la aplicación e interpretación de las normas jurídicas del caso en concreto y, por ende, la finalidad sea la de corregirlas. El art. 5 LJC así lo manifiesta, "El […] Amparo no cabe en las siguientes situaciones: 1. Contra las resoluciones judiciales, salvo si presentaren evidente violación de derechos constitucionales".

Y, es subsidiario, puesto que, opera solamente una vez agotada previamente la vía y, consecuentemente, los recursos judiciales, es decir, "[…] si la conculcación del derecho fundamental se atribuye a un órgano judicial, procede, antes de acudir el amparo constitucional, agotar los recursos practicables en la vía judicial"[107]. En tal sentido, la LJC, en el art. 11, prevé esta condición, "Para ejercer -el- Amparo será requisito indispensable haber agotado previamente la vía -correspondiente-. Se entiende por agotada la vía […] cuando se han agotado los recursos ordinarios establecidos por la ley […]". La razón de este requisito deviene, porque, el recurso de amparo solo es posible contra "[…] toda […] resolución […] de cualquier funcionario […] que viole o trate de violar los derechos y garantías consagrados en la Constitución Política, según el art. 43 párrafo segundo, por ello, resulta necesario acudir a la vía jurisdiccional civil con el fin de "[…] provocar un acto del

105 El TC se ha referido al recurso de amparo así: "La finalidad esencial del recurso de amparo es la protección, en sede constitucional, de los derechos y libertades que hemos dicho, cuando las vías ordinarias de protección han resultado insatisfactorias", (STC 1/1981, de 26 de enero (RTC 1981, 1).

106 Pérez Royo, J.: "La garantía", cit., p. 587.

107 García Morillo J.: "Las garantías", cit., p. 429.

poder público contra el que dirigir formalmente el amparo, aunque éste se dirija realmente contra un particular"[108].

No omito dar cuenta de la interesante Sentencia N.º 220, dictada, a las ocho y treinta minutos de la mañana del treinta de agosto de dos mil cinco, por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, la cual, resolvió el recurso de amparo, interpuesto por ex sub director general de la Policía Nacional contra el expresidente de la República y el exministro de Gobernación, quien, por orientaciones del expresidente, emitió la resolución N.º 24-2005, en la cual, constaba el retiro del cargo. El argumento estribó en la vulneración contra su honor, por los comentarios negativos generados en la sociedad como consecuencia de la ilegal ejecución del retiro. Así, la sentencia antes señalada resolvió que "[…] el derecho del recurrente a su honra y reputación fue vulnerado por la actuación de los funcionarios recurridos al proceder a su retiro de la fuerza policial, sin respetar el procedimiento establecido en la Ley 228, y más aún, sin existir ninguna razón válida para dudar de su conducta profesional, lo que ha producido un enorme daño moral a su persona y su familia".

Es interesante porque, las violaciones al derecho al honor no proceden de los "[…] actos de los poderes públicos, sino de particulares, señaladamente, de los medios de comunicación, cuyos actos, sin embargo, no podrán recurrirse directamente de amparo […] -según vimos en las líneas anteriores-; y, ello, a pesar de que los derechos fundamentales de la personalidad, entre ellos, el derecho al honor, tienen eficacia, no solo vertical, sino también horizontal […]"[109]. De tal modo que, los medios de comunicación, tal cual, como los terceros, están vinculados a estos derechos fundamentales, por lo que, en el ejercicio del derecho a la libertad de información y expresión deben observarlos.

III. LA TUTELA DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL HONOR, A LA INTIMIDAD Y A LA IMAGEN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CIVIL NICARAGÜENSE.

1. Nociones generales.

Como dijimos, en la Constitución, en el art. 26 numeral 1 y 2, están presentes una serie de derechos vinculados a la personalidad, derivados de la dignidad y relativos a la vida privada. Y, en concreto, están consagrados, en el numeral 1, la intimidad y la imagen, y, en el numeral 2, el honor. De modo que, una vez

108 García Morillo J.: "Las garantías", cit., p. 429.

109 De Verda y Beamonte, J.R.: "La protección constitucional del derecho al honor", en AA.VV.: *Derecho al honor: tutela constitucional, responsabilidad civil y otras cuestiones* (coord. por J.R. De Verda y Beamonte), Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 45.

delimitados en el ordenamiento jurídico constitucional y definidos como derechos fundamentales, procederemos a poner a la vista sus nociones generales.

A) El honor

De entrada, el honor es un concepto jurídico indeterminado. No obstante, puede conceptuarse, por un lado, desde una doble perspectiva, objetivo y subjetivo, interna y externa, y, por otro lado, desde el punto de vista normativo o valorativo. Así, el honor es, desde el enfoque interno, "[…] la propia estimación, la estimación que uno tiene de sí mismo. Desde la perspectiva externa, el honor es la estimación en que los otros nos tienen […]"[110], o, dicho de otro modo, el honor comprende, "[…] desde luego, el buen nombre y la fama o el prestigio, que es el honor entendido como trato recibido de los demás; pero comprende también un aspecto íntimo y personal consistente en la propia estimación por la persona de su propia dignidad"[111]. Según Hualde Sánchez, por un lado, el aspecto subjetivo es la estimación personal y, por el otro lado, el aspecto objetivo es la reputación frente a los demás[112][113]. En cuanto al criterio normativo, el honor es una parte de la dignidad, "[…] cuyo contenido aparece vinculado al efectivo cumplimiento de los deberes éticos"[114], en consecuencia, la protección no radica en el aparente "[…] prestigio externo de que se goza frente a los demás; la apariencia por encima de las excelencias del comportamiento individual, sino el honor verdaderamente merecido, el que se deriva de una observancia efectiva, real, constatable, de un patrón admirable de conducta"[115].

B) La intimidad.

Al igual que el honor, la intimidad es también un concepto jurídico indeterminado. Así pues, la intimidad tiene una doble vertiente, positiva y negativa. Respecto a esta última faceta, supone el "[…] reconocimiento al individuo de una esfera de vida personal exclusiva y excluyente, de una zona de actividad que le es propia y de la que puede prohibir el acceso a otros […]. Se integra en aquel derecho también un aspecto positivo […], de control por su titular de los datos

110 Bustos Pueche, J. E.: "El honor", cit., p. 120.

111 Díez-Picazo, L. y Gullón, A.: "Derecho de", cit., p. 340.

112 El TC ha acentuado su posición en el aspecto objetivo: "El denominador común de todos los ataques o intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección de este derecho es el desmerecimiento en la consideración ajena […] como consecuencia de expresiones proferidas en descrédito o menosprecio de alguien o que fueren tenidas en el concepto público por afrentosas", (STC 223/1992, de 14 de diciembre (RTC 1992, 223).

113 Puig i Ferriol, L. *et al.*: *Manual de derecho civil, I, Introducción y derecho de la persona*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 343.

114 Berdugo Gómez De La Torre, I.: "En revisión del contenido del bien jurídico honor", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. 2°, 1984, p. 305.

115 Moliner Navarro, R.: "El derecho", cit., p. 37.

e información relativos a la propia persona"[116]. En otras palabras, todos tienen derecho a "[…] crear y mantener una esfera secreta o reservada, que debe ser protegida contra las intromisiones ajenas. Se ha descrito gráficamente como el derecho a colocar la esfera reservada de la persona lejos de los ojos y los oídos indiscretos y, al mismo tiempo, el derecho de impedir la divulgación los hechos o vicisitudes que pertenezcan a ella"[117].

La intimidad da lugar también a un desdoblamiento, personal y familiar. En relación a la perspectiva familiar, nos preguntamos sobre si la protección está dirigida a la institución o al grupo o a la de sus miembros. Lo apropiado podría ser la tutela a los miembros[118]. Así, el ámbito familiar refiere al "[…] ámbito doméstico, en lo laboral, al ámbito no público o semipúblico, en función del trabajo y el caso por caso. La profesión de una persona puede condicionar su intimidad, caso de los políticos, pero siempre en consonancia con el interés público. Lo personal sigue a la persona a donde quiera que vaya siempre que no esté en un lugar público, o aun siéndolo pueda tener lugar cierto ámbito reservado […]"[119].

C) La imagen.

La imagen puede verse desde dos ángulos, la figura y la reproducción. Así, la imagen, según el profesor De Verda y Beamonte, "[…] como figura es un bien de la personalidad, un atributo inherente a la persona, consistente en su aspecto exterior físico, que contribuye a individualizarla y a identificarla ante la sociedad. La imagen como reproducción es un objeto exterior a la propia persona, esto es, el concreto procedimiento -gráfico, técnico o artístico que la haga perceptible por el sentido de la vista- a través del cual se representa la figura humana de modo reconocible por la sociedad -fotografía, dibujo, pintura, grabado, escultura, televisión, proyección cinematográfica, etcétera-"[120]. La imagen es pues el "[…] poder que el ordenamiento jurídico atribuye a la persona para determinar cuándo es posible la representación de su figura, o, dicho de otro modo, la facultad de decidir cuándo su figura puede ser reproducida por un tercero y cuándo no"[121].

116 Lacruz Berdejo, J. L. *et al.*: "La persona", cit., p. 92.

117 Díez-Picazo, L. y Gullón, A.: "Derecho de", cit., pp. 340-341.

118 El TC se ha decantado respecto a la intimidad de los miembros de la familia: "En principio, el derecho a la intimidad personal y familiar se extiende, no sólo a aspectos de la vida propia y personal, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarde una especial y estrecha vinculación, como es la familiar […]", (STC 231/1988, de 2 de diciembre (RTC 1988, 231).

119 Encabo Vera, M.Á.: "Breves acotaciones", cit., p. 104.

120 De Verda y Beamonte, J.R.: "El derecho a la propia imagen", en AA.VV.: *Veinticinco años de aplicación 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* (coord. por J.R. De Verda y Beamonte), Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 145-146.

121 De Verda y Beamonte, J.R.: "La protección constitucional del derecho a la propia imagen", en AA.VV.: *El derecho a la imagen desde todos los puntos de vista* (coord. por J.R. De Verda y Beamonte), Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 23.

Conforme a este planteamiento, la imagen presenta una doble vertiente, positivo y negativo. Respecto a este aspecto negativo, "[…] consiste en la posibilidad de prohibir a terceros la obtención, reproducción o divulgación, por cualquier medio, de la imagen de una persona sin su consentimiento. Y, en su aspecto positivo, otorga la facultad exclusiva de difundir o publicar la propia imagen y comerciar con ella"[122].

Como notamos, el derecho al honor, a la intimidad y a la imagen tienen como unidad estructural y funcional la personalidad, dignidad y vida privada. Sin embargo, aunque esto sea así, no significa que sean iguales o que estén desprovistos de autonomía o que estén carentes de sustantividad. Por el contrario, tienen contornos y perfiles netamente definidos, gozan de contenido propio y específico, razón por la cual, son distintos y particulares, y, por ende, resguardan bienes jurídicos diferentes y peculiares[123].

Así, el honor ampara, por un lado, la estimación propia de la persona y, por otro lado, el reconocimiento del buen nombre o la reputación de los demás hacia la propia persona. La intimidad salvaguarda un perímetro propio y reservado de la vida personal y familiar y, a la vez, dota del poder de impedir la propagación de cualquier tipo de información. Y la imagen resguarda a la "[…] figura humana, en sí misma considerada, que es un atributo de la personalidad, en cuanto elemento básico para la identificación del ser humano y, de ahí, que se tenga la facultad de impedir su captación, reproducción o publicación, sin su consentimiento, con independencia de que dichas intromisiones, supongan, o no, la divulgación de aspectos de la vida privada, lo que tendrá especial trascendencia respecto de las fotografías tomadas en lugares públicos"[124].

2. Delimitación del ámbito de protección.

A) Cuestiones previas.

Ciertamente, el Código civil no tiene ninguna disposición relativa al derecho fundamental al honor, a la intimidad y a la imagen, y no existe ninguna ley que los desarrolle y regule. No obstante, el CPC, en el art. 391 numeral 1) brinda la pretensión por la cual resguardarlos, "Se conocerán y decidirán por los trámites del proceso ordinario […], las demandas […] de: Tutela de derechos fundamentales y

122 Puig i Ferriol, L. *et al.*: "Los bienes", cit., p. 346.

123 El TC ha puesto de manifiesto la autonomía de estos derechos que: "Como se acaba de recordar, este Tribunal tiene declarado que los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen […], a pesar de su estrecha relación en tanto que derechos de la personalidad, derivados de la dignidad humana y dirigidos a la protección del patrimonio moral de las personas, tienen, no obstante, un contenido propio y específico […] Se trata, dicho con otras palabras, de derechos autónomos, de modo que, al tener cada uno de ellos su propia sustantividad, la apreciación de la vulneración de uno no conlleva necesariamente la vulneración de los demás", (STC 156/2001, de 2 de julio (RTC 2001, 156).

124 De Verda y Beamonte, J.R.: "La autonomía", cit., p. 28.

del honor de las personas". La tramitación de este proceso ordinario, de acuerdo al art. 471, se realizará con las especialidades previstas para este tipo de pretensión. De forma que, el art. 472, reafirma la pretensión y la tramitación especial, "A través del proceso ordinario se conocerán las pretensiones [...] tutela de los derechos fundamentales y los relativos a la honra y la reputación, relacionados con el respeto a la dignidad de la persona humana, su vida privada y la de su familia, su honra y reputación establecidos en la Constitución Política, con las especialidades previstas en los artículos siguientes".

No obstante, la formulación de estas normas jurídicas, las de los arts. 391 numeral 1) y 472, acarrea rápidamente dudas, porque, en apariencia, procura tutelar a todos los derechos fundamentales. Así, en primer lugar, si acogemos el concepto material, incluso el formal, de los derechos fundamentales, este artículo vendría a ser un cajón de sastre de protección de los derechos fundamentales. En segundo lugar, de ser así, bajo estos artículos entonces tendrían cabida todos los derechos fundamentales de los distintos órdenes jurisdiccionales, esto es, por ejemplo, el derecho a la vida y a la integridad física, como derechos fundamentales y derechos de la personalidad, serían amparados por la jurisdicción civil. Este planteamiento, sin embargo, no es, en lo absoluto, atinado.

Como no puede ser de otra manera, la jurisdicción civil abriga los derechos de la personalidad, los de tipo moral, como el honor, la intimidad y la imagen, pero, además, el derecho a la identidad sexual, el derecho al nombre, el derecho a la autodeterminación informativa. De manera que, las normas jurídicas en referencia no limitan, en modo alguno, el amparo en esta jurisdicción de cualquier derecho fundamental y derecho de la personalidad de tipo incorporal. Por ello, podríamos decir que, conforme a los arts. 391 numeral 1) y 472 hay un *numerus apertus*.

Ahora bien, las dos normas jurídicas en cuestión protegen el derecho al honor, pero, si bien es cierto que, el art. 391 numeral 1) emplea la palabra adecuada, el honor, también es cierto que, el art. 472 lo hace con concepciones afines, la honra y la reputación, lo cual, es equivocado e inexacto, porque, como dijimos, la honra es un concepto desfasado del honor y la reputación es un concepto del contenido propio del honor. Claro está que, este último artículo coincide con la Constitución, en el art. 26 numeral 2), porque, también usa los mismos términos y, sin embargo, discuerda contrariamente con en el art. 391 numeral 1), ya que, utiliza el vocablo honor.

Por último, en estas normas jurídicas, en primer término, está demás la plasmación individuada del derecho honor, en el art. 391 numeral 1, y de sus concepciones afines en el art. 472, porque, a fin de cuentas, como derecho fundamental y derecho de la personalidad, lo abraza, sin duda, la primordial formulación de la tutela de los derechos fundamentales. En segundo lugar, el art.

472 correlaciona oportunamente los demás derechos vinculados a la personalidad, derivados de la dignidad y relacionados a la vida privada, fijados en la Constitución. En tal sentido, la jurisdicción civil cobija esclarecidamente el derecho a la intimidad y a la imagen, entre otros.

B) Protección judicial civil.

Como hemos repetido, el derecho al honor, a la intimidad y a la imagen no gozan de un desarrollo y regulación legislativa completa y pormenorizada. Y el CPC apenas le dedica 7 arts. Este pequeño tratamiento jurídico es razonable y lógico, pues, como ley adjetiva, no tiene como cometido desarrollarlos y regularlos.

A groso modo, en el CPC destacan tres puntos importantes. En primer lugar, lo relativo a la prescripción, con lo cual, de conformidad al art. 474, las pretensiones relacionadas a la tutela de estos derechos fundamentales prescriben en un año, desde que el legitimado pudo ejercerla.

En segundo lugar, el art. 475 vaticina la condena a indemnizar los perjuicios causados, así, esta indemnización parte de la presunción del perjuicio, esto es, presunción *iuris et de iure*. Así, hay que tener en cuenta, la distinción entre daños materiales y morales. En cuanto al primero, por un lado, en la indemnización del perjuicio, aun y cuando se presuma el perjuicio, debe probarse la cuantía, por otro lado, conlleva además el daño emergente y el lucro cesante. Con respecto al último, afecta a bienes o derechos intangibles, causando perturbación en el ánimo o en la dignidad de la persona, razón por la cual, su valoración es verdaderamente difícil. Con todo, esta norma jurídica brinda tres criterios de valoración: 1) las circunstancias del caso; 2) 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 difundido; 3) el beneficio que haya obtenido la o el causante de la lesión como consecuencia de la misma, fijándose proporcionalmente en la sentencia el grado de afectación.

Y, en tercer lugar, el art. 476 exige, como una medida reparatoria adicional, un plan de difusión del fallo, esto es, los elementos y circunstancias esenciales de la infracción y la gravedad de la lesión efectivamente producida. Y, además el monto de la indemnización conforme a lo establecido en el artículo que antecede, sobre indemnizaciones. Este plan de difusión debe realizarse en los medios de comunicación nacional, en los que se haya difundido la lesión.

En estricto sentido, las ideas generales antes expuestas no aclaran aún el sombrío horizonte jurídico. Sin embargo, por virtud de la técnica legislativa procesal, podemos dar justamente con un punto de encuentro. Pues bien, la delimitación del ámbito de la protección civil orbita en función de la palabra

compuesta intromisiones ilegítimas. Así lo evidencia el art. 475 cuando condiciona a que el perjuicio causado se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. Es interesante que esta norma jurídica compone a estas dos palabras en sentido negativo, pero, también podemos darle un sentido positivo, por lo que, tendremos, por contraposición, intromisión legítima.

Es importante tener claro que, la expresión intromisión ilegítima o legítima no está presente en nuestro ordenamiento jurídico. De modo que, no tenemos un concepto normativo. Tampoco encontramos una definición en el diccionario correspondiente. Por tal razón, es necesario recurrir a la experiencia del Derecho comparado, en especial, el español, con la finalidad no solo de hallar la noción de esta expresión, sino también, de aprehender la operatividad del derecho al honor, a la intimidad y a la imagen.

3. La experiencia en el Derecho comparado: España.

Las razones por las cuales acudimos al ordenamiento jurídico español son varias. Así, en primer lugar, el derecho al honor, a la intimidad y a la imagen están contemplados como fundamentales en el art. 18.1 de la Constitución española (CE) y, por ende, gozan de las máximas garantías constitucionales. En segundo lugar, están desarrollados y regulados 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 (LO 1/1982). En tercer lugar, en la doctrina y jurisprudencia española son numerosas y significativas las aportaciones al respecto. En cuarto lugar, algunos de los artículos antes citados del CPC son coincidentes, por un lado, con la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), verbigracia, el art. 249.2, y, por otro lado, con la LO 1/1982, por ejemplo, en el art. 9.3. Y, en quinto lugar, el CPC establece el sistema de fuentes de Derecho, de forma que, como fuente complementaria, el art. 25 numeral 4) contempla la obligatoriedad de la actividad jurisdiccional de las autoridades judiciales, razón por la cual, si no hay ley que prevea el caso o duden acerca de la aplicación del derecho, deben observar las legislaciones análogas extranjeras y la doctrina, inclinándose siempre en favor de las opiniones más autorizadas.

A) Las intromisiones. Ilegitimas, legítimas y consentidas.

Básicamente, la intromisión es penetrar en el círculo íntimo de vida reservada de la persona y de la familia, adentrarse en el ámbito ajeno, generalmente de los derechos de los demás. Esta noción tiene como premisa que, en el ejercicio de cualquier derecho hay límites, es decir, los derechos no son absolutos. Por ello, es importante tener en cuenta, en primer lugar, el principio general de limitación de los derechos fundamentales del art. 24 párrafo segundo Cn, y, en segundo

lugar, los criterios a los que toda persona debe ceñirse, la ley, la moral y el orden público[125][126].

Intromisiones ilegítimas

Conforme al ordenamiento jurídico español[127] y siguiendo a la doctrina española[128], las intromisiones ilegítimas en el honor son las siguientes: 1) "La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo (en este supuesto también se vulnera la intimidad)"; 2) "La imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación".

Las intromisiones ilegítimas en la intimidad, a saber: 1) "El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas"; 2) "La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción"; 3) "La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo (aquí también se viola el honor)"; 4) "La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela".

Por último, entra las intromisiones ilegítimas en la imagen destacan: 1) "La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo octavo, dos"; 2) "La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga (aquí, radica el aspecto patrimonial de la imagen)".

125 Estos criterios los encontramos en el art. 2437 CC relativo a la materia contractual.

126 El art. 2.1 de la LO 1/1982 señala que "La protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia". Esta norma tiene tres criterios, las leyes, los usos sociales y la actuación de la persona, titular de estos derechos fundamentales.

127 El art. 7 de la LO/1982 establece que una serie de supuestos consistentes en intromisiones ilegítimas, el cual, no es un *numerus clausus*.

128 Martínez De Aguirre Aldaz, C. y De Pablo Contreras, P. *et al.*: "Los derechos", cit., pp. 286-270.

Intromisiones legítimas

Por contraposición a las intromisiones ilegítimas, en el Derecho español hay supuestos que son considerados como intromisiones legítimas[129], esto es: De forma general, el derecho al honor, a la intimidad y a la imagen están en función a las actuaciones autorizadas por la ley o acordadas por autoridad competente de conformidad a la ley[130].

En relación a la imagen, no es intromisión ilegítima los siguientes supuestos: 1) "Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público"[131]; 2) "La utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social"; 3) "La información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria". En relación a "las autoridades o personas que desempeñen funciones que por su naturaleza necesiten el anonimato de la persona que las ejerza" no caerían en los supuestos de excepción contemplados en numeral 1) y 2).

Intromisiones consentidas

Como vimos, dentro de las características de los derechos de la personalidad están la intransmisibilidad, indisponibilidad e irrenunciabilidad, aunque, estas características tienen una matización en torno al consentimiento, es decir, la persona puede consentir la intromisión en la esfera de su vida privada, con la finalidad de obtener rendimientos de tipo económico. Hay que tener en cuenta, no obstante, lo siguiente: "a) lo que está prohibido es el hecho de ceder estos derechos indefinidamente en el tiempo, o a un número indeterminado de personas; b) es posible una disponibilidad parcial, eventual y concreta (ante ciertas personas) de estos derechos, siempre que no se excluya la plena titularidad del derecho en el futuro; y c) cada derecho de la personalidad debe recibir un tratamiento específico; así, se puede disponer libremente de la propia imagen y puede admitirse la disponibilidad parcial de la intimidad, pero el derecho al honor resulta absolutamente indisponible, incluso aunque sea parcialmente"[132].

129 En el art. 8 de la LO 1/1982 se encuentra algunos supuestos en que la intromisión es legítima.

130 Lacruz Berdejo, J. L. *et al.*: "La persona", cit., pp. 98-99: "[…] Aquí hay una clara subordinación de los intereses particulares a los públicos o sociales, comprensible por lo demás (piénsese, por ejemplo, en la publicación en la prensa diaria de la fotografía de un delincuente peligroso buscado por la Justicia)".

131 Lacruz Berdejo, J. L. *et al.*: "La persona", cit., p. 99: "[…] la exclusión se debe a que la imagen de la persona pública, por razón del cargo o por notoriedad profesional o proyección especial, no es ya patrimonio privado ni manifestación de su entorno o vida privada, ni su publicación afecta a su intimidad persona […]".

132 Clavería, en Puig i Ferriol, L. *et al.*: "Los bienes", cit., p. 347.

B) El derecho al honor, a la intimidad y la imagen como límites al derecho a la libertad de información y expresión.

Frecuentemente, el derecho al honor, a la intimidad y la imagen colisionan con el derecho a la libertad de información y expresión. Por tanto, estos dos derechos no son absolutos, por el contrario, tienen límites respecto de estos tres derechos. Es importante dejar sentado que, el conflicto nace, como consecuencia, de las intromisiones ilegítimas en el ejercicio del derecho a la libertad de información y expresión por parte de los terceros, en especial, de los profesionales de la información a través de la institución de formación de la opinión pública, la prensa.

En el Derecho español existe una vasta y firme jurisprudencia. Por eso, esta copiosa jurisprudencia nos permitirá comprender la funcionalidad en los casos de conflictos entre estos dos bloques de derechos fundamentales. Al respecto, seguiremos los estudios jurisprudenciales realizados por la doctrina más autorizada en esta materia[133].

Antes de entrar a la puntualización de los criterios jurisprudenciales sobre los conflictos entre estos derechos fundamentales, es necesario ubicar en la Constitución a la libertad de información y expresión[134]. Pues bien, la Constitución contempla la libertad de información en el art. 66 como el derecho a la información veraz. Es la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas, ya sea de manera oral, por escrito, gráficamente o por cualquier otro procedimiento de su elección. Este artículo está complementado con el artículo 67, como el derecho de informar con estricto respeto a los principios establecidos en la Constitución. Y, la libertad de expresión en el art. 30 como el derecho a expresar libremente su pensamiento en cualquier ámbito y por cualquier medio. Ahora bien, en caso de conflicto entre estos dos bloques de derechos, se debe tener en cuenta el principio general de limitación de los derechos fundamentales del art. 24 párrafo segundo Cn y los criterios generales a los que toda persona debe ceñirse, la ley, la moral y el orden público.

Colisión entre el derecho al honor y libertad de información

Elementalmente, la libertad de información es la comunicación de hechos veraces y con respeto a los principios de la Constitución. No obstante, es frecuente

133 Vid. De Verda y Beamonte, J. R.: "Los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen como límites del ejercicio de los derechos fundamentales de información y de expresión: ¿una nueva sensibilidad de los tribunales?", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 29, 2015, pp. 389-436.

134 El TC ha hecho una sucinta diferenciación de estos derechos: "El Tribunal ha diferenciado la amplitud de ejercicio de los derechos reconocidos […] según se trate de libertad de expresión (en el sentido de la emisión de juicios y opiniones) y libertad de información (en cuanto a la manifestación de hechos)", STC 105/1990, de 6 de junio (RTC 1990, 105).

que, la libertad de información prevalezca sobre el honor[135]. La preferencia de la libertad de información alcanza un nivel mayor cuando un profesional de la información la ejercita a través de la prensa[136]. No obstante, está subordinada, por un lado, al interés público, y, por otro lado, a la veracidad[137]. De modo que, si uno de estos requisitos no está presente en el ejercicio de la libertad de información, no puede sacrificarse el honor a favor de la libertad de información. En tal sentido, el profesor De Verda y Beamonte nos dice que, "[…] la regla es que la libertad de información prevalece sobre el derecho al honor, exclusivamente, cuando aquella versa sobre asuntos de interés público y es veraz"[138].

La exigencia del primer requisito viene dada por el "[…] el interés general a la formación de una opinión pública libre, sin la cual no puede haber pluralismo político […]"[139]. Por ello, si no hay interés público en la información, por ende, no hay ninguna contribución a la formación de la opinión pública libre. En consecuencia, carecería de justificación la preferencia a la libertad de información en detrimento del honor.

En este escenario, es importante tener en cuenta la posición pública o privada de la persona. Así, los personajes públicos y, en especial, las personas con condición pública y responsabilidad política[140] deben soportar una mayor intromisión en el

135 El TC ofrece el siguiente razonamiento sobre tal preferencia: "[…] la confrontación de los derechos entre la libre comunicación de información y la libertad de expresión, por una parte, y el derecho al honor, debe llevarse a cabo teniendo en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica, que respecto de los derechos denominados de la personalidad […] ostentan los derechos a la libertad de expresión e información del […], en razón de su doble carácter de libertad individual y garantía de una opinión pública indisolublemente unida al pluralismo político dentro de un Estado democrático; contribuyendo, en consecuencia, a la formación de la opinión pública […] y alcanzando entonces su máximo nivel de eficacia justificadora frente al derecho al honor, el cual se debilita, proporcionalmente, como límite externo de las libertades de expresión e información […]", (STC, 42/1995, de 13 de febrero (RTC 1995, 42).

136 El TC lo dice así: "[…] la protección constitucional de la libertad de información "alcanza un máximo nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa […]" (STC 154/1999, de 14 de septiembre (RTC 1999, 154).

137 El TC pone de manifiesto que la preferencia pivota sobre dos requisitos: "[…] siempre que la información transmitida sea veraz y esté referida a asuntos de relevancia pública que son de interés general por las materias a que se refiere y por las personas que en ellos intervienen; contribuyendo, en consecuencia, a la formación de la opinión pública […]", (STC 240/1992, de 21 de diciembre (RTC 1992, 240), "[…] Forma parte ya del acervo jurisprudencial de este Tribunal el criterio de que la comunicación que la Constitución protege es la que transmite información veraz relativa a asuntos de interés general o relevancia pública […]", (STC, 139/2007, de 4 de junio (RTC 2007, 139).

138 De Verda y Beamonte, J.R. y Vidal Alonso, J.: "Colisión entre el derecho al honor y la libertad de información (I): El interés público de la noticia", en AA.VV.: *Derecho al honor: tutela constitucional, responsabilidad civil y otras cuestiones* (coord. por J.R. De Verda y Beamonte), Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 86.

139 De Verda y Beamonte, J.R. y Vidal Alonso, J.: "El interés", cit., 2015, p. 88.

140 El TC ha dicho en relación a esta circunstancia: "[…] la libertad de información y el derecho de expresar libremente las ideas, en asuntos de un interés general y colectivo, ha de considerarse preferente sobre otros derechos fundamentales, entre ellos el derecho al honor y a la intimidad, y ello por el objeto primordial que representan de transmitir información y facilitar un necesario y adecuado juicio crítico sobre la actuación de personas o instituciones públicas, quienes han de soportar ese mayor riesgo, a consecuencia de haber optado libremente por ostentar dicha condición […] el derecho al honor se debilita, proporcionalmente, como límite externo de las libertades de expresión e información, en cuanto sus titulares son personas públicas, ejercen funciones públicas o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública, requiriéndolo así el pluralismo político, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática",

derecho al honor. En esta posición pública no solo encajan los funcionarios públicos o políticos, sino también, las personas con proyección social[141], los personajes públicos.

Sin embargo, estas personas no están sujetas a todo tipo de intromisiones. Es decir, no deben tolerar las informaciones "[…] cuyo fin exclusivo sea satisfacer el interés puramente morboso de cierto tipo de lectores o espectadores por conocer aspectos de su personalidad, que para nada contribuyen a fomentar un debate de interés general al servicio de la formación de una opinión pública libre"[142].

Ahora bien, las personas de a pie gozan de un mayor nivel de privacidad[143]. No obstante, hay excepciones. Las personas privadas, aunque carezcan de proyección social, deben soportar intromisiones, siempre y cuando la información les concierna y sea de interés general, verbigracia, un proceso penal de interés informativo[144].

Por su parte, la veracidad de la información no implica automáticamente la divulgación de hechos o imputación de hechos falsos, es decir, no supone una intromisión legítima. Pues bien, dicho esto, la veracidad no exige una total exactitud. En otras palabras, lo que este requisito exige es la "[…] obligación de desplegar la

(STC 21/2000, de 31 de enero (RTC 2000, 21), "En la categoría de "personajes públicos" deben incluirse, desde luego, las autoridades y funcionarios públicos, quienes deben soportar, en su condición de tales, el que las actuaciones en el ejercicio de sus cargos y funciones se vean sometidos al escrutinio de la opinión pública y, en consecuencia, a que no sólo se divulgue información sobre lo que digan o hagan en el ejercicio de sus funciones, sino, incluso, sobre lo que digan o hagan al margen de las mismas, siempre que tenga una directa y evidente relación con el desempeño de sus cargos […]", (STC 54/2004, de 15 de abril (RTC 2004, 54).

141 El TS en este sentido ha dicho que: "En cuanto a la personalidad de proyección pública del demandante, ésta se reconoce en general por razones diversas: por su actividad política, por su profesión, por su relación con un importante suceso, por su trascendencia económica, por su relación social, etc.", (STS 17 diciembre 1997 (RJ 1997, 9100).

142 De Verda y Beamonte, J.R. y Vidal Alonso, J.: "El interés", cit., 2015, p. 91.

143 El TC observa tal situación de la siguiente manera: "La condición pública o privada de la persona cuyo honor queda afectado será también una cuestión a tomar en consideración, pues, como ya hemos afirmado en anteriores ocasiones, "los personajes públicos o dedicados a actividades que persiguen notoriedad pública aceptan voluntariamente el riesgo de que sus derechos subjetivos de personalidad resulten afectados por críticas, opiniones o revelaciones adversas […] aquellas personas privadas que, sin vocación ni proyección pública, se ven circunstancialmente involucradas en asuntos de trascendencia pública, a las cuales hay que, por consiguiente, reconocer un ámbito superior de privacidad […]. No obstante, de esta doctrina no cabe deducir, como es obvio, que los llamados "personajes públicos" carezcan del derecho al honor […] ni tampoco puede conllevar una restricción del derecho a informar sobre noticias de interés público pero que incidan sobre sujetos que carezcan de esta condición", (STC 21/2000, de 31 de enero (RTC 2000, 21).

144 De Verda y Beamonte, J.R. y Vidal Alonso, J.: "El interés", cit., 2015, p. 94.

diligencia propia de un correcto profesional de los medios de comunicación en la averiguación de la verdad"[145][146].

Así, la veracidad está ceñida al examen de grado de la diligencia, la cual, atiende a las circunstancias del caso en concreto[147]. Al respecto, los criterios son, entre los más importantes, cinco[148], así, "[…] el carácter esencial o accidental de la falsedad en la que se haya podido incurrir[149]; la gravedad de los hechos que se imputan[150], en particular, si los mismos son susceptibles de reproche penal[151]; el contraste de la información con datos objetivos o fuentes dignas de solvencia[152], así como con la persona aludida cuando ello es posible"[153]. En consecuencia, la veracidad se juzga en atención a "[…] si la inexactitud ha desvirtuado de modo esencial la verdad de la noticia"[154].

145 El TC sostiene que: "[…] el requisito constitucional de la veracidad no va dirigido tanto a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información, quedando exenta de toda protección o garantía constitucional las informaciones erróneas o no probadas, cuanto a negar esa protección o garantía a quienes, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, actúan con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado, comportándose de manera negligente e irresponsable al transmitir como hechos verdaderos simples rumores carentes de toda constatación o meras invenciones o insinuaciones […]", (STC 240/1992, de 21 de diciembre (RTC 1992, 240), "[…] la veracidad […] no debe identificarse con la idea de objetividad, ni con la "realidad incontrovertible" de los hechos, pues ello implicaría la constricción del cauce informativo a aquellos hechos o acontecimientos de la realidad que hayan sido plenamente demostrados […] "El requisito constitucional de la veracidad de la información […] no se halla ordenado a procurar la concordancia entre la información difundida y la verdad material u objetiva de los hechos narrados, de manera tal que proscriba los errores o inexactitudes en que pueda incurrir el autor de aquélla, sino que, más propiamente, se encamina a exigir del informador un específico deber de diligencia en la búsqueda de la verdad de la noticia y en la comprobación de la información difundida, de tal manera que lo que transmita como hechos o noticias haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos o con fuentes informativas de solvencia", (STC, 139/2007, de 4 de junio (RTC 2007, 139).

146 De Verda y Beamonte, J. R.: "Colisión entre", cit., p. 395.

147 Vid. STC 240/1992, de 21 de diciembre (RTC 1992, 240), STC 158/2003, de 15 de septiembre (RTC 2003, 240).

148 De Verda y Beamonte, J. R.: "Colisión entre", cit., pp. 396-397.

149 El TC en relación a este primer criterio dice que: "Por tanto, lo que el citado requisito viene a suponer […] es que el informador […] tiene un especial deber de comprobar la veracidad de los hechos que expone mediante las oportunas averiguaciones y empleando la diligencia exigible a un profesional. Puede que, pese a ello, la información resulte inexacta, lo que no puede excluirse totalmente, pero la información rectamente obtenida y difundida es digna de protección […] aunque su total exactitud sea controvertible o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado […]", (STC 240/1992, de 21 de diciembre (RTC 1992, 240).

150 Vid. STC, 139/2007, de 4 de junio (RTC 2007, 139).

151 El TC ha entendido en torno a este parámetro: "[…] en este caso el deber de diligencia debe exigirse "en su máxima intensidad", ya que la noticia que se divulga, al imputar la comisión de un delito, no sólo puede suponer un descrédito en la consideración de la persona a la que se refiere, sino que, además, incide en su derecho a la presunción de inocencia", (STC 21/2000, de 31 de enero (RTC 2000, 21).

152 El TC sostiene al respecto que: "Cuando la Constitución requiere que la información sea "veraz" no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas, cuando estableciendo un específico deber de diligencia sobre el informador, a quien se le puede y debe exigir que lo que transmita como hechos haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos […]. El ordenamiento no presta su tutela a tal conducta negligente, ni menos a quien comunique como hechos simples rumores, o peor aún meras invenciones o insinuaciones insidiosas, pero sí ampara en su conjunto la información rectamente obtenida y difundida, aun cuando su total exactitud sea controvertible […]", (STC 52/1996, de 26 de marzo (RTC 1996, 52).

153 Vid. STC 240/1992, de 21 de diciembre (RTC 1992, 240).

154 De Verda y Beamonte, J.R. y Vidal Alonso, J.: "Colisión entre el derecho al honor y la libertad de información (II): El requisito de la veracidad", en AA.VV.: *Derecho al honor: tutela constitucional, responsabilidad civil y otras*

En este escenario, está enmarcado la "doctrina del reportaje neutral"[155] consistente en que el profesional en el ejercicio de esta libertad no tiene la obligación de acreditar la veracidad de la información cuando esta misma información es emitida con fidelidad, siempre que sea de interés público y que sea citada la fuente objetiva de manera precisa. De tal manera que, es un imperativo que estos requisitos sean aplicados rigurosamente, para evitar rumor o insidia[156]. Así, la procedencia del reportaje neutral tiene lugar cuando, por ejemplo, la información es reproducida sin faltar a la integridad[157] y cuya fuente es fidedigna, seria o fiable, y citada clara y nítidamente.

En el reportaje neutral no es posible también la inclusión de juicios de valor, porque, nos dice el profesor De Verda y Beamonte, "[…]en este supuesto se trasciende el ámbito de la libertad de información para entrar en el de la libertad de expresión y habrá que juzgar un conflicto distinto, en el que la veracidad ya no juega un papel relevante, pues las opiniones o juicios de valor no son verdaderos ni falsos. Dicho de otro modo, no se puede acudir a la doctrina del reportaje neutral para que, con la excusa de opinar sobre los hechos o declaraciones ajenas que se transmiten, se usen expresiones manifiestamente injuriosas o vejatorias del honor de la persona a la que se refieren"[158]. Así mismo, el reportaje neutral exige que el profesional sea solo un transmisor. No le es posible entonces desvirtuar en lo absoluto la información, es decir, no puede reelaborarse el contenido o la forma y tampoco puede asumirse como verdadera la información.

Colisión entre el derecho al honor y libertad de expresión

La libertad de expresión también tiene preferencia sobre el honor siempre que "[…] recaiga sobre asuntos de interés público y no se ejercite utilizando términos injuriosos e inequívocamente vejatorios […]"[159]. Nótese que, no es necesario la

cuestiones (coord. por J.R. De Verda y Beamonte), Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 106.

155 El TC ha dicho sobre el reportaje neutral que: "Por tanto, estaremos ante un reportaje neutral si el medio de comunicación se ha limitado a cumplir su función transmisora de lo dicho por otro, aunque él haya provocado esa información, siempre que no la manipule mediante su artero fraccionamiento en el seno de un reportaje de mayor extensión, interfiriendo en su discurrir con manifestaciones propias, componiéndolo con textos o imágenes cuyo propósito sea, precisamente, quebrar la neutralidad del medio de comunicación respecto de lo trascrito, de suerte que esa información haya dejado de tener su fuente en un tercero, para hacerla suya el medio de comunicación que la reproduce y difunde […]", (STC 136/2004, de 13 de septiembre (RTC 2004, 136). Vid. STC 139/2007, de 4 de junio (RTC 2007, 139).

156 Vid. STC, 139/2007, de 4 de junio (RTC 2007, 139).

157 El TC ha puesto de manifiesto que: "[…] la diligencia mínima exigible al medio de comunicación le impone […] la identificación necesaria del sujeto que emite las opiniones o noticias, que de este modo quedan limitadas por la propia credibilidad de su autor", (STC 41/1994, de 15 de febrero (RTC 1994, 41), "El medio informativo ha de ser mero transmisor de tales declaraciones, limitándose a narrarlas sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia […]. De modo que si se reelabora la noticia no hay reportaje neutral […] y tampoco lo hay cuando es el medio el que provoca la noticia, esto es, en el llamado periodismo de investigación […] sino que ha de limitarse a reproducir algo que ya sea, de algún modo, conocido", (STC 1/2005, de 17 de enero (RTC 2005, 1). Vid. STC 52/1996, de 26 de marzo (RTC 1996, 52).

158 De Verda y Beamonte, J. R.: "Colisión entre", cit., p. 400.

159 De Verda y Beamonte, J. R.: "Colisión entre", cit., p. 403.

veracidad, pues, la libertad de información tiene por objeto la comunicación de hechos, razón por la cual, requieren ser constados, por el contrario, la finalidad de la libertad de expresión es la emisión de pensamientos, ideas, etcétera, por ello, no pueden ser acreditados[160].

Así, la imposición del requisito del interés general en la libertad de expresión viene dado por la misma razón, entre otras también, que, en la libertad de información, esto es, la contribución a la formación de la opinión pública. Pues bien, en el ejercicio de la libertad de expresión debe observarse la "[…] relevancia pública del asunto, el carácter de personaje público del sujeto sobre el que se emite la crítica u opinión[161], especialmente si es o no titular de un cargo público, así como la forma y el contexto en el que se producen las manifestaciones enjuiciables"[162].

En cuanto al contexto, está en función del ámbito circunscrito de la crítica, verbigracia, debate político. Con respecto a la forma, ésta contempla, por ejemplo, la crítica en el desarrollo de una entrevista. Y, en lo relativo a los personajes públicos, en el ejercicio de la libertad de expresión sufren también una mayor intromisión en el derecho al honor, lo cual, obviamente, no significa, por virtud de la dignidad de la persona, una anulación total del derecho al honor.

Es dable resaltar el interés que ha surgido entre cierto tipo de público por conocer opiniones sobre la vida privada de los personajes públicos. Comúnmente, en la prensa denominada rosa, están abordando asuntos curiosos, carente de contenido informativo, de los personajes públicos, razón por la cual, en el ejercicio de la libertad de expresión no tiene el mismo nivel de prevalencia.

Si bien es cierto que, en el ejercicio de la libertad de expresión no es requerido la veracidad, también es cierto que, como lo hicimos notar anteriormente, debe tenerse en cuenta la utilización de un vocabulario apropiado con contenido informativo[163], es decir, la libertad de expresión no es amparable cuando no se ciñe a un lenguaje cívico y no se ajusta a los fines informativos. En el ejercicio de la libertad de expresión, si bien es cierto, podría ser aceptable las críticas acerbas, admisible hablar con resabio en la emisión de juicios u opiniones, etcétera, pero, no es menos cierto que, sea tolerable los ataques deliberados, con estimaciones

160 El TC en relación a este asunto ha dicho que: "[…] mientras los hechos, por su materialidad, son susceptibles de prueba, los pensamientos, ideas, opiniones o juicios de valor, no se prestan, por su naturaleza abstracta, a una demostración de su exactitud y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación […]", (STC 9/2007, de 15 de enero (RTC 2007, 9).

161 Vid. STC 112/2000, de 5 de mayo (RTC 2000, 112), STC 336/1993, de 15 de noviembre (RTC 1993, 336).

162 De Verda y Beamonte, J. R.: "Colisión entre", cit., p. 404.

163 El TC sobre este asunto ha sostenido que: "[…] al tratarse de la formulación de opiniones y creencias personales, sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos, dispone de un campo de acción que viene sólo delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas […]", (STC 105/1990, de 6 de junio (RTC 1990, 105).

personales y de comportamientos, las ofensas, las manifestaciones denigratorias y difamatorias, injuriosas, vejatorias, que tengan por finalidad destruir la estimación propia de la persona o su reputación o su buen nombre.

Colisión entre el derecho a la intimidad y la libertad de información

Al igual que con el honor, en el ejercicio de la libertad de información también predomina sobre la intimidad. Aunque, el límite también radica en el interés general de la información, porque, la finalidad es esencialmente contribuir a la formación de una opinión pública libre. La diferencia, sin embargo, no está supedita al requisito de la veracidad, porque, "[…] la lesión en la intimidad se produce por el mero hecho de la intromisión de un tercero en el ámbito de la esfera personal y familiar que se tiene derecho a mantener reservado frente al conocimiento de los demás"[164][165]. No obstante, los personajes públicos afrontan mayores riesgos respecto del derecho a la intimidad[166].

Así, la simple y llana comunicación de hechos relativos a la vida privada, personal y familiar, supone una intromisión ilegítima. En el ejercicio de la libertad de información poco importa la veracidad de la información; lo que realmente interesa es la "[…] relevancia púbica del hecho divulgado"[167]. No obstante, en el ejercicio del derecho a la intimidad puede dar lugar al descubrimiento del ámbito reservado de la vida personal y familiar. Entonces, el titular de este derecho puede dejar ver al público ciertos aspectos de su vida, a cambio, en muchas ocasiones, por rendimientos de tipo económico, verbigracia, en una entrevista de carácter sensacionalista o de entretenimiento.

La quiebra de este derecho, sin embargo, está sujeta a lo estrictamente declarado, es decir, el rebasamiento de lo revelado da paso a una intromisión ilegítima. Aunque, lo que ya está a la vista del público ni se desdice ni se ampara. Como bien lo explica el profesor De Verda y Beamonte, "[…] los datos que ha desvelado

164 De Verda y Beamonte, J. R.: "Colisión entre", cit., p. 411.

165 El TC sostiene que: "[…] en modo alguno puede exigirse a nadie que soporte pasivamente la difusión periodística de datos, reales o supuestos, de su vida privada que afecten a su reputación, según el sentir común, y que sean triviales o indiferentes para el interés público […]. A nadie se le puede exigir que soporte pasivamente la revelación de datos, reales o supuestos, de su vida privada personal o familiar", (STC 127/2003, de 30 de junio (RTC 2003, 127). Vid. STC 190/2013, de 18 de noviembre (RTC 2013, 190).

166 No obstante, Vid. STC 176/2013, de 21 de octubre (RTC 2013, 176).

167 El TC al respecto nos dice que: "[…] la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado […] frente a la divulgación del mismo por terceros y una publicidad no querida. No garantiza una intimidad determinada sino el derecho a poseerla […] el secreto sobre nuestra propia esfera de intimidad y, por tanto, veda que sean los terceros, particulares o poderes públicos, quienes decidan cuáles son los lindes de nuestra vida privada […] Por tanto, la cuestión no es si lo publicado en este caso fue o no veraz, pues la intimidad que la Constitución protege no es menos digna de respeto por el hecho de que resulten veraces las informaciones relativas a la vida privada, ya que, tratándose de la intimidad, la veracidad no es paliativo, sino presupuesto, en todo caso, de la lesión" del derecho fundamental […]. De manera que, si la libertad de información se ejerce sobre un ámbito que afecta a […] la intimidad y la dignidad de la persona, para que su proyección sea legítima es preciso que lo informado resulte de interés público", (STC 115/2000, de 5 de mayo (RTC 2000, 115).

(por ejemplo, divulgándolos en un programa de televisión), objetivamente, dejan de ser íntimos, perdiendo el poder de control sobre los mismos: no puede, en consecuencia, impedir que lo que voluntariamente ha divulgado sea después reproducido o comentado en otros medios de comunicación sin su consentimiento, porque, utilizando una expresión usada por la jurisprudencia, respecto de esos datos, el velo de la intimidad ha sido voluntariamente levantado"; o dicho en otras palabras, no existe un derecho a controlar su "redivulgación"[168]. Así, en el ejercicio del derecho a la intimidad le corresponde a su titular establecer los lindes de lo que puede ser público o privado[169].

Colisión entre el derecho a la imagen y la libertad de información

Como hemos expuesto, el derecho a la imagen ha sido confundida con la intimidad. A menudo, tanto la intimidad como la imagen son, conjuntamente, objeto de intromisiones ilegítimas. No obstante, repetimos, ambos protegen bienes jurídicos desemejantes, razón por la cual, debe tenerse claro los límites de cada uno. En definitiva, el derecho a la intimidad no da lugar a la difusión, de cualquier forma y por cualquier medio, de la figura humana, sea persona privada, sea personaje público.

Ahora bien, tal cual, como la intimidad, el titular del derecho a la imagen puede poner a la luz pública, por ejemplo, una imagen, con fines publicitarios, para obtener obviamente rendimientos de tipo económico. El ejercicio de este derecho pasa también por el consentimiento de su titular, por lo que, el titular debe determinar los límites en cuanto al marco divulgativo. De modo que, si no se presta el consentimiento o sobrepasa los lindes del esquema de difusión, como resultado, da lugar a una intromisión ilegítima. Puede ocurrir, sin embargo, que, una imagen sea puesta al público, pero, con fines meramente informativos, lo cual, es una intromisión legítima.

Los personajes públicos, ciertamente, están expuestos a sufrir una mayor merma, sin embargo, solo es así, cuando se hace o atañe en el ámbito de sus funciones y, en principio, durante un acto público o en un lugar abierto al público[170]. El profesor De Verda y Beamonte nos explica que, "[…] en tales casos, la intromisión en la imagen estará al servicio de la libertad de información […] la cual satisface un interés general de la sociedad, que debe prevalecer sobre el interés puramente

168 De Verda y Beamonte, J. R.: "Colisión entre", cit., p. 422.

169 El TC nos dice que: "Corresponde, pues, a cada individuo reservar un espacio, más o menos amplio según su voluntad, que quede resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio", (STC 115/2000, de 5 de mayo (RTC 2000, 115).

170 El TS al respecto nos manifiesta que: "[…] en materia de protección del derecho fundamental a la propia imagen, se caracteriza por su rigor al considerar ilegítima la publicación inconsentida de la imagen de una persona desnuda o semidesnuda incluso cuando se trate de un personaje público y aun cuando sí hubiera mediado consentimiento para la mera captación de la imagen, pues el pudor sigue siendo un sentimiento socialmente estimable", (STS 7 marzo 2006 (RJ 2006,1679).

particular de la persona, cuya imagen se capta, reproduce o publica"[171]. De tal forma que, estas personas, como en la intimidad, gozan del derecho a la imagen.

La idea resaltable de lo que llevamos dicho es la del interés general. De no ser así, si no de una vulgar curiosidad, el derecho a la imagen sería violada, porque, definitivamente constituye una intromisión ilegítima, la cual, en general, obedece, no a un fin informativo, sino, económico en el ejercicio de la libertad de información por parte de este tipo de profesional. Incluso, el derecho a la imagen no puede ser objeto de ningún tipo de manipulación degradantes respecto de la figura humana, verbigracia, el montaje fotográfico[172].

Llegados a este punto, es importante abordar en primer lugar, lo que es lugar abierto al público. Primero que todo, es un concepto subjetivo. Sin embargo, en un sentido negativo, podemos acoger lo siguiente, "[…]no cabe entender como lugar abierto al público todo aquel al que cualquier persona pueda tener acceso en un momento determinado sino el que resulta de uso normal por una generalidad de personas que acceden a él fuera del ámbito estricto de su vida privada y que comporta que, en tal supuesto, la persona pública, despojada en tal caso de su derecho a disponer de la propia imagen, haya de soportar simplemente las molestias que pueda causarle la captación y reproducción de su figura física sin su consentimiento"[173]. De este planteamiento, resultan dos elementos importantes, por un lado, el interés general queda relegado ante la imagen, y, por otro lado, nadie puede ubicarse aisladamente en un lugar para preservar la vida privada.

Por último, es dable tratar otro punto importante de la imagen, esto es, los desnudos de los personajes públicos en la playa. Podría considerarse que, el personaje público que lleva a cabo un acto de desnudez supone un ejercicio liberal y sin reservas, por lo cual, la imagen no se vería afectada en el ejercicio de la libertad de información. Sin embargo, lo cierto es que, el requisito del interés general para la formación de la opinión pública libre es necesario, en el supuesto antes indicado, "no satisfacen objetivamente la finalidad de formación de la opinión pública. Se mueven en el terreno del mero entretenimiento y de la satisfacción de la curiosidad intrascendente de cierto público. En definitiva, la contribución del

171 De Verda y Beamonte, J. R.: "Colisión entre", cit., p. 428.

172 El TS nos señala al respecto que: "[…] en lo jurídico tampoco puede desdeñarse la importancia […] evidentemente beneficioso en lo artístico, lo profesional o el puro entretenimiento, como correlativo a una creciente facilidad para dañar la imagen de las personas mediante la composición o el montaje fotográfico, de suerte que en modo alguno cabría sostener que por la difusión y popularización de las técnicas del fotomontaje habría disminuido la protección del derecho fundamental a la propia imagen, pues la adecuación al uso social […] es lo opuesto a un uso socialmente inadecuado por repetido que sea […] la facilidad técnica para dañar ilegítimamente el derecho de las personas a su propia imagen, y la correlativa frecuencia con que se produzcan intromisiones en esos mismos derechos, no son factores que por sí mismos puedan legitimar tales intromisiones […] el fotomontaje publicado no es más que una manipulación de la imagen de una persona conocida para excitar la curiosidad malsana de los potenciales lectores de la revista […]", (STS 185/2006, 7 de marzo de 2006).

173 STS 13 de noviembre de 2008, en De Verda y Beamonte, J. R.: "Colisión entre", cit., p. 431.

concreto reportaje publicado a un debate de interés general o a la formación de la opinión pública es nula"[174].

IV. CONCLUSIÓN.

Ha sido expuesto, como su nombre indica, el honor, la intimidad y la imagen como derechos fundamentales y la tutela civil en Nicaragua. Estas líneas dan cuenta de la problemática de este bloque de derechos desde la jurisdicción constitucional hasta la civil. En la Constitución están planteados en un terreno oscuro y sombrío, porque, en primer lugar, no los estima como derechos fundamentales y los elementos vertebradores no están presentes con nitidez, en segundo lugar, están opacamente formulados en el art. 26 numeral 1 y 2. En la jurisdicción civil este panorama es mucho más complicado, porque, ni el Código civil ni ninguna ley relacionada le dan tratamiento jurídico alguno. Es cierto que, el Código procesal civil ofrece una tutela y una tramitación especial, sin embargo, por una cuestión lógica, por ser una norma adjetiva, no brinda nada más.

La solución partió, no obstante, de una visión general sobre este bloque de derechos en la Constitución. En otras palabras, inferimos, a partir del precitado artículo, una serie de derechos vinculados a la personalidad, derivados de la dignidad y relacionados a la vida privada. Así, la intimidad y la imagen pueden ser extraídas y diferenciadas del supra derecho de la vida privada y familiar, según el art. 26 numeral 1) Cn. En cambio, el honor, evidentemente, está referido con concepciones afines, honra y reputación, según el numeral 2) del art. 26 Cn. No obstante, estas palabras no son las más adecuadas jurídicamente, porque, la primera puede acarrear confusión por lo que representó en un sistema social arcaico, nobiliaria u oligárquico, la segunda no es más un aspecto del contenido propio del concepto de honor, el cual, no obstante, es el relevante.

Las aclaraciones conceptuales no son, sin embargo, lo que los hace derechos fundamentales, sino, las garantías con que cuentan en la Constitución. En tal sentido, el derecho al honor, a la intimidad y a la imagen tienen, en primer lugar, la garantía fundamental, la dignidad de la persona. La cual, dada las formulaciones en los arts. 5 y 6, los cuales, están concatenados con el art. 46, es estimada como un derecho fundamental supremo del ordenamiento jurídico constitucional y, a la vez, como un supremo principio constitucional. Tal aseveración no es, en lo absoluto, desatinado, si tenemos en cuenta que, en otros ordenamientos jurídicos constitucionales, como el alemán, confluye así. Por ello, en la aplicación e interpretación de este bloque de derechos en relación a un caso concreto debe partir ineludiblemente de la dignidad como garantía. Ahora bien, estos derechos también gozan de los mecanismos de actuación de los poderes públicos frente a

174 Vid. STC 19/2014, de 10 de febrero (RTC 2014, 19).

los derechos fundamentales, la vinculación de los poderes públicos o la eficacia *inter privatos* y la reserva de ley, y de concretas herramientas de tutela de los derechos fundamentales, la garantía judicial y la constitucional. Con ello, aun y cuando, la Constitución omita intitularlos como derechos fundamentales, gozan en definitiva de las máximas garantías, razón suficiente, para considerarlos como fundamentales.

Sin embargo, hay que observar detenidamente que, este bloque de derechos tiene como garantía la reserva de ley, pero, el legislador nicaragüense no los ha desarrollado ni regulado mediante ley, desde el ámbito civil. Esta ausencia normativa, al final, no solo resulta en un escollo en el ejercicio, sino que, hace el camino más fácil para las posibles intromisiones ilegítimas, por parte de los particulares, en especial, los profesionales de la información a través de la prensa, en el ejercicio de los derechos de libertad de información y expresión.

Así, la falta de desarrollo y regulación legislativa, contribuye entonces a que, otra de sus garantías, la jurisdicción civil se vea como una opción poco viable. Pero, para nadie es un secreto que, hay una gran tendencia a acudir a esta vía judicial en detrimento de la penal, por las varias razones. Por ejemplo, la posibilidad de obtener una resolución judicial civil de condena al pago por el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por la agresión o menoscabo de estos derechos fundamentales, en vez de una resolución judicial de condena penal, o bien, la posibilidad de obtener una enjuiciar la vulneración de estos derechos fundamentales.

Quizás, bajo esta lógica, el legislador nicaragüense en la codificación del Código procesal civil incluyó como una pretensión la tutela de este bloque de derechos y, a la vez, le dio una tramitación especial. Sin embargo, a pesar de que apenas le dedica 7 artículos, los arts. 391 numeral 1) y 472 son motivos de confusión por la formulación de esta pretensión, es decir, estos artículos no determinan cuáles son los derechos fundamentales que, en el orden civil, será tutelables. Sí, es cierto que, solo precisa al honor, en el art. 391 numeral 1), pero, a la vez, emplea, en el art. 472, las palabras honra y reputación, como en la Constitución.

Consideramos que, con una interpretación de acuerdo a los planteamientos antes dados, dichos artículos dan cabida a la protección de los derechos de la personalidad, los de tipo moral o incorpóreos, como el honor, la intimidad y la imagen, el derecho a la identidad sexual, el derecho al nombre, el derecho a la autodeterminación informativa, entre otros. Por tal razón, estas normas jurídicas constituyen un *numerus apertus*.

Con todo, la ausencia normativa aún no nos permite saber cómo operan o funcionan el derecho al honor, a la intimidad y a la imagen frente al derecho a la

libertad de información y expresión. El Código procesal civil nos da una pauta, la intromisión ilegítima. Ello invitó a acudir al Derecho comparado, en concreto, el español, con la finalidad de encontrar a qué se refiere esta palabra compuesta y de comprender la operatividad y funcionalidad entre estos dos bloques de derechos. Las razones por las cuales nos auxiliamos del ordenamiento jurídico español ya están dadas y el grosor de este trabajo da cuenta de ello.

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, M.: *Derecho civil I, introducción y parte general*, 19ª edición, Edisofer, Madrid, 2013.

ÁLVAREZ CONDE, E.: *Curso de Derecho constitucional, I, El Estado constitucional, el sistema de fuentes, los derechos y libertades*, 5ª edición, Tecnos, Madrid. 2005.

BALAGUER CALLEJÓN, F. *et al.*: *Manual de derechos constitucional, II, derechos y libertades fundamentales, deberes constitucionales y principios rectores, instituciones y órganos constitucionales*, 5ª edición, Tecnos, Madrid, 2010.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: "En revisión del contenido del bien jurídico honor", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. 2º, 1984.

BIOY, X.: "Dignidad humana y derecho fundamental: Francia y España", en AA.VV.: *Dignidad humana y derecho fundamental*, (coord. por R. CHUECA RODRÍGUEZ), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015.

BONILLA SÁNCHEZ, J. J.: *Personas y derechos de la personalidad*, 1ª edición, Reus, Madrid, 2010.

BUSTOS PUECHE, J. E.: *Manual sobre bienes y derechos de la personalidad*, 2ª edición, Dykinson, Madrid, 2008.

CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral, I, Introducción y parte general*, volumen 2º, *Teoría de la relación jurídica, La persona y los derechos de la personalidad, Las cosas, Los hechos jurídicos*, 15ª edición, Reus, Madrid, 2007.

CHUECA RODRÍGUEZ, R.: "La marginalidad jurídica de la dignidad humana", en AA.VV.: *Dignidad humana y derecho fundamental*, (coord. por R. CHUECA RODRÍGUEZ), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.:

- "El derecho a la propia imagen", en AA.VV.: *Veinticinco años de aplicación 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* (coord. por J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

- "La protección constitucional del derecho a la propia imagen", en AA.VV.: *El derecho a la imagen desde todos los puntos de vista* (coord. por J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

- "La protección constitucional del derecho al honor", en AA.VV.: *Derecho al honor: tutela constitucional, responsabilidad civil y otras cuestiones* (coord. por J.R. De Verda y Beamonte), Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

- *La protección del derecho a la intimidad frente a las indiscreciones literarias*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012.

- "Los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen como límites del ejercicio de los derechos fundamentales de información y de expresión: ¿una nueva sensibilidad de los tribunales?", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 29, 2015.

- "Los derechos fundamentales de la personalidad (al honor, a la intimidad y a la propia imagen) como categoría unitaria", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 23, 2017.

De Verda y Beamonte, J.R. y Vidal Alonso, J.:

- "Colisión entre el derecho al honor y la libertad de información (I): El interés público de la noticia", en AA.VV.: *Derecho al honor: tutela constitucional, responsabilidad civil y otras cuestiones* (coord. por J.R. De Verda y Beamonte), Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

- "Colisión entre el derecho al honor y la libertad de información (II): El requisito de la veracidad", en AA.VV.: *Derecho al honor: tutela constitucional, responsabilidad civil y otras cuestiones* (coord. por J.R. De Verda y Beamonte), Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

Díez Picazo-Jiménez, L.M.: *Sistema de derechos fundamentales*, 4ª edición, Civitas, Cizur Menor, 2013.

Díez-Picazo, L. y Gullón, A.: *Sistema de derecho civil*, Volumen I, *Introducción, derecho de la persona, autonomía privada, persona jurídica*, 12ª edición, Tecnos, Madrid, 2012.

Encabo Vera, M. A.: *Derechos de la personalidad*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

Fernández García, E.: "El problema del fundamento de los derechos humanos", *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 1, 1982.

Fernández Segado, F.:

- *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992.

- "La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 39, 1993.

García De Enterría, E.: "Principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la Jurisprudencia en la Constitución", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 10, 1984.

García Morillo, J.: "Las garantías de los derechos fundamentales (I). Las garantías genéricas. La suspensión de los derechos fundamentales", en AA.VV.: *Derecho constitucional, vol. I, El ordenamiento constitucional. Derecho y deberes de los ciudadanos*, 8ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

García Rubio, M. P.: "Los derechos de la personalidad", en AA.VV.: *Tratado de derecho de la persona física*, (coord. por J. Solé Resina), 1ª edición, Civitas, Cizur Menor, 2013.

Germán Gómez, O.: "La dignidad de la persona en la *Grundgesetz*", en AA.VV.: *Dignidad humana y derecho fundamental*, (coord. por R. Chueca Rodríguez), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015.

González Pérez, J.: *La dignidad de la persona*, 2ª edición, Civitas, Cizur Menor, 2011.

Grimalt Servera, P.: *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, 1ª edición, Iustel, Madrid, 2007.

Häberle, P.: "La dignidad del hombre como fundamento de la comunidad estatal", traducción del alemán por Alberto Oehling De Los Reyes, en AA.VV.: *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*, (coord. por F. Fernández Segado), Dykinson, S.L., Madrid, 2008.

Lacruz Berdejo, J. L. *et al.*: *Elementos de derecho civil, I, Parte general*, volumen 2º, *Personas*, 6ª edición, Dykinson, Madrid, 2010.

Lete Del Río, J. M.: *Derecho de la persona*, 3ª edición, Tecnos, Madrid, 1996.

Martínez De Aguirre Aldaz, C. y De Pablo Contreras, P. *et al.*: *Curso de Derecho civil, I, Derecho de la persona*, volumen 2º, 5ª edición, Edisofer, S. L., Madrid, 2016.

Moliner Navarro, R.: "El derecho al honor y su conflicto con la libertad de expresión y el derecho a la información", en AA.VV.: *Veinticinco años de aplicación 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* (coord. por J.R. De Verda y Beamonte), Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

Monereo Pérez, J. L: *La protección de los derechos fundamentales, El modelo europeo*, 1ª edición, Bomarzo, Albacete, 2009.

Oehling De Los Reyes, A.: *La dignidad de la persona: Evolución histórico filosófica, concepto, recepción constitucional y relación con los valores y derechos fundamentales*. Dykinson, Madrid, 2010.

Peces Barba-Martínez, G.: *Curso de derechos fundamentales*, EUDEMA, Madrid, 1991.

Peces-Barba, G.: Los valores superiores, Tecnos, Madrid, 1984.

Peces Barba-Martínez, G. *et al.*: *Textos básicos de Derechos humanos, con estudios generales y especiales y comentarios a cada texto nacional e internacional*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001.

Pérez Luño, A. E.: *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 10ª edición, Tecnos, Madrid, 2010.

Pérez Royo, J.: *Curso de derecho constitucional*, 10ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2005.

Pérez Tremps, P.: "Los derechos fundamentales", en AA.VV.: *Derecho constitucional, vol. I, El ordenamiento constitucional. Derecho y deberes de los ciudadanos*, 8ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

Puig i Ferriol, L. *et al.*: *Manual de derecho civil, I, Introducción y derecho de la persona*, Marcial Pons, Madrid, 1995.

Ruiz Lapeña, R.: "La dignidad y sus manifestaciones en el ordenamiento constitucional español", en AA.VV.: *Dignidad humana y derecho fundamental*, (coord. por R. Chueca Rodríguez), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015.

Sánchez Calero, F. J. *et al.*: *Curso de Derecho civil I, Parte general y derecho de la persona*, 8ª, edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

Soriano, R.: *Historia temática de los derechos humanos*, 1ª edición, Editorial Mad, S.L., Alcalá de Guadaira, 2003.

Starck, C.: "La dignidad del hombre como garantía constitucional, en especial, en el derecho alemán", traducción del alemán por Alberto Oehling De Los Reyes, en AA.VV.: *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*, (coord. por F. Fernández Segado), Dykinson, S.L., Madrid, 2008.

SUSPENSIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE PRESTAR ALIMENTOS AL MENOR DE EDAD: MECANISMOS DE CONTROL, ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL Y PROPUESTAS

SUSPENSION OF THE OBLIGATION TO PROVIDE FOOD TO THE MINOR: CONTROL MECHANISMS, JURISPRUDENTIAL ANALYSIS AND PROPOSALS

Rev. Boliv. de Derecho Nº 33, enero 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 104-123

Pablo
TORTAJADA
CHARDÍ

ARTÍCULO RECIBIDO: 21 de septiembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 30 de noviembre de 2021

RESUMEN: El propósito del presente trabajo reside en el análisis jurisprudencial de la declaración judicial de la suspensión de la obligación de prestar alimentos al menor de edad. Introduciendo el mandato previsto en el art. 39 CE, y la legislación, que insta al Estado, a garantizar el pago de los meritados alimentos, proponiendo mecanismos de control y evitando el permanente seguimiento al alimentante.

PALABRAS CLAVE: obligación de alimentos; suspensión; control; interés superior del menor; Fondo de Garantía del Pago de Alimentos; mecanismos.

ABSTRACT: *The purpose of this work lies in the jurisprudential analysis of the judicial declaration of the suspension of the obligation to provide maintenance to the minor. Introducing the mandate provided for in Article 39 CE, and the legislation, which urges the State, to guarantee the payment of the well-deserved maintenance, proposing control mechanisms and avoiding the permanent monitoring of the obligor..*

KEY WORDS: *maintenance obligation; suspension; control; best interests of the minor; Maintenance Payment Guarantee Fund; mechanisms.*

SUMARIO.- I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES..- II. MARCO NORMATIVO. CARACTERIZACIÓN.- 1. Marco normativo.- 2. Juicio de proporcionalidad.- 3. Estado de absoluta pobreza.- 4. Criterio temporal y restrictivo.- 5. Mínimo vital.- III.- ACCIONES PARA ASEGURAR EL MANDATO DEL ART. 39 C.E.- 1. Requerimientos judiciales.- 2. Anticipos del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos.- 3. Medios tecnológicos. Colaboradores.- IV. CONCLUSIONES.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

La obligación de prestar alimentos, viene declarando nuestro Tribunal Supremo, es una de las obligaciones de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico[1], basándose en un principio de solidaridad familiar, con fundamento constitucional previsto en el art. 39.1 y 3 CE. Por tanto, deberemos proporcionar una protección especial. Los tiempos actuales que estamos viviendo de continua crisis económica, prácticamente desde hace más de una década, acompañada de la crisis sanitaria que últimamente padecemos con graves consecuencias económicas, repercuten obligatoriamente en la prestación alimenticia, sobre todo en los menores de edad.

Debemos, de forma preliminar y con el ánimo de situar el estudio, establecer el diferente tratamiento "según sean los hijos menores de edad, o no, pues al ser menores más que una obligación propiamente alimenticia lo que existen son deberes insoslayables inherentes a la filiación, que resultan incondicionales de inicio con independencia de la mayor o menor dificultad que se tenga para darle cumplimiento o del grado de reprochabilidad en su falta de atención", añadiendo en este sentido la jurisprudencia[2] que: "ante una situación de dificultad económica habrá de examinarse el caso concreto y revisar la Sala si se ha conculcado el juicio de proporcionalidad del art. 146 del CC[3] , lo normal será fijar siempre en supuestos de esta naturaleza un mínimo que contribuya a cubrir los gastos repercutibles más

1 STS 5 octubre 1993 (RJ 1993, 7464), STS 17 febrero 2015 (RJ 2015, 338), indicando que además de ser una obligación jurídica es un deber moral, no existe ningún precepto que exonere el mantenimiento de los hijos menores de edad o discapacitados. Barrio Gallardo, A.: "Pensión de alimentos y convenio regulador", *Indret*, núm. 3, 2017, p. 9. Por ello, tal y como establece Jiménez Linares, M. J.: "La modificación de la pensión de alimentos a hijos menores por alteración de las circunstancias", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 1999, p. 4, "al deber de alimentos de los padres para con sus hijos, precisamente por ser menores de edad, no le resultan aplicables todas las causas de extinción que el artículo 152 CC establece respecto de la obligación legal de alimentos entre parientes".

2 STS 12 febrero 2015 (RJ 2015, 338).

3 STS 16 diciembre 2014 (RJ 2014, 6302).

• 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 Civil de la Universitat de València. Correo electrónico: pablo.tortajada-chardi@uv.es.

imprescindibles para la atención y cuidado del menor, y admitir sólo con carácter muy excepcional, con criterio restrictivo y temporal, la suspensión de la obligación, pues ante la más mínima presunción de ingresos, cualquiera que sea su origen y circunstancias, se habría de acudir a la solución que se predica como normal, aún a costa de una gran sacrificio del progenitor alimentante".

Se interesará, por tanto, aportar y detallar mecanismos con el fin de evitar posteriores procedimientos, así como nuevas revisiones de las resoluciones judiciales. Propone el que suscribe, el beneficio de una necesaria transformación, asegurando el interés superior del menor, siendo necesaria la aplicación e imposición al alimentante, al cual se le ha suspendido la obligación del pago de la pensión, de mecanismos y exigencias regladas. Se demanda en un primer estadio, la obligación de informar periódicamente, teniendo en cuenta el contexto social/económico, con el fin de conocer su situación financiera, aportando los documentos y pruebas correspondientes, debiendo reanudarse a la mayor brevedad la obligación de pago, en el momento que se perciban ingresos de cualquier clase. La evolución tecnológica, apoyada en los medios técnicos que facilitan en otros campos una inmediata localización de bienes y derechos, debe aprovecharse, con el fin de acotar tiempos procesales, en beneficio del necesitado, interesando una pronta y eficaz colaboración entre los Tribunales y la Administración, que garantice una Justicia ágil y de mayor calidad. Debemos unirlo e introducir, con el fin de acometer el trabajo, el mandato previsto en el art. 39 de nuestra Carta Magna[4], que convoca a la imposición prevista en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de protección integral contra la violencia de género, donde se insta al Estado a garantizar el pago de alimentos reconocidos a favor de los hijos e hijas menores de edad en convenio judicialmente aprobado o en resolución judicial, reiterado en la 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, refiriéndonos finalmente, a la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007, que crea el Fondo de Garantía del Pago de Alimentos, constando la regulación de su organización y funcionamiento, en Real Decreto 1618/2007, de 7 de diciembre , interesando de esta forma, la asunción por éste del abono de la pensión en el caso de la suspensión objeto de estudio. Se articulará en el presente trabajo diversas propuestas y recopilación de mecanismos necesarios, que releven la necesidad de averiguar e inspeccionar por parte del otro progenitor, con un continuo seguimiento y actividad de permanente fiscalización de la situación del alimentante, que ha visto suspendida la obligación. Necesidad y propuesta, en

4 Artículo 39. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

suma, de establecer una temporalidad concreta y revisable de la suspensión de la obligación, más allá de una mera manifestación indeterminada de duración.

II. MARCO NORMATIVO. CARACTERIZACIÓN.

1. Marco normativo.

Debemos traer a colación en primer lugar y con independencia de nuestra normativa nacional, los principales instrumentos internacionales que son de aplicación a la obligación de prestación de alimentos en menores de edad. Como punto de partida prevalece la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y en vigor en nuestro ordenamiento desde el 5 de enero de 1991, marco e instrumento jurídico universal de los derechos de la infancia y la adolescencia. En el ámbito europeo, resaltar, el art. 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea[5], y en concordancia con nuestra Carta Magna, (art. 39) donde se garantiza la protección a los menores desde una perspectiva familiar, en las personas progenitoras con su obligación de prestar asistencia de todo orden a los hijos, y desde una perspectiva pública, asegurando la protección integral por los poderes públicos. Relacionando los deberes asistenciales, en cuanto deber de alimentación, educación y formación, la regulación dispuesta en nuestro código civil, destacando la incidencia de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor[6] y reiterando el carácter incondicionado e inderogable del deber de los padres de alimentar a sus hijos. En este punto, resulta necesario hacer mención a la especificidad del marco del Derecho de Familia, que se rige, al menos parcialmente, por principios distintos al Derecho Civil Común, no estando vinculado el Juez decisor al principio de rogación[7], como lo estaría si se tratara de dilucidar derechos estrictamente privados, ya que los que están en cuestión superan dicho ámbito.

2. Juicio de proporcionalidad.

Destacar la reiteración de nuestro Alto Tribunal cuando aborda en sus pronunciamientos la revisión del juicio de proporcionalidad de los alimentos debidos a los hijos, incidiendo en ser una cuestión que se ingresa en el ámbito de los pronunciamientos discrecionales, facultativos o de equidad, materia reservada

5 Artículo 24: Derechos del niño 1. Los niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta para los asuntos que les afecten, en función de su edad y madurez. 2. En todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial. 3. Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses.

6 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, reformada por Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, y por Ley 26/2015, de 28 de julio.

7 SAP Islas Baleares 18 diciembre 2012 (JUR 2013, 54443).

al Tribunal de Instancia[8], lo que le lleva a la inadmisión en su gran mayoría de asuntos, dado que se realiza en las resoluciones impugnadas el juicio razonado de proporcionalidad, revisándose únicamente si se ha vulnerado claramente o no se ha razonado lógicamente con arreglo a la regla prevista en el art. 146 CC, recordando[9], que el interés casacional consiste en el conflicto jurídico producido por la infracción de una norma sustantiva aplicable al objeto del proceso (que es el motivo del recurso de casación), en contradicción con la doctrina jurisprudencial invocada (lo que constituye presupuesto del recurso), por lo que es obvio que ese conflicto debe realmente existir y ser acreditado por la parte. Se recuerda en la STS 25 octubre 2016[10] que el recurso de casación no es una tercera instancia que permita revisar los hechos, ni como consecuencia revisar la decisión tomada en la sentencia recurrida cuando los criterios utilizados respetan el canon de la proporcionalidad para establecer la cuantía de los alimentos.

Según resulta en la STS 14 febrero 2018[11], ante la alegación efectuada de infracción del art. 146 CC y oposición a la doctrina del Tribunal Supremo[12], que establece la necesidad que la pensión de alimentos sea proporcional a la capacidad económica del alimentante y a las necesidades del alimentista así como cuando recaiga en dos o más personas la obligación de dar alimentos se repartirá entre ellas el pago de la pensión en cantidad proporcional a su caudal respectivo, se estima el mismo, casando parcialmente la sentencia recurrida, ante la producción de un ilógico juicio de proporcionalidad efectuado en la sentencia recurrida, omitiendo lo dispuesto en el art. 145 CC.

Resaltar la disparidad en algunas resoluciones judiciales ante supuestos similares, generando con ello inseguridad jurídica, apuntando algunos autores[13] la conveniencia de adoptar criterios objetivos para la determinación judicial de la cuantía.

8 STS 19 enero 2017 (RJ 2017, 924), ATS 20 octubre 2020 (JUR 2020, 317916). STS 28 marzo 2014 (RJ 2014, 1941) dispone que: "[...] el juicio de proporcionalidad del artículo 146 CC, corresponde a los tribunales que resuelven las instancias y no debe entrar en él el Tribunal Supremo a no ser que se haya vulnerado claramente el mismo o no se haya razonado lógicamente con arreglo a la regla del art. 146", de modo que la fijación de la entidad económica de la pensión y la integración de los gastos que se incluyen en la misma, "entra de lleno en el espacio de los pronunciamientos discrecionales, facultativos o de equidad, que constituye materia reservada al Tribunal de instancia, y por consiguiente, no puede ser objeto del recurso de casación (STS 21 noviembre 2005 (RJ 2005, 7734); STS 26 octubre 2011 (RJ 2012, 1125); STS 11 noviembre 2013 (RJ 2013, 7262) y STS 27 enero 2014 (RJ 2014,792), entre otras [...]". En mismo sentido ATS 9 octubre 2019 (TOL7.536.664), ATS 27 noviembre 2019 (TOL7.615.671) y ATS 19 febrero 2020 (TOL7.792.940), entre otras.

9 ATS de 22 marzo 2017 (Rec. 1894/2016).

10 STS 25 octubre 2016. (RJ 2016, 4977).

11 STS 14 febrero 2018 (RJ 2018, 459).

12 STS 21 octubre 2015 (RJ 2015, 4917), STS 15 julio 2015 (RJ 2015, 2779) y STS 16 julio 2002 (RJ 2002, 6246).

13 En este sentido Martínez Rodríguez, N.: *La obligación legal de alimentos entre parientes*, La Ley, Madrid, 2002, p.480.

Conforme la SAP Alicante 30 abril 2018[14], en su Fundamento de Derecho Primero B, funda el juicio de proporcionalidad efectuado por la resolución de instancia ajustado a derecho, "pues, de entrada, se ajusta a las tablas orientadoras del CGPJ", introduciendo este elemento denostado y entiendo tan necesario para favorecer la seguridad jurídica en la aplicación de un sistema de valoración y cuantificación del importe obligado. Analizado el canon de proporcionalidad por la STS 16 diciembre 2014[15] mantiene una pensión de alimentos a favor del hijo aun cuando el padre no tiene ingresos oficiales, al prestar trabajos en la llamada economía sumergida.

Considera la STS 22 julio 2015[16] la fijación de una pensión de alimentos, abonable por el demandado del 10% de los ingresos que se acrediten como percibidos por el padre, dada la edad de la menor y que la madre trabaja como empleada de hogar y reside en régimen de alquiler compartido. Aun desconociendo el trabajo que el esposo pueda estar desarrollando actualmente.

Es interesante destacar en cuanto la fecha de efectos, la SAP Asturias 23 junio 2014[17], mediante la cual se acuerda la suspensión temporal de la pensión, "ante la carencia absoluta de ingresos por parte del progenitor no custodio mientras aquella se mantenga, si bien tendrá efectos desde la fecha de la sentencia sin que sea posible retrotraerlos a la interposición de la demanda".

Establece en suma la STS 2 marzo 2015[18], que: "El interés superior del menor se sustenta, entre otras cosas, en el derecho a ser alimentado y en la obligación de los titulares de la patria potestad de hacerlo "en todo caso", conforme a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento, como dice el artículo 93 del Código Civil, y en proporción al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe, de conformidad con el artículo 146 CC. Ahora bien, este interés no impide que aquellos que por disposición legal están obligados a prestar alimentos no puedan hacerlo por carecer absolutamente de recursos económicos, como tampoco impide que los padres puedan desaparecer físicamente de la vida de los menores, dejándoles sin los recursos de los que hasta entonces disponían para proveer a sus necesidades".

3. Estado de absoluta pobreza.

El requisito exigido para la concesión y aprobación de la suspensión del abono de la pensión de alimentos, y que justifica la misma, requiere de la absoluta

14 SAP Alicante 30 abril 2018 (JUR 2018, 172105).

15 STS 16 diciembre 2014 (RJ 2014, 6302).

16 STS 22 julio 2015 (RJ 2015, 3788).

17 SAP Asturias 23 junio 2014 (EDJ 2014, 108953).

18 STS 2 marzo 2015 (RJ 2015, 601).

indigencia, la absoluta falta de medios para afrontar el pago. Con el fin de proporcionar una definición de la pobreza absoluta, nos acercamos a las diversas perspectivas y estudios llevados a cabo, y concretamente a las dos perspectivas diferenciadas, subjetiva, basada en la propia percepción de los individuos y hogares, y en la perspectiva de una pobreza objetiva, que requiere de la observación del investigador en cuanto a ingresos y gastos, y es en esta perspectiva de la pobreza objetiva donde se sitúan y enmarca la pobreza absoluta, definida[19] como "la situación en la cual no están cubiertas las necesidades básicas del individuo, es decir, existe carencia de bienes y servicios básicos (normalmente relacionados con la alimentación, la vivienda y el vestido)", relacionado el concepto con la miseria, interesando como continua en su exposición el informe del Instituto Nacional de Estadística (INE), la posibilidad de aplicar el concepto por igual en todos los países o sociedades.

En la STS 20 julio 2017[20], se casa la sentencia recurrida y declara la procedencia de la suspensión de la obligación de la recurrente de prestar alimentos a su hija, hasta que mejoren las circunstancias de la obligada, la cual, residía en el domicilio de una anciana que le facilitaba techo y comida a cambio de cuidados, pero dicha persona ha sido trasladada a un centro de día, y se encuentra en situación de total desamparo.

Conforme la STSJ Cataluña 21 mayo 2020[21] establece casos de "pobreza absoluta", como es el de un alimentante absolutamente insolvente, cuyas necesidades son cubiertas por aquellas personas que, por disposición legal, están obligados a hacerlo, conforme a los arts. 142 y siguientes del Código Civil[22].

También llega a darse la circunstancia donde se pretendía por parte del recurrente[23] aparentar un estado de indigencia con el fin de suspender el abono de la pensión de alimentos a favor de la hija con la ausencia de ingresos líquidos, si bien se desestima la pretensión al ser titular de dos inmuebles y dos vehículos automóviles que revelan una posición económica superior a la que se desprende

19 Informe del Instituto Nacional de Estadística "La pobreza y su medición Presentación de diversos métodos de obtención de medidas de pobreza" www.ine.es [Fecha consulta 4/11/2021].

20 STS 20 julio 2017 (RJ 2017, 3385).

21 STSJ Cataluña 21 mayo 2020 (JUR 2020, 270675).

22 En mismo sentido advierte De Verda y Beamonte, J. R. y Bueno Biot, Á.: "Los alimentos debidos a los hijos menores de edad: un estudio jurisprudencial", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 13, 2020, p. 469.: "Hay que tener en cuenta la posibilidad de que, ante una situación de "absoluta" de los progenitores, los hijos puedan accionar contra los que están obligados a prestar alimentos a aquellos en virtud de los arts. 142 y ss. CC, que normalmente serán los abuelos."

23 SAP Segovia 12 marzo 2019 (TOL 7231587). Cabe pues recordar en este sentido que para fijar la pensión de alimentos se tiene en cuenta no sólo los ingresos personales periódicos del alimentante sino su capacidad económicamente globalmente considerada. Costas Rodal, L.: "Novedades jurisprudenciales en materia de suspensión de la obligación de pagar alimentos a los hijos menores por ingreso en prisión del progenitor alimentante", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 9, 2015, p. 7.

del mero dato derivado del volumen de sus ingresos salariales. No es únicamente la capacidad de liquidez económica, sino la capacidad patrimonial general que detenta el alimentante.

Incluso el ingreso y estancia en prisión no priva del abono de la pensión, en este sentido la SAP Barcelona 22 marzo 2017[24], valora la revelada imposibilidad manifiesta de prestación de la obligación alimenticia al verse privado de libertad, resaltando que el sistema penitenciario ofrece la posibilidad de realizar trabajos remunerados dentro de la prisión, y que además, existen diversos regímenes, siendo el del caso concreto el régimen abierto, con la posibilidad de llevar a cabo un trabajo remunerado fuera de la prisión, cuestionando la propia resolución la actividad fuera de prisión , así como la exigencia de acreditar la realización de gestiones para encontrar un trabajo. Así, la STS 14 octubre 2014[25] establece la imposibilidad de extinción de la pensión de alimentos por la misma circunstancia.

La STS 22 diciembre 2016[26], dispone igualmente, que no es la situación carcelaria la que origina esta situación, sino la falta de medios para afrontar en esos momentos su pago.

La STS 14 noviembre 2016[27] y "acuerda la suspensión temporal de la pensión alimenticia dada la falta de medios del alimentante, absolutamente insolvente y cuyas necesidades son cubiertas por otras personas obligadas legalmente, y contra quienes los hijos también pueden reclamar el cumplimiento de la obligación de alimentos ante la carencia de medios de ambos progenitores".

En otro extremo, encontramos la STS 24 octubre 2008[28], donde se suspende la obligación del abono de la pensión de alimentos, dado que la hija común era deportista de élite y percibía ingresos suficientes para cubrir sus necesidades, además de residir en la Federación, teniendo cubiertos sus gastos de alojamiento, manutención y los derivados de la práctica deportiva. Condicionado a la continuidad de la actividad deportiva de élite.

4. Criterio temporal y restrictivo.

Resulta indiscutible establecer la temporalidad a la exigencia de la suspensión del impago, pues de otro modo estaríamos hablando prácticamente de la supresión

24 SAP Barcelona 22 marzo 2017 (La LEY 9853/2017).

25 STS 14 octubre 2014 (La LEY 141924/2014).

26 STS 22 diciembre 2016 (RJ 2016, 5994).

27 STS14 noviembre 2016 (RJ 2016, 5630), estima el recurso de casación contra SAP Valencia 15 julio de 2015 (JUR 2016, 1691).

28 STS 24 octubre de 2008 (RJ 2008, 5794).

de la obligación de prestar alimentos. La jurisprudencia reconoce y exige el criterio restrictivo y temporal[29].

La SAP Barcelona 20 febrero 2020[30], dispone que la suspensión solo puede admitirse con carácter muy excepcional, con criterio restrictivo y temporal. Con ello, indicar que la diferencia con la supresión del pago estriba en el carácter transitorio o coyuntural[31].

Mencionar por su singularidad, la SAP Alicante 19 enero 2012[32], donde se solicitaba por parte del padre/recurrente la suspensión de la prestación de alimentos durante el mes de vacaciones en que tuviera a la menor, recordando la Sala la denegación de la petición, dado el criterio mantenido de "determinación de la pensión de alimentos en el entendimiento de que se devengarán doce mensualidades por año, con abstracción de dicha circunstancia, por entender que este sistema es más acorde con todos los parámetros que se consideran para fijar su importe y que en el concepto amplio de alimentos del artículo 142 CC[33] se incluyen también una serie de gastos que ni son extraordinarios ni tienen periodicidad mensual y a los que, si se estima necesario, puede imputarse la pensión que se devenga en dicho mes".

La SAP Valencia 28 octubre 2020[34] desestima el recurso de apelación interpuesto, ante la pretensión de suspensión de la obligación de prestar alimentos por una persona ingresada en prisión y privada de libertad, ante la necesidad de preservar el interés superior del menor protegiendo "la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, física y educativas como emocionales y afectivas"; ponderando "el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo"; "la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten..." y a que "la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara", añadiendo la resolución que la legislación penitenciaria española, siendo uno de sus objetivos la reinserción social, se constata la facultad de actividad laboral de los internos, no habiendo acreditado el apelante, su imposibilidad de realizar un trabajo remunerado, pudiendo por tanto generar ingresos para sufragar la pensión que se interesaba suspender.

29 Vid. STS 15 julio 2015 (RJ 2015, 2779), STS 14 noviembre 2016 (RJ 2016, 5630), STS 17 febrero 2015 (RJ 2015, 338), STS 10 de julio de 2015 (RJ 2015, 2563) y STS 2 diciembre 2015 (RJ 2015, 5327).

30 SAP Barcelona 20 febrero 2020 (AC 2020, 355).

31 Carol Aparicio, I.: *La Pensión de Alimentos de los Hijos en el Derecho Español*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p.351.

32 SAP Alicante 19 enero 2012 (JUR 2012, 223177).

33 Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable. Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo.

34 SAP Valencia 28 octubre 2020 (TOL 8215464).

5. Mínimo vital.

El establecimiento de una cantidad mínima, o mínimo vital, es un concepto jurídico indeterminado, no existe una definición jurisprudencial que delimite el mismo, corolario de ello, la STS 12 febrero 2015[35], establece con carácter general, incluso en situaciones de precariedad económica, la obligación del alimentante de pasar un mínimo vital que cubra los gastos más imprescindibles del hijo [...] estableciendo que se viene fijando entre 100 y 150€[36].

El mínimo vital no es una cantidad fija, y podemos exteriorizar que la doctrina del mínimo vital no es estrictamente fruto de las decisiones del Tribunal Supremo, sino que "se trata de una construcción judicial propia de las Audiencias Provinciales"[37], dado que son las que resuelven habitualmente este tipo de conflictos. En ese sentido en las Audiencias Provinciales se puede apreciar una oscilación en los importes, a modo de ejemplo SAP Sevilla 14 enero 2020, cuantía mínima 150€ junto con SAP Valencia 7 junio 2019, el caso de SAP Albacete 16 junio 2021 cuantía de 180 euros, hasta importes fijados de 200 euros, SAP Álava 11 abril 2019[38]. A mayor abundamiento, tampoco hay un criterio uniforme en cuanto que, unas Audiencias optan por la suspensión o bien por fijar un índice porcentual y, otras, una cuantía en concepto de mínimo vital[39].

Como se desprende de la STS 25 abril de 2016[40], desestima el recurso de casación en un supuesto donde el recurrente percibía una pensión por incapacidad de 353€/mes, debía pagar los gastos de alquiler por importe de 200€ y otra pensión por importe de 100€ a favor de dos hijas de anterior relación, y fijaba la suma de 125€ de pensión de alimentos en favor de la hija atendiendo y valorando sus necesidades, acogiendo el criterio descrito, que «ante la más mínima presunción de ingresos cualquiera que sea su origen y circunstancias», se ha de fijar un mínimo que contribuya a cubrir los gastos repercutibles más imprescindibles para la atención y cuidado del menor, aún a costa de un gran

35 STS 12 febrero 2015 (RJ 2015, 338).

36 STS 22 julio 2015 (RJ 2015, 3788): "Lo normal será fijar siempre en supuestos de esta naturaleza un mínimo que contribuya a cubrir los gastos repercutibles más imprescindibles para la atención y cuidado del menor, y admitir sólo con carácter muy excepcional, con criterio restrictivo y temporal la suspensión de la obligación, pues ante la más mínima presunción de ingresos, cualquiera que sea su origen y circunstancias, se habría de acudir a la solución que se predica como normal, aún a costa de una gran sacrificio del progenitor alimentante. AP Valencia 9 junio 2020 (JUR 2020/238587).

37 Godoy Domínguez, L.A.: "La insuficiencia económica del progenitor no custodio y la obligación de alimentos: fijación de un mínimo vital o suspensión del pago", en Cervilla Garzón, Mª. D. y Lasarte Álvarez, C. (coords.): *Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 538.

38 SAP Sevilla 14 enero 2020 (TOL 8108529), SAP Valencia 7 junio 2019 (TOL 7417844), SAP Albacete 16 junio 2021 (TOL 8576075), SAP Álava 11 abril 2019 (TOL 7404616).

39 Muñoz-Alonso López, M.: "La pensión de alimentos. Nuevos criterios en su determinación." *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 752, 2015, p.3636.

40 STS 25 abril 2016 (RJ 2016, 1712).

sacrificio del progenitor alimentante. En suma, en cuanto a la obligación de los alimentos de los hijos menores, más que una obligación propiamente alimenticia, supone un "deber insoslayable inherente a la filiación que no depende, en lo que se refiere al mínimo exigible, de la mayor o menor dificultad económica." SAP Granada 24 julio 2020[41].

La imposición de un mínimo vital y no suspensión sistemática de la obligación del pago de la pensión, entiendo genera necesariamente una actitud proactiva a la búsqueda de empleo o recursos con el fin de llevar a cabo el pago, evitando con ello situaciones y actitudes parasitarias, por lo que aun siendo a veces importes muy bajos resulta necesaria su aplicación. La ausencia de una oposición a la demanda en forma, y la falta de prueba de lo que el recurrente afirma en su escrito, no resulta suficiente para justificar la suspensión de la obligación de prestar alimentos

III. ACCIONES PARA ASEGURAR EL MANDATO DEL ART. 39 CE.

En línea con nuestra propuesta, ante este escenario es necesario articular sistemas para suplir la ausencia de ingresos, pues el derecho de familia no alcanza la articulación de una solución[42]. La protección del interés del menor constituye una cuestión de orden público. En definitiva, se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses, como así ha señalado la STS 25 abril 2011[43].

1. Requerimientos judiciales.

Son innumerables las sentencias que estiman una reducción en la cuantía de prestación de la obligación de alimentos, y en menor medida las que estiman la suspensión de la obligación (suspensión de la pensión de alimentos de la madre hacia sus hijos en tanto carezca de ingresos, reanudando la contribución impuesta en la sentencia en cuanto perciba algún emolumento[44] o incluso disponer en el fallo: hasta que mejoren las condiciones económicas de aquélla para poder atender los gastos más imprescindibles de la menor[45]) y en prácticamente un número muy reducido se establece algún tipo de medida u obligación al respecto, con el fin de

41 SAP Granada 24 julio 2020 (JUR 2020, 330096).

42 SAP A Coruña 11 julio 2018 (JUR 2018, 263726) estableciendo del mismo modo que, ante situaciones de extrema insolvencia y carencia de recursos, el derecho de familia poco puede hacer, debiendo ser las Administraciones Públicas a través de servicios sociales las que remedien las situaciones en que tales mínimos no se encuentren cubiertos. STS 20 julio 2017 (RJ 2017, 3385), STS 14 noviembre 2016 (RJ 2016, 5630), STS 25 abril 2016 (RJ 2016, 1712), STS 18 marzo 2016 (RJ 2016, 1136) y STS 10 de julio de 2015 (RJ 2015, 2563), entre otras muchas.

43 STS 25 abril 2011 (RJ 2011, 3711).

44 SAP Asturias 15 mayo 2020 (TOL 7976790).

45 STS 20 julio 2017 (RJ 2017, 3385).

proceder a informar de la situación económica. Debiera establecerse de forma preceptiva en las meritadas resoluciones la medida o medidas, con carácter no limitativo, de informar de la situación económica. En este sentido, SAP Lugo 14 junio 2019[46], tras acoger la petición del recurrente de establecer la suspensión de la obligación de prestar alimentos a sus hijos menores, no deja el fallo en una manifestación inactiva y vacía de contenido, sino que dispone, que por parte del alimentante se informe con una periodicidad semestral de su situación económica, aportando los justificantes correspondientes al juzgado.

En similar sentido, la STS 14 noviembre 2016[47],"acuerda la suspensión de la obligación alimenticia del recurrente para con sus hijos, por un plazo máximo de seis meses, salvo que antes mejorase su situación económica, en los que habrá de gestionar con la administración concursal el posible crédito que tenga a su favor derivado del concurso de acreedores de la empresa en que prestaba sus servicios, así como para instar, en su caso, ayudas sociales para atender a la alimentación complementaria de sus hijos.

Se comparte por tanto y en este sentido "la conveniencia de establecer en las decisiones judiciales de suspensión de mecanismos de revisión o control de la situación en un plazo determinado que eviten hacer recaer sobre el otro progenitor la carga de instar en cualquier momento en que conozca o presuma una mejora en la situación económica, el alzamiento de la suspensión"[48].

Al establecerse la suspensión, la situación resultará de gran gravedad para el entorno familiar en la mayoría de los casos, y trasladar esa necesidad de inspeccionar, de fiscalizar al alimentante, con medios escasos o nulos, resulta una obligación de esfuerzo y ejercicio de difícil realización, interesando por tanto previamente, la conminación a la demostración cada cierto periodo, del cambio de circunstancias, y sobre todo del interés e intención en la modificación, debiendo ser mandato legal, tal y como se dispone en el art. 158 CC[49], por ello, constatada una situación de necesidad, situación de desprotección social del menor, será de plena aplicación lo previsto y prevenido en la Ley del Menor[50], promoviendo una respuesta ágil e inmediata.

2. Anticipos del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos.

46 SAP Lugo 14 junio 2019 (JUR 2019, 222863).

47 STS 14 noviembre 2016 (RJ 2016, 5630).

48 González Valverde, A.: "La suspensión temporal de la obligación de satisfacer la pensión de alimentos a los hijos menores por carencia de medios", *Revista de Derecho Civil*, núm. 3, 2019, p. 114.

49 Artículo 158: El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará: 1.º Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber, por sus padres.

50 Artículo 12 y siguientes 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.

Debemos reconocer el fracaso de la ejecución civil presentada, así como las medidas previstas en la ley rituaria, que no alcanza a consumar la percepción de la cuantía alimentaria a cargo del progenitor deudor[51], y ante tal evidencia, que incluso se llega a reconocer en la propia Exposición de motivos del texto legal objeto del presente numeral[52] y la afectación en los menores y sus familias en situación de necesidad, se promueve y subyace la creación del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos[53], constando la regulación de su organización y funcionamiento, en Real Decreto 1618/2007, de 7 de diciembre. El Fondo, garantiza mediante el abono de anticipos a cuenta el pago de alimentos reconocidos a favor de los hijos menores de edad en convenios judicialmente aprobados o en resolución judicial, en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, procesos de filiación o de alimentos. El Estado se subroga en los derechos que asisten al menor frente al obligado, repitiendo contra éste el importe satisfecho.

Comparto la línea argumental de diversos autores[54], con su crítica al ámbito temporal y subjetivo, resaltando que la cuantía máxima resulta exigua, así como la limitación a dieciocho meses[55], dado que lo más habitual y previsible es que la situación de necesidad continúe después de dicho plazo. Interesa el establecimiento y debiera proponerse un límite máximo igual al mínimo vital, establecido habitualmente en 150€/200€, así como un límite temporal, mayor.

Traer a colación la STS 18 julio 2019[56], que establece los efectos jurídicos de la falta de notificación de la resolución de la concesión del anticipo al obligado al pago. Se sostiene por la actora la nulidad del acto por defecto procedimental causante de indefensión, al no notificar la concesión del anticipo, en cuanto no era parte en el procedimiento de concesión. Desestima el Tribunal Superior

51 En el mismo sentido, Diez García., H.: "Comentario al artículo 158", en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.): *Comentarios al Código Civil* (coord. R.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p.1609.

52 Exposición de motivos Real Decreto 1618/2007, de 7 de diciembre, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos: "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".

53 La primera disposición normativa autonómica en este sentido fue el Decreto Valenciano 3/2003, de 21 de enero, del Fondo de Garantía de Pensiones por Alimentos (DOGV núm. 5777, 30.1.2003), creado en función de la facultad y competencia exclusiva en materia de asistencia social reconocida en el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana. A diferencia del Fondo objeto de estudio en el numeral, el decreto autonómico crea un Fondo de Garantía de Pensiones por Alimentos, mediante el cual los perjudicados serán beneficiarios de la posibilidad de acceder a un anticipo de una entidad financiera, sin otra garantía, por importe máximo equivalente a la pensión determinada por el juez, impagada y reclamada su ejecución en vía judicial, tal y como se dispone en el referido decreto.

54 Azagra Malo, A.: "El Fondo de Garantía del Pago de Alimentos", *Indret*, núm. 4, 2008, p.10 y en el mismo sentido Moreno-Torres Herrera, M. L: *La actuación judicial ante la insolvencia del progenitor obligado al pago de alimentos,* en Congreso Internacional sobre Constitución y Derecho de Familia, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2013.

55 Artículo 9. Plazo máximo de duración de la garantía del Fondo. El plazo máximo de percepción de los anticipos reconocidos a cada beneficiario será de dieciocho meses, ya se perciba el anticipo de forma continua o discontinua.

56 STS 18 julio 2019 (TOL 7434849).

de Justicia de Madrid en STSJ Madrid 5 abril 2018[57] la demanda dado que el recurrente era conocedor de su obligación de pago de la pensión de alimentos, no alegando nada al respecto, y siendo ésta la única posición que podría disponerse por el recurrente para la admisión de su pretensión, y nada de ello se alega en la demanda se desestima el recurso. En la antedicha Sentencia, el Alto Tribunal recoge los argumentos anteriores, y tras el examen de la normativa sobre la Organización y Funcionamiento del Fondo de Garantía de pago de Alimentos, y valorar la falta de audiencia al recurrente, y la falta de notificación de la previa resolución reconociendo el anticipo al obligado, recuerda la falta de exclusión de la obligación de reintegro del mismo, dado que era conocedor y no cumplió, no consta abonada cantidad alguna en concepto de pensión para el hijo, por lo que no se causa indefensión al mismo, no apreciando nulidad alguna de la resolución impugnada, desestimando el recurso de casación interpuesto.

3. Medios tecnológicos. Colaboradores.

Ante el evidente fracaso de la ejecución, tal y como se ha desarrollado, y ante la necesidad de protección y sustento de los menores, cabe articular y es necesaria la adopción de mecanismos y medios rápidos y ágiles, que puedan dar como resultado una pronta localización y averiguación de bienes y derechos, así como una rápida respuesta y conocimiento de la situación de alimentante, con el fin de reintegrar la obligación de alimentos suspendida, en su caso. En base a una necesaria modernización de la Administración, tanto de sus recursos materiales como humanos, conllevará el aprovechamiento de las nuevas tecnologías, aumentando la fluidez, sin dilaciones indebidas, respondiendo a la demanda social[58] de agilidad, calidad, eficacia, incorporación de métodos de organización e instrumentos procesales más modernos y avanzados.

En este marco, y con el fin de producir una inmediata localización de los sujetos implicados, comparto[59] la instauración de un domicilio electrónico, con la plena aplicación del DNI, con la pertinente obligatoriedad, donde deviene rápida y fluida la comunicación a los operadores e intervinientes, con la decidida reducción de costes y la consecuente localización adyacente. Suscrito el Convenio de Colaboración de 7 de septiembre de 2010 entre el Consejo General del poder judicial, el Ministerio de Justicia y la Agencia Estatal de Administración

57 STSJ Madrid 5 abril 2018 (TOL 6629107).

58 Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia «Una Justicia moderna y abierta a los ciudadanos»

59 Garcia-Varela Iglesias, R.: "Los actos de comunicación judicial: presente y futuro", en *Noticias jurídicas*: https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/14555-los-actos-de-comunicacion-judicial:-presente-y-futuro/ [Fecha de consulta 05/11/2021], resultando en este sentido la Notificación válida al domicilio electrónico constituido en el expediente principal, y siendo plenamente válido, asegurando la tutela judicial continua y efectiva por la Suprema Corte de Buenos Aires, garantizando los derechos de igual jerarquía, tal y como se establece en Expediente nº 69586 incidente de alimentos Lomas de Zamora Sala 1ª en http://e-procesal.com/notificaciones-electronicas-proceso-de-familia-notificacion-al-domicilio-electronico-constituido-en-el-expediente-principal-2463 [Fecha de consulta 05/11/2021]

Tributaria en materia de cesión de Información tributaria por la Agencia Estatal de Administración tributaria a Juzgados y Tribunales, se procedió a la suscripción en fecha 2 de marzo de 2016 de adenda para la incorporación del Ministerio Fiscal, 6 años después de la suscripción, lo que denota la lentitud en la incorporación e implementación de medios, con el fin de lograr una eficaz tutela de los derechos e intereses de los ciudadanos, en aras de una mayor agilidad, que debe de nutrirse de la ingente cantidad de datos y tecnología existente. Esa necesidad y deber de cooperación entre operadores, debe beneficiar el sistema, con el fin de agilizar y dar cumplida respuesta a las necesidades alimentarias, y hasta la fecha el retraso y el aumento de asuntos pendientes de resolución ha sido la nota constante.

Ante la imposibilidad de pago de la pensión, y que el derecho de familia poco puede hacer[60], debe exigirse esa agilidad y operatividad de la Administración, con su intervención, hemos vivido una frustración[61] en la instauración de ciertas medidas, "sociales" adoptadas en los últimos tiempos, siendo los perjudicados las clases más necesitadas y no podemos actualmente permitir ese retraso o falta de actividad.

Es necesario entre otras medidas la plena implementación de las previsiones dispuestas en la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, con una plena incorporación en las oficinas judiciales y en los operadores y profesionales de la justicia, de las nuevas tecnologías. Todavía existen en nuestro país, zonas donde no hay conexión[62] o la misma resulta insuficiente y lenta, por lo que difícilmente podrá interesarse la intercomunicación o incorporación cuando ni siquiera su puede acceder a la red, pues el sistema debe permitir que se consulten oficinas de información online, o que se acceda a puntos de acceso y de información electrónicos, como derechos básicos de los ciudadanos, y a través de los profesionales, dependiendo del asunto/procedimiento, el acceso y conocimiento completo y por medios electrónicos del estado de tramitación de los procedimientos administrativos y judiciales. Porque se debe acompañar obligatoriamente el original en papel de la certificación de nacimiento o de matrimonio, cuando perfectamente se podría acceder a dicha base de datos, o porqué se siguen solicitando copias del documento nacional de identidad o del libro de familia, o de las declaraciones de la renta, estas y muchas más son las manifestaciones de la ausencia de cooperación entre administraciones, con el consecuente peregrinaje del ciudadano y del profesional mendigando derechos.

60 STS 20 julio 2017 (RJ 2017, 3385).

61 https://www.elmundo.es/economia/macroeconomia/2020/12/03/5fc8ea93fdddfff1328b459b.html [Fecha de consulta 7/11/2021].

62 Aún existen pueblos en España donde el uso de Internet es inviable "1.800.000 personas del entorno rural viven en zonas sin acceso a internet", en https://cadenaser.com/emisora/2019/03/28/radio_leon/1553799083_479957.html [Fecha de consulta 7/11/2021].

Y es en este aspecto, cuando se pretende acceder o una vez se ha resuelto la suspensión de la obligación de alimentos, donde nace la obligación y deber de las Administraciones públicas a través de servicios sociales para que remedien las situaciones en que tales mínimos no se cubren y existe una necesidad real de asistencia.

IV. CONCLUSIONES.

Es importante resaltar la necesidad de apoyo y ayuda del Estado en momentos de pobreza absoluta, y es importante adverar esa necesidad de comprensión, ante la nula capacidad, presente y futura de percepción de rentas de cualquier tipo.

Resulta insuficiente hasta la fecha las medidas que ofrece el sistema para poder cumplir con el objetivo constitucional, el Fondo de garantía de pago de alimentos creado al efecto, tanto en la cuantía como en el plazo, un importe de 100€ y plazo máximo de 18 meses, no cubre la necesidad ni garantiza el pago de alimentos, entiendo debiera estudiarse la ampliación del plazo, siempre que se dé esa continuidad a la situación económica, así como asimilar su cuantía hasta el margen del mínimo vital considerado desde los 150 a los 200€.

Es importante igualmente, adecuarse a la realidad vigente, por lo que será necesario una verdadera cooperación entre administraciones, con una necesaria actuación de las mismas, evitando farragosos trámites e innecesaria documentación que habitualmente se encuentra fácilmente a disposición del órgano judicial, se apunta en el presente la implementación de un domicilio electrónico, con incidencia sobre todo, a la hora de ejecutar y consagrar[63] un principio de agilidad e inmediatez en todos los procedimientos tanto administrativos como judiciales, que afectan a menores, para evitar perjuicios innecesarios que puedan derivar de la rigidez de aquellos.

Resaltar por último la necesidad de aportar soluciones en beneficio del interés del menor, el cual puede verse atendido, no únicamente con una cantidad económica, pues incluso cabe valorar la ampliación del régimen de estancia con el progenitor incapaz de generar ingresos, o la realización de determinados trabajos o compromisos al custodio, por tanto, discriminar la percepción material, que puede resultar de imposible realización, compensando con otras que puedan llenar y dar por realizado y atendido el interés superior del menor, y en este sentido instar una interpretación más amplia del precepto legal, art. 93 CC, que no impone per se

63 En la misma línea ya se disponía en la Exposición de Motivos 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, y es una constante que se proclama y se exige actualmente desde cualquier estamento. Vid. STSJ Cataluña 28 julio 2016 (JUR 2016, 200133).

una obligación de abono de cantidad económica, sino determinar la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos.

En suma, urge la necesidad de una transformación y modificación legislativa, justificada en el interés del menor y en el desarrollo de la personalidad, que se verá afectada de una evidente merma, si ante la carencia absoluta de recursos, no se suple o complementa por el Estado, por su evidente designación constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

Aparicio Carol, I.: *La pensión de alimentos de los hijos en el derecho español,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

Azagra Malo, A.: "El Fondo de Garantía del Pago de Alimentos", *Indret*, núm. 4, 2008.

Barrio Gallardo, A.: "Pensión de alimentos y convenio regulador", *Indret*, núm. 3, 2017.

Costas Rodal, L.: "Novedades jurisprudenciales en materia de suspensión de la obligación de pagar alimentos a los hijos menores por ingreso en prisión del progenitor alimentante", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 9, 2015.

De Verda y Beamonte, J. R. y Bueno Biot, Á.: "Los alimentos debidos a los hijos menores de edad: un estudio jurisprudencial", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 13, 2020.

Diez García., H.: "Comentario al artículo 93", en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.): *Comentarios al Código Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

Diez García., H.: "Comentario al artículo 158", en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.): *Comentarios al Código Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

Godoy Domínguez, L.A.: "La insuficiencia económica del progenitor no custodio y la obligación de alimentos: fijación de un mínimo vital o suspensión del pago", en Cervilla Garzón, Mª. D. y Lasarte Álvarez, C. (coords.): *Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

González Valverde, A.: "La suspensión temporal de la obligación de satisfacer la pensión de alimentos a los hijos menores por carencia de medios", *Revista de Derecho Civil*, núm. 3, 2019.

Martínez Rodríguez, N.: *La obligación legal de alimentos entre parientes,* La Ley, Madrid, 2002.

Muñoz-Alonso López, M.: "La pensión de alimentos. Nuevos criterios en su determinación", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 752, 2015.

Jiménez Linares, M.J.: "La modificación de la pensión de alimentos a hijos menores por alteración de las circunstancias", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 1999.

RÉGIMEN ECONÓMICO DEL MATRIMONIO EN CUBA: DE LA REGULACIÓN ACTUAL A LA PROPUESTA DEL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO DE LAS FAMILIAS

ECONOMIC REGIME OF MARRIAGE IN CUBA: FROM THE CURRENT REGULATION TO THE PROPOSAL OF THE PRELIMINARY DRAFT CODE OF FAMILIES

Rev. Boliv. de Derecho Nº 33, enero 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 124-175

C. Nileidys
TORGA
HERNÁNDEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de diciembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 15 de diciembre de 2021

RESUMEN: En Cuba el régimen económico del matrimonio es el de comunidad matrimonial de bienes, con carácter único, legal y obligatorio. Esta concepción restringe sensiblemente la autonomía privada de la pareja, por lo que las demandas para su flexibilización han sido recurrentes. Resultado de ello el Anteproyecto de Código de las familias que se gesta en el país parece dar respuesta, en alguna medida, a las deficiencias de la norma actual.

PALABRAS CLAVE: régimen económico del matrimonio; comunidad matrimonial de bienes; Derecho de familia.

ABSTRACT: *In Cuba, the economic regime of marriage is that of a matrimonial community of property, with a unique, legal and obligatory character. This conception significantly restricts the private autonomy of the couple, so the demands for its flexibility have been recurrent. As a result, the Preliminary Draft Code on Families in the country seems to respond, to some extent, to the shortcomings of the current norm.*

KEY WORDS: *economic regime of marriage; matrimonial community of property; Family Law.*

SUMARIO.- I. A MODO DE INTRODUCCIÓN.- II. EL TEXTO CONSTITUCIONAL CUBANO DE 2019: DERROTEROS PARA LA NUEVA FORMULACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO DEL MATRIMONIO.- 1. Derecho a la libertad.- 2. Derecho a la igualdad.- 3. Derecho a la propiedad.- 4. Derecho de las familias.- 5. Derecho a la intimidad familiar.- 6. Corresponsabilidad del Estado.- III. CARACTERIZACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO DEL MATRIMONIO EN CUBA: UNA MIRADA CRÍTICA.- IV. LAS DIRECTRICES DE LA VESRIÓN 22 DEL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO DE LAS FAMILIAS EN TORNO AL RÉGIMEN ECONÓMICO DEL MATRIMONIO.- V. A MODO DE CIERRE.

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN.

El régimen económico del matrimonio, Derecho matrimonial patrimonial o régimen matrimonial pecuniario constituye el estatuto que regula los intereses pecuniarios entre los esposos y en sus relaciones con terceras personas[1]. Es, dentro del Derecho de familia, uno de los ejes que más dificultades ofrece para su comprensión y aplicación, e incluso para concebirlo en su regulación y el efecto patrimonial más importante del matrimonio[2]. Su disciplinamiento ha sido históricamente interés del Derecho, al ser la organización económica de una institución de importancia incuestionable en todos los tiempos, como lo es el matrimonio.

Las cuestiones económicas relativas al vínculo conyugal se regulan en Cuba en el Código de familia de 1975. Este cuerpo jurídico autoriza un régimen económico único y obligatorio que se hace llamar comunidad matrimonial de bienes y que se corresponde con una comunidad parcial de adquisiciones onerosas; al decir

1 En relación con el concepto de régimen económico del matrimonio, Molina De Juan apunta que: "Al hacer referencia a los efectos patrimoniales del vínculo conyugal, debemos abordar la categoría régimen económico, por la que ha de entenderse ese conjunto de reglas cuya finalidad es conferir un régimen especial a los intereses patrimoniales de los cónyuges, tanto en las relaciones de éstos entre sí, como en sus relaciones con terceras personas…". Molina De Juan, M.: "Régimen patrimonial del matrimonio", en AA. VV.: Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014, tomo I (coord. por A. Kemelmajer de Carlucci, M. Herrera y N. Lloveras), Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2015, p. 527. Por su parte, Vidal Taquini define el régimen económico del matrimonio como el "conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y de éstos con los terceros". Vidal Taquini, C. H.: Régimen de bienes en el matrimonio, 3ra. edición, Astrea, 2001, p. 4. Al decir de Puig Peña el régimen económico del matrimonio es el "(…) estatuto que regula los intereses pecuniarios de los esposos entre sí y en sus relaciones con los terceros". Puig Peña, F.: Tratado de Derecho Civil español, tomo II, vol. 1, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1953, p. 262.

2 *Cfr.* Quinzá Redondo, P.: "La regulación del régimen económico matrimonial en el ordenamiento jurídico rumano", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 21, 2016, p. 99.

• C. Nileidys Torga Hernández
Doctora en Ciencias Jurídicas. Máster en Derecho de Familia y en Ciencias de la Educación. Licenciada en Derecho y en Economía. Profesora auxiliar y jefa de la Disciplina de Derecho Civil y Familia en la Universidad de Pinar del Río. Vicepresidenta del Capítulo Provincial de Derecho Civil y Familia de la Unión Nacional de Juristas de Cuba en Pinar del Río. Autora de varios artículo y ponente en varios eventos relacionados con el Derecho Civil y de Familia.

de Mesa Castillo "idéntico al de la sociedad de gananciales"[3]. Las disposiciones relativas al régimen económico matrimonial se encuentran en el aludido cuerpo legal en los artículos del 29 al 42, haciendo referencia a la naturaleza de los bienes, las cargas, obligaciones y administración de la comunidad matrimonial de bienes, así como a la disolución y liquidación de esta.

El carácter legal de ese régimen restringe considerablemente la autonomía de la voluntad de los cónyuges, que se ven impedidos de la posibilidad de pactar otras reglas para disciplinar su economía familiar. Ello puede acarrear incongruencias entre lo dispuesto por la norma y lo requerido o deseado por las partes, de acuerdo a sus necesidades e intereses[4].

Al momento de la aprobación del actual Código de familia cubano, la decisión del legislador de regular un régimen económico del matrimonio único, legal y obligatorio fue una postura justificada. Las marcadas desigualdades sociales de la época aconsejaban tomar medidas en todos los órdenes, sobre todo para proteger al sector femenino, considerablemente en desventaja en los ámbitos económico, laboral, social, y familiar. Ello hizo aconsejable mutilar la autonomía de la voluntad de los cónyuges en la disposición del régimen económico del matrimonio. Con respecto a la pertinencia de un régimen económico convencional en aquella época, Peral Collado comentaba: "Este sistema que permitía la libre selección del régimen patrimonial del matrimonio en una sociedad en la que la integración de la mujer al trabajo casi era inapreciable y en la que el hombre era, por lo general quien aportaba al matrimonio y a su sostenimiento los medios económicos necesarios, propiciaba y reforzaba el predominio del hombre y la situación de dependencia de la mujer"[5].

Partiendo de los derechos conquistados en materia de géneros, la situación de las féminas hoy en Cuba es bastante diferente. De hecho, en todos los sectores de la sociedad la mujer aparece en roles protagónicos y con un desempeño destacado en la articulación y sostenimiento económico de la familia.

Es característica de la familia cubana actual, "un cambio en la condición de la mujer y una mayor equidad con el hombre…, el aumento del número de hogares donde viven personas solas, el incremento de aquellos que reconocen como jefe a una mujer, la ampliación de otros donde solo está presente uno de los padres, generalmente la madre, hasta el alza registrada en la proporción de parejas, sobre

3 Mesa Castillo, O.: *Derecho de Familia*, Félix Varela, La Habana, 2010, p. 280.

4 "… el derecho debe servir para armonizar y facilitar la vida del individuo, de la familia, de la sociedad...Todo régimen matrimonial debe responder a las necesidades económicas y a la manera de ser del pueblo al que es destinado, siempre presidido por el factor ético". Vidal Taquini, C. H.: *Régimen de* cit., p. XIII.

5 Peral Collado, D. A.: *Derecho de Familia*, Félix Varela, La Habana, 1998, p. 84.

todo jóvenes, que cohabitan sin casarse y tampoco formalizan su unión cuando llegan los hijos, por solo citar algunos"[6].

Aunque no es unánime en la doctrina y en las legislaciones, el alcance de la autonomía de la voluntad de los cónyuges en las cuestiones relativas al régimen económico del matrimonio; si ha habido consenso en torno a la admisión misma de la libertad conyugal. Como expresión de ello se regula la posibilidad de concertar capitulaciones matrimoniales con contenidos más o menos abarcadores.

Cuba (artículos del 29 al 42 del Código de familia) es exponente del reducidísimo grupo de países que conciben la validez de un régimen legal imperativo, que sujeta el ejercicio de la autonomía de la voluntad a niveles imperceptibles. Ello evidencia que el Código de familia muestra una posición desfasada de las tendencias internacionales con respecto a la concepción del régimen económico del matrimonio y que además no encuentra justificación en la sociedad cubana actual.

Esta realidad obliga a pensar en recuperar para el Código de familia cubano la vigencia social y el papel coadyuvante al desarrollo de la conciencia y vida práctica, propios de las normas de un Estado de Derecho. "Vale la pena realizar una valoración concreta respecto al régimen previsto en el Código de familia, que se escinde como una camisa de fuerza, como única opción para los cónyuges en las actuales condiciones de Cuba, máxime porque las circunstancias que en el momento de la promulgación del Código de familia existían para la adopción de este régimen ya hoy no están presentes, y debe dejarse una brecha abierta a los protagonistas de la relación conyugal para que valorando las condiciones que los rodean realicen la elección del régimen económico que resulte más conveniente a sus intereses, máxime si las circunstancias que rodean a las parejas varían de unas a otras, y el régimen que para un matrimonio puede resultar conveniente para otra pueda resultar francamente dañoso"[7].

La Constitución cubana aprobada en 2019 dispone la aprobación de un nuevo Código de las familias que debe ser consultado y refrendado por el pueblo, en un proceso que se ha iniciado en el segundo semestre de 2021. Ante la inminente modificación del Código de familia cubano se encuentra que el Anteproyecto que se presenta aboga por la regulación de un régimen económico del matrimonio convencional. Ello siguiendo las directrices que marca la Constitución cubana y que

6 Arés Muzio, P. y Benítez Pérez, M. E.: "Elementos a considerar para el diseño de una política familiar en Cuba" en *http: //www.rediberoamericanadetrabajoconfamilias.org/ponentes/pdf/cub_aresmuziopatricia.pdf*, consultado el 19 de agosto de 2020, p. 30.

7 Fajardo Montoya, C.: "El régimen económico del matrimonio como efecto patrimonial del matrimonio mixto entre cubanos y extranjeros", *Revistas Ars Boni et Aequit*, Año 12, núm. 2, 2016, p. 113.

fundamentan la regulación de un régimen matrimonial pecuniario en Cuba, que permita la realización de la autonomía privada de los cónyuges en su disposición.

II. EL TEXTO CONSTITUCIONAL CUBANO DE 2019: DERROTEROS PARA LA NUEVA FORMULACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO DEL MATRIMONIO.

El reconocimiento y protección a la familia como organización social, institución natural o célula básica de la sociedad es recurrente en las regulaciones de las Constituciones modernas y contemporáneas[8]. "Si revisamos algunas de las Constituciones latinoamericanas que regulan a la familia desde esa ley suprema, nos podemos encontrar dos formas de regulación; una donde lo más importante es la familia, y en donde pudiéramos decir que existe unidad normativa, sistematización legislativa, esto es, un capítulo especial que habla acerca de ella en su ley fundamental…y otro grupo en donde existe una dispersión normativa en la ley fundamental, ya que existe una gran cantidad de disposiciones dedicadas a la familia, pero sin que establezcan una unidad normativa, una sistematización legislativa"[9].

Cuba exhibe una Carta Magna muy joven que utiliza fórmulas renovadoras en relación con la protección de la familia. Lógicamente, la Constitución patria no se pronuncia de manera directa sobre el régimen económico del matrimonio, pues no es de su competencia tal especificidad. "El modelo o paradigma jurídico de la familia, cuyos rasgos-principios se establecen en la Constitución, se desarrolla fundamentalmente en la legislación civil o de familia, al regular las clásicas instituciones del Derecho de Familia…"[10]. Sin embargo, en tanto ley programática, debemos hurgar en el texto constitucional para encontrar los pilares sobre los que debe fundarse la concepción del régimen económico del matrimonio en Cuba, sobre todo a la luz de la reforma del Código de familia a la que conmina la propia Carta Magna.

8 "La importancia y necesidad de la institución familiar como elemento fundamental de la sociedad ha sido reconocida y aceptada por la mayoría de las constituciones de todo el mundo, dada la internacionalización de las relaciones familiares que surgen entre los diferentes Estados, razón por la cual deben legislar en concordancia con esto". Álvarez Pértuz, A.: "Constitucionalización del Derecho de Familia", *Revistas* Jurídicas CUC, vol. 7, núm. 1, 2011, p. 48.

9 De la Fuente Linares, F.C.F.J.: "La protección constitucional de la familia en América Latina", *Revista IUS*, vol. 6, núm. 29, 2012, p. 63.

10 Mesa Castillo, O., "Acerca del principio constitucional de la familia como núcleo esencial", *Revista Cubana de Derecho,* julio-diciembre, núm. 30, 2007, p. 29.

1. Derecho a la libertad.

El derecho a la libertad es un valor esencial, consustancial a la naturaleza humana y considerado como presupuesto para la realización de su personalidad[11]. Es por eso que ha sido abordado como derecho esencial bajo las variadas clasificaciones de derecho natural, subjetivo, fundamental o humano[12]. Frente al Estado, el derecho a la libertad de la persona es lo que le permite conservar su individualidad. "La verdadera existencia de un Estado de Derecho se evidencia en el reconocimiento de la libertad de los ciudadanos (que no han nacido para el estado, sino al revés), en cuanto el libre albedrío es un atributo inherente a la persona humana que todo sistema jurídico debe aceptar como presupuesto"[13].

Visto así, pudiera pensarse que el concepto de libertad solo tenga funcionabilidad y relevancia en el ámbito político; sin embargo, "(…) la libertad (al menos determinadas libertades) (…) se afirmaron en el ámbito de las relaciones privadas al margen y sin ayuda del concepto de derechos fundamentales"[14]. La libertad fue consagrada por el Estado liberal, primer modelo constitucional del Estado moderno, como una alternativa histórica para enfrentar la arbitrariedad de los monarcas absolutos. Bajo una triple condición: valor jurídico, principio

11 Así lo entendió Rousseau al concebir el derecho a la libertad como: "(…) una consecuencia de la naturaleza del hombre. Su principal deber es procurar su propia conservación, sus principales cuidados, los que se debe a sí mismo y luego que está en estado de razón, siendo él solo el juez de los medios propios para conservarse, llega a ser por este motivo su propio dueño". *Vid.* Rousseau, J. J.: "El contrato social, en J. J. Rousseau, *Obras escogidas*, Libro primero, Capítulo II *"De las primeras sociedades"*, Ciencias Sociales, La Habana, 1973, p. 606. Al decir de Lacruz Berdejo: "El derecho de (o a la) libertad es, así, un derecho primario y general, y garantiza a la persona en su potestad genérica el hacer o no hacer cualquier cosa". *Vid.* Lacruz Berdejo, J. L.: *Elementos de Derecho Civil I, Parte General*, vol. II, *Personas*, 3era. edición revisada y puesta al día por Jesús Delgado Echeverría, Dykinson, Madrid, 2002, p. 86.

12 En relación con esta variedad de clasificaciones que puede asignársele al derecho a la libertad y que también se aplica a otros derechos como el de la igualdad, plantean Pérez Hernández y Prieto Valdés: "Cualquier teorización sobre los derechos del hombre está condicionada por circunstancias objetivas, es cuestión de época y sobre todo de intereses políticos y valores que proteger, toda vez que refleja el carácter, el alcance y la interpretación de las relaciones que se establecen entre el hombre como ente individual y la sociedad". *Vid.* Pérez Hernández, L. y Prieto Valdés, M.: "Los derechos fundamentales. Algunas consideraciones doctrinales necesarias para su análisis", en AA.VV.: *Temas de Derecho constitucional cubano* (coord. por L. Pérez Hernández y M. Prieto Valdés), Félix Varela, La Habana, 2004, p. 300. Ferrajoli por su parte, reconoce que los derechos fundamentales son una especie de derechos subjetivos y así lo deja ver en su concepto: "son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar…". *Vid.* Ferrajoli, L.: *Los fundamentos de los derechos fundamentales,* edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Trotta, Madrid, 2001, p. 19. Sobre el mismo tema expone Álvarez-Tabío: "(…) podemos concluir que, cuando nos referimos a derechos humanos o derechos fundamentales o derechos de la personalidad, no tratamos conceptos excluyentes ni se defiende la absoluta y tajante delimitación entre los diversos términos enunciados ni en su forma de protección, sino de una recíproca e indispensable interdependencia entre ellos, cada disciplina aportando en el plano propio de su desenvolvimiento y de un diverso alcance, ámbitos y mecanismos de protección de diferentes consecuencias jurídicas". *Vid.* Álvarez-Tabío Albo, A. M.: "La libertad de información y de expresión y los derechos de la personalidad, pautas para solucionar los eventuales conflictos", en AA.VV.: *Derecho Civil Constitucional* (coord. por L. B. Pérez Gallardo, C. M. Villabella Armengol y G. Molina Carrillo), Grupo Editorial Mariel, México, 2014, p. 19.

13 *Vid.* Lasarte Álvarez, C.: *Principios de Derecho Civil,* tomo I, *Parte General y Derecho de la Persona*, 11ena. edición, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 200.

14 *Vid.* Cruz Villalón, P.: *Derechos fundamentales y derecho privado*, Academia Sevillana del Notariado, Madrid, 1988, p. 97.

constitucional y derecho fundamental, se imponía un límite explícito a la actuación de los funcionarios frente a los ciudadanos, esencialmente en relación con la política y el derecho de propiedad. En coherencia con esta postura, todas las constituciones y ordenamiento jurídicos decimonónicos que se preciaran de avanzados, asumieron el derecho a la libertad como regente de sus valores y principios. "Este fue el caldo de cultivo natural para el florecimiento de la autonomía de la voluntad, principalmente en materia contractual"[15].

La amplitud del contenido del derecho a la libertad hace difícil la elaboración de un concepto[16]. Varias de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos han tratado el tema del derecho a la libertad. A partir del análisis del artículo 7.1 de la Convención se define en sentido amplio qué se entiende por tal, considerándolo un derecho humano básico[17]. El Tribunal Constitucional español también se ha referido a la libertad en un sentido genérico[18].

"En primer lugar y de hecho puede hablarse de libertad cuando estamos refiriéndonos a la posibilidad de disponer sin limitaciones de la propia persona, pero ello no puede detenerse ahí, el hombre necesita también su realización en el plano espiritual, por ello la libertad tiene que implicar la inexistencia de restricciones para el desarrollo de la persona como tal"[19]. Esto significa hablar

15 *Vid.* Pérez Véliz, A.: "El principio de igualdad *vs.* la autonomía de la voluntad en el Código Civil cubano. Nuevas miradas a treinta años de su promulgación", en AA.VV.: *El Código Civil cubano…, treinta años después* (coord. por L. B. Pérez Gallardo), ONBC, La Habana, 2018, p. 182.

16 Los teóricos del Derecho, cuando se refieren al derecho a la libertad, hablan de varias manifestaciones como son: derecho a la libertad de expresión, derecho a la libertad de culto, derecho a la libertad de prensa, derecho a la libertad de educación, derecho a la libertad de reunión, derecho a la libertad de contratación, etcétera. *Apud.* Fix-Zamudio, H.: *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales,* Civitas, Madrid, 1982; Martín Retortillo, L. y De Otto Pardo, I.: *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988; Pizarro Sotomayor, A. y Méndez Powel, F.: *Manual de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Universal Books, Panamá, 2006; Alexy, R.: *Teoría de los derechos fundamentales,* 2da. edición traducida por Ernesto Garzón, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008 y Del Río Hernández, M. A.: "Las teorías sobre la democracia: un debate inconcluso", en AA.VV.: *Escritos sobre Derecho Procesal Constitucional* (coord. por A. Matilla Correa y E. Ferrer Mac Gregor), Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana y Unión Nacional de Juristas de Cuba, 2012, p. 41.

17 Sobre el derecho a la libertad ha dicho la Corte Interamericana: "En sentido general sería la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras. Constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones". Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "Ramírez Escobar y otros *vs.* Guatemala", Sentencia de 9 de marzo de 2018; caso "Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez *vs.* Ecuador", Sentencia de 21 de noviembre de 2007 y caso "I. V. *vs.* Bolivia", Sentencia de 30 de noviembre de 2016, todas disponibles en https://www.corteidh.or.cr/jurisprudencia-search.cfm, consultado el 11 de octubre de 2020.

18 Según la Sentencia STC 6/1981 de 16 de marzo, ponente Rubio Llorente: "la libertad (…) entraña seguramente la necesidad de que los poderes públicos, además de no estorbarla, adopten las medidas necesarias para remover los obstáculos que el libre juego de las fuerzas sociales pudiera oponerle". Según la Sentencia STC 132/1989 de 18 de julio, ponente López Guerra, la libertad se trata de un derecho a autodeterminar una conducta lícita, a ser autónomo "para elegir entre las diversas opciones vitales que se le presentan de acuerdo a sus intereses y preferencias". Ambas disponibles en https://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/default.aspx, consultado el 10 de marzo de 2020.

19 *Vid.* Valdés Díaz, C. del C.: "La persona individual", en AA. VV.: *Derecho Civil, Parte General* (coord. por C. del C. Valdés Díaz), Félix Varela, La Habana, 2006, p. 147.

de libertad en sentido positivo y negativo[20]. Se entiende por libertad negativa el escenario en el que la persona puede actuar sin intervención ni obstrucción por parte de los demás. Supone el respeto a los otros que se expresa en la falta de presiones sociales[21]. En cambio, la libertad positiva se manifiesta en el hacer, la conducta y el pensamiento de los seres humanos. Aquí la libertad se identifica con la autonomía en sentido estricto[22].

"La palabra libertad significa libertad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra o bien de no obrar, por lo que será responsable de sus actos (…). Si el hombre, no es o no se siente libre, su vida no será plena (…) y es precisamente la autonomía de la voluntad la manifestación más clara y rotunda del término libertad"[23]. Llámese autonomía privada o autonomía de la voluntad, en todo caso se trata de una concreción del derecho a la libertad.

El artículo 46 de la Constitución cubana sistematiza un grupo de derechos que se les reconocen a las personas, dentro de los cuales menciona el de la libertad en su sentido más genérico. Ello sin perjuicio de que en otros preceptos se refrenden aristas que pueden considerarse contenido del derecho a la libertad en su dimensión más amplia, como es propio de este derecho[24]. No obstante, a los efectos que atañen a este análisis es el artículo 46 el que, con el reconocimiento expreso y general que realiza del derecho a la libertad, se erige como cobertizo de

20 Desde la filosofía liberal ya se maneja esta tesis. Así, Kant entiende la libertad negativa como la posibilidad de que alguien pueda impedir que la persona haga lo que desea. El sujeto es más libre mientras más grande sea el espacio en el que pueda decidir qué hacer sin que otro se lo impida. La voluntad del sujeto no está influenciada por ninguna fuerza externa. Es decir, nadie impone al individuo decisiones ni establece límites. Esto es, a menor poder mayor libertad. La idea de libertad positiva (también llamada reflexiva) tiene que ver con la medida en que se es soberano o autónomo. Supone actuar de acuerdo con las propias normas y con los propios límites. Es darse a uno mismo una ley y tener un poder causal especial para hacerlos realidad. John Stuart Mill y John Locke, como exponentes del liberalismo, también acogen esta tesis. *Cfr.* González Pérez, L. R.: "La libertad en parte del pensamiento filosófico constitucional", *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 27, 2012, p. 146. Marshall también explica en su obra la dualidad con que debe entenderse el derecho a la libertad. *Cfr.* Marshall, J.: *Personal freedom though Human Rights Law, Autonomy, Identity and integrity under the Europan Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 2009, pp. 15-18.

21 Al respecto expone Bobbio: "la situación en la cual un sujeto tiene la posibilidad de obrar o de no obrar, sin ser obligado a ello o sin que se lo impidan otros sujetos (…) la situación denominada libertad negativa comprende tanto la ausencia de impedimento, es decir, la posibilidad de hacer, cuanto la ausencia de constricción, es decir, la posibilidad de no hacer". *Vid*. Bobbio, N.: *Igualdad y Libertad*, Ediciones Paidós, Barcelona, 1993, p. 97.

22 Bobbio conceptualiza la libertad en positivo como: "la situación en la que un sujeto tiene la posibilidad de orientar su voluntad hacia un objetivo, de tomar decisiones, sin verse determinado por la voluntad de otros. Esta forma de libertad se llama también autodeterminación o, de manera más apropiada, autonomía". *Vid.* Bobbio, N.: "Igualdad y", cit., p. 100. La formulación clásica de esta libertad se identifica de alguna forma en Rousseau y su construcción sobre la voluntad general, en Kant con su idea del individuo como ser autónomo y en Hegel y su sublimación del Estado como facilitador de la realización plena de la libertad del individuo.

23 *Vid*. Pérez Gallardo, L. B.: "De la autonomía de la voluntad y de sus límites", en AA. VV.: *Lecturas de Derecho de obligaciones y contratos* (coord. por L. B. Pérez Gallardo), Félix Varela, La Habana, 2000, p. 216.

24 El texto constitucional cubano alude a la libertad religiosa (artículo 15); libertad de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio nacional (artículo 52); libertad de pensamiento, conciencia y expresión (artículo 54); libertad de prensa (artículo 55); libertad de asociación y reunión (artículo 56); libertad de culto (artículo 57).

la autonomía privada. Amparado en esta regulación constitucional, corresponde a las leyes de desarrollo redactar sus contenidos y adecuar la materia que disciplinan al mentado derecho. En sede familiar una manifestación indudable del derecho a la libertad se expresaría en el reconocimiento de la autonomía privada de los cónyuges para disponer del régimen económico de su matrimonio.

2. Derecho a la igualdad.

Desde sus orígenes y hasta hoy la igualdad ha estado muy ligada al derecho a la libertad[25]. Su condición de imprescindible para la realización de la persona la convierten en un derecho esencial, sin importar que se clasifique como natural[26], subjetivo[27], fundamental o humano[28].

Al decir de Álvarez de Vicencio, "el principio de igualdad es consubstancial al de los derechos humanos (…)"[29]. Es una categoría relacional que se aprecia con respecto a una característica específica[30], por ello se dice que la igualdad

25 En relación con los vínculos entre los derechos de igualdad y libertad afirma Ferrajoli: "Hoy día, esa libertad entendida como medio de reafirmación de lo individual en sede de lo colectivo, en las diferentes esferas sociales, es imposible concebirla desvinculada de la igualdad y de los demás derechos…". *Vid.* Ferrajoli, L.: "Igualdad y diferencia", en AA.VV.: *Derechos y Garantías. La Ley del más débil,* (coord. por L. Ferrajoli), traducción de Perfecto A. Ibáñez, Trotta, Madrid, 1999, p. 19. En igual sentido se pronuncian Prieto Valdés, Roselló Manzano y González Ferrer: "En estrecha relación con la libertad, se expresó la igualdad, de manera similar, desde el análisis de lo natural". *Vid.* Prieto Valdés, M., Roselló Manzano, R. y González Ferrer, Y.: "Marco teórico constitucional del derecho al matrimonio igualitario. Un análisis desde Cuba", *Revista Cubana de Derecho*, núm. 48, 2016, p. 163.

26 Para el iusnaturalismo tradicional, por encima del Derecho positivo, imperfecto y mutable, hay un Derecho natural universal que constituye un auténtico Derecho; el primero solo podrá ser válido en la medida que se adecue al segundo. Esta postura se corresponde con las tesis iusnaturalistas defendidas por filósofos como Locke y Hobbes. Locke, por ejemplo, expresaba que la igualdad era un derecho natural "(…) para disfrutar en conjunto de las mismas ventajas naturales y para hacer uso de las mismas facultades". *Vid.* Locke, J.: *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Alianza, Madrid, 1990, pp. 36 y 37.

27 Afianzada en los principios de legalidad y seguridad jurídica, en un primer momento la igualdad biológica se tradujo en igualdad ante la ley, para que esta fuera aplicada a todos sin diferenciación. En el siglo XX se habla de una forma de expresión más precisa que trata de la igualdad en la ley y aboga por evitar que la propia norma genere desigualdades.

28 La igualdad fue entendida como derecho fundamental en tanto simbiosis entre los derechos naturales y subjetivos con las garantías procesales que aportaba su inclusión en las constituciones. Desde el surgimiento del Estado constitucional, la igualdad ha sido uno de los principios rectores del modelo de Estado. Junto con la Constitución norteamericana de 1787 el otro texto gestor del constitucionalismo moderno fue la Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano de 1789 y tiene por objeto justamente el principio de igualdad. *Cfr.* Carbonell, M.: "Estudio preliminar. La igualdad y los derechos humanos", en AA.VV.: *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción* (coord. por M. Carbonell), 1era. edición, Editorial de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2003, p. 9.

29 *Vid.* Álvarez de Vicencio, M. E.: "Realidad de la mujer mexicana y propuestas para mejorar su situación", en AA.VV.: *Derechos humanos. Memorias del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional III* (coord. por D. Valadés y R. Gutiérrez Rivas), UNAM, México, 2001, p. 129, disponible en www.juridicas.unam.mx, https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv, consultado el 15 de noviembre de 2020.

30 Según definición de Pérez Portilla: "Es un término relacional y cualitativo que implica correspondencia entre un grupo de diferentes objetos, personas, procesos o circunstancias que tienen las mismas cualidades por lo menos en algún aspecto, pero no en todos, es decir, debe considerarse alguna característica en específico". *Vid.* Pérez Portilla, K.: *Principio de igualdad: alcance y perspectivas,* Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie Estudios Jurídicos, núm. 74, 2005, p. 14.

constituye presupuesto para el efectivo reconocimiento, goce y disfrute del resto de los derechos[31].

Por su valor, la igualdad se elevó a la categoría de principio y se inserta en el ámbito familiar avanzado ya el siglo XX. Su manifestación estuvo dada al asimilar a los padres en sus relaciones con los hijos, en cuanto a dignidad y respeto; y en equiparar a los esposos en sus vínculos entre sí, tanto patrimoniales como personales. En el escenario familiar Lacruz Berdejo afirma que: "(l)a igualdad supone que la ley no toma partido por uno u otro cónyuge, ni identifica roles o funciones que primen unos sobre otros. Esto es particularmente significativo en relación con el papel que va a desempeñar cada uno de los esposos en la comunidad familiar, que no está legalmente predeterminado"[32].

En relación con el régimen económico del matrimonio la igualdad presupone que ambos miembros de la pareja están en idénticas condiciones para realizar acuerdos, ya que parten de una situación jurídica y fáctica semejante. Ambos van en búsqueda de un bien común, lo que se traduce en la responsabilidad de uno con el otro y con la familia en general como expresión de la solidaridad grupal. Al decir de Lepin Molina, la igualdad entre hombres y mujeres en el matrimonio debe analizarse desde dos puntos de vista. El primero de ellos comprende los efectos personales y patrimoniales, es decir, los regímenes económicos, compensaciones económicas, alimentos, etcétera[33]. Sin embargo, la igualdad en la pareja siempre se ha visto afectada en el aspecto patrimonial por las cuestiones de género, derivadas del poder del dinero[34].

A los efectos del objeto de estudio, la igualdad se traduce en concebir un régimen económico del matrimonio que respete la paridad de los cónyuges en

31 Esta postura ha sido defendida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A partir del caso "Sindicato Nacional de la Policía Belga", Sentencia de 27 de octubre de 1975 (disponible en https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/analysis/guides&c=#, consultado el 4 de septiembre de 2020), ese foro declara que el artículo 14 del Convenio Europeo forma parte de los diversos artículos que garantizan los derechos y libertades, cualquiera que sea su naturaleza. Esta construcción es sumamente importante porque supone que el Tribunal Europeo reconoce que la posible existencia de trato discriminatorio puede afectar a cualquier derecho. De esa forma la igualdad toma un alcance transversal que puede apreciarse en el ejercicio de todos los derechos. En el caso "Rasmussen *vs*. Dinamarca", Sentencia de 28 de noviembre de 1984 (disponible en https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/analysis/guides&c=#, consultado el 4 de septiembre de 2020), el Tribunal Europeo consideró que el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos no tiene existencia independiente y siempre debe ser alegado en relación con algún derecho reconocido, por lo que su función es completar las demás cláusulas normativas del propio Convenio y sus protocolos.

32 *Vid*. Lacruz Berdejo, J. L.: *Elementos del Derecho Civil y de Familia,* Dykinson, Madrid, 2008, p. 245.

33 Como ejemplo de esa igualdad en el caso de Chile y con intención de resaltar las conquistas de la mujer, el autor enumera respecto al régimen económico matrimonial, la posibilidad de pactar en las capitulaciones la separación de bienes. *Cfr.* Lepin Molina, C.: "Los nuevos principios del Derecho de Familia", *Revista chilena de Derecho privado*, núm. 23, 2014, p. 28.

34 *Cfr.* Herrera, M. y Salituri Amezcua, M.: "El derecho de las familias desde y en perspectiva de género", *Revista de Derecho,* núm. 49, 2018, p. 62.

toda su magnitud y valore su individualidad[35]. Según consideraciones de Claudia Schmidt se trata de la "igualdad entre el hombre y la mujer en lo que respecta a la comunidad de intereses y complementariedad que importa el vínculo matrimonial y que se plasma o al menos debiera manifestarse, en un sistema económico patrimonial del matrimonio que respete la personalidad jurídica individual de cada uno de los componentes de la unión matrimonial"[36].

No se trata de concebir la igualdad como mera fórmula matemática. Lo que se quiere es aplicar un concepto de igualdad con respeto a las diferencias individuales. "Más bien, uno de los principios fundamentales del derecho constitucional y de la teoría de los derechos humanos es que es discriminatorio tratar a diferentes como idénticos"[37]. Se trata de no crear injusticias en nombre de la igualdad.

Según Ferrajoli son dos las razones que explican la constitucionalización del derecho a la igualdad: "La primera es que la igualdad se establece porque somos diferentes, entendido diferente en el sentido de diversidad de identidades personales. La segunda es que se establece porque somos desiguales, entendido desiguales en el sentido de diversidad en las condiciones de vida materiales y sociales. En definitiva: la igualdad se establece porque, de hecho, somos diferentes y desiguales: para tutela de las diferencias y en oposición a las desigualdades"[38]. Al parecer esa teoría ha sido seguida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos[39]

35 La Comisión Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado a favor de la igualdad en el ámbito económico del matrimonio en el caso "María Eugenia Morales de Sierra *vs.* Guatemala", Informe de fondo no. 4 de 19 de enero de 2001 (disponible en http://www.oas.org/es/cidh/, consultado el 18 de julio de 2020), en el que la actuante alegaba que determinados artículos del Código civil guatemalteco (109, 110, 113, 114, 115, 131, 133, 137, 317) eran violatorios del derecho de igualdad ante la ley y del deber del Estado de tomar medidas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio. En el caso la Comisión consideró: "Como mujer casada se le han negado en base a su sexo protecciones de que gozan los hombres casados y otros guatemaltecos. Las disposiciones que impugna restringen, entre otras cosas, su capacidad jurídica, su acceso a los recursos, su posibilidad de concertar cierto tipo de contratos (vinculados, por ejemplo, al patrimonio conyugal), de administrar esos bienes y de invocar recursos administrativos o judiciales, y tienen el efecto ulterior de reforzar las desventajas sistemáticas que impiden la capacidad de la víctima para ejercer una serie de otros derechos y libertades (…). El efecto global de las disposiciones impugnadas es denegar a la mujer casada su autonomía legal".
La Recomendación general 29, relativa al artículo 16 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer en su párrafo 5 llama la atención: "Con independencia de la vasta gama de arreglos económicos dentro de la familia, las mujeres comparten en general, tanto en los países en desarrollo como en los países desarrollados, la experiencia de verse más perjudicadas económicamente que los hombres en las relaciones familiares y tras su disolución".

36 *Vid*. Schmidt Hott, C.: "La constitucionalización del derecho de familia", en AA.VV.: *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro* (coord. por M. D. Martinic y M. Tapia), tomo II, LexisNexis, Santiago de Chile, 2005, p. 1237.

37 *Vid*. Facio Montejo, A.: "La igualdad substantiva. Un paradigma emergente en la Ciencia Jurídica", disponible en http://revsexologiaysociedad.sld.cu/index.php/sexologiaysociedad/article/view/354, consultado el 20 de marzo de 2019.

38 *Vid*. Ferrajoli, L.: "La igualdad y sus garantías", p. 312, disponible en https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/13/la-igualdad-y-sus-garantias-luigi-ferrajoli.pdf, consultado el 28 de octubre de 2020. El propio autor amplía su punto de análisis cuando define la igualdad "(…) como el igual valor asociado a todas las diferencias de identidad que hacen de cada persona un individuo distinto de todos los demás y de cada individuo una persona como todas las demás".

39 Este tribunal en el caso "Régimen lingüístico belga", Sentencia de 23 de julio de 1968 (disponible en https://vlex.com.pe/vid/23-determinados-aspectos-regimen-belgica-365669854, consultado el 12 de agosto

y la Corte Interamericana de Derechos Humanos[40], los cuales con acierto han entendido las conexiones entre el derecho a la igualdad y la no discriminación, el respeto y la valoración de las diferencias[41].

El principio de igualdad encierra la no discriminación[42] y la observancia de las características y condiciones individuales. Este principio implica reconocer que los seres humanos, más allá de las peculiares condiciones que los identifican, pueden ejercer plena y efectivamente sus derechos. Un trato distinto no es discriminatorio si no hay identidad en los supuestos de hecho. No puede vulnerarse el principio de igualdad entre quienes se hallan en situaciones diferentes[43].

---

de 2020), entiende igualdad como no discriminación y considera que en consecuencia el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos no prohíbe toda diferencia de trato. Esta Sentencia sienta los criterios generales que permiten afirmar si existe o no trato discriminatorio y acuña que: "La igualdad de trato queda violada cuando, entre casos comparables, la distinción carece de justificación objetiva". A *contrario sensu* si la distinción se justifica, el trato desigual es legítimo. Igual criterio fue sostenido en el caso "D. H. y otros *vs*. República Checa", Sentencia de 13 de noviembre de 2007, párrafo 196 y en el caso "Sejdic y Finci *vs*. Bosnia y Herzegobina", Sentencia de 22 de diciembre de 2009 párrafo 42, ambas disponibles en https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/analysis/guides&c=#, consultado el 4 de septiembre de 2020.

40 Según criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la diferencia de trato no es admisible cuando carezca de justificación objetiva y razonable, "es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido", en otro supuesto sí se admite el trato diferente. Así lo reflejó en los casos "Espinoza Gonzáles vs. Perú", Sentencia de 10 de noviembre de 2014, párrafo 219 y "Norín Catremán y otros *vs*. Chile", Sentencia de 29 de mayo de 2014, párrafo 200, ambas disponibles en https://www.corteidh.or.cr/jurisprudencia-search.cfm, consultado el 11 de octubre de 2020.
Este criterio fue esbozado por primera vez en la Opinión Consultiva No. 4 de 19 de enero de 1984 (disponible en https://www.corteidh.or.cr/jurisprudencia-search.cfm, consultado el 10 de octubre de 2020), que establece el alcance de la cláusula de no discriminación contenida en el artículo 1.1 de la Convención Americana. En su decisión la Corte considera que no todo trato jurídico diferente es discriminatorio, ya que ciertas desigualdades de hecho pueden tratarse legítimamente de forma desigual en el ámbito jurídico. "(…) no puede afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes".

41 La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dejado muy claro que el derecho a la igualdad y el derecho a la no discriminación son autónomos pero relacionados. Según la Opinión Consultiva No. 4 de 19 de enero de 1984, voto separado del juez Rodolfo E. Piza Escalante (disponible en https://www.corteidh.or.cr/jurisprudencia-search.cfm, consultado el 10 de octubre de 2020): "(…) los conceptos de igualdad y de no discriminación se corresponden mutuamente, como las dos caras de una misma institución: la igualdad es la cara positiva de la no discriminación, la no discriminación es la cara negativa de la igualdad, y ambas la expresión de un valor jurídico de igualdad que está implícito en el concepto mismo del Derecho como orden de justicia para el bien común". La Opinión Consultiva No. 18 de 17 de noviembre de 2003 (disponible en https://www.corteidh.or.cr/jurisprudencia-search.cfm, consultado el 10 de octubre de 2020) apuntala que: "(…) son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos. El elemento de la igualdad es difícil de desligar de la no discriminación".

42 Al decir de Rodríguez Zepeda: "(…) la discriminación puede ser defendida como una conducta, culturalmente fundada, y sistemática y socialmente extendida, de desprecio contra una persona o grupo de personas sobre la base de un prejuicio negativo o un estigma relacionado con una desventaja inmerecida. Y que tiene por efecto (intencional o no) dañar sus derechos y libertades fundamentales". *Vid*. Rodríguez Zepeda, J.: "Qué es la discriminación y como combatirla?", en AA.VV.: *Discriminación, igualdad y diferencia política* (coord. por M. Carbonell, J. Rodríguez Zepeda, R. R. García Clark y R. Gutiérrez López), Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal y Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación coeditores, México, 2007, p. 67. El propio autor realiza un interesante estudio del concepto de no discriminación desde la teoría y los instrumentos jurídicos internacionales en Rodríguez Zepeda, J.: "Definición y concepto de la no discriminación", *El cotidiano*, núm. 134, 2005, pp. 23-29.

43 *Cfr.* González Ferrer, Y: "Discriminación por estereotipos de género. Herramientas para su enfrentamiento en el Derecho de las familias cubano", *Tesis en opción al grado científico de Doctora en Ciencias Jurídicas*, bajo la tutoría de la Dra. C. Olga Mesa Castillo y el Dr. C. Leonardo B. Pérez Gallardo, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 2019, pp. 12 y 29. Para ampliar sobre las posiciones de la jurisprudencia

Traído ese análisis a la esfera familiar, significa que no todas las parejas son iguales[44], por lo que no tiene por qué imponérseles legalmente iguales pautas de ordenación de su economía. Una manera de respetar las individualidades de cada matrimonio es permitirles que organicen patrimonialmente su vida en función de sus necesidades e intereses. Tráigase a colación la famosa frase de Lord Acton que señala que en la Revolución francesa: "(l)a pasión por la igualdad hizo imposible la esperanza de libertad"[45].

El contenido de la igualdad como derecho, principio y valor social[46] se fortalece y amplía en la Carta Magna cubana de 2019. Desde el artículo 13 (inciso d) queda establecido como uno de los fines del Estado la garantía de la igualdad efectiva en el disfrute y ejercicio de los derechos. Este precepto se complementa con el artículo 41, que recoge la responsabilidad estatal de garantizar la realización de los derechos fundamentales amparado en los principios de progresividad, igualdad y no discriminación.

En seguida, el artículo 42 reconoce el derecho a la igualdad ante la ley. En el desarrollo del propio precepto se amplía la regulación con una serie de disposiciones que constituyen formas de realizarlo. El artículo 43 se refiere expresamente a la igualdad del hombre y la mujer, con mención expresa a su valoración en el ámbito familiar, aunque no se limita estrictamente a ese espacio. Ello se conecta con lo dispuesto por el artículo 81, que proclama el derecho de toda persona a formar una familia y reconoce que la igualdad entre sus integrantes es uno de los pilares para la constitución de ese grupo. En una referencia todavía más cercana al objeto de análisis el artículo 82 de la Carta Magna proclama la igualdad de derechos, obligaciones y capacidad legal de los cónyuges como fundamento del matrimonio.

El artículo 44 recalca la responsabilidad del Estado en la garantía del derecho a la igualdad. El segundo párrafo del precepto *in commento* refleja la especial intención del constituyente de no descuidar la protección de las mujeres.

Hasta aquí se hace notar el valor que la Constitución cubana ofreció al derecho a la igualdad. Lo regula primero en los fundamentos políticos del Estado (principios fundamentales) y luego en las disposiciones generales relativas a los derechos, deberes y garantías. La realización de todas estas disposiciones constitucionales

internacional sobre los derechos de igualdad y no discriminación *vid*. Pérez, E. J.: *La igualdad y no discriminación en el Derecho Interamericano de los Derechos Humanos*, CNDH, México, 2016, pp. 29-38.

44 Lasarte Álvarez asegura que: "Cada matrimonio y cada familia representa un microcosmos propio…". *Vid*. Lasarte Álvarez, C.: *Principios de Derecho Civil*, tomo VI, *Derecho de Familia*, 4ta. edición, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 63.

45 *Vid*. Dalberg, J. E. E.: *History of Freedom and other essays*, Jhon Neville Figgis y Reginald Vere Laurence Editores, London, 1907, p. 57.

46 Para ampliar sobre la triple condición del derecho a la igualdad como derecho, principio y valor social, *vid*. González Ferrer, Y., "Discriminación por", *cit*., pp. 11-16.

sugiere atender a la posibilidad de los cónyuges de disponer, en igualdad de condiciones, sobre el régimen económico del matrimonio. La libertad para la celebración de convenciones matrimoniales constituye un corolario de la igualdad jurídica de los cónyuges[47]. En conexión con la tesis de Ferrajoli implicaría el respeto a las individualidades de cada pareja, manifiesto en la facultad de que sus miembros diseñen un estatuto patrimonial que se les parezca.

3. Derecho a la propiedad.

La propiedad y su regulación normativa son, en gran medida, expresiones en la superestructura jurídica de las ideas sociales, políticas y económicas que sacuden a las naciones en un período y contexto determinados[48]; por tanto, la propiedad está condicionada por la economía y la sociedad. Es difícil dar un concepto único de propiedad[49]. De una manera muy resumida y exacta a la vez, Díez-Picazo y Gullón refieren que, tal y como la define la doctrina, la propiedad ha de entenderse como "el señorío más pleno que se puede tener sobre una cosa"[50].

La Constitución cubana de 2019 sigue la sistemática de su antecesora y en su artículo 22 reconoce las distintas formas de propiedad[51] que coexisten en el Estado cubano. El estatuto económico constitucional sigue cimentado en la propiedad socialista de todo el pueblo como fortaleza del poderío económico del país[52], pero se abre el diapasón todavía más para el reconocimiento de otras formas de propiedad, en consecuencia con la variedad de actores económicos que operan en el contexto cubano.

47 *Cfr.* Zannoni, E. A.: *Derecho Civil, Derecho de Familia*, tomo I, 5ta. edición, Buenos Aires, 2006, p. 467 y Azpiri, J.: *Régimen de bienes en el matrimonio*, Hammurabi, Buenos Aires, 2002, p. 50.

48 *Cfr.* Díez-Picazo y Ponce de León, L. y Gullón Ballesteros, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, *Derechos Reales*, 6ta. edición, Tecnos, Madrid, 1990, p. 161.

49 Según López y López "(…) tal dificultad resulta multiplicada por el propio concepto tradicional de la propiedad, que la sitúa en el corazón del derecho subjetivo (el derecho subjetivo por excelencia), como ámbito soberano de las prerrogativas del individuo sobre las cosas, una suerte de agujero negro en la confusa galaxia de las normas, que dotado de una especial intensidad gravitatoria, arrastra al vórtice del poder libérrimo del sujeto toda potencial utilidad de las cosas…". *Vid.* López y López, A. M.: *El derecho de propiedad. Una relectio*, Estudios Monográficos, 1998, p. 1640. Según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el derecho de propiedad se refiere *"al derecho de* disponer de algo de cualquier manera legal, de poseerlo, usarlo e impedir que cualquier otra persona interfiera en el goce de ese derecho". Más adelante expone que la propiedad es: "El dominio o derecho indefinido de usar, controlar y disponer, que se pueda ejercer lícitamente sobre cosas u objetos determinados". *Vid.* Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso Santiago Marzioni *vs.* Argentina, Informe de inadmisibilidad no. 39/96 de 15 de octubre de 1996, disponible en http://www.oas.org/es/cidh/, consultado el 18 de julio de 2020. Estos conceptos son asimilados de la doctrina civilista moderna, no son elaboraciones de la propia Comisión.

50 *Vid.* Díez-Picazo y Ponce de León, L. y Gullón, A.: *Sistema de,* vol. III, cit., p. 162.

51 Sobre esa diversidad de formas de propiedad reflexiona Fernández Martínez: "Las llamadas por décadas formas de propiedad, no son una teoría, son, a mi juicio, un reconocimiento que hacen los estados que siguieron el estatuto diseñado para la construcción del socialismo en la Constitución de la URSS de 1918, a otras formas distintas a la propiedad estatal, que era la que ocupaba un lugar cimero, único, patrimonio común de todo el pueblo soviético". *Vid.* Fernández Martínez, M.: "Duelo teórico entre las formas de propiedad y la propiedad privada en Cuba", en AA.VV.: *El Código,* cit., p. 198.

52 *Cfr.* artículo 18 de la Constitución de la República de Cuba.

Sin dejar de reconocer la propiedad personal (artículo 22 inciso g), se suma la propiedad privada (artículo 22 inciso d) y ambas coexisten con otras variadas formas concebidas sobre la base de criterios subjetivos. De esta manera, queda planteada la necesidad de diferenciar los tipos de propiedad privada y personal.

Las tesis marxistas sobre la propiedad acogen las distintas funciones económicas que realizan los bienes y en atención a ese indicador los dividen en bienes destinados a la producción y destinados al consumo. Para Federico Engels la propiedad social incluye la tierra y los demás medios de producción y la propiedad individual comprende los productos, es decir, los bienes dedicados al consumo[53].

A su vez, la propiedad no social o individual incluye dos tipos: la privada y la personal. El término propiedad personal fue utilizado por la teoría socialista del Derecho con la pretensión de distinguirla de la propiedad privada. Considera que los bienes que la integran no son resultado de la explotación del trabajo ajeno, ni permiten la obtención de ganancias lucrativas, comprende esencialmente objetos de uso y consumo personal[54]. A partir de 1952 la expresión "propiedad adquirida por el trabajo personal", recurrente en las Constituciones socialistas de la época, deja de estar presente y aparecen definitivamente diferenciadas las categorías de la propiedad privada y de la propiedad personal como tipos de propiedad individual[55]. Desde entonces, todas las Constituciones socialistas garantizan la protección estatal de la propiedad personal[56].

Los términos propiedad privada y personal son semántica y jurídicamente sinónimos. Por decantación, lo personal o privado es lo que no es público; lo que es individual del sujeto privado[57]. La distinción que se pretende es puramente artificial y se basa en presupuestos económicos. Para el Derecho ha sido bien difícil elaborar sus propias concepciones sustentadas por términos estrictamente jurídicos[58]. En el caso de la nueva Constitución cubana y el planteamiento que hace de las formas de propiedad, "para los derechos reales sigue siendo teóricamente

53 Engels, F. *cit. pos* Prisca, N.: *Drepturile si indatoririle fundaméntale ale cetálenilor in República Socialista Romanía*, Stiintifica si Enciclopedica, Bucarest, 1978, p. 214.

54 *Cfr.* Álvarez-Tabío, F.: *Comentarios a la Constitución Socialista*, Pueblo y Educación, La Habana, 1981, pp.108-112.

55 Aunque la Constitución soviética de 1936 menciona la propiedad personal, las primeras Constituciones democrático-populares no distinguen entre los dos tipos de propiedad no social. La Constitución búlgara de 1947 en su artículo 10, al referirse a la propiedad individual alude, junto a la propiedad privada, a una forma de propiedad adquirida por el trabajo, cuyos titulares son los obreros, los campesinos trabajadores y los pequeños empresarios, y cuyo objeto estaba constituido por los bienes de uso personal y por ciertos medios de producción. En términos semejantes se pronuncia el artículo 8.2° de la Constitución húngara, el artículo 8 de la Constitución rumana de 1948 y el artículo 29 de la Constitución de la República Democrática Alemana. *Cfr.* García Álvarez, M. B.: "Propiedad individual y socialismo real", *Revista de Estudios Políticos*, nueva época, núm. 19, 1981, pp. 86 y 87.

56 *Cfr.* García Álvarez, M. B.: "Propiedad individual", cit., p. 87.

57 *Cfr.* Fernández Martínez, M.: "Comentario a las formas de propiedad como estatuto jurídico regulado en el artículo 22 constitucional", *Universidad de La Habana*, núm. 289, 2020, p. 79.

58 *Cfr.* Johnson, E. L.: *Las bases del sistema jurídico soviético*, Themis, Bogotá, 1983, p. 85.

de difícil encuadre la diferenciación entre la propiedad privada y la personal"[59]. Aun reconociendo sus limitaciones, es forzoso entonces acudir a categorías económicas para la distinción que se quiere.

Sobre la base de la teoría económica, el objeto por sí solo no configura el carácter personal de la propiedad, es el destino de consumo, uso y trabajo directo que se le dé por la persona o la familia lo que lo tipifican como tal[60]. Si, por el contrario, el bien está destinado a la actividad empresarial desplegada por el propietario y/o sus familiares, entonces sobre él recae la propiedad privada individual[61]. En ese caso son las rentas las que estarán destinadas a contribuir a la economía doméstica.

La familia necesita para su desenvolvimiento un patrimonio que permita cubrir sus necesidades materiales y desempeñar una de sus funciones elementales: la económica[62]. Los miembros de la pareja ostentan la propiedad privada o personal sobre esos bienes que, de alguna manera, estarán al servicio de la familia, respaldados en su ejercicio por la Constitución.

59 *Vid.* Fernández Martínez, M.: "Comentario a", cit., p. 80. Para un análisis más detallado sobre las diferencias entre la propiedad privada y la propiedad personal según las regulaciones del texto constitucional cubano de 2019, *vid.* las consideraciones de la autora Fernández Martínez en las pp. 79 y 80.

60 Según conceptualiza Gonzáles Barrón: "La propiedad personal recae sobre bienes cuyo destino principal es satisfacer las necesidades esenciales de la persona y la familia, tales como la alimentación, el vestido y la vivienda; o facilitar el trabajo personal, que no es otra cosa que la actividad desplegada por la persona o su entorno cercano para la subsistencia: o permitir la recreación para la satisfacción de necesidades espirituales…". *Vid.* Gonzáles Barrón, G. H.: "Comentarios a los artículos del 156 al 159", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil cubano*, tomo II, *Derecho de Propiedad y otros derechos sobre bienes*, vol. I (artículos del 127 al 169) (coord. por L. B. Pérez Gallardo), Félix Varela, La Habana, 2016, p. 293. García Álvarez sobre la identificación de bienes propiedad personal explica: "Siguiendo a J. Piatowski, pueden utilizarse dos criterios a la hora de constatar si un bien puede ser objeto de la propiedad personal. Por una parte, debe pertenecer a una persona física… De otra parte, los bienes deben estar destinados a satisfacer las necesidades personales, materiales y culturales del propietario y de sus allegados". *Vid.* García Álvarez, M. B.: "Propiedad individual", cit., p. 89.

61 Al decir de García Álvarez: "La doctrina suele distinguir dos formas de propiedad privada, a saber: la propiedad de los pequeños productores y la propiedad capitalista. La diferencia entre ambas estribaría en que en tanto el propietario de los medios de producción, en el primer caso, basa la producción sobre su propio trabajo, y eventualmente sobre el trabajo de los miembros de su familia, en el caso de la propiedad capitalista la producción se basa en el trabajo de los asalariados; con lo que el contenido de clase sería distinto en una y otra forma, sirviendo así de base a relaciones de producción diferentes". *Vid.* García Álvarez, M. B.: "Propiedad individual", cit., p. 94.

62 Tal es la importancia de la función económica de la familia que Martínez Vasallo apunta que: "Independientemente de las diversas formas que adopten, sí nos parece importante resaltar las funciones básicas que debe atender cualquier familia. Existe a nuestro juicio una primera, elemental y objetiva que es la función material o económica, resulta indispensable para poder desempeñar el resto de los roles que le corresponde, es el hecho de tener sustento para lograr alimentarse, vestirse y calzarse. De esta depende el nivel de vida alcanzado por la familia". *Vid.* Martínez Vasallo, H. M.: "La familia: una visión interdisciplinaria", *Revista Médica Electrónica*, vol. 37, núm. 5, 2015, p. 527, disponible en http://www.revmedicaelectronica.sld.cu/index.php/rme/article/view/1502/html_54, consultado el 18 de febrero de 2020. Igualmente, Arés Muzio al respecto alega que: "Esa es precisamente la piedra angular que caracteriza la existencia de la familia: las funciones que cumple. (…) Estas funciones se definen históricamente en tres direcciones fundamentales: 1. Función económica, de manutención, de satisfacción de necesidades materiales: la familia como sustento económico de sus miembros…". *Vid.* Arés Muzio, P.: *Psicología de la familia*, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Psicología de la Universidad de Guayaquil, Guayaquil, 2002, p. 27.

En correspondencia con el principio de progresividad[63], la joven Constitución cubana no solo admite nuevos tipos de propiedad, sino que el artículo 58 en su primer párrafo hace un reconocimiento expreso del derecho subjetivo de propiedad, confiriéndole así rango constitucional. Incluso, trasciende los marcos de la mera declaración para disponer expresamente la obligación del Estado de garantizar su realización.

De esta forma, los artículos 22 incisos d y g y 58 primer párrafo de la Constitución cubana de 2019, se podrían situar con actitud inspiradora en sede normativa en el conjunto legal que disciplinaría la propiedad de los cónyuges al servicio de la familia. Constituyen, además, fundamento constitucional para el reconocimiento por el Derecho familiar de la facultad de los contrayentes para disponer la organización patrimonial de su matrimonio, en concordancia con el sistema político y económico imperante. La admisión de esa posibilidad sería una forma de recorrer y realizar el contenido del derecho de propiedad.

4. Derecho de las familias.

La familia tradicional, en su concepción inamovible, estática, casi inmutable, ha dado paso a una noción más dinámica y cambiante, mucho menos estable, invariable y singular[64]. Ello impone la aceptación de un pluralismo jurídico en el contexto de la familia al momento de normar las diferentes formas de su constitución, pero también implica admitir las diferencias en su dinámica y funcionamiento[65]. *"El Derecho familiar moderno ha girado apreciablemente en el sentido que la libertad, la equidad y la realidad imponen"*[66]. Ello ha implicado una apertura al reconocimiento de la autonomía privada y la diversidad familiar.

63 A modo de explicación del contenido del principio de progresividad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación Mexicana ha dicho: "El principio de progresividad que rige en materia de los derechos humanos implica tanto gradualidad como progreso. La gradualidad se refiere a que, generalmente, la efectividad de los derechos humanos no se logra de manera inmediata, sino que conlleva todo un proceso que supone definir metas a corto, mediano y largo plazos. Por su parte, el progreso implica que el disfrute de los derechos siempre debe mejorar. En tal sentido, el principio de progresividad de los derechos humanos se relaciona no sólo con la prohibición de regresividad del disfrute de los derechos fundamentales, sino también con la obligación positiva de promoverlos de manera progresiva y gradual...". Sentencia de amparo directo en revisión 2425/2015 de 12 de agosto de 2015, ponente Pérez Dayán. Tesis 2a. CXXVII/2015 (10a.). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 24, tomo II, noviembre de 2015, pp. 1298 y 1299.

64 *Cfr.* Arana De La Fuente, I.: "Concepto y función social del matrimonio. Los sistemas matrimoniales. La promesa del matrimonio", en AA.VV.: *Derecho de Familia* (coord. por G. Díez Picazo Giménez), Thomson Reuters-Civitas, Pamplona, 2012, p. 167. Para un recorrido de la evolución de la familia como resultado de las transformaciones sociales *vid.* Benítez Pérez, M. E.: "La familia: desde lo tradicional a lo discutible", *Novedades en Población*, núm. 26, 2017, *passím*.

65 Al respecto plantea Espinoza Collao: "Esta idea se fortalecerá con un reconocimiento cada vez mayor de la autonomía de la voluntad, y facilitará la posibilidad de autorregulación de las relaciones familiares por parte de la pareja, generando estructuras jurídicas cada vez más particularizadas". *Vid.* Espinoza Collao, Á. D.: "¿En qué está la familia en el derecho del siglo XXI? El camino hacia un pluralismo jurídico familiar", *Revista Tla-melaua*, vol. 10, núm. 41, 2017, p. 235.

66 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso "Tibi *vs.* Ecuador". Sentencia 7 de septiembre de 2004. Juez Sergio García Ramírez, disponible en https://www.corteidh.or.cr/jurisprudencia-search.cfm, consultado el 11 de octubre de 2020.

Así, la Constitución cubana de 2019 en su artículo 81 reconoce y protege a las familias y sigue a su predecesora, la Constitución de 1976 en su artículo 35, al ratificar el carácter de ese grupo como célula fundamental de la sociedad, ahora admitiendo además su pluralidad. Sucesivamente dedica otros ocho artículos a regular elementos significativos del entorno familiar, sin perjuicio de la incidencia que sobre el tema puedan tener otros preceptos. Es criterio de esta investigadora que las regulaciones relativas a las familias son de los aspectos más loables de la novel Constitución cubana.

La propia ubicación de los estatutos relativos a ese tema marca un acierto del constituyente. El amparo a la familia hay que verlo desde la visión de protección de derechos como el derecho a la vida familiar y a fundar una familia y el correlativo deber del Estado de reconocerlas sin discriminación y crear todas las garantías para su efectiva protección[67].

Salta a la vista, en primer orden, el *nomen iuris* que el constituyente ha dado al Capítulo III del Título V: "Las Familias", con un intencionado uso del plural[68], que no es casual y mucho menos errático. "(…) (E)l lenguaje no es neutro y no puede olvidarse su verdadera capacidad de transformación sobre la realidad. El lenguaje legislativo tiene no solo un efecto jurídico-normativo, sino un poder simbólico que no puede pasar inadvertido"[69].

El Capítulo III del Título V de la Constitución cubana representa la constitucionalización del principio de pluralismo familiar[70], el cual ha sido

67 Cfr. Álvarez-Tabío Albo, A. M.: "Tutela jurídica de las familias. Los diez mandamientos constitucionales de su protección en Cuba", en AA.VV.: *Las familias en la Constitución* (coord. por L. B. Pérez Gallardo y D. Cánovas González), Olejnik, Santiago de Chile, 2020, p. 27.

68 Sobre el uso del término familia en número singular o plural Borrillo plantea: "Independientemente de cualquier juicio de valor, lo cierto es que en Occidente las familias se diversifican a tal punto que resulta difícil utilizar el término familia en singular". *Vid.* Borrillo, D.: "La contractualización de los vínculos de familia", *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Abeledo Perrot, vol. I, núm. 79, 2017, p. 1. Al respecto Herrera señala que: "El reconocimiento y protección jurídica de diversas y plurales conformaciones familiares, y no solo de la 'tradicional familia nuclear', ha llevado a la doctrina a marcar la importancia de hablar del derecho de 'las familias' en plural y no de 'la familia' como si se tratara de un único modelo legítimo". *Vid.* Herrera, M.: *Manual de Derecho de las Familias,* 1era. edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, p. 53. En el mismo sentido se pronuncia en dos de sus obras Valpuesta Fernández, R.: *Otras miradas sobre la familia. Las familias y sus funciones*, *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García,* tomo II, Colegio de Registradores, Madrid, 2004, p. 4915 y Valpuesta Fernández, R.: *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 29.

69 Así lo considera el profesor Dr. C. Leonardo B. Pérez Gallardo en entrevista realizada por la periodista Yudy Castro Morales, "¿Por qué familias y no familia?", *Periódico Granma*, Edición digital de 19 de noviembre de 2019, disponible en http://www.granma.cu/cuestion-de-leyes/2018-11-07/por-que-familias-y-no-familia-07-11-2018-18-11-55, consultado el 25 de noviembre de 2019. Sobre el valor del lenguaje y su incidencia en la cultura jurídica vuelve Pérez Gallardo en "Las familias en la Constitución cubana de 2019. Especial referencia al matrimonio y la unión de hecho", *Universidad de La Habana,* núm. 289, 2020, p. 111.

70 Solo otras dos Constituciones en la región de América Latina recogen expresamente la pluralidad familiar (*cfr.* artículo 67 de la Constitución ecuatoriana y 62 de la Constitución boliviana). Esta realidad coloca a la Carta Magna cubana en una posición de avanzada en sede de Derecho constitucional familiar.

tratado por la jurisprudencia constitucional foránea[71]. En este sentido la Corte Interamericana ha dicho que en la Convención Americana de Derechos Humanos "*no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege solo un modelo de la misma*"[72].

En ocasión de este análisis, se comparten las reflexiones de Herrera en referencia al tratamiento plural de la familia en el Código civil y comercial de Argentina, perfectamente aplicables a la Constitución cubana. Al respecto alega la profesora bonaerense que no se trata de un simple agrego de la letra (s) al final de la palabra, sino de una revolución jurídica al avanzar en el reconocimiento de derechos a las personas para que puedan desarrollarse en diferentes formas de organización familiar sobre los pilares de los principios de 1-) igualdad y no discriminación y 2-) libertad y autonomía[73].

Responde así la Constitución cubana a una realidad social que había llamado la atención de la comunidad científica. "Se trata, pues, de proteger a la familia. Pero no a un único tipo de familia querido por el Estado, sino a las familias; en el respeto a las diversas formas de vivir en familia que en el ejercicio de su autonomía individual y familiar las personas han elegido"[74]. Esta concepción supera las posiciones tradicionales que asientan la familia en el matrimonio heterosexual

71 A favor de este principio se ha pronunciado la Corte Constitucional de Colombia en las Sentencias T-523/92 de 18 de septiembre, ponente Angarita Barón; C-1033/02 de 27 de noviembre, ponente Córdoba Triviño; T-572/09 de 26 de agosto, ponente Sierra Porto; C-026/16 de 3 de febrero, ponente Guerrero Pérez y T-070/15 de 18 de febrero, ponente Sáchica Méndez: "El pluralismo y la evolución de las relaciones humanas en Colombia, tiene como consecuencia la formación de distintos tipos de familia..." y la Sentencia T-525/16 de 27 de septiembre, ponente Palacio Palacio: "(…) que en una sociedad plural no se acepta un concepto único y excluyente de familia (…) que la protección constitucional a la familia no solo se predica a favor de las familias conformadas en virtud de vínculos jurídicos o de consanguinidad, sino también a las que surge de hecho o a las denominadas familias de crianza". Todas ellas disponibles en http://www.corteconstitucional.gov.co, consultado el 26 de septiembre de 2020.
El Tribunal Constitucional del Ecuador en su Sentencia no. 11-18-CN/19 de 12 de junio, ponente Ávila Santamaría (disponible en www.corteconstitucional.gob.ec, consultado el 10 de marzo de 2020) apuntó: "La Constitución ha adoptado una concepción social de la familia, que permite varias formas, dependiendo de las concepciones culturales y también de las expectativas personales".
Por su parte el Tribunal Constitucional del Perú en Sentencias como la de 30 de noviembre de 2007 (Expediente STC 09332-2006-PA/TC) y la de 30 de junio de 2010 (Expediente STC 04493-2008-PA/TC), ambas disponibles en http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/pdf, consultado el 25 de noviembre de 2020, admite implícitamente el principio de pluralismo constitucional cuando señala, casi en iguales términos que: "Desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales… Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional…" (en el caso de la primera) y "En lo que respecta a la familia, siendo un instituto constitucional, esta se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales… Consecuencia de todo ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional…" (en el caso de la segunda).

72 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva No. 17/02, párrafo 69; caso Atala Riffo y Niñas *vs.* Chile, párrafo 142 y Caso Fornerón e Hija *vs*. Argentina, párrafo 98, todos disponibles en https://www.corteidh.or.cr/jurisprudencia-search.cfm, consultado el 11 de octubre de 2020.

73 *Cfr.* Herrera, M.: "Panorama general del derecho de las familias en el Código Civil y Comercial. Reformar para transformar", *Suplemento Especial Nuevo Código Civil y Comercial*, núm. 39, 2014, p. 39, disponible en AR/DOC/3846/2014, consultado el 15 de noviembre de 2020.

74 *Vid*. Cajigal Cánepa, I. y Manera, M G.: "La autonomía de la voluntad en las relaciones afectivas de pareja", *Revista Perspectivas de las ciencias económicas y jurídicas,* FCEyJ (UNLPam), EdUNLPam, vol. 9, núm. 1, 2019, p. 33.

y acepta que son también regulares los modelos sustentados en otros factores de hecho y que se rigen por los afectos. De esta forma se reconoce que "(…) es lo cierto que hay familias y no una familia en la realidad social"[75]. Se trata de una evolución inevitable, aunque hay que aclarar que "las nuevas organizaciones no son nuevas; nuevo es el registro de lo que existía omitido, silenciado o negado"[76].

De tal suerte, se experimenta una especie de apertura en la comprensión del modelo familiar que comienza por entender todas aquellas tipologías que lo conforman. Dicha apertura debe hacerse extensiva a admitir la pluralidad con que funcionan las diversas genealogías de familia y que deben ser disciplinadas por la ley con respeto a su heterogeneidad y amplio margen de admisión a la autorregulación[77]. Se trasluce entonces el interés de la clase dominante por promover el libre desarrollo de la persona, primero en su espacio de realización familiar, con inminente repercusión a escala social.

El reconocimiento de la pluralidad familiar supone una flexibilización en la concepción y regulación de la familia a tono con su diversidad[78]. "(…) (E)l Derecho de familia en su dimensión actual abre y cierra las puertas a la autonomía de la voluntad. Las abre cuando desde una concepción tolerante y plural reconoce una multiplicidad de manifestaciones familiares"[79]. Ese cambio de mirada a la que convoca el principio de pluralismo familiar se traduce en: la democratización de las relaciones jurídicas familiares y el respeto de la intimidad y autonomía familiar, entre otros[80].

Por su parte el artículo 82 de la Carta Magna reconoce el matrimonio como una de las formas de organizar la familia, aunque no la única. La expresa y especial referencia a esta institución sociojurídica induce a pensar en una posición

75 *Vid.* Mesa Castillo, O.: "Acerca del", cit., p. 29.

76 *Vid.* Giberti, E.: "La diversidad en las organizaciones familiares. ¿Cómo se conjuga con la bioética?", *Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, Abeledo Perrot, 2012, no. 55, p. 159.

77 Los debates de la Comisión No. 1 denominada "Los principios jurídicos en la familia de nuestros días" en el X Congreso Internacional de Derecho de Familia, Mendoza, septiembre de 1998 arrojaron como conclusión que: "Ya no hay un único modelo de Familia. La familia atraviesa hoy grandes transformaciones. Dentro de un mismo estado coexisten diversas organizaciones familiares. Esto exige: (…) otorgarse mayor amplitud a la autonomía de la voluntad dentro del ámbito patrimonial, para que cada familia pueda elegir cuál es el sistema patrimonial que más se adapta a sus necesidades". *Vid.* Conclusiones de la Comisión no. 1 "Los principios jurídicos en la familia de nuestros días" en el X Congreso Internacional de Derecho de Familia celebrado en la ciudad de Mendoza, septiembre de 1998, en JA del 6-2-99, Colegio de escribanos de la Provincia de Córdoba *Revista Notarial*, núm. 76, 1998-2, p. 21, disponible en http://escribanos.org.ar/rnotarial/wp-content/uploads/2015/07/RNCba-76-1998-15-Congresos.pdf, consultado el 23 de septiembre de 2019.

78 Al respecto se pronuncia González Ferrer: "El artículo 81 proclama el derecho de toda persona a constituir una familia, lo que significa avanzar en la concepción del derecho de todas las personas a la vida familiar sobre la base de la diversidad y en armonía". *Vid.* González Ferrer, Y.: "En busca de la igualdad desde la perspectiva de género en el Derecho familiar cubano", en AA.VV.: *Las familias,* cit., p. 339.

79 *Vid.* Gil Domínguez, A.: "El concepto constitucional de familia", *Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia,* Abeledo Perrot, núm. 15, 1999, p. 35.

80 *Cfr.* Krasnow, A. N.: "El Derecho de familia en el proyecto de reforma Código civil y comercial 2012 en Argentina", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, núm. 1, 2014, p. 318.

conciliadora del constituyente que defiende las tradicionales formas de constituir una familia, sin desdeñar las modernas; se admite entonces el matrimonio como la base histórica fundacional de la familia, sin perjuicio de otras figuras sociales y jurídicas. A primera vista esta interpretación pudiese resultar contradictoria a la apertura que se venía defendiendo. Sin embargo, de lo que se trata es de no desconocer la tradición social del matrimonio y la probada funcionabilidad de la institución. En esta línea de pensamiento pudiera defenderse la idea de que en la Constitución cubana la noción de familia incardina primero en el matrimonio o, por lo menos, que la legislación de desarrollo no puede debilitar su tutela.

De tal suerte se encuentra otra razón para abogar por medidas revolucionarias y efectivas de protección de la familia matrimonial, cual pudiera ser la posibilidad de decidir sobre su régimen patrimonial y de esta forma superar a la familia en el ejercicio de la función económica. El reconocimiento constitucional a la diversidad familiar implica admitir la variedad en la dinámica de ese grupo que incluye la organización económica.

5. Derecho a la intimidad familiar.

La teoría del derecho a la intimidad históricamente se ha estructurado sobre la base de considerarlo como un derecho subjetivo personalísimo, extrapatrimonial y específico, cuya afectación da lugar a una reparación integral[81]. La jurisprudencia constitucional[82] y un sector de la doctrina[83] aluden a un derecho genérico a la

81 *Cfr.* Bueres, Alberto J.: en "Prólogo" a Bergoglio de Brouwer de Koning, M. T. y Bertoldi de Fourcade, M. V.: *Trasplante de órganos*, Hammurabi, Buenos Aires, 1983.

82 La jurisprudencia constitucional española no defiende la autonomía entre intimidad familiar e intimidad personal, así lo declaran Fornós Amorós, E.: "Una intromisión consentida en la intimidad familiar. Comentario a la STS, 1era. 13.7.2004", *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1, 2005, p. 6, disponible en www.indret.com, consultado el 22 de octubre de 2020; Mieres Mieres, L. J.: *Intimidad personal y familiar, Prontuario de Jurisprudencia constitucional*, Aranzadi (Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional), Pamplona, 2002, pp. 38-40 y Redondo Sacedo, L.: "Derecho a la intimidad familiar (art. 18.1 CE) *vs.* derecho a la vida familiar (art. 8 CEDH). Los límites a la incorporación constitucional de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", pp. 2 y 3, disponible en www.acoes.es, consultado el 22 de octubre de 2020. En Sentencias del Tribunal Constitucional como la STC 231/1988 de 2 de diciembre, ponente López Guerra; STC 197/1991 de 17 de octubre, ponente Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer; STC 12/2012 de 30 de enero, ponente Asua Batarrita y la STC 134/1999 de 15 de julio, ponente Casas Baamonde queda expuesta esa postura. Todas ellas disponibles en https://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/default.aspx, consultado el 10 de marzo de 2020.
Por su parte, la jurisprudencia colombiana es del mismo criterio al referirse a que la familia es uno de los niveles en los que se manifiesta el derecho a la intimidad (Corte Constitucional de la República de Colombia, Sentencias T-087/04 de 18 de agosto, ponente Tafur Galvis; T-050/16 de 10 de febrero, ponente Mendoza Martelo y T-594/14 de 20 de agosto, ponente Pretelt Chaljub. Todas disponibles en http://www.corteconstitucional.gov.co, consultado el 26 de septiembre de 2020).
El Tribunal Constitucional del Perú en Sentencia de 9 de diciembre de 2014, párrafo 12 (Expediente N. 001839-2012-PHD/TC), disponible en http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/pdf, consultado el 25 de noviembre de 2020, también manifiesta que lo familiar es uno de los ámbitos de defensa de la intimidad.

83 *V. gr.,* Rivera, J. C.: *Instituciones de Derecho Civil. Parte general*, tomo I, 5ta. edición actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, pp. 768 y 769; Espinoza Espinoza, J.: *Derecho de las personas*, Rodhas, Lima, 2006, p. 358; Álvarez-Tabío Albo, A. M.: "Los derechos al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen como límites a las libertades de información y de expresión", *Tesis en opción al grado científico de Doctora en Ciencias Jurídicas*, bajo la tutoría de las Dras. Martha Prieto Valdés y Caridad del C. Valdés Díaz,

intimidad, sin especial individualización ni autonomía con respecto a la esfera familiar.

Esa postura, sin embargo, no es pacífica. Para autores como Córdoba, Corral Talciani, Herrero Tejedor y Díaz Alabart la existencia de una intimidad familiar independiente de la personal es incuestionable[84]. Estos juristas defienden la tesis de que hay intimidades que corresponden a un grupo y no a una persona, cuya disposición no pertenece de manera independiente a un integrante del colectivo sino a todo el conjunto[85].

Para despejar la ecuación en torno a la existencia o no de un derecho a la intimidad familiar con independencia de la privacidad de cada miembro del grupo, acaso el punto cardinal se encuentre en determinar cuál es el sujeto titular del derecho. La familia no es una persona, no es sujeto de derecho y carece de personalidad jurídica[86]. Ahí comienza a hacerse insostenible la tesis separatista.

Para los que, como la que suscribe, acogen un derecho unitario de intimidad que puede realizarse en la esfera personal o de la familia, el vocablo familiar alude a la relación que existe entre el titular y determinadas personas sobre las que se extiende el derecho a la intimidad. Es una denominación que responde al ámbito de proyección del derecho pero no a quien lo ostenta[87].

La Habana, 2008, p. 65 y Bonilla Sánchez, J. J.: *Personas y derechos de la personalidad*, Reus, Madrid, 2010, p. 175.

84 *Cfr.* Córdoba, M. M.: *Seminario permanente de Investigaciones del Derecho de la Persona*, CAECS, Universidad Abierta Interamericana, Buenos Aires, 2016; Corral Talciani, H.: "Vida familiar y derecho a la privacidad", *Revista chilena de Derecho*, vol. 26, núm. 1, 1999, p. 11-16; Herrero Tejedor, F.: *Honor, intimidad y propia imagen*, 2da. edición, Colex, Madrid, 1994, p. 84 y Díaz Alabart, S.: "Reflexiones sobre el derecho constitucional a la intimidad familiar", en AA.VV.: *Derecho Civil Constitucional* (coord. por L. B. Pérez Gallardo, C. M. Villabella Armengol y G. Molina Carrillo), Grupo Editorial Mariel, México, 2014, pp. 194 y 195.

85 La fundamentación jurídica de la existencia de un derecho a la intimidad familiar deriva de la forma de vida que se funda en la concepción de que existen satisfacciones individuales que se logran solo con la complacencia de la colectividad. *Cfr.* Córdoba, M. M.: *Seminario permanente, cit.* "Su validez como derecho descansa en su 'funcionalidad' respecto a una forma de vida". *Vid.* Vattimo, G.: *El fin de la modernidad*, Editorial Gedisa, México, 2000, p. 84. Según los defensores de la autonomía de la intimidad familiar, en las intimidades colectivas la lesión a uno de los miembros perturba la intimidad de los otros. "El caso paradigmático de intimidad colectiva se da en el seno de la familia". *Vid.* Laje, A.: "La codificación de los derechos de incidencia colectiva: La problemática del derecho a la intimidad", en AA.VV.: *El Código,* cit., p. 170. Aunque existen otros supuestos como el de asociaciones y sociedades, la espiritualidad y los afectos propios del seno familiar la acercan mucho más al concepto de intimidad colectiva.

86 Al decir de Nora Lloveras: "la familia no es el centro de la protección legislativa, el sujeto de tutela es la persona en sus diversas relaciones familiares". *Vid.* Lloveras, N.: "Los derechos humanos en las relaciones familiares: una perspectiva actual", en AA.VV.: *Los derechos de los niños, niñas y adolescentes* (coord. por N. Lloveras), Alveroni, Buenos Aires, 2010, p. 23. No le falta razón a Belluscio cuando afirma que no cabe duda de que "la familia no es persona jurídica pues evidentemente le falta la aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones, que es la nota distintiva de la personalidad". *Vid.* Belluscio, A. C.: *Derecho de Familia*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016, p. 45.

87 *Cfr.* De las Heras Vives, L.: "La llamada intimidad familiar y las intromisiones ilegítimas en la intimidad del otro consorte", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, IDIBE, núm. 8 bis (extraordinario), 2018, p. 291 y Pérez Gallardo, L. B.: "La intimidad familiar desde el perfil constitucional", en AA.VV.: *Las familias,* cit., p. 60.

En una postura que se considera correcta, el artículo 48 de la Constitución cubana, con marcada claridad y buen tino, aleja cualquier debate sobre el tema[88]. Dicho precepto deja bien sentado que el titular del derecho a la intimidad familiar es la persona, en tanto integrante de un grupo, pero no la colectividad misma a la que pertenece. Al coexistir varios integrantes en una misma familia se configura un ámbito común que es la intimidad familiar, pero que constituye la sumatoria de las facetas de intimidad personal de cada uno de los miembros. Como cada sujeto es titular del derecho, cualquiera de ellos pudiera ejercitar la acción de amparo o tutela correspondiente para atacar la situación de vulneración.

La intimidad se ha considerado como una nota característica de la familia[89]. En la misma medida en que en los últimos años se limita la intervención estatal en ese grupo, se reconoce la existencia de un espacio privado para su desarrollo. De esa forma se construye lo que se ha dado en llamar derecho a la intimidad familiar. Es oportuno entonces fijar que ese derecho "(…) supone la facultad que tiene toda persona de evitar la intromisión de terceros, ya sean particulares o el Estado, en ese espacio íntimo de sus relaciones familiares, en sus vínculos afectivos y sentimentales con aquellas personas que conforman el modelo familiar que ha constituido. Es la manera en que se proyecta su propia intimidad en la esfera de sus relaciones familiares…"[90].

A los efectos de encontrar los vínculos entre el derecho a la intimidad familiar y la autonomía privada en la organización patrimonial del matrimonio, cobra vital importancia el análisis del contenido del derecho en análisis. Al respecto y desde un lado pasivo comprende los deberes de abstención de los particulares, poderes públicos y el Estado en los asuntos de la familia[91]. De modo que la intervención de terceros en los asuntos de ese grupo debe ser de última *ratio* y se prefiere en todo caso la circunspección a la familia.

La ilegitimidad de la intromisión puede ser atribuible incluso al legislador, cuando se implica de manera arbitraria y desproporcional en la esfera familiar[92]. De esta forma pudiera llegar a cuestionarse incluso una regulación o precepto

88 Así de diáfanas en cuanto a la titularidad del derecho a la intimidad familiar son la Constitución del Perú (artículo 2.7), la Constitución de Ecuador (artículo 66 apartado 20) y la Constitución de Colombia (artículo 15 primer párrafo).

89 *Cfr.* AA.VV.: *Manual de Derecho Civil*, *Derecho de Familia,* (coord. por Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Bercal, Madrid, 2007, pp. 20 y 21 y Quintana Villar, M. S.: *Derecho de Familia,* 2da. edición, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 2015, pp. 24-26.

90 *Vid.* Pérez Gallardo, L. B.: "La intimidad", cit., p. 51.

91 Desde el lado activo supone un conjunto de facultades o posibilidades de actuación por parte de su titular a través de los medios de defensa que el propio Derecho pone a su disposición; en este caso las garantías constitucionales y legales. As lo considera Pérez Gallardo, L. B.: "La intimidad", *cit.,* p. 61.

92 *Ibídem*, p. 68.

específico de una ley[93]. La regulación cubana actual del régimen económico del matrimonio, contrastada con el contexto en que se aplica, pudiera tipificarse como una devaluación del derecho a la intimidad familiar.

Con el ánimo de superar la visión restrictiva que relaciona el derecho a la intimidad en su esfera familiar solo con la divulgación de información sobre aspectos íntimos de una persona en ese entorno, autores como Corral Talciani han intentado listar las manifestaciones concretas del derecho a la intimidad en sede familiar[94]. A los efectos del aspecto patrimonial de la familia interesa resaltar de su sistematización los siguientes incisos: d-) Los conflictos derivados de las relaciones familiares (dentro de los que se incluyen los relativos al régimen económico del matrimonio); e-) Los acontecimientos de la vida doméstica, y en general, todo lo que se desarrolla en el hogar familiar (comprende tanto relaciones personales como patrimoniales) y h-) Los gastos e ingresos del patrimonio familiar.

Nótese cómo este autor sistematiza varias cuestiones que atañen al régimen económico del matrimonio y que, a su juicio, deben ser dominados y resueltos a lo interno de la familia. Asumiendo como acertada esta postura, la fijación de las relaciones patrimoniales del matrimonio serían de competencia de los cónyuges.

En otro orden vale retomar los conceptos de libertad en sentido positivo y negativo a los que se aludió *supra*. La libertad en sentido positivo se refiere a la libertad de acción y en sentido negativo alude al espacio en que la persona puede actuar sin ser obstaculizada por terceros, sean estos particulares o el Estado. La libertad en negativo señala un espacio personal libre y fuera de la intervención de otros. Esta arista de la libertad es la que incide directamente en el concepto de intimidad, que es absoluto en relación con los demás[95].

El concepto de intimidad familiar, como especie de libertad negativa, delimita la esfera de cada protección jurídica. Así, se imponen límites a los terceros y se establecen derechos de defensa de los titulares frente a quienes sobrepasan los límites y violan los espacios de exclusividad.

En el ejercicio de esa libertad en negativo y con reconocimiento del derecho a la intimidad familiar, es que debe existir la posibilidad de que los cónyuges puedan disciplinar el régimen económico de su matrimonio. En principio, no tiene por

93 Es el caso sobre el que versa la Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-552/14 de 23 de julio, ponente González Cuervo (disponible en http://www.corteconstitucional.gov.co, consultado el 26 de septiembre de 2020), que declaró que el artículo 124 *in fine* del Código civil, relativo a la desheredación del menor que contrajera matrimonio sin el consentimiento del correspondiente ascendiente, era irrealizable por desconocer la autonomía e intimidad familiar. Textualmente: "cuando la ley impone el castigo económico sin el consentimiento expreso del testador, se desconoce el derecho a la autonomía e intimidad familiar (…) al decidir sobre un asunto propio del ámbito familiar…".

94 *Cfr.* Corral Talciani, H.: "Vida familiar", cit., p. 68.

95 *Cfr.* Laje, A.: "La codificación", cit., p. 179.

qué invadirse la esfera patrimonial de una familia y una pareja, este es un espacio reservado de autorregulación con los correspondientes límites. El conocimiento por parte de terceros, sean cuales fueren, incluido el Estado, debe ser restringido y a los fines de defender las presuntas violaciones de los derechos individuales de los miembros del grupo. Aun cuando el derecho a la intimidad familiar tiene carácter extrapatrimonial, las cuestiones que deben ser reservadas al grupo pueden ostentar otra naturaleza, cual es el caso que ocupa.

Como ya se ha dicho, el artículo 48 de la Constitución cubana reconoce el derecho a la intimidad familiar. Sin desarrollar qué se entiende por tal ni detallar en su contenido, el constituyente acogió este concepto de avanzada y lo sumergió junto a otro grupo de derechos inherentes a la personalidad propios del ser humano. Al menos es loable el haber definido quién es el titular y por ende quién está legitimado para reclamar por la vulneración del derecho al amparo del artículo 99 del propio texto constitucional.

De cualquier manera, considera esta autora que la sola consagración del derecho ya es provechosa a los fines del análisis que nos ocupa. La interpretación posterior del artículo por los órganos competentes se encargará de fijar su sentido y alcance de manera inequívoca. En principio, basta con aceptar que las cuestiones relativas a la economía familiar son de las que deben quedar reservadas para la disposición de la pareja en consideración a su intimidad.

Corresponsabilidad del Estado.

Dado el rol de las familias en la sociedad, el Estado debe tener interés y responsabilidad con su buen funcionamiento. Ello convoca a delimitar las esferas de actuación y hasta dónde se extiende el compromiso estatal en ese grupo. En tal sentido, la doctrina jurídica[96] se refiere a un principio nuevo en el ámbito familiar que se abre paso en el Derecho comparado: la intervención mínima del Estado. Este principio, también acogido por la jurisprudencia[97], consiste en que el Estado

96 *Apud*. Díaz Valdés, J. M.: "Un marco constitucional para los tratamientos médicos de niños, niñas y adolescentes", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 37, núm. 2, 2010, pp. 271-310; Barcia Lehmann, R.: *Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia,* Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2011, p. 26; Lepin Molina, C.: "Los nuevos principios del Derecho de Familia", *Revista chilena de Derecho privado*, núm. 23, diciembre 2014, pp. 47-49; Pinochet Olave, R. y Ravetllat Ballesté, I.: "El principio de mínima intervención del Estado en los asuntos familiares en los sistemas normativos chileno y español", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, núm. 44, 1er. semestre, 2015, pp. 69-96 y Machado López, L., Cedeño Floril, M. P. y Fuentes Machado, C. M.: "Mínima intervención del estado en los asuntos familiares como principio del derecho de familia", *Revista Universidad y Sociedad*, vol. 11, núm.1, 2019, p. 152.

97 En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Sentencia de 13 de junio de 1979, en el asunto "Marckx *vs*. Belgium", disponible en https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/analysis/guides&c=#, consultado el 4 de septiembre de 2020. El foro, en referencia al artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos expone: "tiene como objetivo fundamental la salvaguarda de los individuos frente a las injerencias arbitrarias de los poderes públicos… El Estado debe actuar de manera que permita a los interesados desarrollar una vida familiar normal". Aspecto este

no puede intervenir mediante sus órganos en el seno familiar si no es instado por voluntad de la propia familia, a menos que se trate de casos graves o extremos[98].

El principio de mínima intervención concibe al Estado en un rol subsidiario, que da paso a la autonomía familiar y reconoce la idoneidad de ese grupo para autorregularse, solventar sus necesidades y solucionar los conflictos que se generan en su seno[99]. Es también una manera de conseguir responsabilizar a los miembros de la familia del eficaz ejercicio de sus funciones. Los esposos son los más capaces para regular sus relaciones patrimoniales y el Estado debe limitarse a establecer los marcos de esas libertades, a través de la legislación y de la justicia[100]. La Constitución cubana no hace referencia expresa a la intervención mínima del Estado, pero sí contiene regulaciones que, a juicio de la autora, son expresión matizada de ese principio y muestran la posición estatal respecto de la familia en el orden de la corresponsabilidad.

La Real Academia Española define la corresponsabilidad como responsabilidad compartida[101]. En el campo jurídico es un principio "del novísimo constitucionalismo social y de la democracia, siendo considerad(o) por estudiosos constitucionalistas como el principio más innovador. (…) (P)uede ser ejercido en los ámbitos económico, social, político, cultural, geográfico y militar"[102]. En un Estado de

último, que debiera potenciar la autonomía privada en las relaciones familiares frente a un exacerbado intervencionismo estatal más propio de otros tiempos.
A esta sentencia le han seguido, entre otras, con el mismo planteamiento: la Sentencia de 26 de marzo de 1985, en el asunto "X and Y vs. The Netherlands"; la Sentencia de 18 de diciembre de 1986, en el asunto "Johnston and others vs. Ireland" y la Sentencia de 7 de julio de 1989, en el asunto "Gaskin vs. United Kingdom", todas disponibles en https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/analysis/guides&c=#, consultado el 4 de septiembre de 2020.
Por su parte, el Segundo Tribunal Colegiado en materia civil del Séptimo Circuito de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Mexicana conoció del caso en que una madre solicitaba al padre alimentos para su hijo, así como la guarda y cuidado definitiva del menor. El padre contestó pronunciándose solamente sobre los alimentos y el foro actuante dijo: "(…) el juzgador no debe determinar un régimen de visitas provisional entre el menor y el padre no custodio, atento al principio de mínima intervención del Estado". Amparo en revisión 517/2017 de 17 de mayo de 2018. Ponente De Alba De Alba. Tesis VII. 2o. C. 153C (10a.). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 56, tomo II, julio de 2018, p. 1476.

98 *Cfr.* Pinochet Olave, R. y Ravetllat Ballesté, I.: "El principio", cit., p. 71.

99 Al respecto y en atención al cuidado de los niños cuando sobreviene la separación de los padres se pronuncia Rodríguez Pinto al decir que: "(…) la convención entre el padre y la madre debe configurarse como un vehículo que introduce un mayor margen de actividad a la autonomía de la voluntad (…) y evita la prematura intervención judicial en el conflicto". *Vid.* Rodríguez Pinto, M. S.: "El cuidado personal de niños y adolescentes en la familia separada: criterios de resolución de conflictos de intereses entre padres e hijos en el nuevo derecho chileno de familia", *Revista Chilena de Derecho,* vol. 36, núm. 3, 2009, p. 547.

100 *Cfr.* Kanefsck, M. J.: "Autonomía de la voluntad, cambio de régimen y régimen primario", *Revista de jurisprudencia argentina*, 2000, p. 1934. En ese mismo sentido se expresa Domínguez Hidalgo: "(…) en consecuencia, el mejor defensor de los derechos de los hijos y del cónyuge no es el Estado, sino son sus padres o el otro cónyuge". *Vid.* Domínguez Hidalgo, C. A.: "Los principios que informan el Derecho de Familia chileno: su formulación clásica y su revisión moderna", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 32, núm. 2, 2005, mayo-agosto, p. 212.

101 En https://dle.rae.es/corresponsabilidad, consultado el 10 de mayo de 2021.

102 Aurora Anzola, N.: "El principio de corresponsabilidad como parte fundamental de lo político en Venezuela", *XXVII Congreso de la Asociación Latinoamericana de Sociología de la Universidad de Buenos Aires.* Asociación Latinoamericana de Sociología, Buenos Aires, 2009, p. 2, disponible en https://www.aacademia.org/000-062/964, consultado el 1 de mayo de 2021.

Derecho supone deberes estatales de intervenir y dar herramientas suficientes para que los ciudadanos obtengan la protección de sus derechos y a su vez deberes de los ciudadanos de colaborar para que se cumplan los objetivos que el Estado persigue. El Estado tiene una responsabilidad y unas funciones que cumplir, pero ello no significa liberar a la sociedad, la familia y la persona. No se trata de un Estado que suplante a los sujetos cuando estos pueden solos resolver sus problemas[103].

Pudiera pensarse que la no intervención estatal en los asuntos familiares es expresión de desinterés por la estructura familiar, consecuencia del Estado neoliberal, pero en realidad "(…) (S)e trata simplemente de reconocer que los que están más cerca de los problemas pueden regularlos mejor que otros que, distanciados, sólo podrían formular un juicio demasiado abstracto"[104]. La concepción de familia que asume este principio se basa en una comunidad que sustenta sus relaciones en el amor y la comprensión. En ella los integrantes del grupo actúan inspirados en sentimientos altruistas y de bienestar para los otros y las decisiones serán siempre ventajosas para la familia y sus integrantes por separado. Esto es la solidaridad y la responsabilidad en el seno familiar.

Al decir de Álvarez-Tabío Albo en referencia al texto de 2019, la nueva Constitución política sentó las bases del principio de la corresponsabilidad que existe entre la familia y todos sus integrantes, el Estado y la sociedad y las acciones que a cada nivel toca realizar para alcanzar fines concretos[105]. La Constitución cubana deja claro en su articulado que la función estatal es garante de los derechos personales y familiares y propugna que la implicación del Estado siempre será acompañante de la responsabilidad de la sociedad y la familia. Ejemplo de ello lo constituyen los artículos del 86 al 89. En estos se desarrolla una serie de aristas relativas a la familia en las que tiene participación el Estado, pero siempre compartida o como acólito. En la redacción de tales preceptos no se coloca al Estado por encima de la sociedad y el grupo familiar en las cuestiones que les atañen, sino en posición respetuosa y asistencial.

De esta forma, el poder público debe inmiscuirse en la familia para proteger a los sujetos vulnerables en supuestos de violencia intrafamiliar (artículo 85 en relación con el artículo 43 de la Constitución cubana), quebrantamiento de los

103 *Cfr.* Camps, V.: "Elementos históricos del concepto de lo público", V Encuentro Iberoamericano del Tercer Sector, Colombia-Tercer Sector, 2001, p. 3, disponible en http:// www.colombia2000.org/las_memorias/lo_publico/memorias_lo_publico.htm, consultado el 10 de mayo de 2020.

104 *Vid.* Díez-Picazo y Ponce de León, L.: "La figura del convenio regulador en el marco del negocio jurídico familiar y de los principios constitucionales del derecho de familia", en AA.VV.: *Convenios reguladores de las relaciones paterno-filiales y patrimoniales en las crisis del matrimonio,* 2da. edición, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1989, p. 43.

105 *Cfr.* Álvarez-Tabío Albo, A. M.: "Tutela jurídica", cit., p. 35.

derechos de los niños, niñas, adolescentes (artículo 86 de la Constitución cubana), adultos mayores (artículo 88 de la Constitución cubana), personas con discapacidad (artículo 89 de la Constitución cubana), etc. o en caso de que las partes no lograran solucionar de mutuo acuerdo sus conflictos. En virtud de la corresponsabilidad estatal, la organización del régimen económico del matrimonio debe reservarse a las partes y el Estado intervenir solo cuando los cónyuges lo soliciten, sobrevengan conflictos irresolutos o, por cualquier otra razón, la gravedad de la situación lo amerite.

III. CARACTERIZACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO DEL MATRIMONIO EN CUBA: UNA MIRADA CRÍTICA.

Cuba es uno de los países de América Latina que cuenta con autonomía legislativa en sede familiar al exhibir un Código especializado en la materia y separado del Civil. Previo a esa fecha las relaciones familiares eran reguladas por el Código Civil español de 1888, que se hizo extensivo a la Isla el 5 de noviembre de 1889, como consecuencia de la consolidación de la dominación española.

El Código de familia cubano de 1975 autoriza un único régimen económico para el matrimonio (artículo 29) que denomina comunidad matrimonial de bienes. De tal suerte, fueron abolidos el régimen convencional, las donaciones en ocasión del matrimonio, la separación legal de bienes y la sociedad de gananciales (al menos con esa misma denominación y en sus mismos términos); así como otras figuras formal y virtualmente existentes hasta entonces como la separación judicial de bienes, el régimen dotal y la dote.

Este cuerpo normativo representó, al momento de su promulgación, un importantísimo logro en el perfeccionamiento del ordenamiento jurídico y la institucionalización, transformación y desarrollo de las relaciones sociales desde el punto de vista económico, político, ético e ideológico; tal como corresponde a la ley en un sistema de Derecho[106]. La propuesta del Código de familia de un régimen de comunidad matrimonial de bienes significó la reivindicación de las conquistas femeninas y el fortalecimiento de la estabilidad económica de este sector, notablemente en desventaja en la época. Era una de las formas de ofrecer a la mujer la merecida protección para la que la había preparado la Constitución de 1940 y la Ley 9 de 1950 y que fue obstaculizada por las condiciones socioeconómicas imperantes.

El régimen económico del matrimonio en Cuba corresponde a una comunidad matrimonial parcial o limitada; la masa de bienes gananciales se forma con categorías concretas de bienes que son las adquisiciones onerosas. "La comunidad

106 Gómez Treto, R.: "¿Hacia un nuevo Código de Familia?", *Revista Cubana de Derecho*, año XII, núm. 34, p. 31.

matrimonial de bienes es, por tanto, una situación de comunidad parcial o limitada que la ley declara establecida entre marido y mujer, en nuestra legislación, con carácter imperativo y único"[107].

En virtud de este régimen económico se crea un patrimonio separado y distinto del de los propios cónyuges; pero sobre el que ostentan un derecho íntegro sin posibles divisiones materiales ni ideales en cuotas. Esta tesis ha sido ratificada por la Dirección de Notarías y Registros Civiles del Ministerio de Justicia de Cuba al concebir la comunidad matrimonial de bienes como: "el sistema de organización del régimen económico del matrimonio, en el que se forma una masa común con la totalidad de los bienes de los cónyuges, cuyas rentas son afectadas por los gastos de la familia, y que a la extinción del matrimonio se reparte entre los excónyuges o sus herederos"[108].

Se trata entonces de una comunidad germánica, sin cuotas o en mano común *(eigentum zur gesammte hand)*. Al decir de Lasarte[109] al referirse a la sociedad de gananciales en España, que como hemos dicho es asimilable a la comunidad matrimonial de bienes en Cuba; "(…) la idea de comunidad germánica (o en mano común, o *Eigentum zur gesammte Hand)* es un mero modelo teórico formado por el arrastre histórico y no una categoría normativa propiamente dicha. Por tanto, si se defiende la tesis de aproximar la sociedad de gananciales a la comunidad germánica es necesario de inmediato resaltar que se trata de una mera proximidad conceptual, que no impide simultáneamente subrayar que, ante la inexistencia de un régimen jurídico concreto de la comunidad germánica, la sociedad de gananciales debe configurarse como una situación de carácter obviamente especial que se regula por su propia normativa".

Esta cuestión en nuestro país no reviste importancia alguna en el orden legislativo, pues el Código Civil al referirse a la comunidad germánica en su artículo 169, remite sin más al Código de familia. De manera que, si una determinada situación vinculada con el régimen económico del matrimonio no encontrase solución en la normativa familiar; el principio de supletoriedad característico del Derecho Civil y regulado en nuestro Código en el artículo 8, sería inútil en la respuesta al caso, dada la parquedad de la norma.

El legislador cubano incurrió en un desliz imperdonable al no concebir normas generales aplicables a cualquier comunidad germánica. Erró la legislación civil al

107 Mesa Castillo, O.: "Derecho de", cit., p. 283.

108 Dictamen 9 de 18 de diciembre de 2008 de la Dirección de Notarías y Registros Civiles, en AA.VV.: *Compilación de Disposiciones de la Dirección año 2006-2011*, (Pérez Díaz, O. L.), My. Gral. Ignacio Agramante Loynaz, Ministerio de Justicia, La Habana, 2012, pp. 25 y 26.

109 Lasarte, C.: "Principios de", cit., p. 203.

considerar que el único supuesto de mancomunidad posible era el de la comunidad matrimonial de bienes; desconociendo casos como los de la comunidad hereditaria o el de la situación de cotitularidad en el crédito mancomunado.

En cuanto a la titularidad de los bienes y derechos que forman el patrimonio común, corresponde a ambos cónyuges y es a nombre de ellos que se realizarán todos los actos que los involucren. Ese patrimonio común es separado del privativo de cada miembro de la pareja y hace surgir en ellos un derecho sobre cada bien individual y sobre toda la masa íntegramente valorada. Por tal motivo no se considera que la comunidad matrimonial de bienes tenga personalidad jurídica independiente; no es posible obligarse ni accionar a nombre de ella sino a nombre propio de cada cónyuge o de ambos. Ningún bien se va a inscribir en registro alguno a nombre de la comunidad porque esta no es una persona jurídica y por ende no se le pueden reconocer atributos propios de las personas.

Para definir el carácter de los bienes el Código de familia delimita en sus artículos 30 y 32 respectivamente cuáles serán los bienes comunes y cuáles los bienes propios. La regulación del carácter de los bienes se enriquece con la correcta concepción del principio de presunción de comunidad (artículo 31 del Código de familia cubano). No obstante, con él se olvida la posibilidad de los casados de asignarles a las cosas la naturaleza que consideren ante la incertidumbre de su procedencia. Como es lógico son los comunes los bienes susceptibles de división llegada la liquidación de la comunidad.

La norma familiar deja al amparo de la interpretación judicial todo pronunciamiento sobre la naturaleza de los bienes de uso personal exclusivos de cada cónyuge. La ausencia de mayor precisión en este sentido complejiza la solución de las litis, cuando los bienes involucrados son propios, conforme al artículo 32.5 y han sido adquiridos con el caudal común.

La doctrina coincide en considerar como bienes de uso personal exclusivo de cada cónyuge a las ropas e instrumentos necesarios para el ejercicio de una profesión u oficio. Según el Derecho de Familia comparado si estos bienes son de extraordinario valor se estiman comunes y si no son propios[110].

En otro desacierto incurrió el legislador cubano cuando olvidó considerar como propios a los bienes y derechos patrimoniales relativos a la propiedad intelectual que son inherentes a su titular. La doctrina estima que los productos obtenidos de tales creaciones durante la vigencia del matrimonio deben estar comprendidos entre los bienes comunes, siempre que se consideren como frutos[111].

110 Mesa Castillo, O.: "Derecho de", cit., pp. 292 y 293.

111 Mesa Castillo, O.: "Derecho de", cit., p. 293.

Es cuestionable también que el artículo 30.3 de la ley familiar cubana contradice al Código Civil vigente, que en su artículo 129 dispone: "la propiedad confiere a su titular la posesión, uso, disfrute y disposición de los bienes, conforme a su destino socioeconómico". De acuerdo con este precepto legal y con el artículo 130.1 de la propia norma civil, los frutos pertenecen al propietario. Sin embargo, el artículo 30.3 del Código de familia los considera parte de la comunidad matrimonial. Según autores como Concepción Ferrer[112] y Mesa Castillo[113], solo se excluyen de los frutos considerados como bienes comunes, las sumas referidas en el artículo 32.4 del cuerpo familiar ya citado. A pesar de tal contradicción la regulación de la norma familiar en este sentido es la que se ha considerado correcta, atendiendo a las características de este régimen[114].

En relación con la concepción del pasivo de la comunidad matrimonial de bienes, en la ley familiar cubana se aprecia una noción amplia del concepto de cargas matrimoniales. No distingue con claridad el legislador del Código de familia entre cargas de la comunidad matrimonial de bienes y obligaciones con cargo a la comunidad. Si bien en principio las diferencia en la denominación de la Sección Tercera Capítulo II del Título I, las iguala posteriormente al ubicarlas en el mismo supuesto (artículo 33 del Código de familia). Además, de la interpretación literal del título que se da a la Sección Tercera, Capítulo II del Título I, se colige que la comunidad es la que se obliga, cuando los obligados realmente son los cónyuges; quienes deben satisfacer esas deudas con los bienes comunes.

Por otra parte, la redacción del artículo 33.3 adolece de marcada oscuridad, siendo sumamente difícil distinguir su regulación de la que contiene el artículo 30.3 de la propia norma legal. Pareciera que el precepto 33.3 se refiere a un crédito a favor de la comunidad matrimonial y por tanto un ingreso a ella; cuando su ubicación induce a lo que sería un pasivo o carga de la comunidad. Adentrándonos en preciosismos no menos relevantes el propio artículo 33 utiliza los términos deudas y obligaciones como si se tratara de conceptos ajenos. La lectura del apartado 2 del citado artículo sugiere que el legislador desconoce que la deuda no es sino la parte pasiva de la obligación y que con solo mencionar esta última, era suficiente para agotar lo que se pretendía tratar.

Uno de los criterios loables de nuestro Código de familia es el de considerar como gastos de la comunidad matrimonial de bienes en los que se incurra para la formación y educación de los hijos, sean estos del matrimonio o no, sin que tampoco importe con quien convivan.

112 Concepción Ferrer, E.: "El régimen económico del matrimonio en Cuba. Necesidad de alternativas", *Tesis en opción al título de Especialista en Derecho civil y patrimonial de familia,* bajo la tutoría del M. Sc. Leonel Octavio García Rodríguez, Facultad de Derecho, Universidad Central Marta Abreu, Villa Clara, 2009, p. 70.

113 Mesa Castillo, O.: "Derecho de", cit., p. 290.

114 Concepción Ferrer, E.: "El régimen", cit., p. 70.

Constituye una originalidad del Código la de considerar como carga del matrimonio, o lo que es lo mismo, como gastos que deben abonar ambos cónyuges con cargo a la comunidad matrimonial de bienes, el sostenimiento y los gastos en que se incurra en la educación y formación del o de los hijos de uno solo de los cónyuges, si bien es posible que esa carga se vea aliviada en los casos en que dicho o dichos hijos sean menores de edad y estén recibiendo una pensión alimenticia del padre o madre del matrimonio anterior del cónyuge que lo tiene a su guarda y cuidado[115].

En este sentido las regulaciones en el Derecho comparado son muy diversas. El Código Civil español, en su artículo 1362, solo considera de cargo de la sociedad de gananciales los gastos en que se incurra en la alimentación y educación de los hijos comunes o de los de uno solo de los cónyuges, en caso de que convivan en el hogar familiar. En otro caso los gastos serán sufragados por la sociedad, pero reintegrables al momento de la liquidación. El Código Civil venezolano sigue una posición similar a la nuestra; en su artículo 165.5 establece como cargo de la comunidad, todos los gastos que acarrea el mantenimiento de los hijos comunes y el de uno solo de los miembros de la pareja y que tenga derecho a alimentos. Por su parte, el Código Civil brasileño no se detiene en casuismos y en su artículo 1664 considera que los bienes de la comunidad parcial responden de las obligaciones contraídas por la mujer o el marido en la gestión del sostenimiento de la familia. El Código Civil ecuatoriano considera como pasivo de la sociedad, sin limitación alguna, los gastos para la educación y el mantenimiento de los hijos comunes; pero en el caso de los de uno solo de los cónyuges, el juez puede reducir la cuantía que será de cargo de la comunidad si le pareciera excesiva, reputando el exceso al patrimonio propio del padre o madre que corresponda (artículo 171.5).

Es atinado también el respeto que ofrece el legislador familiar a las estipulaciones del artículo 8 en relación con la Disposición Final Primera ambos del Código Civil cubano, contentivas del principio de supletoriedad y especialidad respectivamente. En correspondencia con ello declara la aplicabilidad de los preceptos que regulan la copropiedad en mano común a la materia abordada. En este sentido lo que constituye un acierto deviene en desacierto, cuando la norma civil en su artículo 169 reconoce solo a la comunidad matrimonial de bienes como único tipo de esta copropiedad; cuestión que ya hemos reflexionado.

Las regulaciones del régimen económico del matrimonio en la normativa familiar cubana son perceptiblemente consecuentes con la igualdad de género que propugna el texto constitucional en su artículo 43 y que es ratificada en el primer y segundo POR CUANTO del Código de familia; de ahí las previsiones en torno

115 Peral Collado, D. A.: *Derecho de*, cit., p. 87.

a la administración y disposición de los bienes. La administración de la comunidad está depositada en ambos cónyuges indistintamente y cualquiera de ellos puede realizar actos de esta índole y adquirir bienes cuya naturaleza o destino reporten al desenvolvimiento habitual de la familia.

Las regulaciones sobre este tema pueden divergir de uno a otro Estado. Por ejemplo, el Código Civil brasileño en su artículo 1663 confiere la administración a ambos cónyuges; al igual que el Código Civil peruano en su artículo 313, aunque si las partes lo dispusieron la administración compete exclusivamente al cónyuge que fue designado; el Código Civil español en su artículo 1375 asume igual posición que el legislador peruano; el Código Civil venezolano en su artículo 168 estipula que cada cónyuge puede administrar por sí solo los bienes comunes que hubiese aportado; el Código Civil ecuatoriano en su artículo 180 considera con facultades de administración a aquel cónyuge que fuese designado en capitulaciones matrimoniales. Sin embargo, a falta de estipulación la solución no es nada igualitaria y se beneficia al marido.

Los actos de dominio, en tanto suponen facultades más extensas, requieren el consentimiento de la mujer y del marido; ninguno de los cónyuges por sí solo podrá hacer actos de dominio en relación con los bienes de la comunidad sin la previa autorización del otro (artículos 35 y 36 del Código de familia cubano). En países como Brasil esa autorización solo se requiere para los actos de disposición a título gratuito (artículo 1663.2 del Código Civil brasileño).

Respecto a la disposición la ley familiar cubana omite la debida distinción entre los actos domínicos a título gratuito y a título oneroso, clasificación que influye en la determinación de sus efectos jurídicos. En atención a esta regulación unitaria se considera que todo tipo de acto dispositivo realizado por un cónyuge sin el consentimiento del otro sobre un bien común es nulo.

En el Derecho de Familia comparado algunas legislaciones distinguen los actos de disposición a título gratuito de los actos de dominio a título oneroso. En relación con el régimen económico del matrimonio la ejecución de los primeros por un cónyuge sin el consentimiento del otro genera la nulidad del acto. En cambio, si uno de los esposos realiza los segundos al margen de la decisión de su compañero provoca la anulabilidad del acto[116].

Precisa además el Código de familia que la comunidad matrimonial de bienes termina por la extinción del matrimonio (artículo 38 del Código de familia), por lo que el fin de este régimen está determinado por las circunstancias reguladas en el artículo 43. Entre estas causales debió incluirse la sentencia de reconocimiento

116 Mesa Castillo, O.: "Derecho de", cit., p. 305.

judicial de la unión matrimonial toda vez que origina la disolución de su sistema patrimonial.

En relación con el artículo 40, aunque limita la autonomía conyugal, tal restricción es necesaria en pos de la seguridad jurídica. En consecuencia, esta disposición se estima acertada en tanto evita la acumulación de liquidaciones de distintos matrimonios, lo que obligaría a la ejecución de operaciones de gran complejidad[117]. Además, así se asegura "la estabilidad material de las partes remitiendo la satisfacción de las necesidades materiales futuras al esfuerzo y trabajo personal en consonancia con el principio de distribución socialista"[118].

La liquidación de la comunidad puede hacerse de común acuerdo o por sentencia judicial. En este último caso, es facultativo del foro actuante disponer que determinados bienes domésticos necesarios para la educación y desarrollo de los hijos sean adjudicados al cónyuge que tendrá a su guarda y cuidado a los menores, lo que tiene efectos similares a la institución del patrimonio familiar.

Una novedad del Código es la contenida en su artículo 41, por el cual el padre o madre que quede encargado del cuidado de los hijos comunes después del divorcio conservará el uso de ciertos bienes comunes en la medida en que sean necesarios para dichos menores y aunque en la participación de la comunidad matrimonial de bienes hubieran correspondido en propiedad al otro excónyuge. Esta medida responde al principio revolucionario de priorizar la atención a la niñez y la juventud[119].

Por último, nos referiremos a la renuncia a la que alude el artículo 38 del Código de familia. Según la doctrina familista, la renuncia debe ser pura, simple y total, por lo que no es posible renunciar a parte de la comunidad matrimonial de bienes y aceptar el resto[120]. Tengamos en cuenta además que estamos ante una comunidad en mano común y no por cuotas. Sin embargo, la redacción del artículo 38 *in fine* del Código de familia induce fundadamente a pensar que la legislación familiar cubana admite también la renuncia parcial.

Según el legislador cubano, cualquiera de los cónyuges puede renunciar en todo o en parte a sus derechos en la comunidad matrimonial una vez que ha quedado disuelto el vínculo. La interpretación simple que pudiese hacerse de esta regulación contradiría el carácter mancomunado que se le ha atribuido a la comunidad matrimonial de bienes; pues si en esta existe una masa patrimonial común e indivisa y no se pueden designar cuotas, no vale hablar de porciones.

117 Mesa Castillo, O.: "Derecho de", cit., p. 326.

118 Gómez Treto, R.: "¿Hacia un", cit., pp. 36 y 37.

119 Gómez Treto, R.: "¿Hacia un", cit., p. 38.

120 Mesa Castillo, O.: "Derecho de", cit., p. 287.

Incluso, el matrimonio puede estar disuelto y la comunidad extinta pero no liquidada y tampoco cabe aquí hablar de cuotas. No es posible, mientras la comunidad matrimonial de bienes no se disuelva, que un cónyuge pueda renunciar a la parte de la que es titular; en un momento previo su derecho es sobre una masa indivisa. Al igual que su pareja es dueño de todo.

Se impone entonces realizar una interpretación sabia e integradora que armonice la disposición normativa y la naturaleza jurídica de la institución que involucra. "… la sabia interpretación es garantía de justicia y la mala interpretación abre el camino a la iniquidad"[121]. A juicio nuestro, en estos casos la renuncia es admisible en efecto, pero esta solo procede en el momento de efectuar la liquidación o posteriormente. Cuando haya desaparecido la mancomunidad y se pueda identificar, al menos idealmente, una cuota o parte para cada cónyuge es que es posible la mentada renuncia.

En solo catorce artículos el legislador cubano establece las normas que rigen el contenido patrimonial de la relación conyugal. Esto conlleva a imprecisiones y lagunas legales incómodas para juristas y sociedad en general. A modo de sistematización: la falta de claridad acerca de la naturaleza jurídica de las donaciones que se hagan a favor de ambos cónyuges durante el matrimonio o antes de celebrado el mismo, pero en atención especial a ese acontecimiento; o la de los bienes y derechos derivados de la propiedad intelectual; la inexactitud en la fijación y especificación de aquellas obligaciones que exigen para contraerlas el consentimiento de ambos cónyuges (artículo 33.2 del Código de familia cubano). Tampoco hay pronunciamiento en la Ley familiar sobre el carácter de los gastos por concepto de liberalidades de uso con ocasiones de regocijo o luto para la familia. O el carácter de los egresos realizados en defensa de bienes y derechos comunes por vía de la acción o la excepción.

También fue omiso en el establecimiento de las reglas que disciplinan el patrimonio colectivo que permanece vigente después de la disolución de la comunidad y antes de iniciar las operaciones liquidatarias. Olvidó, además, fijar el término de caducidad para reclamar la liquidación de la comunidad en un matrimonio judicialmente reconocido cuando los excónyuges están vivos. De forma general, el legislador cubano parte del desacierto de reconocer un régimen único, legal y obligatorio, lo que se atiza con las demás insuficiencias expuestas y que a la postre desencadenan restricciones a la autonomía conyugal[122].

121 Fernández Bulté, J.: *Teoría del Estado y el Derecho, Teoría del Derecho*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2001, p. 207.

122 Calzadilla Rodríguez, L. M.: "Capitulaciones matrimoniales. Presupuestos para su regulación en el derecho familiar cubano", *Trabajo de Diploma*, bajo la tutoría de la M. Sc. Nileidys Torga Hernández, Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas, Universidad de Pinar del Río, 2017, p. 48.

IV. LAS DIRECTRICES DE LA VESRIÓN 22 DEL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO DE LAS FAMILIAS EN TORNO AL RÉGIMEN ECONÓMICO DEL MATRIMONIO.

El 16 de julio de 2019 se constituyó en Cuba el Grupo de Trabajo Temporal coordinado por el Ministerio de Justicia e integrado por expertos del Tribunal Supremo Popular, la Fiscalía General de la República, el Ministerio de Salud Pública, el Ministerio de Relaciones Exteriores, la Organización Nacional de Bufetes Colectivos, la Unión Nacional de Juristas de Cuba, la Federación de Mujeres Cubanas, el Centro Nacional de Educación Sexual, la Oficina Nacional de Estadísticas e Información y la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, que elaboró las propuestas de Políticas y 20 versiones del anteproyecto del Código de las familias.

El 22 de marzo de 2021, por Acuerdo No. 149, el Consejo de Estado aprobó la Comisión encargada de redactar el proyecto del Código de las familias integrada por diputadas, diputados y representantes de varias instituciones y organizaciones sociales y de masas. Como resultado de intensas y aportadoras jornadas de estudio y de trabajo se aprobó la versión 22 de este anteproyecto y se acordó iniciar un proceso de consultas especializadas que ha permitido perfeccionar su contenido. En fecha 11 de noviembre de 2021 se ha hecho pública la versión 23 de dicho anteproyecto, que incorpora varia de las correcciones derivadas de dichas consultas.

Entre los principales aspectos del anteproyecto del Código de las familias se encuentran: 1) Protege todas las expresiones de la diversidad familiar y el derecho de cada persona a constituir una familia en coherencia con la Constitución de la República y sus principios de igualdad, no discriminación y dignidad humana; 2) Fortalece la responsabilidad familiar desde el punto de vista emocional, educacional, formativo y económico en la atención a sus miembros; 3) Sitúa el amor, el afecto, la solidaridad y la responsabilidad en lo más alto de los valores familiares; 4) Actualiza y perfecciona las instituciones jurídico familiares: a) el parentesco, b) la obligación de dar alimentos, c) el matrimonio, d) la unión de hecho, e) la filiación cualquiera sea su origen, f) las relaciones parentales; y otras instituciones de guarda y protección; 5) Potencia la igualdad de género en el espacio familiar; 6) Amplía las variantes del régimen económico del matrimonio para lograr mayor autonomía de los cónyuges en la decisión más favorable a sus intereses; 7) Protege la maternidad y la paternidad y la promoción de su desarrollo responsable en sinergia con el respeto a los derechos de niñas, niños y adolescentes en el ámbito familiar; 8) Reconoce el derecho de abuelas, abuelos y otros parientes consanguíneos, afines y de otra naturaleza y de niños, niñas y adolescentes a una armónica y cercana comunicación entre ellos en el entorno familiar; 9) Potencia la autodeterminación, preferencias

y la igualdad de oportunidades en la vida familiar de las personas adultas mayores y aquellas en situación de discapacidad; 10) Expresa el derecho a una vida familiar libre de violencia en cualquiera de sus manifestaciones y presenta fórmulas protectoras frente a estas situaciones; 11) Desarrolla las posibilidades de solución armónica de conflictos; 12) Refuerza las fórmulas garantistas para personas en cualquier situación de desventaja o vulnerabilidad en el espacio familiar; 13) Brinda soluciones a los conflictos transnacionales que se deriven de las migraciones o de las relaciones entre personas cubanas y extranjeras; 14) Fortalece el papel de los Tribunales ante los litigios familiares; las competencias de la Fiscalía, la presencia de estos asuntos en el ámbito notarial y la responsabilidad del Ministerio de Justicia en la defensa y protección de las personas en situación de vulnerabilidad en el ámbito familiar y 15) Compatibiliza su contenido con los tratados internacionales en esta materia ratificados por la República de Cuba.

El régimen económico del matrimonio se regula en el capítulo IV, título V del Anteproyecto de Código de las familias a partir del uso de una fórmula convencional de libertad relativa, limitada, restringida o de elección[123]. Aunque no es esta la máxima expresión que puede alcanzar la autonomía privada de la pareja en relación con el tema[124], significa un paso de avance con respecto al código vigente y que constituye antesala de mayores flexibilizaciones de las facultades dispositivas en ese sentido[125].

Inicia el capítulo, con mucho acierto, con la regulación de una serie de disposiciones comunes a todos los regímenes que se erigen como un limite a la libertad de pactos de los cónyuges, so pena de nulidad absoluta, con vistas a proteger la vida matrimonial y el ámbito familiar que se considera fundamental. Bajo esa rúbrica se regulan cuestiones relativas al régimen legal supletorio, el deber de contribución a las cargas matrimoniales, el valor económico del trabajo doméstico, la protección del inmueble y el inmobiliario familiar, el destino del ajuar doméstico al fallecimiento de uno de los cónyuges, algunas responsabilidades familiares, etcétera.

123 Se considera que son regímenes económicos convencionales de libertad no plena, limitada, relativa o restringida cuando se constriñe a los esposos a elegir dentro de una gama de regímenes económicos prefijados por el ordenamiento jurídico, aquel al que quieren someter las relaciones patrimoniales de su matrimonio, o en el mejor de los casos, se les confiere la posibilidad de realizar pequeñas variaciones o combinaciones de esos regímenes. Lacruz Berdejo califica a los regímenes con estas características como optativos. *Cfr.* Lacruz Berdejo, J. L.: "La reforma del régimen económico del matrimonio", *Anuario de Derecho Civil,* fascículos II y III, 1979, p. 348.

124 Para un análisis de cuál es la fórmula a seguir más conveniente para diseñar el régimen económico del matrimonio *vid.* Pérez Gallardo, L. B.: "De la autonomía", cit., pp. 234-238.

125 En análisis semejante en el contexto jurídico argentino comenta Molina de Juan: "Aunque se contemplen solo estas posibilidades, la decisión es significativa porque abre la puerta de una vez por todas al reconocimiento de la capacidad de los cónyuges para tomar decisiones y allana el camino para que con el tiempo puedan incorporarse mayores o más amplias posibilidades". Molina de Juan, Mariel F., "Régimen de bienes y autonomía de la voluntad. Elección y modificación del régimen. Convenios. Contratos entre cónyuges", *Suplemento Especial Código Civil y Comercial de la Nación. Familia,* La Ley, Buenos Aires, 2014, p. 24.

En relación con el deber de contribución de los cónyuges se presta especial interés al sostenimiento de los hijos comunes, propios de cada cónyuge insertos en el hogar común, las personas discapacitadas y aquellas en situación de vulnerabilidad que forman parte de la familia. El incumplimiento de este deber puede ser exigido judicialmente.

Constituye un acierto del Anteproyecto el pronunciamiento expreso a la valoración del trabajo doméstico y de cuidado como una contribución a las cargas matrimoniales, aunque no se precisan los indicadores para otorgar al variadísimo trabajo doméstico-afectivo la medida de la aportación, anticipando la presencia de uno de los problemas más complejos en este tema. Este asunto de la valoración justa del trabajo doméstico se resiste a ser solucionado de una vez y por todas por la intervención de múltiples elementos difíciles que se entrecruzan. En primer lugar, el freno de una herencia patriarcal que considera que las tareas del hogar son responsabilidad innata de las mujeres. Por tanto, la realización de estas labores es algo que les compete por el mismo hecho de ser. La situación es todavía más compleja al constatar que gran número de mujeres asumen esa imposición y se sienten cómodas con esa realidad y proyectan su realización personal más sobre el ámbito privado que sobre el público. Esto se conecta con la llamada "condición amorosa" de las mujeres, la que presupone el filósofo español Julián Marías. "La *condición amorosa* es un ingrediente esencial y constitutivo de la estructura empírica de la vida humana –de toda vida humana–, pero es primaria en la organización peculiar de la mujer"[126].

La consideración de este trabajo doméstico no ha sido tenida en cuenta o valorada lo suficiente en las economías y en el derecho contemporáneos también por la presencia de supuestos hegemónicos que fundamentan las economías de mercado actuales de raíz neoclásica (donde economía se asocia al mercado, la industria/empresa, el dinero, el salario, el valor de cambio, términos productivos), y que impregnan a su vez al derecho liberal y han entendido al término trabajo como empleo, es decir, trabajo mercantil remunerado o asalariado. Uno de los riesgos principales para valorizar el trabajo doméstico radica en aplicar directamente a la organización del trabajo doméstico, parámetros industriales o de mercado, es decir criterios de racionalidad económica –eficiencia, productividad, rentabilidad– propios de las perspectivas economicistas de corte neoclásico.

En otro orden son trabajos de una variedad extraordinaria, pues comprenden tareas de reproducción, de cuidado de niños y niñas, personas enfermas y personas ancianas, trabajos de socialización en la edad temprana y de atención afectiva de todos los miembros de la familia, trabajos de ejecución o directamente dirigidos a la manipulación de objetos para incrementar su utilidad (limpieza,

126 Marías, J.: *La mujer en el siglo XX*, Madrid, 1990, p. 231.

compras, alimentación, vestido, etc.), tareas de gestión, etc. Ello supone además irregularidades en la duración, ritmo e intensidad.

El Código de familia cubano vigente, en su artículo 27, admite la posibilidad de que uno de los cónyuges contribuya a la satisfacción de las necesidades de la familia que han creado solo con su trabajo en el hogar y el cuidado de los hijos. La ubicación de dicho precepto en la sección primera del capítulo II induce a pensar que para el legislador el cumplimiento del trabajo doméstico es parte del contenido personal del matrimonio pero que no tiene trascendencia económica y por tanto no llega a formar parte de ese contenido de la relación marital. Amén de la referencia expresa, que puede de hecho ser loable, el propio artículo devalúa el trabajo doméstico cuando en una enrevesada redacción establece que, si uno de los cónyuges contribuye a la subsistencia solo con su trabajo en el hogar, el otro debe contribuir por sí solo a la expresada subsistencia y cooperar en dicho trabajo. En el subconsciente del legislador el trabajo en el hogar no es una efectiva contribución a la subsistencia de la familia porque si así lo hubiese creído no hubiera mal empleado la frase "por sí solo" y en su lugar usaría "también".

La sección segunda del propio capítulo comienza a desarrollar la regulación de los pactos matrimoniales[127]. En relación con el objeto se asume una fórmula sustancial y amplia[128] que, si bien trasciende las fronteras de la mera declaración del régimen económico aplicable al matrimonio, no iguala a la seguida por el legislador español en el artículo 1325 del Código civil y se ciñe al inventario y avalúo de los bienes aportados al matrimonio, el reconocimiento de deudas, las donaciones realizadas por razón del matrimonio, la elección del régimen patrimonial y otras

127 Abandonando la tradicional expresión de capitulaciones matrimoniales. Fueyo Lanieri reflexiona refiriéndose a la legislación chilena, que el nombre primitivo de capitulaciones matrimoniales estaba bien, mientras los pactos pertinentes se realizaban antes de las nupcias; pero luego de permitirse la modificación del régimen económico constante matrimonio, se estima más apropiada la expresión: convenciones matrimoniales. Estas reflexiones las realiza Fueyo Lanieri, en ocasión de la modificación del artículo 1723 del Código civil chileno, el cual permitió el pacto de separación total de bienes durante el matrimonio. *Cfr.* Fueyo Lanieri, F.: *Derecho Civil*, tomo VI, *Derecho de Familia*, vol. II, Universo, Santiago de Chile, 1959, p. 9. Si bien se comprenden los puntos de este análisis, no es menos cierto que la denominación de capitulaciones matrimoniales goza de gran arraigo, práctica, comprensión y aceptación en los ámbitos teórico y normativo. Esta es una institución que ha sobrevivido a varios cambios y actualizaciones en su concepción, demostrando capacidad adaptativa bajo el mismo *nomen iuris*. Las imprecisiones que la lógica evolución histórica de la figura ha traído a la denominación original son perfectamente salvables con las regulaciones sustantivas que se adopten y desarrollen en las respectivas legislaciones. Mantener el uso de la expresión capitulaciones matrimoniales evitaría confundir la institución con nuevas figuras que proliferan en el Derecho comparado y que también tienen carácter convencional y operan en el ámbito de las relaciones maritales.

128 Esta clasificación se propone por analogía con las fórmulas definitorias del negocio jurídico testamentario que son justamente tres: formal, sustancial y amplia, sustancial y estricta. *Cfr.* Pérez Gallardo, Leonardo B.: "El acto jurídico testamentario. Contenido e interpretación", en AA.VV.: *Derecho de Sucesione*s, tomo I (coord. por L. B. Pérez Gallardo), Félix Varela, La Habana, 2004, pp. 211 y 212. Con apego a esa lógica:
-Las definiciones con un sentido formal conciben las capitulaciones matrimoniales como simple forma documental o ropaje que vestimenta la manifestación de voluntad de los cónyuges o futuros cónyuges.
-Las definiciones con un sentido sustancial y amplio asumen que las capitulaciones matrimoniales son un negocio jurídico con un contenido general y variable, patrimonial y no patrimonial.
-Las definiciones con un sentido sustancial y estricto consideran que las capitulaciones matrimoniales son un negocio jurídico típico mediante el cual se estipula sobre el régimen económico del matrimonio.

disposiciones extrapatrimoniales. Los pactos con tales contenidos solo pueden ser convenidos antes del matrimonio porque luego de la formalización del vínculo solo se puede pactar en relación a la modificación del régimen adoptado.

Concibe el Anteproyecto en análisis un plazo de caducidad de 6 meses para los pactos matrimoniales, en coherencia con su condición de actos *contemplatio matrimonii*. Ese plazo no debe ser muy amplio, al punto de prolongar la seguridad jurídica, ni muy breve que limite la ejecución de gestiones previas a las nupcias. En ese sentido, parece atinada la propuesta que se examina[129].

Los pactos matrimoniales son de tipo solemne, pues requieren de la escritura pública notarial para su perfeccionamiento, y su inscripción no tiene efectos constitutivos, pero si carácter obligatorio. Las causales de ineficacia coinciden con las de los actos jurídicos civiles más las propias de la institución: nulidad, anulabilidad, mutuo disenso, caducidad, sustitución. Se acepta la modificación y ello con arreglo al principio de indemnidad[130].

Los regímenes económicos que están comprendidos dentro de la posibilidad de elección son el de comunidad matrimonial de bienes, el de separación y el mixto, que se forma por la combinación de los dos primeros. El régimen de comunidad es concebido con carácter supletorio, en una postura que nos parece totalmente aceptada en atención a razones históricas, culturales, sociales, demográficas, jurídicas, políticas y psicológicas, que definen la proyección de la sociedad determinada en relación con este tema.

A pesar de que retoma el Anteproyecto de Código de las familias la regulación de un régimen de comunidad matrimonial de bienes es muy conveniente resaltar que en este caso el legislador lo hace con mucha maestría. Es notaria la protección a las niñas, niños y adolescentes, personas con discapacidad y grupos vulnerables en general a lo largo de toda la sistemática normativa. Se hace evidente también en más de una ocasión las colisiones del Derecho de familia con el Derecho civil al momento en que se regulan cuestiones que relacionan el régimen de comunidad

129 En países como Costa Rica, Uruguay, Argentina, Honduras y Brasil no se halla pronunciamiento legislativo expreso sobre la caducidad de las capitulaciones, lo cual induce a asignarle duración indefinida. Países como El Salvador, Panamá y España regulan sendos plazos de caducidad para la entrada en vigor de las capitulaciones celebradas con anterioridad a la formalización del matrimonio. El Código civil español en su artículo 1334 regula un plazo de caducidad de un año, transcurrido el cual, sin celebrarse el matrimonio, quedará sin efecto todo lo estipulado en capitulaciones. El artículo 93 del Código de familia de Panamá también regula un plazo de caducidad de un año. Por su parte el Código de familia de El Salvador fija un plazo de caducidad para las capitulaciones de seis meses después de otorgadas sin que se contraiga matrimonio (artículo 87).

130 El principio de indemnidad se aplica con carácter imperativo, resguarda a los terceros de un eventual perjuicio y declara una ineficacia relativa para el negocio jurídico capitular postnupcial en relación con ellos. El principio de indemnidad se desvía de la línea que plantea que los cambios capitulares son oponibles a todos cuando se cumple el principio de publicidad, mediante la correspondiente inscripción. Su finalidad es beneficiar a los terceros, pero sin necesidad de pedir la nulidad ni la rescisión de la modificación efectuada.

matrimonial de bienes con la sucesión testamentaria, la declaración de ausencia y presunción de muerte de una persona, el ejercicio de la acción subrogatoria, etc.

V. A MODO DE CIERRE.

El régimen económico del matrimonio en Cuba se corresponde con una comunidad matrimonial de bienes que tiene el carácter de copropiedad en mano común. Impuesto por el legislador de forma obligatoria, constituye uno de los elementos que más desentona en la norma familiar cubana con la realidad sociojurídica de la Isla.

A las alturas de 1975 el Código de familia cubano resultó una norma protectora y garante de los derechos de los sectores más vulnerables, pero el paso de los años la ha ido descotextualizando. La Constitución cubana de 2019 advierte esta necesidad y dispone la consulta y posterior aprobación en referendo de un nuevo Código de las familias.

Uno de las cuestiones que requieren giros importantes en la futura legislación tiene que ver con el régimen económico del matrimonio. El Anteproyecto de Código de las familias en su versión 23 aboga por la inclusión de los pactos matrimoniales como alternativa a la autonomía privada de los cónyuges para la disposición del régimen económico del matrimonio. Aunque no pueda decirse que la propuesta en este caso sea la más revolucionaria posible, si contiene un significativo avance en relación con el tema. Quizás sea la fórmula más conveniente que ha encontrado legislador para introducir la autonomía privada en las cuestiones patrimoniales de la familia y la manera de allanar el camino para posteriores posturas más radicales.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *Manual de Derecho Civil, Derecho de Familia,* (coord. por Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Bercal, Madrid, 2007.

Alexy, R.: *Teoría de los derechos fundamentales,* 2da. edición traducida por Ernesto Garzón, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.

Álvarez de Vicencio, M. E.: "Realidad de la mujer mexicana y propuestas para mejorar su situación", en AA.VV.: *Derechos humanos. Memorias del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional III* (coord. por D. Valadés y R. Gutiérrez Rivas), UNAM, México, 2001, disponible en www.juridicas.unam.mx, https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv, consultado el 15 de noviembre de 2020.

Álvarez Pértuz, A.: "Constitucionalización del Derecho de Familia", *Revistas* Jurídicas CUC, vol. 7, núm. 1, 2011.

Álvarez-Tabío, F.: *Comentarios a la Constitución Socialista*, Pueblo y Educación, La Habana, 1981.

Álvarez-Tabío Albo, A. M.:

- "La libertad de información y de expresión y los derechos de la personalidad, pautas para solucionar los eventuales conflictos", en AA.VV.: *Derecho Civil Constitucional* (coord. por L. B. Pérez Gallardo, C. M. Villabella Armengol y G. Molina Carrillo), Grupo Editorial Mariel, México, 2014.

- "Los derechos al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen como límites a las libertades de información y de expresión", *Tesis en opción al grado científico de Doctora en Ciencias Jurídicas*, bajo la tutoría de las Dras. Martha Prieto Valdés y Caridad del C. Valdés Díaz, La Habana, 2008.

- "Tutela jurídica de las familias. Los diez mandamientos constitucionales de su protección en Cuba", en AA.VV.: *Las familias en la Constitución* (coord. por L. B. Pérez Gallardo y D. Cánovas González), Olejnik, Santiago de Chile, 2020.

Arana De La Fuente, I.: "Concepto y función social del matrimonio. Los sistemas matrimoniales. La promesa del matrimonio", en AA.VV.: *Derecho de Familia* (coord. por G. Díez Picazo Giménez), Thomson Reuters-Civitas, Pamplona, 2012.

Arés Muzio, P.: *Psicología de la familia*, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Psicología de la Universidad de Guayaquil, Guayaquil, 2002.

Arés Muzio, P. y Benítez Pérez, M. E.: "Elementos a considerar para el diseño de una política familiar en Cuba", disponible en http: //www.rediberoamericanadetrabajoconfamilias.org/ponentes/pdf/cub_aresmuziopatricia.pdf, consultado el 19 de agosto de 2020.

Aurora Anzola, N.: "El principio de corresponsabilidad como parte fundamental de lo político en Venezuela", *XXVII Congreso de la Asociación Latinoamericana de Sociología de la Universidad de Buenos Aires.* Asociación Latinoamericana de Sociología, Buenos Aires, 2009, disponible en https://www.aacademia.org/000-062/964, consultado el 1 de mayo de 2021.

Azpiri, J.: *Régimen de bienes en el matrimonio*, Hammurabi, Buenos Aires, 2002.

Barcia Lehmann, R.: *Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia,* Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2011.

Belluscio, A. C.: *Derecho de Familia*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016.

Benítez Pérez, M. E.: "La familia: desde lo tradicional a lo discutible", *Novedades en Población*, núm. 26, 2017.

Bobbio, N.: *Igualdad y Libertad*, Ediciones Paidós, Barcelona, 1993.

Bonilla Sánchez, J. J.: *Personas y derechos de la personalidad*, Reus, Madrid, 2010.

Borrillo, D.: "La contractualización de los vínculos de familia", *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Abeledo Perrot, vol. 1, núm. 79, 2017.

Bueres, Alberto J.: en "Prólogo" a Bergoglio de Brouwer de Koning, M. T. y Bertoldi de Fourcade, M. V.: *Trasplante de órganos*, Hammurabi, Buenos Aires, 1983.

Calzadilla Rodríguez, L. M.: "Capitulaciones matrimoniales. Presupuestos para su regulación en el derecho familiar cubano", *Trabajo de Diploma*, bajo la tutoría de la M. Sc. Nileidys Torga Hernández, Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas, Universidad de Pinar del Río, 2017.

Cajigal Cánepa, I. y Manera, M G.: "La autonomía de la voluntad en las relaciones afectivas de pareja", *Revista Perspectivas de las ciencias económicas y jurídicas,* FCEyJ (UNLPam), EdUNLPam, vol. 9, núm. 1, 2019.

Camps, V.: "Elementos históricos del concepto de lo público", V Encuentro Iberoamericano del Tercer Sector, Colombia-Tercer Sector, 2001, disponible en

http:// www.colombia2000.org/las_memorias/lo_publico/memorias_lo_publico.htm, consultado el 10 de mayo de 2020.

Carbonell, M.: "Estudio preliminar. La igualdad y los derechos humanos", en AA.VV.: *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción* (coord. por M. Carbonell), 1era. edición, Editorial de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2003.

Castro Morales, Y. "¿Por qué familias y no familia?", *Periódico Granma*, Edición digital de 19 de noviembre de 2019, disponible en http://www.granma.cu/cuestion-de-leyes/2018-11-07/por-que-familias-y-no-familia-07-11-2018-18-11-55, consultado el 25 de noviembre de 2019.

Concepción Ferrer, E.: "El régimen económico del matrimonio en Cuba. Necesidad de alternativas", *Tesis en opción al título de Especialista en Derecho civil y patrimonial de familia,* bajo la tutoría del M. Sc. Leonel Octavio García Rodríguez, Facultad de Derecho, Universidad Central Marta Abreu, Villa Clara, 2009.

Conclusiones de la Comisión no. 1 "Los principios jurídicos en la familia de nuestros días" en el X Congreso Internacional de Derecho de Familia celebrado en la ciudad de Mendoza, septiembre de 1998, en JA del 6-2-99, Colegio de escribanos de la Provincia de Córdoba *Revista Notarial*, núm. 76, 1998-2, disponible en http://escribanos.org.ar/rnotarial/wp-content/uploads/2015/07/RNCba-76-1998-15-Congresos.pdf, consultado el 23 de septiembre de 2019.

Córdoba, M. M.: *Seminario permanente de Investigaciones del Derecho de la Persona*, CAECS, Universidad Abierta Interamericana, Buenos Aires, 2016.

Corral Talciani, H.: "Vida familiar y derecho a la privacidad", *Revista chilena de Derecho*, vol. 26, núm. 1, 1999.

Cruz Villalón, P.: *Derechos fundamentales y derecho privado*, Academia Sevillana del Notariado, Madrid, 1988.

Dalberg, J. E. E.: *History of Freedom and other essays*, Jhon Neville Figgis y Reginald Vere Laurence Editores, London, 1907.

De la Fuente Linares, F.C.F.J.: "La protección constitucional de la familia en América Latina", *Revista IUS*, enero-junio, vol. 6, núm. 29, 2012.

De las Heras Vives, L.: "La llamada intimidad familiar y las intromisiones ilegítimas en la intimidad del otro consorte", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, IDIBE, núm. 8 bis (extraordinario), 2018.

Del Río Hernández, M. A.: *"Las teorías sobre la democracia: un debate inconcluso"*, en AA.VV.: *Escritos sobre Derecho Procesal Constitucional* (coord. por A. Matilla Correa y E. Ferrer Mac Gregor), Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana y Unión Nacional de Juristas de Cuba, 2012.

Díaz Alabart, S.: "Reflexiones sobre el derecho constitucional a la intimidad familiar", en AA.VV.: *Derecho Civil Constitucional* (coord. por L. B. Pérez Gallardo, C. M. Villabella Armengol y G. Molina Carrillo), Grupo Editorial Mariel, México, 2014.

Díaz Valdés, J. M.: "Un marco constitucional para los tratamientos médicos de niños, niñas y adolescentes", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 37, núm. 2, 2010.

Díez-Picazo y Ponce de León, L.: "La figura del convenio regulador en el marco del negocio jurídico familiar y de los principios constitucionales del derecho de familia", en AA.VV.: *Convenios reguladores de las relaciones paterno-filiales y patrimoniales en las crisis del matrimonio,* 2da. edición, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1989.

Díez-Picazo y Ponce de León, L. y Gullón Ballesteros, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, *Derechos Reales*, 6ta. edición, Tecnos, Madrid, 1990.

Domínguez, A.: "El concepto constitucional de familia", *Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia,* Abeledo Perrot, núm. 15, 1999.

Domínguez Hidalgo, C. A.: "Los principios que informan el Derecho de Familia chileno: su formulación clásica y su revisión moderna", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 32, núm. 2, 2005.

Espinoza Collao, Á. D.: "¿En qué está la familia en el derecho del siglo XXI? El camino hacia un pluralismo jurídico familiar", *Revista Tla-melaua*, vol. 10, núm. 41, 2017.

Espinoza Espinoza, J.: *Derecho de las personas*, Rodhas, Lima, 2006.

Fajardo Montoya, C.: "El régimen económico del matrimonio como efecto patrimonial del matrimonio mixto entre cubanos y extranjeros", *Revistas Ars Boni et Aequit*, Año 12, núm. 2, 2016.

Fernández Bulté, J.: *Teoría del Estado y el Derecho, Teoría del Derecho*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2001.

Fernández Martínez, M.:

- "Comentario a las formas de propiedad como estatuto jurídico regulado en el artículo 22 constitucional", *Universidad de La Habana*, núm. 289, 2020.

- "Duelo teórico entre las formas de propiedad y la propiedad privada en Cuba", en AA.VV.: *El Código Civil cubano…, treinta años después* (coord. por L. B. Pérez Gallardo), ONBC, La Habana, 2018.

Ferrajoli, L.:

- "Igualdad y diferencia", en AA.VV.: *Derechos y Garantías. La Ley del más débil,* (coord. por L. Ferrajoli), traducción de Perfecto A. Ibáñez, Trotta, Madrid, 1999.

- *Los fundamentos de los derechos fundamentales,* edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Trotta, Madrid, 2001.

Fix-Zamudio, H.: *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales,* Civitas, Madrid, 1982.

Fornós Amorós, E.: "Una intromisión consentida en la intimidad familiar. Comentario a la STS, 1era. 13.7.2004", *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1, 2005.

Fueyo Lanieri, F.: *Derecho Civil*, tomo VI, *Derecho de Familia*, vol. II, Universo, Santiago de Chile, 1959.

García Álvarez, M. B.: "Propiedad individual y socialismo real", *Revista de Estudios Políticos*, nueva época, núm. 19, 1981.

Giberti, E.: "La diversidad en las organizaciones familiares. ¿Cómo se conjuga con la bioética?", *Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, Abeledo Perrot, núm. 55, 2012.

Gómez Treto, R.: "¿Hacia un nuevo Código de Familia?", *Revista Cubana de Derecho*, año XII, núm. 34.

Gonzáles Barrón, G. H.: "Comentarios a los artículos del 156 al 159", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil cubano*, tomo II, *Derecho de Propiedad y otros derechos sobre bienes*, vol. I (artículos del 127 al 169) (coord. por L. B. Pérez Gallardo), Félix Varela, La Habana, 2016.

González Ferrer, Y:

- "Discriminación por estereotipos de género. Herramientas para su enfrentamiento en el Derecho de las familias cubano", *Tesis en opción al grado científico de Doctora en Ciencias Jurídicas*, bajo la tutoría de la Dra. C. Olga Mesa Castillo y el Dr. C. Leonardo B. Pérez Gallardo, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 2019.

- "En busca de la igualdad desde la perspectiva de género en el Derecho familiar cubano", en AA.VV.: *Las familias en la Constitución* (coord. por L. B. Pérez Gallardo y D. Cánovas González), Olejnik, Santiago de Chile, 2020.

González Pérez, L. R.: "La libertad en parte del pensamiento filosófico constitucional", *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 27, 2012.

Herrera, M.:

- *Manual de Derecho de las Familias,* 1era. edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015.

- "Panorama general del derecho de las familias en el Código Civil y Comercial. Reformar para transformar", *Suplemento Especial Nuevo Código Civil y Comercial*, núm. 39, 2014.

Herrera, M. y Salituri Amezcua, M.: "El derecho de las familias desde y en perspectiva de género", *Revista de Derecho,* núm. 49, 2018.

Herrero Tejedor, F.: *Honor, intimidad y propia imagen*, 2da. edición, Colex, Madrid, 1994.

Johnson, E. L.: *Las bases del sistema jurídico soviético*, Themis, Bogotá, 1983.

Kanefsck, M. J.: "Autonomía de la voluntad, cambio de régimen y régimen primario", *Revista de jurisprudencia argentina*, 2000.

Krasnow, A. N.: "El Derecho de familia en el proyecto de reforma Código civil y comercial 2012 en Argentina", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, núm. 1, 2014.

Lacruz Berdejo, J. L.:

- *Elementos de Derecho Civil I, Parte General*, vol. II, *Personas*, 3era. edición revisada y puesta al día por Jesús Delgado Echeverría, Dykinson, Madrid, 2002.

- Elementos del Derecho Civil y de Familia, Dykinson, Madrid, 2008.

- "La reforma del régimen económico del matrimonio", Anuario de Derecho Civil, fascículos II y III, 1979.

Laje, A.: "La codificación de los derechos de incidencia colectiva: La problemática del derecho a la intimidad", en AA.VV.: *El Código Civil cubano…, treinta años después* (coord. por L. B. Pérez Gallardo), ONBC, La Habana, 2018.

Lasarte Álvarez, C.:

- *Principios de Derecho Civil,* tomo I*, Parte General y Derecho de la Persona*, 11ena. edición, Marcial Pons, Madrid, 2005.

- *Principios de Derecho Civil*, tomo VI, *Derecho de Familia*, 4ta. edición, Marcial Pons, Madrid, 2005.

Lepin Molina, C.: "Los nuevos principios del Derecho de Familia", *Revista chilena de Derecho privado*, núm. 23, 2014.

Lloveras, N.: "Los derechos humanos en las relaciones familiares: una perspectiva actual", en AA.VV.: *Los derechos de los niños, niñas y adolescentes* (coord. por N. Lloveras), Alveroni, Buenos Aires, 2010.

Locke, J.: *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Alianza, Madrid, 1990.

López y López, A. M.: *El derecho de propiedad. Una relectio*, Estudios Monográficos, 1998.

Machado López, L., Cedeño Floril, M. P. y Fuentes Machado, C. M.: "Mínima intervención del estado en los asuntos familiares como principio del derecho de familia", *Revista Universidad y Sociedad*, vol. 11, núm.1, 2019.

Marías, J.: *La mujer en el siglo XX,* Madrid, 1990.

Marshall, J.: *Personal freedom though Human Rights Law, Autonomy, Identity and integrity under the Europan Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 2009.

Martín Retortillo, L. y De Otto Pardo, I.: *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988.

Martínez Vasallo, H. M.: "La familia: una visión interdisciplinaria", *Revista Médica Electrónica*, vol. 37, núm. 5, 2015, disponible en http://www.revmedicaelectronica.sld.cu/index.php/rme/article/view/1502/html_54, consultado el 18 de febrero de 2020.

Mesa Castillo, O.:

- "Acerca del principio constitucional de la familia como núcleo esencial", *Revista Cubana de Derecho,* núm. 30, 2007.

- *Derecho de Familia*, Félix Varela, La Habana, 2010.

Mieres Mieres, L. J.: *Intimidad personal y familiar, Prontuario de Jurisprudencia constitucional*, Aranzadi (Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional), Pamplona, 2002.

Molina De Juan, M.:

- "Régimen de bienes y autonomía de la voluntad. Elección y modificación del régimen. Convenios. Contratos entre cónyuges", *Suplemento Especial Código Civil y Comercial de la Nación. Familia,* La Ley, Buenos Aires, 2014.

- "Régimen patrimonial del matrimonio", en AA. VV.: Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014, tomo I (coord. por A. Kemelmajer de Carlucci, M. Herrera y N. Lloveras), Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2015.

Peral Collado, D. A.: *Derecho de Familia*, Félix Varela, La Habana, 1998.

Pérez, E. J.: *La igualdad y no discriminación en el Derecho Interamericano de los Derechos Humanos*, CNDH, México, 2016.

Pérez Gallardo, L. B.:

- "De la autonomía de la voluntad y de sus límites", en AA. VV.: *Lecturas de Derecho de obligaciones y contratos* (coord. por L. B. Pérez Gallardo), Félix Varela, La Habana, 2000.

- "El acto jurídico testamentario. Contenido e interpretación", en AA.VV.: *Derecho de Sucesiones*, tomo I (coord. por L. B. Pérez Gallardo), Félix Varela, La Habana, 2004.

- "La intimidad familiar desde el perfil constitucional", en AA.VV.: *Las familias en la Constitución* (coord. por L. B. Pérez Gallardo y D. Cánovas González), Olejnik, Santiago de Chile, 2020.

Pérez Hernández, L. y Prieto Valdés, M.: "Los derechos fundamentales. Algunas consideraciones doctrinales necesarias para su análisis", en AA.VV.: *Temas de*

Derecho constitucional cubano (coord. por L. Pérez Hernández y M. Prieto Valdés), Félix Varela, La Habana, 2004.

Pérez Portilla, K.: *Principio de igualdad: alcance y perspectivas,* Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie Estudios Jurídicos, núm. 74, 2005.

Pérez Véliz, A.: "El principio de igualdad *vs.* la autonomía de la voluntad en el Código Civil cubano. Nuevas miradas a treinta años de su promulgación", en AA.VV.: *El Código Civil cubano…, treinta años después* (coord. por L. B. Pérez Gallardo), ONBC, La Habana, 2018.

Pinochet Olave, R. y Ravetllat Ballesté, I.: "El principio de mínima intervención del Estado en los asuntos familiares en los sistemas normativos chileno y español", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, núm. 44, 1er. Semestre, 2015.

Prieto Valdés, M., Roselló Manzano, R. y González Ferrer, Y.: "Marco teórico constitucional del derecho al matrimonio igualitario. Un análisis desde Cuba", *Revista Cubana de Derecho*, núm. 48, 2016.

Prisca, N.: *Drepturile si indatoririle fundaméntale ale cetálenilor in República Socialista Romanía*, Stiintifica si Enciclopedica, Bucarest, 1978.

Puig Peña, F.: Tratado de Derecho Civil español, tomo II, vol. 1, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1953.

Quintana Villar, M. S.: *Derecho de Familia,* 2da. edición, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 2015.

Quinzá Redondo, P.: "La regulación del régimen económico matrimonial en el ordenamiento jurídico rumano", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 21, 2016.

Rodríguez Pinto, M. S.: "El cuidado personal de niños y adolescentes en la familia separada: criterios de resolución de conflictos de intereses entre padres e hijos en el nuevo derecho chileno de familia", *Revista Chilena de Derecho,* vol. 36, núm. 3, 2009.

Rodríguez Zepeda, J.: "Qué es la discriminación y como combatirla?", en AA.VV.: *Discriminación, igualdad y diferencia política* (coord. por M. Carbonell, J. Rodríguez Zepeda, R. R. García Clark y R. Gutiérrez López), Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal y Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación coeditores, México, 2007.

Redondo Sacedo, L.: "Derecho a la intimidad familiar (art. 18.1 CE) *vs.* derecho a la vida familiar (art. 8 CEDH). Los límites a la incorporación constitucional de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", disponible en www.acoes.es, consultado el 22 de octubre de 2020.

Rivera, J. C.: *Instituciones de Derecho Civil. Parte general*, tomo I, 5ta. edición actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010.

Rousseau, J. J.: "El contrato social, en J. J. Rousseau, *Obras escogidas*, Libro primero, Capítulo II *"De las primeras sociedades"*, Ciencias Sociales, La Habana, 1973.

Valdés Díaz, C. del C.: "La persona individual", en AA. VV.: *Derecho Civil, Parte General* (coord. por C. del C. Valdés Díaz), Félix Varela, La Habana, 2006.

Valpuesta Fernández, R.:

- *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

- *Otras miradas sobre la familia. Las familias y sus funciones*, *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García,* tomo II, Colegio de Registradores, Madrid, 2004.

Vattimo, G.: *El fin de la modernidad*, Editorial Gedisa, México, 2000.

Vidal Taquini, C. H.: Régimen de bienes en el matrimonio, 3ra. edición, Astrea, 2001.

Zannoni, E. A.: *Derecho Civil*, *Derecho de Familia*, tomo I, 5ta. edición, Buenos Aires, 2006.

EL ACUERDO DE UNIÓN CIVIL CHILENO Y SU EFICACIA COMO REGULACIÓN DE LA PAREJA ESTABLE

THE CHILEAN CIVIL UNION AGREEMENT AND ITS EFFECTIVENESS AS REGULATION ON NON-MARITAL PARTNERSHIPS

Rev. Boliv. de Derecho Nº 33, enero 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 176-201

Miguel
IGNACIO
DONCKASTER

ARTÍCULO RECIBIDO: 25 de octubre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 30 de noviembre de 2021

RESUMEN: La regulación chilena sobre la pareja estable presenta un sistema contractual de carácter rígido, que lo asemeja al matrimonio, pero alejado de la convivencia de hecho. Esta investigación busca exponer el Acuerdo de Unión Civil y estudiar su eficacia en el cumplimiento de los objetivos legislativos que se indicaron al momento de su creación. Para ello, se lleva a cabo un análisis eminentemente conceptual a través de la historia legislativa de la unión civil, su recepción social y sus efectos contractuales. Estas aristas muestran un modelo individualista que restringe la autonomía de la pareja y se concentra en la faz económica de la familia. Como solución, se propone el abandono de este enfoque exclusivamente patrimonialista y la inclusión, en la regulación, de las convivencias *de facto*.

PALABRAS CLAVE: pareja estable; Acuerdo de Unión Civil; matrimonio igualitario; régimen patrimonial.

ABSTRACT: *The Chilean legislation on stable non-marital partnerships presents a contractual system of rigid nature, resembling marriage, but far from cohabitation. This research seeks to analyze the Civil Union Agreement and to study its effectiveness to fulfill the legislative objectives that were established upon its creation. To that end, an eminently conceptual analysis is carried out throughout the legislative history of the civil union, its social reception, and its contractual effects. These aspects evidence an individualistic model that restricts the autonomy of the couple and concentrates on the economic facet of the family. As a solution, this study proposes the abandonment of this exclusively patrimonial approach and the adoption of cohabitation as part of the regulation of civil unions.*

KEY WORDS: *stable non-marital partnership; Civil Union Agreement; marriage equality; property regime.*

SUMARIO.- INTRODUCCIÓN.- I. EL CAMINO LEGISLATIVO DE LA REGULACIÓN DE LA PAREJA ESTABLE.- II. LA ESTRUCTURA GENERAL DE LA LAUC.- III. LOS OBJETIVOS DEL LEGISLADOR CHILENO AL ESTABLECER EL AUC.- 1. El AUC y su relación con el "matrimonio igualitario".- 2. El AUC como estatuto contractual de Derecho de Familia. Sus efectos patrimoniales.- IV. LA RELACIÓN ENTRE EL AUC, EL MATRIMONIO Y LAS CONVIVENCIAS DE HECHO.- V. CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

En Chile, el camino de la regulación de la pareja estable ha sido largo y complejo. Este proceso fue llevado a cabo principalmente con el impulso dado por las organizaciones de disidencias sexuales[1]. El inicio de la discusión sobre la necesidad de contar con un modelo de regulación de las parejas en concubinato comenzó en el 2003, con la presentación de un proyecto de ley cuyo proceso parlamentario no llegó a término[2]. Luego, en el año 2010, la coalición política gobernante presentó dos proyectos de ley que buscaban la creación de un nuevo régimen de pareja distinto al matrimonio. Durante su tramitación legislativa ambos proyectos fueron fusionados y, tras cinco años de discusión en el Congreso Nacional, dieron lugar a la Ley N.º 20830 que crea el Acuerdo de Unión Civil (en adelante, "LAUC"), un estatuto de carácter exclusivamente contractual.

Dado lo anterior, el acuerdo de unión civil (en adelante, "AUC") comporta la coexistencia de tres tipologías de pareja en el sistema chileno: el matrimonio, la convivencia civil y la de hecho. Además, el sistema creado traza una línea divisoria entre las dos últimas. Toda vez que la LAUC, junto con pretender contemplar todas las hipótesis de la vida familiar de los convivientes civiles, omite cualquier tipo de referencia a las uniones de hecho. Las que, pese a que ya contaban con poco reconocimiento normativo, fueron diferidas todavía más a favor de las convivencias "reguladas".

1 Movimiento de Integración y Liberación Homosexual: *La Historia de la Unión Civil en Chile. 12 Años de Lucha para el Reconocimiento de la Diversidad Familiar. 2003-2015*, Santiago, 2015, http://www.movilh.cl/documentacion/2015/auc/Historia-del-Acuerdo-de-Union-Civil-2003-2014.pdf.

2 Tapia Rodríguez, M.: "Acuerdo de Unión Civil: Una Revisión de su Justificación, Origen y Contenido", en AA.VV.: *Estudios sobre la Nueva Ley de Acuerdo de Unión Civil* (coord. G. Hernández Paulsen y M. Tapia Rodríguez), Legal Publishing, Santiago, 2016, p. 25.

• Miguel Ignacio Donckaster
Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Diploma de Postítulo en Problemas Actuales de Responsabilidad Civil y Derecho de Daños de la Universidad de Chile. Máster en Estudios Jurídicos Avanzados de la Universitat de Barcelona. Correo electrónico: miguel.donckaster@gmail.com.

En parámetros estadísticos, hasta mediados del 2020 los acuerdos de unión civil celebrados fueron 33.862[3]. De esta cantidad, los realizados por parejas heterosexuales representan el 78.7 %, mientras que los de parejas homosexuales ascienden al 21,2 %. Aunque ciertamente la cifra de AUC celebrados es menor a la de los matrimonios, los datos publicados por el Instituto Nacional de Estadísticas chileno muestran que mientras la tasa de nupcialidad se encuentra relativamente estable en 3.4 matrimonios por cada 10.000 habitantes, la del AUC es levemente mayor, en una tasa de 3.9[4].

A su vez, la realidad normativa actual sobre la pareja estable descansa sobre la pretensión de abarcar dos fenómenos. Por una parte, el propósito del legislador chileno fue reglar al amplio grupo de población que convive en pareja estable[5]. Y, por otra, la intención de crear un estatuto de familia aplicable a las uniones homosexuales, con el objeto de mantener la reserva del matrimonio exclusivamente para parejas heterosexuales[6]. Estos dos polos se encuentran presentes a lo largo de la historia legislativa de la regulación de la pareja estable. Preocupación que, en definitiva, se plasmó en la construcción misma del modelo de familia que se encuentra en la construcción del AUC.

Por aquellas razones es que la técnica legislativa utilizada en la LAUC es una caracterizada por una alta densidad normativa. De esta manera, la decisión del legislador chileno contrasta con otros modelos regulatorios de mínima intervención sobre el grupo familiar. Por ejemplo, el núcleo argumental de la aproximación española a este fenómeno se encuentra en la sentencia del TC que se pronuncia sobre una ley foral navarra de pareja estable[7]. En ese fallo, aquel tribunal sostuvo que la labor legislativa sobre las convivencias debe respetar la decisión personal de sus miembros de mantenerse al margen de un modelo legal de familia. Este aspecto estaría enlazado, en el razonamiento de los juzgadores, con la garantía de libre desarrollo de la personalidad. Esta posición está presente en cuerpos legales autonómicos como el *Llibre Segon del Coda Civil de Catalunya*, que dispone mínimos requisitos para el reconocimiento y constitución de la pareja estable, y fija solo algunos efectos para el caso de su ruptura -por ejemplo, la asignación del

3 Información obtenida del Servicio de Registro Civil e Identificación por medio del Portal de Transparencia según lo dispuesto en la Ley N.° 20285 de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado.

4 Comité Nacional de Estadísticas Vitales: "Anuario de Estadísticas Vitales, 2018. Período de Información: 2018", Instituto Nacional de Estadísticas, Santiago, 2018, pp. 18-20.

5 Según los datos proporcionados por el censo de población llevado a cabo en el año 2002, el 8.9 % de la población afirmaba vivir en una relación de pareja estable. *Vid.* Comisión Nacional del XVII Censo de Población y VI de Vivienda, "Censo 2002. Síntesis de Resultados", Instituto Nacional de Estadística, Santiago, 2003, p. 14.

6 Esta finalidad es explícita en la moción parlamentaria del proyecto de ley que crea el Acuerdo de Vida en Común. Boletín N.° 7011-07. *Vid.* Biblioteca del Congreso Nacional de Chile: "Historia de la Ley N.° 20830 que Crea el Acuerdo de Unión Civil", Valparaíso, 2020, p. 4.

7 STC 93/2013, de 23 de abril de 2013 (RTC 2013, 93).

inmueble familiar, la guarda de los hijos y la compensación económica por razón de trabajo-[8]. Fuera de estos aspectos particulares, la pareja estable catalana es libre para crear sus propias normas de contenido patrimonial. En este contexto general, este trabajo busca exponer el arquetipo jurídico de la convivencia en Chile, de manera de ilustrar sobre las consecuencias y desafíos -jurídicos y sociales- de la técnica legislativa utilizada.

Esta exposición comprende, en primer lugar, una síntesis de la historia legislativa de la regulación de la pareja estable. Particularmente, los focos que concentraron la discusión parlamentaria en los distintos proyectos de ley presentados con aquel objeto y los modelos de Derecho comparado que se utilizaron como referencia. En segundo lugar, se presenta en general la estructura normativa de la LAUC. A continuación, se examina el cumplimiento de los objetivos legislativos señalados. Este tercer punto lleva a analizar este acuerdo como vía alternativa al matrimonio entre personas del mismo sexo[9]. De igual modo, se estudia la LAUC como sistema de regulación de familia. Este ejercicio se plantea particularmente sobre los regímenes patrimoniales de la unión civil, esto es, la ordenación de la esfera económica en una relación que no se rige por la lógica con la que funciona el matrimonio. Por último, se realiza una síntesis comparativa entre el aspecto patrimonial del acuerdo de unión civil con el matrimonio, y la situación de las uniones de hecho.

I. EL CAMINO LEGISLATIVO DE LA REGULACIÓN DE LA PAREJA ESTABLE.

Antes de la LAUC, el legislador chileno tuvo la oportunidad de discutir variadas formas de reconocer y amparar al fenómeno de la pareja estable. El primer proyecto de ley que pretendió otorgar efectos a las convivencias estables en Chile fue uno denominado "de fomento de la no discriminación y contrato de unión civil entre personas del mismo sexo"[10], presentado en el año 2003 a la Cámara de Diputados.

El proyecto, cuyo fundamento basal apuntaba hacia la superación de la homofobia en la sociedad chilena, perseguía la creación del contrato de unión civil exclusivamente para parejas del mismo sexo. En este punto, esta propuesta seguía

8 Solé Resina, J.: "La Regulación de la Convivencia Estable en Pareja en el Libro II del Código Civil de Cataluña", *Actualidad Civil*, núm. 8, 2011, p. 2 (https://www-smarteca-es.sire.ub.edu/my-library/issues/SMTA5500).

9 En el contexto de esta investigación, es indispensable observar la discusión política y social sobre el AUC en perspectiva con el proceso democratizador del matrimonio entre personas del mismo sexo. En este sentido, la discusión política y legislativa sobre el reconocimiento legal de las parejas LGBTI+ ha tenido por efecto resaltar la diversidad sexual como un elemento personal que exige un tratamiento equitativo ante el Estado. *Vid.* Hiller, R.: "En las faldas de O'Donnell: discutiendo los alcances del 'matrimonio igualitario' en Argentina", *Sociedade e Cultura*, vol. 15, núm. 2, 2012, p. 365. Por esta razón, para destacar esta arista se preferirá denominar al matrimonio entre personas del mismo sexo como "matrimonio igualitario".

10 Boletín legislativo N.° 3283-18.

a la ley de unión civil registrada alemana (*Lebenspartnerschaftsgesetz*) vigente hasta el 2017. Además, se otorgaba la posibilidad de acogerse a las disposiciones de la ley a las convivencias cuya relación fuese de más de dos años y fuese así reconocida por su entorno familiar y social.

Los efectos entregados a esta unión civil no eran solo patrimoniales, sino también aquellos personales propios del Derecho de Familia. Así, se establecían los deberes de socorro y ayuda mutua entre las partes -lo que las habilitaba para pedirse alimentos-. Desde el punto de vista patrimonial, el art. 9° del proyecto entregaba total libertad a los contratantes para establecer el régimen que les acomodara o acogerse a las normas de comunidad del Código Civil (en adelante, "CCCh"), con la limitación expresa de no poder diseñar un esquema asimilable a los previstos para el matrimonio. Asimismo, la propuesta legislativa contemplaba derechos sucesorios para estas uniones civiles. Sin embargo, el contrato era sumamente endeble, se permitía su terminación -además del mutuo disenso y la muerte de uno de los convivientes- por la separación de hecho de más de un año.

En el año 2004, una iniciativa parlamentaria propuso otro sistema de regulación de las parejas de hecho[11]. Este proyecto cambió de foco y excluyó a las parejas homosexuales. Además, en principio contemplaba un sistema de *opt-out*[12], pues se aplicaría a relaciones de más de un año o que tuvieren descendencia común. Para acreditar este último supuesto, extendía la presunción de paternidad matrimonial, pero exigía que la relación constare en una declaración jurada prestada ante notario. En cuanto a los efectos entre los miembros de la pareja, el cuerpo normativo propuesto solo establecía la formación de una comunidad de los bienes adquiridos a título oneroso.

Los proyectos de ley posteriores -y la propia LAUC- volvieron a la línea de los sistemas de pareja inscrita u *opt-in*[13]. En el año 2007 se presentó a discusión parlamentaria una iniciativa que creaba la unión civil en los gananciales[14], y que proponía este régimen patrimonial en su variante crediticia[15]. Su fundamento estaba en el aumento del fenómeno de las convivencias estables y la necesidad de ampararlas como alternativa al matrimonio. Para ello, establecía un contrato asequible a cualquier tipo de pareja. Este proyecto también otorgaba a los convivientes la facultad de reclamarse alimentos y derechos sucesorios iguales a los del cónyuge sobreviviente.

11 Boletín legislativo N.° 3494-07.

12 Martín Casals, M.: "El derecho a la 'convivencia anómica en pareja': ¿Un nuevo derecho fundamental?", *InDret*, núm. 3, 2012, p. 13, https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/990.pdf.

13 Martin Casals, M.: "El dercho", cit., pp. 14-15.

14 Boletín legislativo N.° 5623-07.

15 Ramos Pazos, R.: *Derecho de Familia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, p. 313.

A su vez, el proyecto de ley de unión civil entre personas del mismo sexo presentado en el año 2008 seguía el modelo alemán[16]. Sin embargo, esta propuesta era sencillamente mimética al matrimonio, tanto así que la celebración se remitía a las formalidades de este contrato. Y, de igual modo, las normas de la sociedad conyugal y la separación de bienes matrimonial eran supletorias para los regímenes de comunidad y separación de bienes de la unión civil.

El proyecto anterior a la LAUC fue uno tramitado durante el año 2009[17]. En él, se proponía la creación de un pacto de unión civil que, en principio, seguía el modelo de los *pactes civiles de solidarité* franceses. Con la diferencia que, mientras el modelo francés reconoce un aspecto social y afectivo de la convivencia[18], el proyecto chileno se abocaba a regular principalmente el aspecto patrimonial de la familia. Así, al igual que el sistema europeo, el proyecto de pacto de unión civil contemplaba los regímenes patrimoniales de separación de bienes y de comunidad. Asimismo, establecía una presunción de solidaridad sobre las deudas comunes. Por otro lado, acercándose a la faz personal de los convivientes, la propuesta les entregaba derechos de alimentos recíprocos, sucesorios, y a una compensación por razón de trabajo al término de la relación de convivencia. Sin embargo, y al igual que el sistema francés[19], este proyecto no tenía incidencia alguna en la filiación, la adopción o el parentesco por afinidad. Tampoco le reconocía a los convivientes algún estado civil.

En el 2010, se presentó a discusión parlamentaria uno de los antecesores de la LAUC: el proyecto de "acuerdo de vida en común"[20]. Luego, en el 2011, el Gobierno ingresó una iniciativa para la creación del "acuerdo de vida en pareja"[21]. Ambas propuestas estaban abiertas a cualquier tipo de pareja, pero se enfocaban solamente en la faz patrimonial de la familia. El primero contemplaba un régimen patrimonial supletorio de separación total de bienes y uno convencional de comunidad; pero, en ambos casos, las deudas familiares serían solidarias entre los convivientes. El segundo se limitó sencillamente a proponer un régimen de comunidad reducido a los bienes muebles adquiridos a título oneroso y no sujetos a registro -por tanto, excluía automóviles y activos financieros o bursátiles-. En ambos proyectos se reconocían derechos sucesorios a los convivientes, pero se omitió cualquier regulación sobre la familia de origen o la filiación. Durante la tramitación de ambos proyectos -posteriormente fusionados-, la discusión

16 Boletín legislativo N.° 5774-18.

17 Boletín legislativo N.° 6735-07.

18 Borrillo, D.: "Uniones libres, convivenciales y conyugales en el Derecho Francés", *Revista de derecho privado y comunitario. Uniones convivenciales*, núm. 1, 2014, pp. 528-529, https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01232004/document.

19 Borrillo, D.: "Uniones libres", cit., p. 534.

20 Boletín legislativo N.° 7011-07

21 Boletín legislativo N.° 7873-07.

parlamentaria se enfocó principalmente a si las parejas homosexuales podían tratarse como familias[22].

A propósito de ello, el debate en el Senado apuntó hacia el modelo de pareja que sería objeto del acuerdo. En otras palabras, si debía seguir el ejemplo francés o alemán[23]. Más aún, la comisión senatorial encargada del estudio del proyecto fusionado requirió a la Biblioteca del Congreso Nacional un informe de Derecho comparado entre ambas legislaciones[24]. En este sentido, la mayoría de los expositores de ONG sostuvieron que el régimen contractual que se creara debía estar disponible para todo tipo de parejas; y que el modelo alemán generaría un efecto discriminatorio entre convivencias homosexuales y las heterosexuales[25]. Paradójicamente, parte de los detractores del proyecto destacaron los efectos de familia de la legislación alemana -por ejemplo, la posibilidad de adopción del hijo biológico del conviviente y derechos sucesorios-[26]. En contraposición, afirmaron que el modelo francés presentaba una familia de "menor calidad" que el matrimonio[27].

En síntesis, la naturaleza de familia fue el elemento controvertido que recorrió el camino legislativo de todos los proyectos de ley presentados. Tanto así, que solo al final de la tramitación parlamentaria de la LAUC se incorporó la generación del estado civil de "conviviente civil"[28]. De igual manera, en el orden judicial, se entregó la competencia a los Juzgados de Familia para conocer de los conflictos en el marco de un AUC[29] -y no a los juzgados civiles, como era inicialmente-. Finalmente, la LAUC no ha recibido ulteriores modificaciones, con la excepción de la Ley N.º 21264 que la modificó para regular la aplicación de la presunción de paternidad matrimonial ante AUC y matrimonios sucesivos.

II. LA ESTRUCTURA GENERAL DE LA LAUC.

A diferencia de los proyectos anteriores, la LAUC establece un sistema fuertemente estatutario, que busca una exhaustiva regulación de la pareja estable.

22 Es particularmente ilustrativo sobre este aspecto de la tramitación parlamentaria las respuestas dadas por distintas ONG a si contratos de pareja estable debían tener efectos propios del Derecho de Familia Biblioteca del Congreso Nacional de Chile: "Historia de la Ley", cit., pp. 149-150. Incluso, unos opositores aseguraron ante el Tribunal Constitucional chileno que la sola idea de legislar las convivencias estables -particularmente las homosexuales- era propia de regímenes totalitarios como el nazismo y el comunismo soviético *Vid.* Biblioteca del Congreso Nacional de Chile: "Historia de la Ley", cit., pp. 108-109.

23 Biblioteca del Congreso Nacional de Chile: "Historia de la Ley", cit., p. 99.

24 Biblioteca del Congreso Nacional de Chile: "Historia de la Ley", cit., pp. 138-141.

25 Esta posición fue sostenida desde la ONG de disidencias sexuales Fundación Iguales a la conservadora Coordinadora de la Red por la Vida y la Familia. *Vid.* Biblioteca del Congreso Nacional de Chile: "Historia de la Ley", cit., pp. 100 y p. 124, respectivamente.

26 Biblioteca del Congreso Nacional de Chile: "Historia de la Ley", cit., p. 144.

27 Biblioteca del Congreso Nacional de Chile: "Historia de la Ley", cit., p. 78.

28 Biblioteca del Congreso Nacional de Chile: "Historia de la Ley", cit., p. 1072.

29 Biblioteca del Congreso Nacional de Chile: "Historia de la Ley", cit., p. 1070.

Tal como se adelantó, el modelo que establece es uno similar a los *pactes civiles de solidarité*. No obstante, el legislador chileno se apartó del modelo francés para recalcar el carácter de familia del contrato de AUC. Por ejemplo, su celebración es homóloga a la del matrimonio: los convivientes deben prestar su consentimiento libre e informado ante un oficial del Servicio de Registro Civil e Identificación. Este órgano también está encargado de llevar un registro especial de los AUC celebrados.

De igual manera, el legislador chileno pretendió otorgar efectos propios del Derecho de Familia al AUC. Así, además de crear un nuevo estado civil, se reconoce una relación de parentesco con los familiares del otro conviviente. Asimismo, establece derechos sucesorios -abintestato y testamentarios- entre ambos. Además, permite a las partes someter la resolución de los conflictos familiares a la competencia especializada de los Juzgados de Familia, o bien, a mediación familiar.

Sin embargo, la LAUC presenta un sistema de familia incompleto y altamente sectario. Así, ese cuerpo normativo sencillamente omite referirse de mayor modo a la filiación. Solo en su art. 21 extiende la presunción de paternidad matrimonial a los hijos nacidos en convivencias civiles heterosexuales. En el sistema legal chileno, las uniones homosexuales no dan lugar a la filiación. La LAUC tampoco se refiere a los derechos y deberes de los convivientes con los hijos nacidos durante la vigencia del acuerdo, situación que parte de la doctrina considera imprescindible regular[30].

En cuanto a la relación entre los convivientes, la LAUC solo establece el deber personal de ayuda mutua y, por consiguiente, no da derecho a alimentos entre ellos. En el ámbito patrimonial, la LAUC contempla la separación de bienes como el régimen legal, mientras que el régimen convencional es una comunidad de bienes[31]. Sin embargo, esta se rige fundamentalmente por las normas sobre los cuasicontratos en el CCCh; es decir, por las normas aplicables a la comunidad hereditaria y a las copropiedades. Para finalizar con los efectos del AUC, la ley establece algunas normas de Derecho Internacional Privado. Entre ellas, el inciso final del art. 12 dispone que el matrimonio celebrado en el extranjero entre personas del mismo sexo será reconocido como un AUC y producirá únicamente los efectos establecidos para este.

A su vez, en relación con la terminación del acuerdo, la enumeración de las causales y el procedimiento para ello refleja el marcado carácter privatista de la convivencia civil. Sin embargo, el art. 27 otorga el derecho a una compensación económica al conviviente que se dedicó mayormente al trabajo de cuidados y al

30 Tapia Rodríguez, M.: "Acuerdo de Unión Civil", cit., p. 43.

31 Borrillo, D.: "Uniones libres", cit., p. 531.

hogar común en desmedro de sus actividades laborales. De todas maneras, la determinación y cuantificación de este derecho se realiza con base en los criterios establecidos para la ruptura conyugal en la Ley N.º 19947 sobre Matrimonio Civil (en adelante, "LMC").

La última parte de la LAUC se refiere a la modificación de distintos cuerpos legales con el objeto de equiparar la convivencia civil con el matrimonio. Esta equivalencia se realiza fundamentalmente en materia previsional, penal, laboral, impositiva y en referencia a los derechos, obligaciones e inhabilidades de los sujetos procesales. Asimismo, la LAUC modifica la LMC para establecer la incapacidad de contraer matrimonio de las personas con un acuerdo de unión civil vigente, salvo que sea con su conviviente -de distinto sexo-. Pese a la gran cantidad de normas modificatorias, el art. 23 de todas formas contiene una especie de regla de clausura que extiende todas las prohibiciones, incompatibilidades e inhabilidades de los cónyuges -legales y reglamentarias- a la unión civil[32]. En este mismo sentido, la LAUC modifica el art. 226 del CCCh para incluir al conviviente civil dentro del listado de personas a los que el juez puede entregar el cuidado personal de un niño, niña o adolescente ante la inhabilidad física o moral de sus padres para ejercerlo.

III. LOS OBJETIVOS DEL LEGISLADOR CHILENO AL ESTABLECER EL AUC.

Los polos regulatorios del legislador chileno permiten analizar la LAUC desde el punto de vista de su pretensión de eficacia normativa. Una manera de determinar esta eficacia consiste en examinar su acatamiento por los sujetos regulados y su aplicación para la resolución de conflictos por los órganos jurisdiccionales[33]. En este sentido, la labor del legislador debería propender a generar las condiciones para la utilidad de las leyes. Este esquema, aplicado al AUC, implica que este contrato sea percibido como un sustituto del "matrimonio igualitario" y, asimismo, como un reflejo normativo del funcionamiento de las convivencias estables.

1. El AUC y su relación con el "matrimonio igualitario".

El AUC, como instrumento jurídico para otorgar un estatuto cuasimatrimonial a las disidencias sexuales, puede examinarse desde un punto de vista político-social y judicial. Desde el primero de aquellos enfoques, la creación del AUC no significó que las denominadas disidencias sexuales dejaran de presionar para la regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo.

32 Parte de la doctrina sostiene que la regla del art. 23 no suple el silencio del legislador para la reforma de distintos cuerpos legales, sino que se refiere a las mismas modificaciones y referencias legislativas hechas a lo largo de la ley. En este sentido *Vid.* Rodríguez, M. S.: "El acuerdo de unión civil en Chile. Aciertos y desaciertos", *Ius et Praxis*, vol. 24, núm. 2, 2018, p. 164 (https://doi.org/10.4067/s0718-00122018000200139a). Una interpretación de este tenor vuelve al art. 23 superfluo.

33 Kelsen, H.: *Teoría Pura del Derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 2009, pp. 117-118.

En efecto, en el mismo acto de promulgación de la LAUC, el presidente de Fundación Iguales -dedicada a la inclusión de las disidencias sexuales en la sociedad chilena- afirmó que la meta siguiente era la aprobación del matrimonio igualitario[34]. Desde aquel hito, varias organizaciones civiles por los derechos de las disidencias sexuales han incidido activamente en la discusión política de los proyectos de ley que buscan establecerlo y, por el contrario, han afirmado la insuficiencia del AUC como estatuto regulatorio de las familias homosexuales[35].

Aquellas reivindicaciones, a día de hoy, cuentan incluso con apoyo supranacional, pues la necesidad de legislar sobre el matrimonio igualitario ha sido avalada por el sistema interamericano de protección de garantías fundamentales. En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos -organismo máximo del sistema regional de protección de garantías fundamentales-, en uso de su competencia consultiva, ha afirmado que los Estados tienen la obligación de garantizar a los particulares el acceso a todos los mecanismos contemplados en el Derecho interno para la protección de las familias, sin discriminación a aquellas formadas por parejas homosexuales[36]. En la misma resolución, la corte sostuvo que la creación de estatutos cuasimatrimoniales para parejas homosexuales -precisamente la finalidad buscada en el AUC- carece de sentido y resulta condescendiente y estigmatizante[37].

En el caso de Chile, la posición del sistema interamericano de garantías fundamentales ha tenido consecuencias directas para el ordenamiento interno. En el año 2012, el Movimiento de Liberación e Integración Homosexual y otros particulares efectuaron un requerimiento ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) por vulneraciones a las garantías de no discriminación, igualdad de protección ante la ley y protección a la familia. Todas ellas amparadas en la Convención Americana de Derechos Humanos. En aquel caso, el Estado chileno y la CIDH acordaron una solución amistosa al conflicto. En la que, primeramente, el Estado reconoció su obligación de garantizar el goce efectivo de los derechos y la no discriminación de las personas de las diversidades sexuales. La principal medida convenida es el deber Estado de ingresar a tramitación legislativa un proyecto de ley de matrimonio igualitario e iniciar un proceso de discusión pública sobre aquel tema. Asimismo, para cumplir integralmente tales obligaciones, el Estado se comprometió a integrar la diversidad sexual y la perspectiva de género en las

34 La Tercera: "Bachelet promulga Acuerdo de Unión Civil: 'No queremos espacio para la desprotección'", 13 de abril de 2015, https://www.latercera.com/noticia/bachelet-promulga-acuerdo-de-union-civil-no-queremos-espacio-para-la-desproteccion/.

35 Pariente, E.: "A Cinco Años de la Ley de Acuerdo de Unión Civil", *La Tercera*, 12 de noviembre de 2020, https://www.latercera.com/paula/a-cinco-anos-de-la-ley-de-acuerdo-de-union-civil/.

36 Corte Interamericana de Derechos Humanos: Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, Opinión Consultiva OC-24/17, 24 de noviembre de 2017, serie A N.º 24., párr. 228.

37 Corte Interamericana de Derechos Humanos: "Identidad de género", cit., párr. 224.

políticas públicas sobre educación, salud, protección social, e incluso, la recolección de datos sociales[38].

A pesar de las obligaciones asumidas, la oposición de la judicatura chilena al matrimonio entre personas del mismo sexo se ha mantenido. Ya vigente la LAUC, se han deducido dos acciones de protección de garantías fundamentales, en el 2016 y en el 2019, cuyo objeto es el otorgamiento de una cita ante el Servicio de Registro Civil e Identificación para la celebración del matrimonio de parejas homosexuales. Ambas se rechazaron[39]. En el mismo orden, el propio Tribunal Constitucional chileno -conociendo de un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad- ha refrendado la posición de la judicatura de negar el reconocimiento como tal del matrimonio celebrado entre personas del mismo sexo en el extranjero. En su fallo de fecha 4 de junio de 2020, aquel tribunal afirmó "Que, el fundamento de la acción de inaplicabilidad, para estimar que los preceptos legales objetados discriminan a las requirentes, se produce a consecuencia de su orientación sexual, con lo que se obtiene como resultado un efecto contrario al texto constitucional. Acoger lo sustentado por las requirentes, conduciría a la afectación del orden público matrimonial, cuyas reglas son esenciales y obligatorias para todos los habitantes de la República. Además de aceptarse que dichos preceptos legales originan arbitrariedad, podría ello conducir a extremos intolerables, en relación con legislaciones foráneas que aceptan vínculos matrimoniales sui generis, tales como matrimonios polígamos en países musulmanes, o el matrimonio de niños de países africanos, o aquellos convenidos por los padres en la sociedad japonesa, y las bodas masivas de parejas que se celebran en la secta moon, en Corea del Sur, entre otros; VIGÉSIMO CUARTO: Que, en todo caso, no puede hablarse de discriminación por la categoría sospechosa de orientación sexual, ya que la diferencia no radica en si se trata de personas homosexuales o heterosexuales, sino en que la institución matrimonial en Chile es una unión entre hombre y una mujer, por lo que una persona homosexual puede contraer matrimonio en Chile si lo hace con una persona de sexo opuesto"[40].

38 Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Acuerdo de Solución Amistosa, Caso P-946-12, "César Antonio Peralta Wetzel y otros v. Estado de Chile", 2012, pp. 2-4, https://uprdoc.ohchr.org/uprweb/downloadfile.aspx?filename=5990&file=Annexe3.

39 La primera de tales acciones fue rechazada por la Corte de Apelaciones de Santiago en sentencia de 10 de junio de 2016 (Corte de Santiago, 10.6.2016, causa Ingreso N.° Protección 7280-2016, confirmada por Corte Suprema, 8.8.2016. [En línea] vLex <http://cortes-apelacion.vlex.cl/vid/gomez-roa-ramon-soto-644059093> y Poder Judicial de Chile <https://acortar.link/aTZpo> respectivamente [fecha de consulta: 6 de noviembre de 2021]. La segunda acción de protección también fue rechazada por la Corte de Apelaciones de Santiago en sentencia de fecha 26 de abril de 2019 (Corte de Santiago, 26.4.2019, causa Ingreso N.° Protección 3857-2019, confirmada por Corte Suprema, 13.6.2019. [En línea] vLex <http://cortes-apelacion.vlex.cl/vid/ramon-alberto-gomez-roa-781097025> y Poder Judicial de Chile <https://acortar.link/ZlrLv> respectivamente [fecha de consulta: 6 de noviembre de 2021].

40 Tribunal Constitucional de Chile, 4.6.2020, causa Rol N.° 7774-19. [En línea] <https://www.tribunalconstitucional.cl/descargar_sentencia2.php?id=6635> [fecha de consulta: 6 de noviembre de 2021].

Pese a los obstáculos, el proyecto de ley que crea el matrimonio igualitario fue ingresado y se encuentra en tramitación legislativa[41]. Mas el actual gobierno -paradójicamente encabezado por el mismo presidente que presentó el proyecto de acuerdo de vida en pareja- ha decidido no impulsar aquella iniciativa. Esta decisión "política" ha llevado a las organizaciones de disidencias sexuales a afirmar que el Estado de Chile incumple las obligaciones contraídas en el acuerdo de solución amistosa con la CIDH[42]. Si este último órgano así lo considerase, el procedimiento internacional llegaría al conocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que podría hacer efectiva la responsabilidad del Estado chileno.

En este contexto general, el AUC se mantiene como la única forma de obtener un reconocimiento "jurídico" a las uniones entre personas del mismo sexo. Sin embargo, la discusión social y los conflictos jurisdiccionales son indicativos de que la presión social sobre las uniones homosexuales no ha disminuido; sino que se ha intensificado, pues abarca todas las áreas del Estado, incluso su responsabilidad internacional. Desde este enfoque, el AUC no es percibido como un modelo análogo al matrimonio por las convivencias homosexuales. Por ende, la LAUC no cumple con aquel objetivo legislativo.

2. El AUC como estatuto contractual de Derecho de Familia. Sus efectos patrimoniales.

Para analizar el segundo objetivo legislativo, el estudio se enfoca en los regímenes patrimoniales del AUC. Primero, porque este aspecto concentra el núcleo regulatorio de la LAUC. Y, además, tales regímenes son la construcción normativa de la vida familiar que el AUC pretende reflejar.

En este sentido, ya se ha señalado que la LAUC establece los regímenes de separación total de bienes y el de comunidad. Según los datos estadísticos entregados por el Servicio de Registro Civil e Identificación, este último es el más utilizado por las parejas que contraen un AUC[43]. Asimismo, la mayoría de las convivencias mantienen el régimen de comunidad que pactaron al inicio, siendo un conjunto muy minoritario el que lo sustituye por el de separación total de bienes[44].

41 Boletín N.° 11422-07. A la fecha de este trabajo de investigación, el proyecto de ley de matrimonio igualitario se encuentra en discusión en el Senado.

42 González, T.: "Gobierno da la espalda al matrimonio igualitario y ratifica que no lo impulsará en el Congreso", *Diario Universidad de Chile*, 5 de septiembre de 2019, https://radio.uchile.cl/2019/09/05/gobierno-da-la-espalda-al-matrimonio-igualitario-y-ratifica-que-no-lo-impulsara-en-el-congreso/.

43 Según la información proporcionada por el Servicio de Registro Civil e Identificación, la comunidad de bienes representa el 56,6 % del régimen patrimonial de los AUC inscritos.

44 Los AUC que, luego de haber pactado la comunidad de bienes, la sustituyen por el régimen de separación total de bienes ascienden a 189. En comparación con la cantidad de parejas que mantiene la comunidad, aquella cifra es solo el 0.9 % del conjunto anterior.

Normativamente, la separación total de bienes consiste sencillamente en explicitar el aislamiento total de los patrimonios de los convivientes civiles, y mantenerlo durante la vigencia del AUC. En consecuencia, los miembros de la pareja no tienen la obligación de aportar nada a la vida en común[45]. Esta aserción se ve reforzada por el tenor de los deberes personales entre ellos. En efecto, el art. 14 LAUC dispone que los convivientes están obligados a prestarse ayuda mutua y a solventar los gastos del hogar, pero la forma de cumplimiento de tales deberes está sometida al régimen patrimonial del AUC. Por consiguiente, la contribución a los gastos de la familia es entregada a la libre voluntad de las partes.

Desde ya, la decisión legislativa por establecer la separación de bienes como el régimen supletorio ha sido criticada por parte de la doctrina, toda vez que resultaría contradictorio con su objetivo de normar una relación estable y permanente[46]. No obstante, la opción tomada por el legislador tiene su correlato en el Derecho comparado. En el contexto europeo, la separación total de bienes se ha recogido como régimen principal de los Principios de Derecho de Familia Europeo[47]. También comparte ese carácter en las legislaciones que siguen un arquetipo de mínimos regulatorios -como el ya citado ejemplo catalán-, e incluso, en las legislaciones alemana y francesa utilizadas de modelo para la LAUC.

En segundo lugar, el régimen patrimonial de comunidad se forma por pacto expreso de los contrayentes al momento de la celebración del acuerdo de unión civil. Este hecho se somete a la formalidad de ser subinscrito en el acta y en el registro de celebración del AUC. Para conformar el acervo común, la regla primera del art. 15 LAUC señala que se constituye por "los bienes adquiridos a título oneroso durante la vigencia del acuerdo […] excepto los muebles de uso personal necesario del conviviente que los ha adquirido". En este contexto, los problemas del modelo de comunidad de bienes de la LAUC se concentran en su encaje sistemático.

Por una parte, la LAUC no dispone el destino que tienen los bienes de propiedad de los convivientes y que se adquirieron con anterioridad al AUC. En este contexto, la posición teórica que se aviene de mejor modo al objeto regulatorio de la ley consiste en la inclusión de tales bienes en el acervo común.

45 Parte de la doctrina sostiene que el art. 15 no establece este régimen, sino que una exclusión de efectos patrimoniales, *Vid.* Rodríguez, M. S.: "El acuerdo", cit. p. 158. Esta posición se apoya en que el art. 15 LAUC solo afirma que "[l]os convivientes civiles conservarán la propiedad, goce y administración de los bienes adquiridos a cualquier título antes de la celebración del contrato y de los que adquieran durante la vigencia de éste". Esta interpretación exegética implica omitir que el inciso segundo del art. 15 se refiere perentoriamente al régimen de separación total de bienes.

46 Turner Saelzer, S.: "El Acuerdo de Unión Civil: La Respuesta Legal para las Uniones de Hecho en Chile", en AA.VV.: *Anuario de Derecho Público 2015* (coord. por J. Couso), Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2015, p. 36.

47 Comisión Europea de Derecho de Familia: "Principios de Derecho de Familia Europeo Relativos a la Propiedad, los Alimentos, y los Derechos de Sucesión de Parejas en una Unión de Hecho", 2019, sec. 5:10, http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Spanish-De-Facto.pdf.

Esta solución es acorde a la realidad de los grupos familiares. En efecto, si el rol del Derecho de Familia es otorgar reconocimiento jurídico al vínculo sustantivo que se genera entre personas que comparten una relación de afecto recíproco y fines comunes, entonces el acto por el que tales personas buscan la tutela del Derecho no puede entenderse como fundacional de su relación[48]. Más aún, a tenor de la propia definición dada en la LAUC, las relaciones de convivencia se caracterizan por su estabilidad, permanencia y anterioridad al contrato, de modo que el otorgamiento de efectos jurídicos a aquella relación debería ser uno de los fines de la regulación patrimonial. En consecuencia, no es posible afirmar que únicamente desde el momento en que se obtiene el reconocimiento jurídico existe una vida en común, de modo que no deberían separarse -a efectos patrimoniales- la convivencia *de facto* con la convivencia *de iure*.

Por otro lado, no existen argumentos para excluir de la comunidad los bienes adquiridos a título gratuito. Por el contrario, incluir los bienes apropiados de este modo permitiría otorgar relevancia -como fin mediato- a las actividades que realizan los convivientes en beneficio de la familia común pero que no tiene un correlato económico. En este sentido, el instrumento regulatorio de las familias no puede ignorar la importancia del trabajo de cuidados no remunerado que se realiza dentro de estas y que ha sido tradicionalmente invisibilizado[49]. La circunstancia anterior se vuelve especialmente relevante si se observa que el trabajo de cuidados está tradicionalmente asociado a una carga de género sobre las mujeres[50]. Precisamente, la prestación de este tipo de cuidados es uno de los fines propios de las familias, por lo que debería tener correspondencia en el diseño normativo que las regule.

En este mismo sentido, el descarte de la comunidad de los bienes "muebles de uso personal necesario del conviviente que los ha adquirido" carece de razón. Así, la ley no especifica qué objetos satisfacen esa definición, de manera que la amplitud de la calificación de un bien como uno de uso personal necesario depende netamente del intérprete. Sin embargo, dado el carácter excepcional de esta exclusión, su interpretación debe ser restrictiva. En estas condiciones, esta categoría debe ceñirse particularmente a aquellos objetos "indispensables para la

48 Tapia Rodríguez, M.: "Acuerdo de Unión Civil", cit., p. 19.

49 Carrasco, C., Borderías, C. y Torns, T.: "El Trabajo de Cuidados: Antecedentes Históricos y Debates Actuales", en AA.VV.: *El Trabajo de Cuidados. Historia, Teoría y Poíticas* (coord. por C. Carrasco, C. Borderías, y T. Torns), Catarata, Madrid, 2011, p. 49.

50 Domínguez Folgueras, M.: "La División del Trabajo Doméstico en las Parejas Españolas. Un Análisis del Uso del Tiempo", *Revista Internacional de Sociologia*, vol. 70, núm. 1, 2012, p. 157 (https://doi.org/10.3989/ris.2009.08.26).contrasting the relative resources hypothesis and the doing gender approach, and considering that the type of partnership influences the equality of the housework division. In order to examine to what extent there is equality, we consider each partners' contribution to the total housework time, but also who does what: some tasks are more constraining than others and we investigate if there are gender and partnership differences specific to those tasks. We analyse the Spanish Time Use Survey (2003

subsistencia de la persona o para el ejercicio de su profesión u oficio"[51]. Aun con este enfoque restrictivo, la regla parece nimia ya que confunde –artificialmente- la propiedad sobre un objeto con su empleo.

Ahora bien, el pasivo común no está regulado en la LAUC. Por aplicación de la regla 3ª del art. 15, este se determina por las reglas de la comunidad de bienes del CCCh, la que está establecida como un cuasicontrato. Así, el art. 2307.1 CCCh contiene la regla general: las deudas contraídas en beneficio de la familia son personales del conviviente que las adquirió. Sin embargo, esa norma otorga un derecho a reembolso de una parte contra la otra por las expensas comunes. Además, tenor del art. 2307.2 CCCh, la distribución de la contribución a las deudas puede ser convenida por los comuneros, quienes pueden fijar cuotas entre ellos, o pactar solidaridad.

Este entramado normativo ha llevado a la doctrina a afirmar que "no hay vínculo entre la comunidad de bienes del acuerdo de unión civil y la mantención de la familia"[52]. Es decir, el fondo común no está destinado a satisfacer las necesidades familiares, ni en su asignación ni en su contribución. Esta incoherencia interna entre deber personal y diseño patrimonial impide sostener que la LAUC busque construir un diseño normativo en que los activos y pasivos de la familia se ordenan hacia el cumplimiento de los objetivos comunes e individuales del grupo familiar. En este sentido, la individualidad del pasivo de la comunidad comporta que este aspecto patrimonial de la vida común no es internalizado por la familia.

La individualidad del pasivo es coherente con la decisión de la LAUC de otorgar relevancia a los bienes patrimoniales por sobre los extrapatrimoniales. Lo anterior, pues este modelo normativo de adquirir deuda y luego cobrar al otro conviviente su parte o cuota implica observar la relación familiar desde un punto de vista patrimonialista en que los beneficios y costos de la vida en común tienen un contenido oneroso. En este contexto, introducir el ejercicio de acciones de cobro dentro de la convivencia crea una fuente de conflictividad dentro de ella. Asimismo, puede contribuir a abrir o afianzar brechas sustantivas entre los convivientes, en el que uno de ellos pueda -a través del cobro del pasivo común- concentrar los medios económicos de la familia. Por la configuración normativa del AUC, este segundo problema solo podría darse en el régimen de comunidad, ya que los convivientes unidos en separación de bienes no tienen que aportar en las deudas del otro.

51 Lepín Molina, C.: "Efectos Jurídicos de las Relaciones de Hecho en la Legislación Chilena", *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 11, 2019, p. 284.

52 Verdugo Toro, J.: "Obligaciones de los Convivientes Civiles entre Sí", en AA.VV.: *Estudios sobre la Nueva Ley de Acuerdo de Unión Civil* (coord. por G. Hernández Paulsen y M. Tapia Rodríguez), Legal Publishing, Santiago, 2016, p. 72.

Al igual que el pasivo de la comunidad, la forma en que los convivientes ejercen la gestión/administración del acervo comunitario se encuentra en el CCCh. Por aplicación del art. 2305 CCCh, esta administración se debe llevar a cabo en conformidad con las reglas establecidas para la sociedad colectiva civil. En principio, los convivientes tienen la posibilidad teórica de nombrar un administrador de los bienes comunes, o distribuir entre ambos las facultades de gestión. A falta de esta designación, como ha afirmado la doctrina, "solo queda la administración de todos indistintamente y los actos de disposición de todos mancomunadamente"[53].

En este sentido, a tenor del art. 2077 CCCh, la facultad de administración conferida tácitamente entre los socios debe enmarcarse en el giro de la sociedad, del que carece la comunidad de bienes familiares. Esta carencia podría solucionarse en atención a los deberes personales de la convivencia civil; es decir, la gestión de los convivientes del patrimonio comunitario debe tender a solventar los gastos generados por la vida en común. Empero, esta interpretación extensiva choca con la distribución individualista del pasivo común.

Como último aspecto de la exposición sobre este régimen patrimonial, se deben atender ciertos aspectos sobre su terminación. En general, las causas para ello pueden dividirse en dos grupos: consecuenciales -por el término del acuerdo de unión civil- y principales. Dentro de esta segunda categoría, la forma prevista en la LAUC es el pacto de separación de bienes regulado en los párrafos segundo, tercero y cuarto del art. 15. Además, dado que a la comunidad de la convivencia se le aplican las reglas del CCCh, teóricamente también podría terminar de forma principal por la reunión de las cuotas en uno de los convivientes, por su enajenación a un tercero[54], o por la partición de la comunidad. En definitiva, la LAUC no obliga a las partes a mantener el estado de indivisión patrimonial, ni tampoco la calidad de comunero dentro del régimen patrimonial. Con todo, con independencia del modo en que la comunidad finalice, la ley no establece la obligación de los convivientes de liquidar el acervo común de modo que sobre ellos existirá un cuasicontrato de comunidad civil.

Luego de esta breve exposición sobre los regímenes patrimoniales del AUC es posible afirmar que en ellos prima una visión individualista y patrimonialista de la relación de familia que rige. En efecto, la LAUC otorga total relevancia al aspecto económico de la convivencia e invisibiliza el trabajo no remunerado que se realiza en ella. Este fenómeno se acentúa por la carencia de deberes personales entre los convivientes civiles que permitan incluir la faz teleológica de la familia en el arquetipo normativo de la LAUC. En síntesis, el modelo patrimonial del AUC no

53 Rodríguez, M. S.: "El acuerdo", cit., p. 162.

54 Rodríguez, M. S.: "El acuerdo", cit., pp. 163-164.

incentiva a los convivientes a la reunión de los medios materiales para alcanzar las metas comunes del grupo familiar, sino a internalizarlos.

Aquel problema se acentúa con la imposibilidad de los convivientes de crear normas particulares. En efecto, parte de la doctrina sostiene que el carácter estatutario de las normas patrimoniales es explícito respecto de la comunidad de bienes[55]. Esta interpretación descansa en el tenor imperativo del texto del art. 15.1 LAUC -"[…] a menos que se sometan de manera expresa a las reglas que se establecen a continuación"-. Con base en una exégesis literal como la que se propone, el régimen de separación total debería entenderse del mismo modo, dado que la LAUC utiliza un verbo rector igualmente perentorio -"los convivientes civiles conservarán la propiedad, goce y administración […]"-. Esto comporta que la ley no les permite a los convivientes llenar los vacíos de los regímenes patrimoniales. Tampoco podrían adecuar los efectos jurídicos del AUC a la materialidad de su relación de familia. Jurídicamente, es posible afirmar que la LAUC restringe impropia e innecesariamente la autonomía patrimonial de los convivientes civiles.

La solución normativa debería ser precisamente la contraria: los regímenes patrimoniales deben diseñarse para ampliar la libertad de los miembros de la pareja. Esta postura es coherente con el principio de la autonomía de la voluntad dentro del Derecho de Familia moderno. Cuya función consiste en ampliar el ámbito de libertad de los participantes de la familia para regular sus vínculos patrimoniales de la manera que estimen conveniente[56]. En este contexto, son los convivientes quienes están en la mejor posición jurídica para determinar, por ejemplo, qué categorías de bienes quieren o no que ingresen a la comunidad y cómo administrarla.

Esta aproximación es concordante con el Derecho comparado. Por ejemplo, la autonomía de la voluntad es el eje de la regulación patrimonial de la pareja estable en la legislación catalana -art. 234-3.1 del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña- y en la navarra -Ley 109 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra-. Asimismo, este principio está recogido en instrumentos doctrinarios de armonización normativa como los Principios de Derecho de Familia Europeo Relativos a la Propiedad, los Alimentos, y los Derechos de Sucesión de Parejas en una Unión de Hecho[57]. En el orden interno, en el proyecto de ley que buscaba la creación del acuerdo de vida en común -precursor del AUC- se afirmaba que la autonomía de la voluntad es un elemento esencial de las relaciones de convivencia

55 Rodríguez, M. S.: "El acuerdo", cit., p. 159.

56 Lepín Molina, C.: "Los Nuevos Principios Del Derecho De Familia", *Revista chilena de derecho privado*, núm. 23, 2014, p. 45, https://doi.org/10.4067/s0718-80722014000200001.

57 Comisión Europea de Derecho de Familia: "Principios de Derecho", cit., sec. 5:7.

no matrimonial[58]. Desde este punto de vista, la LAUC resulta disonante con las características de la relación que pretende regular.

En estas condiciones, la construcción normativa del AUC es deficiente para dar cuenta de la complejidad y extensión del fenómeno de la convivencia estable en Chile. Tanto desde el punto de vista externo, ya que los regímenes patrimoniales están separados de la faz personal de la relación de convivencia. Como interno, pues omiten la orientación común de los activos y pasivos familiares. Si a este panorama se le agrega la ausencia de los hijos en la ordenación de la LAUC, este resulta un cuerpo normativo con un modelo de familia sumamente sesgado.

IV. LA RELACIÓN ENTRE EL AUC, EL MATRIMONIO Y LAS CONVIVENCIAS DE HECHO.

Ya se ha apuntado que, en general, la creación del AUC significó la introducción de una nueva tipología de relación reconocida por el Derecho chileno. En este contexto, el AUC es un arquetipo jurídico intermedio entre el estatuto matrimonial -que contiene un conjunto de normas que pretende abarcar la totalidad de los aspectos de la familia- y la mera convivencia de hecho -cuyo reconocimiento jurídico es parcial y sumamente fragmentado[59]-.

En relación con el matrimonio, el AUC presenta una construcción patrimonial restringida a aspectos que la LAUC considera fundamentales: la propiedad de los bienes, su uso y administración. En cambio, omite referirse a las relaciones entre los convivientes y terceros -aspecto que incluye el pasivo familiar- y de los convivientes entre sí. A su vez, el régimen matrimonial pone especial acento en este segundo aspecto y regula exhaustivamente la posición que cada uno de los cónyuges debe tomar en la familia. Esta última aserción es particularmente intensa en la sociedad conyugal, el régimen legal y supletorio del sistema chileno.

La sociedad conyugal consiste en un patrimonio de afectación que está diseñado para que el marido concentre los medios materiales del grupo familiar junto con la facultad de distribuirlos casi a su sola discreción. Así, a tenor del art. 1749 CCCh, "El marido es jefe de la sociedad conyugal, y como tal administra los bienes sociales y los de su mujer". Además, agrega el art. 1750 CCCh, "El marido es, respecto de terceros, dueño de los bienes sociales, como si ellos y sus bienes propios formasen un solo patrimonio". La participación de la mujer dentro de la administración de la sociedad conyugal está limitada a poder autorizar ciertos actos de disposición del marido -fundamentalmente actos que afecten inmuebles-.

58 Biblioteca del Congreso Nacional de Chile: "Historia de la Ley", cit., p. 4.

59 Rioseco López, Á.: "Acuerdo de Unión Civil: ¿Regulación Patrimonial en Perjuicio de las Parejas de Hecho?", en AA.VV.: *Estudios sobre la Nueva Ley de Acuerdo de Unión Civil* (coord. por G. Hernández Paulsen y M. Tapia Rodríguez), Legal Publishing, Santiago, 2016, pp. 81-82.

En cambio, la posibilidad de que la mujer administre el patrimonio social está solo contemplada en el evento que esta sea la curadora del marido. Con todo, el CCCh otorga a la mujer la administración absoluta de los bienes que obtenga de su trabajo y los provenientes de estos, siempre que dicho empleo sea ejercido separadamente del marido.

Este régimen de administración de la sociedad conyugal de corte patriarcal no ha sido objeto de mayores reformas[60]. Ni siquiera el proyecto de matrimonio igualitario tiene la pretensión de reformar la sociedad conyugal -ya que solo contempla la separación de bienes y la participación en los gananciales como regímenes patrimoniales-. Al menos en el preámbulo de aquella iniciativa se afirma que la sociedad conyugal es un régimen patrimonial discriminatorio. Esta posición jurídica no es inocua, sino que también compromete la responsabilidad internacional del Estado de Chile. En efecto, en el año 2001, la CIDH y el Estado de Chile ya habían llegado a un acuerdo de solución amistosa que refiere –medularmente- a la derogación de las normas de la sociedad conyugal que discriminan a las mujeres[61]. De igual manera, Chile también ha suscrito y ratificado la Convención de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, con su protocolo facultativo, y la Convención de la OEA para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. A pesar de estas obligaciones y numerosas iniciativas parlamentarias, el Estado ha mantenido la esencia de la sociedad conyugal de origen decimonónico.

En cambio, en el régimen de comunidad del AUC prima la igualdad formal entre los convivientes. Esta perspectiva comporta un avance importante en relación con la sociedad conyugal. El legislador chileno pretendió reforzar dicha igualdad a través de un diseño normativo que solo otorgase relevancia al aspecto tangible del patrimonio de las partes, e incluso, exclusivamente a los bienes que tuvieran un valor económico. Es precisamente para preservar la idea de igualdad formal entre los miembros de la pareja que el pasivo de la comunidad es internalizado por cada uno de ellos. Estas mismas razones son aplicables a la forma de administración del acervo común. Sin embargo, la LAUC no contempla mecanismos de corrección de brechas sustantivas que pudieran aparecer entre los convivientes y que rompan con el esquema de igualdad formal.

La lógica discriminatoria de la sociedad conyugal contrasta con aquella formalista de los regímenes patrimoniales del AUC, pero también con los restantes regímenes

60 En virtud de la Ley N.° 18809, la facultad de administración del marido fue disminuida en relación con ciertos actos de disposición. Así, el marido requiere la autorización de la mujer para poder enajenar, gravar o ceder el uso de los inmuebles sociales, disponer de bienes comunes a título gratuito y asegurar deudas de terceros. La falta de autorización por la mujer puede ser suplida por un juez.

61 Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Acuerdo de Solución Amistosa, Caso N.° 12.433, "Sonia Arce Esparza v. Estado de Chile", 2007, cláusula 1.a, https://www.bcn.cl/leychile/navegar?id Norma=270873.

del matrimonio: la separación de bienes y la participación en los gananciales. Por ejemplo, a tenor del art. 152 CCCh, el régimen de separación puede ser convencional, judicial o legal. La separación judicial de bienes se logra mediante el ejercicio de una acción por la mujer fundada en causales taxativamente señaladas en la ley; entre ellas, la insolvencia del marido y la administración fraudulenta de los bienes a su cargo -los sociales, los propios de la mujer o del marido-[62]. En otras palabras, la ley expresamente tasa el interés de la mujer para "inmiscuirse" en la administración del marido y pedir al juez el término de la sociedad conyugal. Tal es la deferencia patriarcal establecida en la ley que -en los casos en que el mal estado de los negocios se provocó negligentemente- el art. 155.4 CCCh le otorga la posibilidad de enervar la acción de la mujer prestando fianza o hipoteca que aseguren suficientemente el interés de esta[63]. El CCCh extiende la acción de separación de la mujer casada en sociedad conyugal a cualquiera de los cónyuges en régimen de participación en los gananciales. En este segundo escenario, el objetivo de la acción es evitar que el mal estado patrimonial del cónyuge demandado ponga al demandante en la posición de deudor del crédito de participación.

Con todo, los cónyuges separados de bienes mantienen la obligación de proveer a las necesidades de la familia común. Tanto así, que el art. 161 CCCh permite a los acreedores de cada cónyuge cobrar su crédito en los bienes del otro si la deuda se contrajo en beneficio de la familia. Esta norma no tiene parangón en la LAUC. Del mismo modo, la LAUC contempla únicamente el cambio de régimen patrimonial de forma convencional. Esto último consolida la hipótesis de que el régimen de comunidad de bienes también podría terminarse por la cesión de la cuota de los convivientes o por el ejercicio de la acción de partición.

Por otro lado, el AUC y la convivencia de hecho solo se aproximan normativamente en ciertos aspectos precisos. En este sentido, el art. 24 LAUC establece que las referencias legislativas o reglamentarias hechas a la convivencia son extensivas al AUC. Por ejemplo, a efecto de la calidad de víctima en los ilícitos de violencia doméstica -a tenor del art. 5° de la Ley N.° 20066 que Establece la Ley de Violencia Intrafamiliar- o el derecho del testigo a negarse declarar si ello incrimina a su conviviente -establecido en el art. 37 de la Ley N.° 19968 que Crea los Tribunales de Familia-. En cambio, otras leyes han distinguido entre los derechos reconocidos al conviviente civil y al de hecho. Este es precisamente el caso del Código Procesal Penal que, ante la muerte del ofendido de un delito o su incapacidad para ejercitar sus derechos, iguala al cónyuge y al conviviente civil en la calidad de víctima y relega en ello al concubino. Del mismo modo ocurre, en opinión de parte de la doctrina, en el sistema de pensiones, en que se agrega

62 Ramos Pazos, R.: "Derecho de Familia", cit., p. 338-345.

63 Rodríguez Grez, P.: *Regímenes Patrimoniales*, Editoria Jurídica de Chile, Santiago, 2010, p. 228, http://vlex.com/source/regimenes-patrimoniales-6177.

al conviviente civil como beneficiario de las prestaciones mortuorias, pero se posterga al concubino, a quien se le exige haber vivido a expensas del causante y haber tenido hijos en común[64].

En este contexto, ha sido la jurisprudencia la que ha debido dedicarse a desarrollar las soluciones que han permitido reconocer jurídicamente las relaciones patrimoniales en las convivencias de hecho. No obstante, la judicatura no ha pretendido la construcción de un enfoque unívoco ante la falta de regulación de aquellas relaciones, sino una manera parcializada de obtener un equilibrio patrimonial entre los concubinos, a través de formas ya reconocidas por el Derecho Civil. De esta manera, los tribunales han utilizado como soluciones la remuneración por servicios prestados, la sociedad de hecho, el cuasicontrato de comunidad, el enriquecimiento sin causa, y la compensación económica[65].

Esta manera de entregar efectos jurídicos patrimoniales genera que, por una parte, el reconocimiento de la pareja de hecho esté sujeta a la contingencia de una resolución judicial favorable. Y, por otro lado, la doctrina ha afirmado que la labor llevada a cabo por la jurisprudencia, al utilizar remedios del ámbito patrimonial, ha omitido las relaciones afectivas que sirven de sustento a la convivencia de hecho[66]. Desde este punto de vista, las respuestas del Derecho chileno también "patrimonializan" esta clase de relaciones de familia, pues las someten a instituciones que están establecidas para vínculos crediticios. De igual modo ocurre en el AUC en que, aunque se reconoce que la convivencia civil genera ciertos efectos personales entre sus miembros, aquellos se diluyen en los regímenes patrimoniales establecidos. Los que simplemente no dan cuenta de la faz comunitaria del grupo familiar.

V. CONCLUSIONES.

La LAUC pretende ser un sistema normativo de carácter estatutario y exhaustivo. En este sentido, el legislador chileno buscó -a través del AUC- solucionar la presión social por reconocer y normar las convivencias estables. El enfoque de este reconocimiento sería el respeto a la autonomía personal de los convivientes, quienes "voluntariamente" se habrían marginado del matrimonio. Paralelamente, el AUC fue utilizado políticamente como válvula de escape a la negación del matrimonio igualitario.

64 Bustos Díaz, M.: "Una Mirada a los Efectos de la Ley N° 20830 sobre Acuerdo de Unión Civil", en AA. VV.: *Estudios sobre la Nueva Ley de Acuerdo de Unión Civil* (coord. por G. Hernández Paulsen y M. Tapia Rodríguez), Legal Publishing, Santiago, 2016, pp. 68-69.

65 Lepín Molina, C.: "Efectos Jurídicos", cit., p. 271.

66 Turner Saelzer, S.: "La Unión de Hecho como Institución del Derecho de Familia y su Régimen de Efectos Personales", *Ius et Praxis*, núm. 1, 2010, p. 89, https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v16n1/art04.pdf.

En relación con el primero de los fines queridos por el legislador, el AUC es un cuerpo normativo incompleto. Su propio carácter estatutario impide un encaje sistémico adecuado, pues sus reglas no reflejan la complejidad y funciones de un grupo familiar en la sociedad. Lo anterior queda en evidencia en la construcción de sus regímenes patrimoniales. Tanto la separación total de bienes como el régimen de comunidad están articulados sobre una base individualista que omite la faz colectiva y comunitaria de la familia. Este problema se agrava si se considera que los deberes personales entre los convivientes tampoco son de la entidad suficiente para poder integrar tal vacío. Por otro lado, ya que ellos están impedidos de regular de otra forma sus vínculos patrimoniales o complementar los regímenes existentes, el AUC no justifica su sustento teórico en la autonomía de las partes.

En segundo lugar, la intención del legislador de crear el AUC para mantener el contrato matrimonial como uno exclusivamente heterosexual tampoco tuvo éxito. En este sentido, las organizaciones de disidencias sexuales han continuado su actividad política y social para lograr el matrimonio igualitario. En contraposición, los tribunales chilenos han denegado toda acción y recurso para reconocer a los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en el extranjero o para su celebración en Chile. La presión internacional -proveniente, incluso, desde el sistema interamericano de protección de los derechos humanos- y nacional ha logrado que actualmente el Congreso Nacional se encuentre en la tramitación legislativa del proyecto de creación del matrimonio igualitario. No obstante, esto último no ha implicado un cambio de enfoque regulatorio en el AUC, ni tampoco un análisis crítico de las instituciones actuales del matrimonio, algunas abiertamente discriminatorias en contra de las mujeres.

Para finalizar, la existencia del AUC tampoco significó una mejora para las parejas estables de hecho. La omisión legislativa sobre este tipo de uniones ha exigido que sea la judicatura la encargada de reconocer -algunos- efectos patrimoniales a estos proyectos de vida en común. Estas soluciones parciales dadas por los tribunales comparten la perspectiva patrimonialista que sigue la LAUC. Desde este punto de partida, es imperativo incluir dentro de este cuerpo normativo normas de clausura que reconozcan el carácter de familia de las uniones de hecho y regulen mínimamente sus efectos.

BIBLIOGRAFÍA

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile: "Historia de la Ley N.° 20830 que Crea el Acuerdo de Unión Civil", Valparaíso, 2020.

Borrillo, D.: "Uniones libres, convivenciales y conyugales en el Derecho Francés", *Revista de derecho privado y comunitario. Uniones convivenciales*, núm. 1, 2014. https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01232004/document.

Bustos Díaz, M.: "Una Mirada a los Efectos de la Ley N° 20830 sobre Acuerdo de Unión Civil", en AA. VV.: *Estudios sobre la Nueva Ley de Acuerdo de Unión Civil* (coord. por G. Hernández Paulsen y M. Tapia Rodríguez), Legal Publishing, Santiago, 2016.

Carrasco, C., Borderías, C. y Torns, T.: "El Trabajo de Cuidados: Antecedentes Históricos y Debates Actuales", en AA.VV.: *El Trabajo de Cuidados. Historia, Teoría y Poíticas* (coord. por C. Carrasco, C. Borderías, y T. Torns), Catarata, Madrid, 2011.

Comisión Europea de Derecho de Familia: "Principios de Derecho de Familia Europeo Relativos a la Propiedad, los Alimentos, y los Derechos de Sucesión de Parejas en una Unión de Hecho", 2019. sec. 5:10, http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Spanish-De-Facto.pdf.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

- Acuerdo de Solución Amistosa, Caso N.° 12.433, "Sonia Arce Esparza v. Estado de Chile", 2007. https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=270873.

- Acuerdo de Solución Amistosa, Caso P-946-12, "César Antonio Peralta Wetzel y otros v. Estado de Chile", 2012. https://uprdoc.ohchr.org/uprweb/downloadfile.aspx?filename=5990&file=Annexe3.

Comisión Nacional del XVII Censo de Población y VI de Vivienda: "Censo 2002. Síntesis de Resultados", Instituto Nacional de Estadística, Santiago, 2003.

Comité Nacional de Estadísticas Vitales: "Anuario de Estadísticas Vitales, 2018. Período de Información: 2018", Instituto Nacional de Estadísticas, Santiago, 2018.

Corte Interamericana de Derechos Humanos: Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, Opinión Consultiva OC-24/17, 24 de noviembre de 2017, serie A N.° 24.

Domínguez Folgueras, M.: "La División del Trabajo Doméstico en las Parejas Españolas. Un Análisis del Uso del Tiempo", *Revista Internacional de Sociologia*, vol. 70, núm. 1, 2012 (https://doi.org/10.3989/ris.2009.08.26).contrasting the relative resources hypothesis and the doing gender approach, and considering that the type of partnership influences the equality of the housework division. In order to examine to what extent there is equality, we consider each partners' contribution to the total housework time, but also who does what: some tasks are more constraining than others and we investigate if there are gender and partnership differences specific to those tasks. We analyse the Spanish Time Use Survey (2003

González, T.: "Gobierno da la espalda al matrimonio igualitario y ratifica que no lo impulsará en el Congreso", *Diario Universidad de Chile*, 5 de septiembre de 2019, https://radio.uchile.cl/2019/09/05/gobierno-da-la-espalda-al-matrimonio-igualitario-y-ratifica-que-no-lo-impulsara-en-el-congreso/.

Hiller, R.: "En las faldas de O'Donnell: discutiendo los alcances del 'matrimonio igualitario' en Argentina", *Sociedade* e *Cultura*, vol. 15, núm. 2, 2012.

Kelsen, H.: *Teoría Pura del Derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 2009.

La Tercera: "Bachelet promulga Acuerdo de Unión Civil: 'No queremos espacio para la desprotección'". 13 de abril de 2015. https://www.latercera.com/noticia/bachelet-promulga-acuerdo-de-union-civil-no-queremos-espacio-para-la-desproteccion/.

Lepín Molina, C.:

- "Efectos Jurídicos de las Relaciones de Hecho en la Legislación Chilena", *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 11, 2019.

- "Los Nuevos Principios Del Derecho De Familia", *Revista chilena de derecho privado*, núm. 23, 2014 (https://doi.org/10.4067/s0718-80722014000200001).

Martin Casals, M.: "El derecho a la 'convivencia anómica en pareja': ¿Un nuevo derecho fundamental? ", *InDret*, núm. 3, 2012, https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/990.pdf.

Movimiento de Integración y Liberación Homosexual: *La Historia de la Unión Civil en Chile. 12 Años de Lucha para el Reconocimiento de la Diversidad Familiar. 2003-2015*, Santiago, 2015 (http://www.movilh.cl/documentacion/2015/auc/Historia-del-Acuerdo-de-Union-Civil-2003-2014.pdf).

Pariente, E.: "A Cinco Años de la Ley de Acuerdo de Unión Civil", *La Tercera*, 12 de noviembre de 2020. https://www.latercera.com/paula/a-cinco-anos-de-la-ley-de-acuerdo-de-union-civil/.

Ramos Pazos, R.: *Derecho de Familia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001.

Rioseco López, Á.: "Acuerdo de Unión Civil: ¿Regulación Patrimonial en Perjuicio de las Parejas de Hecho?", en AA.VV.: *Estudios sobre la Nueva Ley de Acuerdo de Unión Civil* (coord. por G. Hernández Paulsen y M. Tapia Rodríguez), Legal Publishing, Santiago, 2016.

Rodríguez Grez, P.: *Regímenes Patrimoniale*s, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010. http://vlex.com/source/regimenes-patrimoniales-6177.

Rodríguez, M. S.: "El acuerdo de unión civil en Chile. Aciertos y desaciertos", *Ius et Praxis*, vol. 24, núm. 2, 2018 (https://doi.org/10.4067/s0718-00122018000200139).

Solé Resina, J.: "La Regulación de la Convivencia Estable en Pareja en el Libro II del Código Civil de Cataluña", *Actualidad Civil*, núm. 8, 2011 (https://www-smarteca-es.sire.ub.edu/my-library/issues/SMTA5500).

Tapia Rodríguez, M.: "Acuerdo de Unión Civil: Una Revisión de su Justificación, Origen y Contenido", en AA. VV.: *Estudios sobre la Nueva Ley de Acuerdo de Unión Civil* (coord. G. Hernández Paulsen y M. Tapia Rodríguez), Legal Publishing, Santiago, 2016.

Turner Saelzer, S.:

- "El Acuerdo de Unión Civil: La Respuesta Legal para las Uniones de Hecho en Chile", en AA.VV.: *Anuario de Derecho Público 2015* (coord. por J. Couso), Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2015.

- "La Unión de Hecho como Institución del Derecho de Familia y su Régimen de Efectos Personales", *Ius et Praxis*, núm. 1, 2010 (https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v16n1/art04.pdf).

Verdugo Toro, J.: "Obligaciones de los Convivientes Civiles entre Sí", en AA.VV.: *Estudios sobre la Nueva Ley de Acuerdo de Unión Civil* (coord. por G. Hernández Paulsen y M. Tapia Rodríguez), Legal Publishing, Santiago, 2016.

UNA VISIÓN CRÍTICA DE LOS RECIENTES CAMBIOS EN LA LEGISLACIÓN ARRENDATICIA URBANA ESPAÑOLA

A CRITICAL VIEW OF RECENT CHANGES IN URBAN RENTAL LEGISLATION IN SPAIN

Rev. Boliv. de Derecho Nº 33, enero 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 202-227

Mª Pilar
MONTES
RODRÍGUEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 30 de noviembre de 2021

RESUMEN: El presente trabajo realiza un análisis crítico de las más recientes novedades legislativas en el Ordenamiento jurídico español en materia de arrendamientos urbanos, incluidas las medidas excepcionales adoptadas como consecuencia de la crisis sanitaria derivada de la pandemia por COVID 19.

PALABRAS CLAVE: arrendamiento urbano; arrendamiento de vivienda; arrendamiento para uso distinto del de vivienda; alquiler; vivienda; arrendador; arrendatario.

ABSTRACT: *This paper carries out a critical analysis of the most recent legislative developments in the Spanish legal system on urban leases, including the exceptional measures adopted as a result of the health crisis derived from the COVID 19 pandemic.*

KEY WORDS: *urban leasing; leasing of housing; lease for other use than housing; rental; living place; landlord tenant; lessee.*

SUMARIO.- I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.- II. LA YA LEJANA REFORMA DE 2013: LEY 4/2013, DE 4 DE JUNIO. III. LAS MÁS RECIENTES REFORMAS SOBRE MEDIDAS URGENTES EN MATERIA DE VIVIENDA Y ALQUILER.- 1. Real Decreto Ley 21/2018, de 14 de diciembre.- 2. Resolución de 22 de enero de 2019 Acuerdo de derogación RD Ley 21/2018. Sus consecuencias.- 3. Real Decreto Ley 7/2019, de 1 de marzo. La STC. 14/2020, de 28 de enero.- IV. NORMATIVA ARRENDATICIA ESPECIAL COVID 19.- 1. Arrendamiento de vivienda.- A) *Real Decreto Ley 11/2020, de 31 de marzo y sus modificaciones*.- 2. Arrendamiento para uso distinto del de vivienda.- *A) Real Decreto Ley 15/2020, de 25 de abril. B) Real Decreto Ley 35/2020, de 22 de diciembre*.- 3. Derecho de arrendadores y propietarios a la compensación. V. ¿NUEVA LEY DE VIVIENDA?

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

El arrendamiento urbano ha sido, desde siempre, una institución jurídica de gran importancia social y, por tanto, de especial relevancia práctica, en la medida en que a través de este contrato pueden los ciudadanos satisfacer, por un lado, su necesidad permanente de una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE), incluso en un país donde la opción preferida para cumplir tal finalidad ha sido habitualmente la compraventa, y, por otro, ejercitar la libertad de empresa utilizando el inmueble arrendado para tal fin. Su utilidad social y económica ha motivado también que haya sido un instrumento más o menos usado por los legisladores para corregir y dinamizar o limitar el mercado inmobiliario, especialmente en tiempos de crisis.

Ello ha llevado a significativos cambios en su regulación desde su inclusión en el Código civil en 1889, pero ha sido en los últimos tiempos, debido a la importante crisis económica sufrida a finales de la primera década del Siglo XXI, cuando su régimen jurídico ha sufrido notables modificaciones, desgraciadamente no siempre con la técnica legislativa adecuada lo que en una materia tan utilizada genera singulares problemas de seguridad jurídica.

La vigente Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos ha sufrido en los 10 últimos años importantes reformas que perseguían dotar a este instrumento jurídico de mayor flexibilidad y que generaron un incremento del número de contratos de arrendamiento de vivienda y un despegue del alquiler turístico como alternativa más económica para el turista que el establecimiento hotelero. Ese aumento tanto de los contratos de alquiler (y su menor duración) como la competencia de los arrendamientos turísticos provocó, como efecto

• Mª Pilar Montes Rodríguez
Mª Pilar Montes Rodríguez se licenció en Derecho en la Facultad de Derecho de Valencia, en 1988, se doctoró en la misma Universidad en 1998 con una tesis dirigida por el Dr. Ballarín Hernández sobre la integración de la oferta publicitaria en el contrato. Es profesora Titular de Escuela Universitaria en el Departamento de Derecho civil de la Universitat de València desde 1998 y ha colaborado en numerosos proyectos de investigación sobre protección de la clientela bancaria, fraude electrónico especializándose en derecho contractual y protección de los consumidores y usuarios.

pernicioso para el arrendatario, una generalizada elevación de las rentas, más importante en grandes ciudades o en lugares en los que el mercado de alquiler era escaso. Y a todo ello cabe unir, en el último año, los efectos de una crisis sanitaria mundial debida a la pandemia por COVID 19 que ha exigido, en nuestro país, la adopción de medidas excepcionales de carácter temporal para intentar paliar en la medida de lo posible los efectos económicos y sociales de la misma sobre los arrendamientos tanto de vivienda como para un uso diferente del de vivienda.

II. LA YA LEJANA REFORMA DE 2013: LEY 4/2013, DE 4 DE JUNIO.

El primero de estos cambios normativos fue introducido por la Ley 4/2013, de 4 de junio (en adelante Ley 4/2013). Perseguía, según su Exposición de Motivos, flexibilizar el mercado de alquiler (dada la alta tasa de propiedad y el reducido número de población, un 17% en ese momento, con vivienda arrendada) para lograr su necesaria dinamización.

Este objetivo se pretendía cumplir, en primer lugar, modificando el régimen jurídico aplicable contemplado en el art. 4, reforzando la libertad de pactos. En este sentido el Art. 1º uno Ley 4/2013 modificó el art. 4 LAU, en especial el apartado 2 en el que se afirmó que los arrendamientos de vivienda se regirán por los pactos, cláusulas y condiciones determinados por la voluntad de las partes en el marco de lo establecido en el Título II de la presente ley y, supletoriamente por lo dispuesto en el Código civil.

No obstante, esta alteración del tenor literal de la norma, con una dicción más que criticable[1], a mi juicio no cambió realmente el marco jurídico del Título II, de carácter esencialmente semi imperativo y concretado en su art. 6[2], que no fue modificado[3] y en el que se siguieron declarando nulas las estipulaciones que modificaran, en perjuicio del arrendatario, las normas de ese título, salvo en los casos en que la propia norma expresamente lo autorizara. En realidad, el nuevo art. 4.2 LAU puso de relieve que, en el imperativo y protector régimen normativo del

1 El texto definitivo introdujo el contenido de una enmienda transaccional a las enmiendas nº 4 del GP Izquierda Plural, nº 84 del GP Vasco (EAJ-PNV) y nº 131 GP Socialista

2 En esta línea se pronunció respecto del Proyecto Costal Rodal, L.: "Arrendamiento de vivienda: derechos del arrendatario y naturaleza de las normas, según la proyectada reforma de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos", *RDACMI*, núm. 2/2013, p. 3, no puede afirmarse con rotundidad el carácter dispositivo de las normas del Título II LAU. Por aplicación de ese art. 6, las partes no podrán modificar en perjuicio del arrendatario lo dispuesto en el Título II LAU, salvo que la propia norma expresamente lo autorice. El Título II LAU seguirá conteniendo, aun después de la reforma, las normas de protección del arrendatario de vivienda, inderogables por la voluntad de las partes, salvo que la propia norma expresamente lo autorice. Lo que obligará a repasar, uno a uno, los nuevos preceptos del Título II LAU para averiguar si se dota a los mismo de un contenido dispositivo o si, por el contrario, el precepto en cuestión mantiene el carácter imperativo de antaño.

3 Al comentar el Proyecto de Ley Carrasco Perera, Á.: "Comentarios al Proyecto de Ley de Reforma de los Arrendamientos de vivienda", *Revista CESCO* núm. 4, 2012, p. 121, señalaba que para restituir el arrendamiento de vivienda al reino de la libertad contractual debería derogarse el art. 6, algo que el proyecto olvidaba aunque suponía que el error sería subsanado durante el proceso legislativo. Esto evidentemente no sucedió.

arrendamiento de vivienda, se habían introducido nuevas excepciones dispositivas, que permitían pactos hasta entonces vedados entre arrendador y arrendatario, en la medida en que eran objetivamente perjudiciales para el arrendatario como, por ejemplo, la modificación introducida en el art 25.8 que permitía el pacto de renuncia del arrendatario al derecho de adquisición preferente, o el apartado 4 del art. 16 que permitió con condiciones el pacto de no subrogación en caso de muerte. Pero la regla general siguió siendo el carácter imperativo de las normas, que sólo permitiría el pacto beneficioso para el arrendatario (art. 6 LAU).

En segundo lugar y con idéntica finalidad flexibilizadora, se redujo la duración de la prórroga obligatoria para el arrendador del contrato de arrendamiento de vivienda de 5 a 3 años (art. 9) y de 3 a 1 la prórroga tácita (art. 10), lo que, según la E.M Ley 4/2013, permitiría adaptarse a arrendadores y arrendatarios a eventuales cambios en sus circunstancias personales pero que produjo, como consecuencia, una mayor rotación en los arrendamientos con un importantísimo incremento de las rentas, sobre todo en grandes ciudades.

Y en la misma línea se dictaron medidas dirigidas a facilitar el cese sobrevenido del contrato de arrendamiento, mediante la recuperación del inmueble por el arrendador, transcurrido un año de contrato, sin necesidad de previsión expresa en el mismo (art. 9.3) y mayores facilidades para el desistimiento del arrendatario, transcurridos 6 meses del inicio del contrato (art. 11).

Además, y en aras de la supuesta defensa de la seguridad del tráfico jurídico, en el art. 13 se permitió la extinción automática del contrato cuando decayera el derecho del arrendador, fuera tan sólo de goce o de propiedad en los casos en que se ejercitara un derecho de retracto convencional, de opción de compra, apertura de sustitución fideicomisaria o enajenación forzosa por ejecución hipotecaria o sentencia judicial. En la misma línea el art. 14 admitía que al adquirente de la vivienda arrendada que ostentara los requisitos del art. 34 LH, sólo le serían oponibles, y por tanto no se extinguirían, los arrendamientos inscritos en el Registro de la Propiedad[4],

4 Para Torres López, A.: "13 puntos relevantes del nuevo Real Decreto-Ley 7/2019 de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler", blog.sepin/2019/03/13-puntos -relevantes-rdl-2019-vivienda-alquiler, p. 4, la cuasi necesaria inscripción fue una novedad introducida por la Ley 4/2013, que se ha demostrado totalmente alejada de la realidad. Nadie discute que el Registro de la Propiedad es el mejor garante de la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario, sin embargo, especialmente en el caso de las viviendas, dichos contratos, dada la sencillez de los mismos, no suelen acceder al Registro siendo la sanción por la falta de inscripción totalmente desproporcionada y claramente perjudicial para la parte más débil del contrato.

algo que repetía el apartado 2 del art. 7 y que fue muy criticado por la doctrina[5]. Si la finca no aparecía inmatriculada en el RP, sería de aplicación el art. 1571 CC.[6]

Entre los aciertos cabe citar en primer lugar uno que, en otras circunstancias resultaría obvio, y es su tramitación como proyecto de Ley y su aprobación como Ley ordinaria. Este instrumento normativo no ha vuelto a ser utilizado hasta el momento con el resto de modifícaciones del régimen jurídico de los arrendamientos urbanos, que han utilizado de manera generalizada el Real Decreto Ley, con mayor o menor fortuna.

La reforma de 2013 también introdujo un apartado e) al art. 5, que incluía entre los arrendamientos excluidos a los denominados arrendamientos turísticos, con la finalidad de evitar situaciones de intrusismo y competencia desleal.[7] Por tanto, entendió excluidos el nuevo apartado los contratos que consistieran en la cesión temporal (y onerosa[8]) de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales

5 Así respecto del Proyecto, Carrasco Perera, Á.: "Comentarios al Proyecto de Ley…", cit., p. 126, para quien la verdadera estrella de la reforma no es otra que la final claudicación del régimen arrendaticio frente a quienes de antiguo -y más en los tiempos de miseria que corren-han estado presionando para llevar el gato del inquilinato al agua del Registro de la Propiedad. Para conseguirlo se pretende "normalizar" el estatuto jurídico existente, para que el arrendamiento de vivienda se someta "al régimen general establecido por nuestro sistema de seguridad del tráfico jurídico inmobiliario". En la misma línea Fuentes-Lojo Rius, A:: "El nuevo Real Decreto Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler: aspectos arrendaticios de derecho sustantivo y procesal" El Derecho, 5-03-2019, p. 2, al afirmar que no debemos olvidar que a pesar de los pomposos términos utilizados en la Exposición de Motivos de la Ley 4/2013, la voluntad del legislador fue la de facilitar que las entidades bancarias pudieran vender todos los activos inmobiliarios acumulados por la crisis hipotecaria de forma ágil y evitando las pérdidas de valor inherentes a la venta de un activo inmobiliario con ocupante. Para ello se estableció en su art. 7.2 LAU el principio de oponibilidad registral del art. 32 LH de tal forma que si el arrendatario no tenía su título inscrito en el RP el contrato de arrendamiento se extinguía *ope legis* en caso de enajenación voluntaria (compraventa) o forzosa (ejecución hipotecaria) aunque si bien ello quedaba matizado, aunque de forma algo confusa, por el nuevo redactado del art. 14 LAU en cuanto a las enajenaciones voluntarias. Se impuso en dicha reforma el principio de publicidad registral y no el de publicidad legal, como hasta entonces.

6 Para Fuentes-Lojo Rius, A.: "El nuevo Real Decreto Ley 7/2019,…", cit., p. 2, la lógica decimonónica del principio legal de *venta quita renta* del art. 1571 CC se impuso sin tener en cuenta que, más allá de estar ante un contrato de arrendamiento de cosa del Código civil, estamos ante una vía de acceso del ciudadano a la vivienda.

7 Muy crítico con estos argumentos se muestra, Carrasco Perera, Á.: "Comentarios al Proyecto de Ley…", cit., pp. 120 y 121, al hablar de disparatada justificación que la EM ofrece para esta novedad. Para este autor, por la cautela que evite que se produzcan situaciones de intrusismo y competencia desleal, se expulsa estos arrendamientos del ámbito de la LAU para su regulación en la normativa sectorial, que era precisamente lo que estaba ya ocurriendo, "con el agravante que "la normativa sectorial" específica a que se refiere es un conjunto de reglamentaciones aisladas de las CCAA sobre arrendamientos turísticos, que no contienen un régimen jurídico civil". En la misma línea Guilarte Gutiérrez, V.: "Comentario al art. 5", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (dir. por F. Crespón Allué y V. Guilarte Gutiérrez), Thomson Reuters Lex Nova, 1ª ed., Pamplona, 2014, p. 107. La enmienda núm. 85 (BOCG, Congreso de los Diputados, X legislatura, serie A: Proyectos de Ley, Enmiendas e índice de enmiendas al articulado, de 12 de febrero de 2013, p. 65) presentada por el Grupo Parlamentario vasco (EAJ-PNV) solicitaba la supresión del art. 5 e), por entender que excluir esta modalidad del ámbito de aplicación de la Ley es incongruente con los objetivos que persigue la Ley.

8 Sobre la necesaria onerosidad para que se produzca la exclusión me pronuncié en Montes Rodríguez, Mª. P.: "El arrendamiento turístico en la Comunidad Valenciana", *A.J.I.,* núm. 4, febrero 2016, p. 203 y ss, y en especial 205 al delimitar los requisitos que debía cumplir tal arrendamiento turístico

de oferta turística y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial de carácter autonómico[9].

La redacción del art. 15 se modificó, a efectos de incluir de manera específica la doctrina jurisprudencial[10] de la subrogación contractual *ope legis* en favor del cónyuge adjudicatario, siempre que se cumplan los requisitos (comunicación al arrendador en el plazo de dos meses desde la notificación de la resolución) exigidos en el precepto.

También resultó apropiada la introducción en el art. 17 de un nuevo apartado 5, que reconocía expresamente la posibilidad de pactar la sustitución del pago de la renta por el compromiso del arrendatario de reformar o rehabilitar el inmueble, esto es que el pago de la renta en dinero o signo que lo represente se pueda hacer en especie[11]. Una suerte de arrendamiento *ad miliorandum,* En principio tal pacto era admisible con anterioridad, en la medida en que no era objetivamente perjudicial para el arrendatario y, por tanto, estaba permitido por el art. 6. Pero resulta muy interesante que tal posibilidad se concrete expresamente delimitando su ámbito de actuación y efectos.

Otras modificaciones se introdujeron en el apartado primero del art. 18 al establecer, en defecto de pacto expreso, una actualización automática de la renta, aplicando a la misma la variación porcentual del IPC de los 12 meses anteriores, regla que, en un escenario de inflación, favorecía al arrendador manteniendo el valor adquisitivo de la renta, en el apartado 1 del art. 19 en el que, sin mejorar la confusa redacción, redujo a 3 años el plazo de duración del contrato para que pudiera elevarse la renta por mejoras y en el apartado 2 del art. 20 donde se limitó el incremento máximo de la suma de gastos generales a abonar por el arrendatario, con excepción de los tributos, al doble de lo que lo hiciera la renta de acuerdo con el art. 18.1.

También se introdujeron cambios en relación con las obras a realizar por arrendador y arrendatario, especialmente acertados en el art 23 en cuyo

9 El Estado español había regulado esta materia a través del RD 2877/1982, de 15 de octubre, de ordenación de apartamentos turísticos y viviendas vacacionales, que fue derogado por el RD 39/2010, de 15 de enero. La razón que justificaría la derogación de la normativa estatal en favor de la de las Comunidades autónomas radica, según la EM del mencionado Real Decreto, en la entrada en vigor de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que incorpora al derecho español la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior. Una crítica sobre esta dejación de funciones dado que no siempre existe normativa autonómica de aplicación en Montes Rodríguez, Mª. P.: "El arrendamiento turístico…", cit., pp. 206 a 210. En la CCAA Valenciana se ha dictado recientemente el Decreto 10/2021, de 22 de enero, del Consell, de aprobación del Reglamento regulador del alojamiento turístico en la Comunitat Valenciana.

10 En este sentido STS 18 de enero 2010 y STS 587/2015, de 26 de octubre (RJ 2015, 5608).

11 Carrasco Perera, Á.: "Comentarios al Proyecto de Ley…", cit., p. 121, se muestra muy crítico con esta modificación: "no se comprende qué urgencia había de reformar la LAU para dar entrada a una norma tan peregrina, que puede tener algún sentido en el arrendamiento de solar *ad meliorandum* o en un arrendamiento de local de negocio, pero es poco concebible en un arrendamiento de vivienda. Mas lo serio es que la figura atípica desentona con la totalidad del régimen arrendaticio."

apartado 1 se dejó meridianamente claro (a diferencia de la criticable redacción inicial) que, en ningún caso,[12]el arrendatario podría realizar obras que provocaran una disminución en la estabilidad o seguridad de la vivienda. Si, infringiendo esta prohibición, se realizaren, el arrendador podrá exigir de inmediato al arrendatario la reposición de las cosas al estado anterior. Los cambios en el art. 24 fueron de terminología y límites, pues en coherencia con lo anterior, impedía aquellas obras de adaptación a la discapacidad o ancianidad que disminuyeran la estabilidad o seguridad o afectaran a elementos comunes del edificio.

Además, y como ya se señaló con anterioridad, se modificó el apartado 8 del art 25, permitiendo el pacto de renuncia del arrendatario de vivienda al derecho de adquisición preferente y se introdujo un apartado 4 al art. 27 sobre la resolución pactada en arrendamientos inscritos en el Registro de la Propiedad.

En coherencia con los cambios apuntados, el Título III modificó acertadamente el art. 35 permitiendo la resolución del contrato de arrendamiento para uso distinto del de vivienda por el arrendador por la realización por el arrendatario de daños causados dolosamente en la finca o de obras no consentidas por el arrendador cuando el consentimiento de éste sea necesario, supuesto incluido en el apartado d) del art. 27. Además, en el Título IV el art. 36, dedicado a la fianza, modificó los plazos contemplados en sus apartados 2 y 3.

III. LAS MÁS RECIENTES REFORMAS SOBRE MEDIDAS URGENTES EN MATERIA DE VIVIENDA Y ALQUILER.

1. Real Decreto Ley 21/2018, de 14 de diciembre.

Con posterioridad, a finales de 2018, sin que se hubieran cumplido las expectativas de la reforma de 2013 y con un mercado de alquiler con precios mucho más elevados por la menor oferta, se dicta por el Gobierno, con una más que dudosa técnica legislativa el Real Decreto-ley 21/2018, de 14 de diciembre (en adelante (RDL 21/2018), de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler.

Su EM intentaba justificar la extraordinaria y urgente necesidad exigida por el art. 86 CE en cinco motivos intrínsecamente vinculados entre sí. El primero, la grave situación de vulnerabilidad económica y social de un gran número de familias y hogares para afrontar los pagos de la vivienda alquilada. El segundo, el desigual y heterogéneo comportamiento del mercado de alquiler, con incremento de precios

12 En el texto original del apartado primero del art. 23 se decía que "el arrendatario no podrá realizar sin consentimiento del arrendador, expresado por escrito, obras que modifiquen la configuración de la vivienda o de los accesorios a que se refiere el apartado 2 del art. 2, o que provoquen una disminución en la estabilidad o seguridad de la misma". Por tanto, era admisible la realización de obras por el arrendatario que provocaran una disminución de la estabilidad o seguridad si eran consentidas por escrito por el arrendador.

en lugares en los que la creciente demanda de alquiler de vivienda competía con el fenómeno en expansión del arrendamiento turístico a través de plataformas P2P. El tercero, la escasez del parque de vivienda social. El cuarto, conectado con los tres anteriores, el incremento del número de desahucios vinculados a un contrato de alquiler. Y el quinto y último, la necesidad de responder desde el ámbito de la vivienda a las deficiencias de accesibilidad que sufren las personas con discapacidad y movilidad reducida, en un contexto de progresivo y alarmante envejecimiento de la población.

Todas estas circunstancias, que ya se prolongaban en los últimos años, justificarían para el Gobierno, desde un punto de vista formal la extraordinaria y urgente necesidad requerida para el instrumento utilizado[13], el Decreto Ley (art. 86 CE) y desde un punto de vista material la ampliación del periodo de duración "obligatoria" del contrato de arrendamiento de vivienda a 5 años (periodo originario en la LAU 1994) si el arrendador es persona física ampliable a 7 años si es persona jurídica.

No obstante ninguna de las medidas adoptadas en el mismo afectaban a la libre determinación de la renta por las partes, tal y como señala el no modificado art. 17 LAU y por tanto no establecía específicas medidas que corrigieran la elevación excesiva de las rentas en el arrendamiento de vivienda[14].

El RDL 21/2018 modificó, en el Título I LAU, de nuevo el texto del art. 4.2, sin rectificar el criticable inciso primero relativo al régimen jurídico aplicable a los arrendamientos de vivienda, pero incorporando una excepción respecto a las viviendas suntuarias,[15] a las que aplica un régimen jurídico diferente al resto de arrendamientos de vivienda, pues se regirán por la voluntad de las partes, en su

13 Cierto es que este instrumento normativo ya había sido utilizado en esta materia. En este sentido cabe recordar el Real Decreto Ley 2/1985, de 30 de abril, sobre medidas de política económica (el llamado Decreto Boyer) que suprimió la prórroga forzosa en los contratos de arrendamiento de vivienda sometidos al TRLAU 1964

14 En este sentido la EM afirmaba: "Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, y sin perjuicio de que futuras iniciativas legislativas puedan completar la regulación en materia de vivienda, abordando los aspectos estructurales, los principios generales y las garantías que aseguren la igualdad en el ejercicio de este derecho en el conjunto del Estado, resulta imprescindible la adopción urgente de una norma con rango de ley que permita la modificación de diferentes disposiciones normativas para adoptar determinadas medidas que cuentan con un alto grado de consenso social y no admiten demora, al afectar al ejercicio del derecho constitucional a una vivienda digna y adecuada de muchos hogares."

15 El art. primero uno del Real Decreto-ley 21/2018, de 14 de diciembre, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler. modificó el apartado 2 del art. 4 en los siguientes términos: «2. Respetando lo establecido en el apartado anterior, los arrendamientos de vivienda se regirán por los pactos, cláusulas y condiciones determinados por la voluntad de las partes, en el marco de lo establecido en el título II de la presente ley y, supletoriamente, por lo dispuesto en el Código Civil. Se exceptúan de lo así dispuesto los arrendamientos de viviendas cuya superficie sea superior a 300 metros cuadrados o en los que la renta inicial en cómputo anual exceda de 5,5 veces el salario mínimo interprofesional en cómputo anual y el arrendamiento corresponda a la totalidad de la vivienda. Estos arrendamientos se regirán por la voluntad de las partes, en su defecto, por lo dispuesto en el Título II de la presente ley y, supletoriamente, por las disposiciones del Código Civil.» Con idéntico texto se reprodujo en el art. primero uno del Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler

defecto, por lo dispuesto en el Título II de la presente ley y, supletoriamente, por las disposiciones del Código Civil. Con ello se excluiría la aplicación automática del art. 6 al arrendamiento de vivienda suntuaria en la medida en que permitiría, en cualquier caso, los acuerdos de las partes perjudiciales para el arrendatario de vivienda suntuaria al que, aunque satisfaga su necesidad permanente de vivienda, no se le protege como al resto.

También se alteró de nuevo el tenor literal del art. 5 e), ampliando la exclusión de los arrendamientos turísticos. En efecto, en el art primero dos del Real Decreto-ley 21/2018 se dio una nueva redacción al apartado e): La cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística o por cualquier otro modo de comercialización o promoción, y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial turística.

Especialmente el RDL 21/2018 introdujo cambios en el Título II LAU, dedicado al arrendamiento de vivienda, tendentes a proteger en mayor medida al arrendatario, aumentando su duración obligatoria, al imponer a voluntad del arrendatario, una prórroga forzosa durante 5 años (plazo inicial LAU 1994) si el arrendador era persona física o 7 si era jurídica. Además, opta por el mantenimiento del contrato, aunque cambie el arrendador, al imponer en los supuestos de arrendamiento inscrito en el Registro de la Propiedad el derecho de prórroga legal del arrendatario, frente a terceros adquirentes que reunieran los requisitos del art. 34 LH (art. 10.2), en aparente coherencia con el apartado segundo del art. 7, y sin modificar lo dispuesto en los arts. 13 y 14, lo que planteaba dudas respecto de su aplicación.

Así mismo, cambió la redacción del art. 16.4, permitiendo el pacto de no subrogación en caso del fallecimiento del arrendatario, sólo si había transcurrido el primer periodo de prórroga (5 0 7 años).

La modificación del art. 18 cambió radicalmente el régimen jurídico aplicable en relación a la actualización de la renta. Si tras la reforma de 2013, la actualización era automática, el RDL 21/2018 optó por la solución contraria: en defecto de pacto expreso, no se aplicaría revisión de rentas a los contratos. Evidentemente esta regla sólo favorecía al arrendatario si hay inflación.

El art. 19 también sufrió alteraciones en toda su redacción, no sólo respecto del plazo (antes de 3 años y ahora de 5 o 7 años) necesario para la realización de obras de mejora con derecho a elevar la renta, sino que añade un apartado 4º en el que se dispone que en cualquier momento desde el inicio de la vigencia del contrato de arrendamiento y previo acuerdo entre arrendador y arrendatario, podrán realizarse obras de mejora en la vivienda arrendada e incrementarse la

renta del contrato, sin que ello implique la interrupción del periodo de prórroga obligatoria establecido en el art. 9 o de prórroga tácita a que se refiere el art. 10 de la presente Ley, o un nuevo inicio del cómputo de tales plazos. En todo caso, el alcance de las obras de mejora deberá ir más allá del cumplimiento del deber de conservación por parte del arrendador al que se refiere el art. 21 de esta Ley, y sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados anteriores y de la indemnización que proceda en virtud del art. 22.

Y, asimismo sufrieron modificación varios apartados del art. 20. En el primero se introdujo un último inciso en el que los gastos de gestión inmobiliaria y de formalización del contrato serían a cargo del arrendador cuando este fuera persona jurídica, salvo en el caso de aquellos servicios que hubieran sido contratados por iniciativa directa del arrendatario. Y en el segundo se cambiaron los plazos (5 años si arrendador persona física y 7 si persona jurídica) manteniendo que, durante los mismos, sólo se podrían, por acuerdo de las partes, elevar anualmente los gastos a los que se refiere el apartado 1, con excepción de los tributos y nunca en un porcentaje superior al doble del que pueda elevarse la renta.

El último de los preceptos del Título II LAU modificados por el RDL 21/2018 fue el art. 25 en su apartado 7, en el que se introdujo un nuevo inciso en el que en los casos en que no hubiera derecho de tanteo y retracto a favor del arrendatario por enajenar conjuntamente todas las viviendas o locales propiedad del arrendador o de manera conjunta con otros propietarios, la legislación de vivienda podría establecer un derecho de tanteo respecto de la totalidad del inmueble en favor del órgano que designe la Administración competente en materia de vivienda, que normalmente sería autonómica.

En el Título IV también se modificó nuevamente el art. 36 dedicado a la fianza., en el que además de los plazos, se introdujo un segundo inciso en el apartado 5 relativo a las garantías de cumplimiento del arrendatario limitando su valor en el caso del arrendamiento de vivienda a dos mensualidades de renta.

2. Resolución de 22 de enero de 2019 Acuerdo de derogación RD Ley 21/2018. Sus consecuencias.

El mencionado R D Ley 21/2018, publicado en el BOE de 18 de diciembre 2018 entró en vigor al día siguiente y su vigencia se mantuvo durante 26 días puesto que no logró su convalidación por el Congreso, tal y como exige el art. 86 CE. Por Resolución de 22 de enero de 2019, del Congreso de los Diputados, se ordenó la publicación en el BOE (día 24) del Acuerdo de derogación del Real Decreto-ley 21/2018, de 14 de diciembre, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler. Con ello se produjo una vuelta a la vigencia de la LAU en su texto

derivado de la Ley de 2013, lo que generó una importantísima inseguridad jurídica entre quienes pretendían celebrar un contrato sujeto a esta Ley[16].

3. Real Decreto Ley 7/2019, de 1 de marzo. La STC. 14/2020, de 28 de enero.

El impás duró poco más de un mes porque el Gobierno español, que en ese momento se encontraba en funciones, al estar disueltas las Cortes Generales por la convocatoria de elecciones, volvió a dictar por razones de urgente necesidad[17] una norma con rango de ley, el Real Decreto Ley 7/2019 de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler (en adelante RDL 7/2019), que en esta ocasión si obtuvo la necesaria convalidación. Las razones para utilizar tal instrumento eran las mismas que aparecían en el RDL 21/2018 a pesar de su fracaso y las críticas doctrinales se multiplicaron[18].

Y al hilo de la discusión planteada en torno a la técnica legislativa utilizada, en abril de 2019 102 diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados interpusieron recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler. El recurso se dirigió en primer lugar contra todo el RDL 7 /2019, por no respetar el presupuesto habilitante del art.86.1 CE, "extraordinaria y urgente necesidad" y además contra determinados preceptos por no cumplir bien "la conexión de sentido" con ese presupuesto habilitante exigida por el TC o por no hacerlo con la necesidad de no afectar a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el T. I.

La STC 14/2020, de 28 de marzo[19] desestimó el primer motivo del recurso planteado contra todo el Real Decreto Ley 7/2019, de 1 de marzo, que solicitaba la declaración íntegra de inconstitucionalidad por no concurrir el presupuesto

16 Para Torres López, A.: "13 puntos relevantes…", cit., p. 2, la situación no puede más que calificarse de esperpéntica, no podemos olvidar que nos hallamos ante el sexto régimen jurídico aplicable a los contratos de arrendamiento, con algunos de ellos, como es el caso del anterior Real Decreto Ley 21/2018, que regirá solamente para los contratos celebrados en un periodo tan corto de tiempo como es el que transcurre entre el 19 de diciembre de 2018 y el 22 de enero de 2019. Igualmente puede utilizarse aquel calificativo si observamos como el instrumento de nuevo utilizado al efecto es el Real Decreto-ley, que además ahora debe ser convalidado, no por el Congreso de los Diputados sino por la Diputación Permanente, lo que puede llegar a poner en tela de juicio, aún más, la constitucionalidad del mismo

17 Quicios Molina, Mª. S.: "Las reformas de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 2013 y 2019. Particular atención al juicio de desahucio, el registro de arrendamientos morosos y el régimen transitorio. Medidas adoptadas durante el estado de alarma por el COVID-19", en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos urbanos* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), 7ª ed., Aranzadi, 2020, p. 25.

18 Así Martín-Zamorano, J. M.: "Comentarios al Real Decreto-Ley 7/2019, de medidas urgentes en materia de alquiler y vivienda", https://almacendelderecho.org/comentarios-al-real-decreto-ley-72019-de-medidas-urgentes-em -materia-de-alquiler-y-vivienda, p. 2 donde señala que es incomprensible que se pretenda la reforma del alquiler de vivienda sin haber realizado y publicado previamente un estudio profundo de la situación actual del mercado y del efecto que las medidas incluidas en él puede tener sobre el mismo. Además, apunta el citado autor en relación el uso del Real Decreto-Ley, que las circunstancias de gravedad o urgencia que se indican en la E.M. no justifican prescindir de los trabajos legislativos previos que esta norma exige.

19 TOL 7.753.420.

habilitante del art. 86.1 CE, esto es la situación de e*xtraordinaria y urgente necesidad.* En su análisis el Alto Tribunal partió de su consolidada jurisprudencia sobre la materia, iniciada con la STC 29/1982, entendiendo que el control del presupuesto habilitante del art. 86.1 CE exige primero, que el Gobierno haga una definición "explícita y razonada" de la situación concurrente, y segundo, que exista además una "conexión de sentido" entre la situación definida y las medidas que en el decreto-ley se adopten.

En cuanto al primero de los requisitos la sentencia afirma que "el concepto de «extraordinaria y urgente necesidad» que emplea el art. 86.1 CE no constituye «una cláusula o expresión vacía de significado dentro de la cual el lógico margen de apreciación política del Gobierno se mueva libremente sin restricción alguna, sino, por el contrario, la constatación de un límite jurídico a la actuación mediante decretos-leyes» [entre las más recientes, SSTC 61/2018, de 7 de junio, FJ 4 a), y 152/2017, de 21 de diciembre, FJ 3, ambas con cita de otras]. Y por eso hemos dicho que «sin perjuicio del peso que en la apreciación de lo que haya de considerarse como caso de extraordinaria y urgente necesidad haya de concederse al juicio puramente político de los órganos a los que incumbe la dirección del Estado, es función propia de este Tribunal el aseguramiento de estos límites, la garantía de que en el ejercicio de esta facultad, como cualquier otra, los poderes públicos se mueven dentro del marco trazado por la Constitución, de forma que este Tribunal puede, en supuestos de uso abusivo o arbitrario, rechazar la definición que los órganos políticos hagan de una situación determinada como de 'extraordinaria y urgente necesidad' y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad por inexistencia del presupuesto habilitante por invasión de las facultades reservadas a las Cortes Generales por la Constitución» (por todas, STC 18/2016, de 4 de febrero, FJ 3, con cita de otras anteriores). Es verdad que hemos dicho también, como recuerda el Abogado del Estado, que el control de este Tribunal es un «control externo, en el sentido de que debe verificar, pero no sustituir, el juicio político o de oportunidad que corresponde al Gobierno» [SSTC 61/2018, FJ 4 b), y 142/2014, de 11 de septiembre, FJ 3, citadas por el abogado del Estado en sus alegaciones], pero ello no significa que no pueda cuestionarse ante este Tribunal la veracidad de los datos o afirmaciones efectuadas por el Gobierno para justificar la existencia de una situación de extraordinaria y urgente necesidad. Con la doctrina del «control externo» se trata simplemente de deslindar el control político o de oportunidad, que este Tribunal tiene vedado, del control estrictamente jurídico que debe verificar (art. 27 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), teniendo siempre presente para este último el necesario «margen de apreciación» que debe reconocerse al Gobierno como órgano de dirección política cuando de decisiones de esta naturaleza se trata".

Partiendo de estas premisas, la Sentencia entra a valorar la descripción explicita y razonada de la situación de *extraordinaria y urgente necesidad* ofrecida por el Gobierno tanto en la Exposición de Motivos del propio Real Decreto 7/2019, como de los argumentos utilizados por el Ministro de Fomento el 3 de abril de 2019 en el debate de convalidación ante la Diputación Permanente del Congreso así como en la Memoria del análisis de impacto normativo aportada por el Gobierno en su escrito de alegaciones.

De todos estos argumentos, entiende el TC que debe realizar una valoración conjunta, para extraer esa conexión de sentido entre la situación definida y las medidas que se adopten, aunque "cuando se recurre el real decreto-ley en su conjunto no es posible, por tanto, aislar uno por uno los motivos invocados por el Gobierno para, desacreditándolos individualmente, concluir que no existe una situación de las características exigidas («extraordinaria y urgente necesidad»). En estos casos, la perspectiva ha de ser de conjunto, y desde esta aproximación, la situación descrita por el Gobierno se mantiene dentro de los márgenes de apreciación que deben reconocérsele para hacer uso de la potestad legislativa excepcional del art. 86.1 CE".

Por tanto, concluye el Alto Tribunal señalando que "es una situación acreditada de manera suficiente en este proceso y que reúne las características del art. 86.1 CE que legitiman a un Gobierno para revertirla o corregirla con urgencia, más rápidamente que mediante la aprobación de una ley formal en el parlamento, como se defiende en la memoria del análisis de impacto normativo antes transcrita [*supra*, fundamento jurídico 3, letra c), apartado tercero], ante los perjuicios concretos, precisos y determinados que para esas familias y hogares produce la situación actual y el retraso en la tramitación de esa ley en el parlamento (para una norma parecida, STC 93/2015, de 14 de mayo, sobre el Decreto-ley del Gobierno de Andalucía 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda, FJ 9). En realidad, los recurrentes no cuestionan la existencia de esta situación, sino su importancia, es decir, la decisión misma de actuar con urgencia mediante real decreto-ley. Pero ello representa una valoración esencialmente política de ordenación de prioridades de actuación que este Tribunal no puede enjuiciar".

Partiendo pues de la constitucionalidad, aunque discutible oportunidad, de la opción legislativa elegida, cabe señalar en su defensa que en el RDL 7/2019 los cambios no coincidieron exactamente con los de su precedente, sino que la nueva norma intentó corregir algunas de las deficiencias más flagrantes de su predecesor.

En efecto, en coherencia con la filosofía que preside la nueva normativa, dirigida a la protección del arrendatario mediante el mantenimiento del contrato durante el periodo de prórroga legal, aunque cambie la titularidad del bien arrendado, se

suprimieron por un lado el apartado 2º del art. 7, en el que se señalaba que en todo caso, para que los arrendamientos concertados sobre fincas urbanas surtieran efecto frente a terceros que hubieran inscrito su derecho, dichos arrendamientos deberían inscribirse en el Registro de la Propiedad[20], y por otro el apartado 4º del art. 9 [21]y el apartado 2º del art. 10[22].

Además, y en concordancia con lo anteriormente expuesto, se modificaron tanto el art. 13 como el 14. En el primero se suprime la extinción automática del contrato si durante toda su duración se resuelve forzosamente el derecho del arrendador por el ejercicio de un retracto convencional, la apertura de una sustitución fideicomisaria, la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o de sentencia judicial o el ejercicio de un derecho de opción de compra y, por tanto, todas las referencias en su apartado 1ª a los arrendamientos inscritos y su oponibilidad.

Y se sustituye por un régimen jurídico diferenciado. El contrato se mantendrá con plena vigencia y el arrendatario podrá continuar durante el periodo de prórroga forzosa, 5 años si el arrendador era persona física y 7 si es persona jurídica. Si el contrato tuviera una duración superior, transcurrido el periodo de prórroga forzosa si se producirá la extinción del contrato si se resuelve el derecho del arrendador. Se exceptúa el supuesto en que el contrato haya accedió al RP con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendador. En este caso, continuará el arrendamiento por la duración pactada. Además se añade un tercer párrafo en el que se afirma que durarán cinco años los arrendamientos de vivienda ajena que el arrendatario haya concertado de buena fe con la persona que aparezca como propietario de la finca en el Registro de la Propiedad, o que parezca serlo en virtud de un estado de cosas cuya creación sea imputable al verdadero propietario, sin perjuicio de la facultad de no renovación a que se refiere el art. 9.1, salvo que el referido propietario sea persona jurídica, en cuyo caso durarán siete años. Por su parte, en el art. 14 desapareció la referencia

20 En cualquier caso, para López Martínez, J. C., Moreno García, A. y Soler Pascual, C. A.: *Ley de arrendamientos Urbanos. Comentarios, concordancias, jurisprudencia, n. complementarias e índice analítico,* 12ª ed., Colex, 2020, p. 59, por lo tanto y de acuerdo con la Disposición Transitoria 1ª Real Decreto Ley 7/2019, respecto de los contratos de arrendamiento celebrados a partir del día 6 de junio 2013 y hasta el 6 de marzo de 2019 en que entró en vigor el RDL7/2019, será aplicable este párrafo 2ª.

21 El apartado 4 suprimido señalaba qué tratándose de finca no inscrita, también durarán tres años los arrendamientos de vivienda que el arrendatario haya concertado de buena fe con la persona que parezca ser propietaria en virtud de un estado de cosas cuya creación sea imputable al verdadero propietario, sin perjuicio de la facultad de no renovación a que se refiere el apartado 1 de este artículo. Si el arrendador enajenase la vivienda arrendada, se estará a lo dispuesto en el art. 1.571 del Código Civil. Si fuere vencido en juicio por el verdadero propietario, se estará a lo dispuesto en el citado art. 1.571 del Código Civil, además de que corresponda indemnizar los daños y perjuicios causados.

22 El apartado 2 suprimido señalaba qué una vez inscrito el contrato de arrendamiento, el derecho de prórroga establecido en el art. 9, así como la prórroga de un año a la que se refiere el apartado anterior, se impondrán en relación a terceros adquirentes que reúnan las condiciones del art. 34 de la Ley Hipotecaria.

en el primer párrafo de apartado 1 a la inscripción en el Registro de la Propiedad y se suprimió su apartado 2[23].

Todas estas modificaciones resultaban imprescindibles si se deseaba una normativa coherente[24] a la vista de los cambios ya introducidos en el RDL 21/2018 y que permanecen en el RDL 7/2019. En la nueva norma se mantiene el arrendamiento durante los 5 primeros años o 7 si el arrendador es persona jurídica, aunque se enajene la vivienda arrendada o se resuelva el derecho del arrendador, excepto si se trata de usufructuario, superficiario o con análogo derecho de goce (art. 13.2 LAU).

Además, se cambió la redacción del apartado 3º del art. 9, suprimiendo la referencia a los 7 años si fuera persona jurídica y exigiendo que el arrendador, para ejercer su potestad de recuperar la vivienda, deba especificar en la comunicación al arrendatario, la causa o causas por las que necesita la vivienda. El art. 18 también sufrió cambios al sustituirse el tercero y farragoso párrafo del apartado 1º, dedicado a limitar la actualización en los arrendamientos de renta reducida, por otro mucho más sencillo y de aplicación generalizada. En el último párrafo del art. 20 se suprime la excepción a la atribución al arrendador persona jurídica de gastos de gestión inmobiliaria y formalización del contrato.

IV. NORMATIVA ARRENDATICIA ESPECIAL COVID 19.

1. Arrendamiento de vivienda.

A) Real Decreto Ley 11/2020, de 31 de marzo y sus modificaciones.

El Real Decreto 11/2020, de 31 de marzo (en adelante RDL 11/2020) por el que se adoptaron medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID 19 se dictó 15 días después de decretado el Estado de alarma el 14 de marzo de 2020, como consecuencia de la crisis sanitaria provocada por la pandemia de COVID 19 y perseguía paliar el impacto que esta situación generó en el sector de la población más vulnerable, y en especial, en contratos vigentes de larga duración entre los que se encontraba el arrendamiento de vivienda y vino a modificar e introducir nuevas medidas complementarias a lo ya dispuesto en el RD Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID.-19. Dada la duración de la pandemia y

23 En el apartado 2º suprimido se afirmaba qué si la finca no se hallase inscrita en el Registro de la Propiedad, se aplicará lo dispuesto en el párrafo primero del art. 1571 del Código Civil. Si el adquirente usare del derecho reconocido por el artículo citado, el arrendatario podrá exigir que se le deje continuar durante tres meses, desde que el adquirente le notifique fehacientemente su propósito, durante los cuales deberá satisfacer la renta y demás cantidades que se devenguen al adquirente. Podrá exigir, además, al vendedor, que le indemnice los daños y perjuicios que se le causen.

24 En este sentido Quicios Molina, Mª. S.: "Las reformas de la Ley…", cit., p. 33.

las sucesivas prórrogas y nuevos establecimientos del Estado de Alarma, la norma ha sido objeto de numerosas modificaciones[25] que a veces han puesto en riesgo la seguridad jurídica. La última de ellas hasta el momento se introduce por el R D Ley 21/2021, de 26 de octubre, por el que se prorrogan las medidas de protección social para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica. Esta disposición, que entró en vigor el día siguiente a su publicación en el BOE, el 28 de octubre 2021, modifica, en su art. 2, el RDL 11/2020, prorrogando las medidas de sus arts 1, 1 bis, 2 y 4.1 hasta el 28 de febrero 2022.

En general la terminología utilizada en el RDL 11/2020 deja mucho que desear, al referirse al contrato de arrendamiento de vivienda descrito en el art. 2 LAU como contrato de vivienda habitual (arts. 4 y 8) o arrendamiento de vivienda habitual. (art. 2).

En la sección 1ª del su Capítulo I se dictan medidas dirigidas a familias y colectivos vulnerables que hayan celebrado un contrato de arrendamiento de vivienda o alquiler. En este sentido se dictan tres tipos de medidas. La primera es de carácter procesal, relativa a la suspensión del procedimiento de desahucio y de los lanzamientos para hogares vulnerables sin alternativas habitacionales. En el art. 1 se reconoce a la persona arrendataria que se encuentre en situación de vulnerabilidad económica, descrita en el art. 5 de la propia norma y dentro de los límites temporales fijados en la misma, la posibilidad de instar un incidente de suspensión extraordinaria del desahucio o lanzamiento A estas medidas se le unió las introducidas en el art. 1 bis por el art. 1.2 del Real Decreto Ley 37/2020, de 22 de diciembre, y que también modificó el art. 1 RDL 11/2020. En el nuevo art. 1 bis, es el juez el que tendrá la facultad de suspender de manera extraordinaria y temporal el lanzamiento en los juicios verbales del art. 250.1 2º, 4º y 7º LEC y de otros procesos penales en los que se sustancie el lanzamiento de la vivienda habitual de personas que la habiliten sin título siempre que se den las circunstancias contempladas en su apartado 2 y 3 y nunca en los casos recogidos en el apartado 7º.

La segunda, contemplada en el art. 2, afecta a la duración del contrato de arrendamiento de vivienda, al reconocer a favor del arrendatario un derecho de prórroga extraordinaria de los mismos. En él se dispone que en los contratos de arrendamiento de vivienda (añade de manera innecesaria el término habitual) sujetos a la LAU, en los que, dentro del periodo de eficacia del propio RDL 11/2020, finalice el periodo de prórroga obligatoria previsto en el art. 9.1 LAU o el periodo de prórroga tácita previsto en el art. 10.1 LAU, podrá aplicarse, previa solicitud del arrendatario, una prórroga extraordinaria del plazo del contrato de arrendamiento por un periodo máximo de seis meses, durante los cuales

25 El R D Ley 11/2020 ha sido modificado entre otros por el R D Ley 20/2020, R D Ley 37/2020, de 22 de diciembre y por el R D Ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica.

se seguirán aplicando los términos y condiciones establecidos para el contrato en vigor. Esta solicitud de prórroga extraordinaria deberá ser aceptada por el arrendador, salvo que se hayan fijado otros términos o condiciones por acuerdo entre las partes, o en el caso de que el arrendador haya comunicado en los plazos y condiciones establecidos en el art. 9.3 LAU, la necesidad de ocupar la vivienda arrendada para destinarla a vivienda permanente para sí o sus familiares en primer grado de consanguinidad o por adopción o para su cónyuge en los supuestos de sentencia firme de separación, divorcio o nulidad matrimonial.

La tercera de las medidas afecta al pago de la renta por el arrendatario, que puede haberse visto afectado económica y socialmente como consecuencia de la pandemia. El art. 3, tras la expresión genérica *moratoria de deuda arrendaticia*, informa que se establecen medidas conducentes a procurar la moratoria de la deuda arrendaticia para las personas arrendatarias de vivienda en situación de vulnerabilidad económica por la COVID 19. El texto de la propia norma pone de relieve la complejidad del conflicto de intereses y por ello las soluciones planteadas son radicalmente diferentes atendiendo a quien sea el arrendador.

En efecto, el art. 4, tras la rúbrica aplicación automática de la moratoria de la deuda arrendaticia en caso de grandes tenedores y empresas o entidades públicas de vivienda dispone en su apartado 1º que la persona arrendataria de un contrato de vivienda habitual (su denominación correcta es arrendamiento de vivienda) suscrito al amparo de LAU que se encuentre en situación de vulnerabilidad económica, tal y como se define en el artículo siguiente, podrá solicitar de la persona arrendadora, cuando ésta sea una empresa o entidad pública de vivienda o un gran tenedor, entendiendo por tal la persona física o jurídica que sea titular de más de diez inmuebles urbanos, excluyendo garajes y trasteros, o una superficie construida de más de 1.500 m2, hasta el 28 de febrero 2022, el aplazamiento temporal y extraordinario en el pago de la renta, siempre que dicho aplazamiento o la condonación total o parcial de la misma no se hubiera conseguido ya con carácter voluntario por acuerdo entre ambas partes.

En el caso de que el acuerdo no se hubiese producido, señala el apartado 2º de la citada norma, el arrendador comunicará expresamente al arrendatario, en el plazo máximo de 7 días laborables, su decisión, escogida entre las siguientes alternativas:

a) Una reducción del 50% de la renta arrendaticia durante el tiempo que dure el Estado de Alarma decretado por el Gobierno y las mensualidades siguientes, si aquel plazo fuera insuficiente en relación con la situación de vulnerabilidad provocada a causa del COVID-19, con un máximo en todo caso de cuatro meses.

b) Una moratoria en el pago de la renta arrendaticia que se aplicará de manera automática y que afectará al periodo de tiempo que dure el Estado de Alarma decretado por el Gobierno y a las mensualidades siguientes, prorrogables una a una, si aquel plazo fuera insuficiente en relación con la situación de vulnerabilidad provocada a causa del COVID-19, sin que puedan superarse, en ningún caso, los cuatro meses. Dicha renta se aplazará, a partir de la siguiente mensualidad de renta arrendaticia, mediante el fraccionamiento de las cuotas durante al menos tres años, que se contarán a partir del momento en el que se supere la situación aludida anteriormente, o a partir de la finalización del plazo de los cuatro meses antes citado, y siempre dentro del plazo a lo largo del cual continúe la vigencia del contrato de arrendamiento o cualquiera de sus prórrogas. La persona arrendataria no tendrá ningún tipo de penalización y las cantidades aplazadas serán devueltas a la persona arrendadora sin intereses. Así mismo el apartado 4º añade que la persona arrendataria podrá tener acceso al programa de ayudas transitorias de financiación reguladas por el art. 9, levantándose la moratoria en el pago de la renta arrendaticia y el consiguiente fraccionamiento de las cuotas preestablecido, en la primera mensualidad de renta en la que dicha financiación esté a disposición de la persona obligada a su pago. No dice la norma si el arrendatario debe solicitar necesariamente tales medidas, pero si dispone en el apartado 7 las consecuencias de la aplicación indebida de la moratoria excepcional, para evitar fraudes por parte de aquel[26].

Por tanto, la solución preferida por la norma es el acuerdo entre las partes, pero, en su defecto, opta por la protección de la persona arrendataria vulnerable económicamente, permitiendo elegir al arrendador entre, bien una quita del 50% de hasta 4 meses o bien un aplazamiento de hasta 4 mensualidades, que serían devueltas sin intereses de manera fraccionada hasta tres años, pero siempre dentro del periodo de vigencia del contrato o de cualquiera de sus prórrogas. La decisión del arrendador deberá ser comunicada expresamente al arrendatario, en el plazo máximo de 7 días laborables desde la solicitud. Aunque no lo exige la norma resultaría conveniente que ambas comunicaciones se realicen por escrito y de manera fehaciente.

26 Artículo 7. Consecuencias de la aplicación indebida por la persona arrendataria de la moratoria excepcional de la deuda arrendaticia y de las ayudas públicas para vivienda habitual en situación de vulnerabilidad económica a causa del COVID-19.
1. La persona o personas que se hayan beneficiado de una moratoria de la deuda arrendaticia de su vivienda habitual y/o de ayudas públicas para atender al pago de la misma sin reunir los requisitos previstos en el artículo 5, serán responsables de los daños y perjuicios que se hayan podido producir, así como de todos los gastos generados por la aplicación de estas medidas excepcionales, sin perjuicio de las responsabilidades de otro orden a que la conducta de los mismos pudiera dar lugar.
2. El importe de los daños, perjuicios y gastos no podrá ser inferior al beneficio indebidamente obtenido por la persona arrendataria por la aplicación de la norma, la cual incurrirá en responsabilidad, también, en los casos en los que, voluntaria y deliberadamente, busque situarse o mantenerse en los supuestos de vulnerabilidad económica con la finalidad de obtener la aplicación de las medidas reguladas por este real decreto-ley.

Por el contrario, si el arrendador no es un gran tenedor o una empresa o entidad pública de empresas, la única solución posible pasa por el pacto entre las dos partes contratantes. Así lo indica el art. 8, en el qué tras una demasiado extensa rúbrica, dispone en su apartado 1º que la persona arrendataria de un contrato de vivienda habitual (de nuevo confunde la terminología del arrendamiento de vivienda) suscrito al amparo de la LAU, que se encuentre en situación de vulnerabilidad económica, tal y como se define en el art. 5, podrá solicitar de la persona arrendadora, cuando ésta no sea ninguna de las comprendidas en el art. 4, en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor de este Real Decreto-ley y en los términos recogidos en los apartados 2 a 4 siguientes, el aplazamiento temporal y extraordinario en el pago de la renta, siempre que dicho aplazamiento o la condonación total o parcial de la misma no se hubiera acordado previamente entre ambas partes con carácter voluntario. Una vez recibida la solicitud, señala el apartado 2º que la persona arrendadora comunicará a la arrendataria, en el plazo máximo de 7 días laborables, las condiciones de aplazamiento o de fraccionamiento aplazado de la deuda que acepta o, en su defecto, las posibles alternativas que plantea en relación con las mismas.

Pero si la persona física arrendadora no aceptare ningún acuerdo sobre el aplazamiento y, en cualquier caso, cuando la persona arrendataria se encuentre en la situación de vulnerabilidad sobrevenida referida en el art. 5, ésta podrá tener acceso al programa de ayudas transitorias de financiación reguladas en el art. 9. Evidentemente en este caso estamos ante una norma plenamente dispositiva que no obliga al pequeño arrendador, que probablemente se encuentre también en dificultades a llegar a un acuerdo ni tampoco a quita o moratoria alguna.

2. Arrendamiento para uso distinto del de vivienda.

A) Real Decreto Ley 15/2020, de 25 de abril.

El Real Decreto Ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo (en adelante RDL 15/2020) adoptó una serie de normas destinadas a reducir los costes operativos de PYMES y autónomos derivados de la falta o minoración de los ingresos, que podían dar lugar a la incapacidad financiera para hacer frente al cumplimiento total o parcial de sus obligaciones de pago. Entre estos se encontraba la renta de los arrendamientos para uso distinto del de vivienda.

Respecto de los mismos, como señaló su EM y, a falta de acuerdo ente las partes, la LAU no prevé causa alguna de exclusión del pago de la renta por fuerza mayor o por declaración de Estado de Alarma, salvo los supuestos incluidos en el art. 26 sobre habitabilidad de la vivienda, aplicables a los arrendamientos para uso distinto del de vivienda por el art. 30 LAU. Asimismo, si se acude a la regulación del Código Civil referida a la fuerza mayor, tampoco ofrece una solución idónea

porque no ajusta la distribución del riesgo entre las partes, aunque puede justificar la resolución contractual en los casos más graves Por ello entiende que procede prever una regulación específica en línea con la cláusula *rebus sic stantibus,* de elaboración jurisprudencial, que permita la modulación o modificación de las obligaciones contractuales, si concurren los requisitos exigidos: imprevisibilidad e inevitabilidad del riesgo derivado, excesiva onerosidad de la prestación debida y buena fe contractual.

Y de nuevo aquí las soluciones ofrecidas variaron atendiendo a si el arrendador era o no un gran tenedor, mejorando sustancialmente la terminología respecto del RDL 11/2020, ahora mucho más ajustada a la contemplada en la LAU. El art. 1º se ocupó del primero de estos supuestos prefiriendo el acuerdo antes que la solución impuesta por la norma. Su apartado 1º dispuso que la persona física o jurídica arrendataria de un contrato de arrendamiento para uso distinto del de vivienda del art. 3 LAU o de industria, que cumpliera los requisitos previstos en el art. 3, podría solicitar de la persona arrendadora, cuando esta fuera una empresa o entidad pública de vivienda, o un gran tenedor, entendiendo por tal la persona física o jurídica que fuera titular de más de 10 inmuebles urbanos, excluyendo garajes y trasteros, o una superficie construida de más de 1.500 m2, en el plazo de un mes desde la entrada en vigor de este real decreto-ley, la moratoria establecida en el apartado 2 de este artículo, que debería ser aceptada por el arrendador, siempre que no se hubiera alcanzado ya un acuerdo entre ambas partes de moratoria o reducción de la renta.

Esa moratoria en el pago de la renta arrendaticia se aplicaría de manera automática y afectaría al periodo de tiempo que durara el Estado de Alarma y sus prórrogas y a las mensualidades siguientes, prorrogables una a una, si aquel plazo fuera insuficiente en relación con el impacto provocado por el COVID-19, sin que pudieran superarse, en ningún caso, los cuatro meses. Dicha renta se aplazaría, sin penalización ni devengo de intereses, a partir de la siguiente mensualidad de renta arrendaticia, mediante el fraccionamiento de las cuotas en un plazo de dos años, que se contarían a partir del momento en el que se superara la situación aludida anteriormente, o a partir de la finalización del plazo de los cuatro meses antes citado, y siempre dentro del plazo de vigencia del contrato de arrendamiento o cualquiera de sus prórrogas.

Si, por el contrario, el arrendador no fuera un gran tenedor ni una empresa o entidad pública de vivienda, el art. 2, de una manera imprecisa, pareció optar por el acuerdo de las partes, espontáneo o nacido de la solicitud de aplazamiento del arrendatario. Así, su apartado 1º señaló "la persona física o jurídica arrendataria de un contrato de arrendamiento para uso distinto del de vivienda de conformidad con lo previsto en el art. 3 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, o de industria,

cuyo arrendador sea distinto de los definidos en el art. 1.1, y cumpla los requisitos previstos en el art. 3, podrá solicitar de la persona arrendadora, en el plazo de un mes, desde la entrada en vigor de este Real Decreto-ley el aplazamiento temporal y extraordinario en el pago de la renta siempre que dicho aplazamiento o una rebaja de la renta no se hubiera acordado por ambas partes con carácter voluntario." Y para facilitar el mismo, permite en su apartado 2º utilizar para el pago de la renta total o parcialmente la fianza, que como se recordará es de 2 mensualidades de renta en el arrendamiento para uso distinto del de vivienda (art. 36.1 LAU). En caso de que se disponga total o parcialmente de la misma, el arrendatario deberá reponer el importe de la fianza dispuesta en el plazo de un año desde la celebración del acuerdo o en el plazo que reste de vigencia del contrato, en caso de que este plazo fuera inferior a un año.

B) Real Decreto Ley 35/2020, de 22 de diciembre.

A finales de 2020 se dictó el Real Decreto Ley 35/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes de apoyo al sector turístico, la hostelería y el comercio y en materia tributaria (en adelante el RDL 35/2020), en el que se contemplaron de nuevo medidas para reducir los gastos fijos de arrendamiento que soportaban empresas y autónomos, como continuación y mejora de lo propuesto por el RDL 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo. Y su EM añadió nuevos argumentos justificativos frente a las críticas por el instrumento legislativo utilizado. Así entendió que las medidas propuestas no lesionaban los derechos constitucionales que a las partes asistían y respetaban el contenido esencial de la propiedad privada y la libre empresa consagrados en los arts. 33 y 38 CE y se ajustarían a los parámetros de constitucionalidad que se han venido estableciendo por la jurisprudencia del TC para medidas semejantes de intervención estatal en relaciones jurídico-privadas, al no implicar el vaciamiento del contenido económico de la renta acordada y no suponer una pérdida esencial, o vaciamiento, de la utilidad económica del bien arrendado (SSTC 89/1994, de 17 de marzo). Además, y de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la utilidad económica de la propiedad dada en arrendamiento implicaría la percepción de la correspondiente merced arrendaticia.

Específicamente, el RDL 35/2020 cumpliría, para su EM, con los juicios de idoneidad y necesidad, pues en él se primaba con claridad que habría que estar a lo que voluntariamente pactaran el arrendador y el arrendatario de establecimientos comerciales, al restringirse la aplicación de estas medidas únicamente en aquellos casos en los que no existieran pactos entre particulares en relación con la situación de vulnerabilidad provocada a causa del SARS-CoV-2. Y, finalmente, la norma cumpliría con el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, pues con el mantenimiento de las relaciones contractuales existentes antes de la pandemia

facilitaría la solución de conflictos, y evitaría pérdidas de empleos, empresas y de negocios, impagos, situaciones concursales y litigiosidad en el futuro.

La sorpresa se produce cuando acudimos a las concretas medidas del Capítulo I y encontramos que el art. 2 dedicado a otros arrendamientos para uso distinto del de vivienda reproduce literalmente el contenido del precepto del mismo número del RDL 15/2020. En cuanto al arrendamiento para uso distinto del de vivienda con grandes tenedores, los apartados 1º y 3º 1º del art. 1 reproducen sustancialmente lo dispuesto en su correlativo del anterior R D Ley, aunque con algunos cambios en la redacción que ciertamente lo clarifican, al evidenciar la preferencia legal por el acuerdo de las partes frente a la imposición de una reducción o de una moratoria. Sí añade el apartado 2º del RDL 35/2020 que, en los casos en los que en el contrato de arrendamiento esté previsto el pago, además de la renta arrendaticia, de otros gastos derivados de servicios de mantenimiento o de otro tipo, y de los cuales el arrendatario se beneficia, estos gastos comunes quedarán excluidos de las medidas previstas en el apartado anterior.

Además el apartado 4 dispone que en caso de que las partes hubieran llegado a un acuerdo sobre la reducción de la renta o la moratoria de su pago que afectara únicamente a una parte del período comprendido por el Estado de Alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, y sus prórrogas, así como a un máximo de cuatro meses posteriores a la finalización de la última prórroga de dicho estado de alarma, los apartados 1 y 2 de este artículo también resultarían de aplicación, pero la medida correspondiente prevista en el apartado 1 se aplicaría únicamente para la parte del período no afectada por el acuerdo de las partes.

3. Derecho de arrendadores y propietarios a la compensación.

La Disposición adicional segunda del RD Ley 37/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda y en materia de transportes introdujo un derecho de los arrendadores afectados por el RD Ley 11/2020, a solicitar una compensación en los términos previstos en los apartados siguientes del citado precepto cuando la administración competente, en los tres meses siguientes a la fecha en que se emita el informe de los servicios sociales señalando las medidas adecuadas para atender la situación de vulnerabilidad acreditada facilitando el acceso de las personas vulnerables a una vivienda digna, no hubiera adoptado tales medidas (ap. 1º).

Su apartado 2º , modificado por el artículo tercero del reciente RD Ley 21/2021, de 26 de octubre, señala que tal compensación consistirá en el valor medio que correspondería a un alquiler de vivienda en el entorno en que se

encuentre el inmueble, determinado a partir de los índices de referencia del precio del alquiler de vivienda u otras referencias objetivas representativas del mercado de arrendamiento, más los gastos corrientes de la vivienda que acredite haber asumido el arrendador, por el período que medie entre que se acordare la suspensión y el momento en el que la misma se levante por el Tribunal o hasta el 28 febrero 2022. No obstante, si dicho valor fuera superior a la renta que viniera percibiendo el arrendador, la compensación consistirá en renta dejada de percibir durante el mismo período señalado anteriormente más los gastos corrientes. El apartado 3º, también objeto de modificación por RD Ley 21/2021, dispone que la solicitud de compensación podrá presentarse hasta el 31 marzo 2022, debiendo formular el arrendador una exposición razonada y justificada de la compensación que considere procedente sobre la base de los criterios indicados anteriormente.

Este derecho de compensación se extendió, por el apartado 4º de la D.A segunda del RD Ley 37/2020, a los propietarios de las viviendas afectadas por las medidas adoptadas conforme al art. 1 bis del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, si durante los tres meses siguientes a la fecha en que se emita el informe de los servicios sociales señalando las medidas adecuadas para atender la situación de vulnerabilidad acreditada, tales medidas no se hubieran adoptado por la Administración competente y siempre que los propietarios acrediten que la suspensión del lanzamiento les haya ocasionado perjuicio económico al encontrarse la vivienda ofertada en venta o arrendamiento con anterioridad a la entrada en el inmueble. Los apartados 5º y 6º de la mencionada norma también han sido modificados por el reciente RD Ley 16/2021. En el primero se dispone que si se acreditara la concurrencia de perjuicio económico en los términos establecidos en el apartado anterior, la compensación consistirá en el valor medio que correspondería a un alquiler de vivienda en el entorno en que se encuentre el inmueble, determinado a partir de los índices de referencia del precio del alquiler de vivienda u otras referencias objetivas representativas del mercado de arrendamiento, más los gastos corrientes de la vivienda que acredite haber asumido su propietario, por el período que medie entre que se acordare la suspensión y el momento en el que la misma se levante por auto o hasta el 31 de octubre de 2021. En el segundo se amplía el plazo de presentación de la solicitud de compensación hasta el 30 de noviembre de 2021, debiendo formular el titular de la vivienda una exposición razonada y justificada de la compensación que considere procedente sobre la base de los criterios indicados anteriormente.

V. ¿NUEVA LEY DE VIVIENDA?

No podemos concluir esta breve visión crítica a los cambios normativos en el arrendamiento urbano sin echar una mirada hacia al futuro, al parecer muy cercano. En efecto, durante los primeros meses de 2021 en el seno del Gobierno de coalición

se ha producido un intenso debate y negociación en torno a la redacción de una futura Ley de vivienda en la que, entre otros aspectos, podría limitarse la libertad que en la actualidad reconoce el art. 17 LAU a las partes para determinar la renta en el arrendamiento de vivienda.

De acuerdo con el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia publicado en el BOE el 30 de abril[27], el Gobierno debe llevar el Anteproyecto de Ley de vivienda al Consejo de Ministros para su aprobación en el segundo trimestre de este año, periodo que estamos a punto de finalizar. En este sentido, el Consejo de Ministros del martes 26 de octubre 2021 tomó en consideración en primera lectura el Anteproyecto de Ley por el Derecho a la Vivienda. Tras ella, el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana iniciará la tramitación del anteproyecto de Ley que constará de audiencia e información pública, informes preceptivos y demás trámites previos a la conformación de un texto final que se elevará de nuevo para su aprobación y remisión posterior a las Cortes Generales. Parece pues que, al menos en esta ocasión, no se va recurrir al Decreto ley.

En el mencionado Anteproyecto de Ley figuran medidas como la prohibición de enajenar parque público de vivienda social y mecanismos de contención y bajada de los precios del alquiler de la vivienda en las denominadas zonas de mercado residencial tensionado mediante incentivos fiscales, y de manera excepcional y limitada en el tiempo con prórrogas extraordinarias, limitación del precio de la renta de nuevos contratos a la del contrato anterior y, en al caso de propietarios grandes tenedores, pudiendo establecer límites a su importe en función de índice de precios de referencia.

Por tanto, parece que se avecinan nuevos cambios legislativos respecto de los que se reclama prudencia y adecuada técnica al legislador desde el punto de vista de la seguridad jurídica[28] en la medida en que el arrendamiento urbano, como todo contrato que se prolonga en el tiempo, necesita estabilidad en su regulación para que pueda ponerse a prueba la eficacia real de sus medidas.

27 Resolución de 29 de abril de 2021, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de abril de 2021, por el que aprueba el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

28 Al respecto ya pronosticaba Fuertes, J.: "¿Nueva? Reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos (Real Decreto-Ley 7/2019, de 1 de marzo", www.elEconomista.es, 14-03-2019, p. 3, "Intuimos que, dada la convulsa situación política actual y el incierto resultado del cercano horizonte electoral, se nos avecinan futuras reformas en la materia, que complicarán aún más si cabe, la d ya de por sí compleja regulación de los arrendamientos. En aras de la seguridad jurídica, convendría disfrutar de cierto reposo legislativo en la materia, aunque habida cuenta de este *regreso al futuro*, de momento, se nos antoja misión imposible".

BIBLIOGRAFÍA

Carrasco Perera, Á.: "Comentarios al Proyecto de Ley de Reforma de los Arrendamientos de vivienda", *Revista CESCO,* núm. 4, 2012.

Costal Rodal, L.: "Arrendamiento de vivienda: derechos del arrendatario y naturaleza de las normas, según la proyectada reforma de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos", *RDACMI*, núm. 2/2013.

Fuentes-Lojo Rius, A.: "El nuevo Real Decreto Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler: aspectos arrendaticios de derecho sustantivo y procesal" El Derecho, 5-03-2019.

Fuertes, J.: "¿Nueva? Reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos (Real Decreto-Ley 7/2019, de 1 de marzo", www.elEconomista.es, 14-03-2019.

Guilarte Gutiérrez, V.: "Comentario al art. 5", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (dir. por F. Crespón Allué y V. Guilarte Gutiérrez), Thomson Reuters Lex Nova, 1ª ed., Pamplona, 2014.

López Martínez, J. C., Moreno García, A. y Soler Pascual, C. A.: *Ley de arrendamientos Urbanos. Comentarios, concordancias, jurisprudencia, n. complementarias e índice analítico,* 12ª ed., Colex, 2020.

Martín-Zamorano, J. M.: "Comentarios al Real Decreto-Ley 7/2019, de medidas urgentes en materia de alquiler y vivienda", https://almacendelderecho.org/comentarios-al-real-decreto-ley-72019-de-medidas-urgentes-em -materia-de-alquiler-y-vivienda.

Montes Rodríguez, Mª. P.: "El arrendamiento turístico en la Comunidad Valenciana", *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* núm. 4, febrero 2016.

Quicios Molina, Mª. S.: "Las reformas de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 2013 y 2019. Particular atención al juicio de desahucio, el registro de arrendamientos morosos y el régimen transitorio. Medidas adoptadas durante el estado de alarma por el COVID-19", en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos urbanos* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), 7ª ed., Aranzadi, 2020.

Torres López, A.: "13 puntos relevantes del nuevo Real Decreto-Ley 7/2019 de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler", blog.sepin/2019/03/13-puntos-relevantes-rdl-2019-vivienda-alquiler.

ETEROINTEGRAZIONE DEI CONTRATTI TRAMITE DISPOSIZIONI REGOLAMENTARI DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI

HETEROINTEGRATION OF CONTRACTS THROUGH REGULATORY PROVISIONS OF THE INDEPENDENT ADMINISTRATIVE AUTHORITIES

Rev. Boliv. de Derecho Nº 33, enero 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 228-259

Giovanni BERTI
DE MARINIS

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 30 de noviembre de 2021

RESUMEN: Le regole che disciplinano il contratto non sono più rinvenibili solo nella legge ma anche in tutte quelle disposizioni regolamentari emanate da parte delle Autorità amministrative indipendenti. Il lavoro, traendo spunto dalle peculiarità che riguardano i contratti per la fornitura di servizi di interesse economico generale, si sofferma sulla problematiche giuridiche riconnesse alla possibilità di riconoscere carattere vincolante a tali disposizioni e sugli effetti che la loro violazione produce sul contratto.

PALABRAS CLAVE: mercati regolamentati; diritto regolatorio; contratti; eterointegrazione.

ABSTRACT: *The rules governing the contract are no longer found only in the law but also in all those regulatory provisions issued by the independent administrative authorities. The work, drawing inspiration from the peculiarities concerning contracts for the supply of services of general economic interest, focuses on the legal problems related to the possibility of recognizing the binding nature of these provisions and on the effects that their violation produces on the contract.*

KEY WORDS: *regulated markets; regulatory law; contracts; heterointegration.*

SUMARIO.- I. I SERVIZI DI INTERESSE ECONOMICO GENERALE (SIEG) ED IL RUOLO DEI CONTRATTI QUALI STRUMENTI DI CONFORMAZIONE DEL MERCATO.- II. AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI ED IL DIRITTO PRIVATO REGOLATORIO NEI SIEG.- III. EFFICACIA ETEROINTEGRATIVA DEGLI ATTI REGOLATORI DELLE AUTORITÀ DI SETTORE: PROFILI GENERALI.- IV. L'ETEROINTEGRAZIONE NEI CONTRATTI DEI SIEG.- V. LE SOPRAVVENIENZE REGOLATORIE E GLI EFFETTI SUL CONTRATTO.- VI. CONCLUSIONI.

I. I SERVIZI DI INTERESSE ECONOMICO GENERALE (SIEG) ED IL RUOLO DEI CONTRATTI QUALI STRUMENTI DI CONFORMAZIONE DEL MERCATO.

Non vi è dubbio che il rapporto fra pubblico e privato assuma contorni del tutto peculiari all'interno della regolamentazione del mercato dei Servizi di interesse economico generale (anche SIEG). Si tratta, infatti, di una tipologia di servizi economici che si caratterizzano per le peculiari finalità che tramite gli stessi si perseguono e che risultano connesse alla rilevanza sociale del servizio offerto al cittadino/utente. Il contenitore normativo dei SIEG, pur trovando una sua trasposizione domestica nei c.dd. "Servizi pubblici di rilevanza economica"[1], si rinviene nell'evoluzione della disciplina comunitaria[2] che già nel Trattato di Lisbona[3] aveva dato rilevanza al settore all'interno del le politiche europee esaltando i SIEG quali valori comuni degli Stati membri in quanto strumentali a garantire e stimolare

1 La giurisprudenza costituzionale ha considerato fungibile la definizione di SIEG con quella di Servizio pubblico di rilevanza economica. V. sul punto Corte cost., 17 novembre 2010, n. 325, in *Giur. cost*., 2010, p. 4501 ss. Su tale pronuncia v. le considerazioni di Antonelli, V.: "Novità normative e giurisprudenziali in tema di servizi pubblici locali", *Dir. econ*., 2011, pp. 141 s.

2 Preliminarmente, sul punto, Corso, G.: "I servizi pubblici nel diritto comunitario", *Riv. giur. quad. pubbl. serv*., 1999, pp. 9 ss.; Sottili, V.: "Servizio pubblico e diritto comunitario", in AA.VV.: *Servizi essenziali e diritto comunitario* (a cura di L.G. Radicati di Brozolo), Giappichelli, Torino, 2001, pp. 7 ss.; De Lucia, L.: *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 49 ss.; Sorace, D.: "Il servizio di interesse economico generale dell'energia elettrica in Italia tra concorrenza ed altri interessi pubblici", *Dir. pubbl*., 2004, pp. 1009 ss.; Capantini, M.: "I servizi pubblici tra ordinamento nazionale, comunitario ed internazionale", in AA.VV.: *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici* (a cura di A. Massera), Plus, Pisa, 2004, pp. 15 ss.

3 Tramite tale Trattato era stato inserito l'art. 7D, poi rinumerato nell'art. 16 TCE, ed oggi, a seguito del Trattato di Lisbona, inserito all'art. 14 TFUE nel quale emerge l'attenzione europea verso tale profilo. Cfr., in dottrina, Gozi, S.: "Prime riflessioni sul trattato di Amsterdam: luci ed ombre sul futuro dell'unione", *Riv. it. dir. pubbl. com*., 1997, p. 925; Radicati di Brozolo, L.G.: "La nuova disposizione sui servizi di interesse economico generale", *Dir. un. eur*., 1998, p. 529; Rangone, N.: "I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario", *Gior. dir. amm*., 2005, pp. 433 ss.

• Giovanni Berti de Marinis
Giovanni Berti de Marinis è Professore associato di Diritto dell'economia presso l'Università degli Studi di Perugia ed ha conseguito l'abilitazione quale Professore Ordinario nella medesima materia. Ha ottenuto il titolo di Dottore di ricerca in Diritto civile presso l'Università degli Studi di Camerino nella quale ha conseguito anche il diploma di Specializzazione in Diritto civile. Fa parte del Collegio docenti del Dottorato internazionale in "Diritto dei consumi" presso l'Università degli Studi di Perugia. E.mai: giovanni.bertidemarinis@unipg.it

la coesione sociale e territoriale[4]. Emerge quindi l'esigenza di imporre agli Stati membri l'obbligo di garantire l'efficienza degli stessi e, soprattutto, la loro fruibilità da parte di tutti i cittadini[5].

A tale presa di posizione[6], si accompagna l'individuazione di una pur sommaria disciplina di principio contenuta all'attuale art. 106, comma 2 TFUE[7] nel quale, pur assoggettando i SIEG ai principi dettati in tema di concorrenza, si apre alla possibilità di introdurre correttivi alle regole concorrenziali che siano strumentali e necessari a permettere una corretta erogazione del servizio ed una sua ottimale fruizione da parte del cittadino/utente[8]. La deroga ad una piena concorrenza risulta strumentale, in tale ambito, a legittimare l'introduzione di obblighi di servizio antieconomici[9] ed a giustificare le conseguenti remunerazioni spettanti all'erogatore del servizio

4 Riferimenti in tal senso in Frignani, A. e Rossi, G.: "Che cosa resterà dello «spazio audiovisivo europeo»? Considerazioni critiche prima e dopo l'approvazione del protocollo integrativo sul servizio pubblico radiodiotelevisivo (e del nuovo art. 7 D del Trattato)", *Dir. inf.*, 1997, pp. 677 ss.; Caranta, R.: "Il diritto dell'UE sui servizi di interesse economico generale e il riparto di competenze tra Stato e Regioni", *Regioni*, 2011, pp. 1178 ss.

5 Maresca, M.: "L'accesso ai servizi di interesse generale, de-regolazione e ri-regolazione del mercato e ruolo degli users' rights", *Dir. un. eur.*, 2005, pp. 441 ss. e, soprattutto, Lucarelli, A.: "La Corte costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali: linee fondative per un diritto pubblico europeo dell'economia", *Giur. cost.*, 2010, p. 4646, secondo il quale «La collocazione dell'art. 14 TFUE nella prima parte del Trattato, relativa ai principi, dimostra l'importanza che i redattori hanno voluto attribuire a tale disposizione. L'articolo enfatizza la specifica missione attribuita ai servizi di interesse economico generale, espressione dei valori comuni e strumenti decisivi per la promozione della coesione sociale e territoriale».

6 Non va trascurato come la garanzia per qualunque soggetto di accedere ai SIEG venga anche sancito dall'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che, a seguito del Trattato di Lisbona, entra a far parte del tessuto di principi e valori su cui si fonda l'UE (art. 6 TUE). Cfr., in dottrina, Lucarelli, A.: "Art. 36", in AA.VV.: *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE* (a cura di R. Bifulco, M. Cartabia e A. Celotto), Il Mulino, Bologna, 2001, pp. 251 ss.; Porchia, O.: "Alcune considerazioni sull'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: l'accesso ai servizi di interesse economico", *Dir. un. eur.*, 2002, pp. 633 ss. Sul punto v., pure, le considerazioni di Cintioli, F.: "Servizi di interesse economico generale, promozione e tutela della concorrenza", *Dir. un. eur.*, 2006, pp. 471 s.

7 L'art. 106, comma 2, TFUE, cosí recita: «Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione».

8 V., diffusamente, Caputi, G.: *Servizi pubblici e monopoli nella giurisprudenza comunitaria*, Giappichelli, Torino, 2002, *passim*. Cfr., le specifiche riflessioni di Battistini, C.: "Liberalizzazioni e concorrenza nella regolamentazione del trasporto ferroviario europeo", *Dir. un. eur.*, 2010, pp. 609 s. e, ancora, Lucarelli, A.: "*La Corte costituzionale*", cit., p. 4646, ove afferma che «l'art. 106 comma 2 TFUE riconosce all'istituzione pubblica, a certe condizioni, il potere di valutare l'opportunità politico-sociale ed economica, oltre che organizzativo-gestionale, di affidare il servizio al di fuori delle regole del mercato e della concorrenza. Il limite alla regola della concorrenza, di cui all'art. 106, comma 2 TFUE, riferito alla specifica missione alla quale devono tendere i servizi di interesse economico generale, da una lettura armonica con l'art. 14 TFUE e con l'art. 36 della Carta europea dei diritti fondamentali, viene potenziato sotto l'aspetto quantitativo e qualitativo dall'imprescindibile rispetto e perseguimento dei valori sociali dell'Unione europea».

9 Su cui, Filpo, F.: "La nuova disciplina dell'Unione europea in materia di aiuti di stato per la compensazione di oneri di servizio pubblico", *Contr. impr./Eur.*, 2013, pp. 102 ss.

pubblico[10] che, in un regime di piena e libera concorrenza, erogherebbe il servizio in funzione del criterio della mera economicità dell'attività[11].

Emergono da tale scarna disciplina alcune caratteristiche che, elaborate dall'interprete, possono aiutare a comprendere quando ci si trovi di fronte ad un SIEG[12]. Si tratta, infatti, di una definizione dai contorni incerti che richiede una verifica caso per caso circa la capacità dell'attività di erogazione del servizio -a prescindere dalla sua natura economica o meno- di incidere sulla libera concorrenza[13] all'interno di un mercato attuale o anche solo potenziale[14].

La qualificabilità di un'attività economica quale SIEG, dunque, legittima deroghe alla stretta applicazione delle regole della libera concorrenza[15] e, tutto ciò, pone in evidenza le peculiarità di tali mercati che trovano un loro riscontro positivo nelle altrettanto particolari regole pubblicistiche che lo dominano. Lungi dal voler approfondire tale ultimo argomento, queste premesse risultano però necessaria per indagare correttamente il ruolo che il contratto di utenza assume in tali ambiti di mercato. Lo strumento negoziale, ove presente, non va infatti inteso solo quale mezzo giuridico utile ad assicurare all'utente la possibilità di fruire di un SIEG alle condizioni dallo stesso stabilite ma, ampliando l'orizzonte, rappresenta il mezzo attraverso cui si avvera proprio quell'«interesse economico generale» che caratterizza tale tipologia di servizi. Con ciò si vuole dire che gli erogatori di SIEG si rivolgono ai potenziali clienti tramite contratti standard la cui "qualità" incide

10 Se il mercato concorrenziale, improntato a logiche di massimizzazione dei profitti, non è in grado di assicurare universalmente l'erogazione di un determinato servizio è evidente che lo stesso sia caratterizzato da prestazioni antieconomiche che, cioè, comportano perdite. La previsione di obblighi di servizio e, contestualmente, delle relative compensazioni pecuniarie è proprio il modo per assicurare la generalizzata fruibilità del servizio e, di conseguenza, la realizzazione dell'interesse sociale allo stesso connesso. Su tali profili, De Falco, V.: "Il servizio pubblico tra ordinamento comunitario e diritti interni", Cedam, Padova, 2003, pp. 180 ss.

11 Cintioli, F.: "La dimensione europea dei servizi di interesse economico generale", *www.federalismi.it*, 2012, num. 11, pp. 3, ove, riferendosi alla concorrenza, fa notare come tale regola «incontra però un limite ogniqualvolta lo Stato membro abbia affidato ad una impresa, in particolare, una specifica missione di pubblico interesse (giustificata da altrettanti *failures market*) ossia un'attività che, per le sue caratteristiche oggettive, intercetta un interesse diffuso nella collettività alla continuità di tali prestazioni, alla loro effettività, alla loro qualità minima, alla loro sostenibilità sul piano dei corrispettivi. Se questo accade, allora le regole di concorrenza saranno sí applicate ma entro un limite di tollerabilità; tale limite serve a consentire, in linea di diritto o di fatto, che la specifica missione possa essere portata a compimento». Ripercorre l'evoluzione normativa dei SIEG al livello comunitario, Calcagnile, M.: "Monopoli e privative nei servizi di interesse economico generale", *Gior. dir. amm.*, 2017, pp. 634 ss.

12 Lo rileva Sorace, D.: "I servizi «pubblici» economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo", *Dir. amm.*, 2010, p. 5.

13 Trib. primo grado, 1 luglio 2010, T-578/08 e T-573/08, *Raccolta*, 2010, II, p. 3397, punto n. 125.

14 Trimarchi Banfi, F.: "I servizi pubblici nel diritto comunitario: nozione e principi", *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, pp. 1077 ss; Sabbioni, P.: "La Corte equipara SPL di rilevanza economica e SIEG, ma ammette soltanto tutele piú rigorose della concorrenza", *Giur. cost.*, 2010, p. 4659, il quale afferma: «Non assume dunque rilevanza, ai fini della qualificazione del SIEG, la natura del soggetto che svolge l'attività, né che sia dotato di poteri autoritativi, o non abbia scopo di lucro, o che gli siano attribuiti compiti di interesse generale, poiché ciò che rileva è che l'attività esercitata consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato, attuale o potenziale».

15 Lo testimonia il fatto che, nonostante l'evidente apertura alle regole della concorrenza nell'ambito in questione, sia ancora massiccio il ricorso alla privativa pubblica ammessa nel nostro ordinamento ai sensi dell'art. 43 cost. Su tale profilo, Calcagnile, M.: "Monopoli e privative", cit., pp. 634 ss.

inevitabilmente sulla corretta erogazione del servizio e, dunque, sull'efficiente regolazione del mercato.

È proprio in tale ottica che, tornando all'oggetto della presente indagine, si intende approfondire il tema dell'eterointegrazione dei contratti di utenza e delle sopravvenienze regolatorie in settori nei quali, evidentemente, l'ordinamento è profondamente interessato alla tipologia di effetti che quei contratti sono destinati a produrre[16].

II. AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI ED IL DIRITTO PRIVATO REGOLATORIO NEI SIEG.

Non vi è dubbio che il passaggio progressivo da una erogazione "pubblica" dei SIEG ad una "privata", abbia reso necessaria l'adozione di alcune precauzioni strumentali a creare le condizioni giuridiche affinché, in settori economici tanto particolari, si potessero sviluppare -pur con le loro peculiarità- sani meccanismi concorrenziali. Fra queste rientra, senza ombra di dubbio, sia la separazione fra gestione delle reti -ove presenti e non duplicabili a costi ragionevoli- ed erogazione del servizio[17], che la previsione di procedimenti autorizzativi volti a verificare le caratteristiche delle imprese che intendono erogare il SIEG rafforzati dalla istituzione di Autorità amministrative indipendenti[18] che, con competenze tecniche, assumono il ruolo di nuovi regolatori del singolo mercato di riferimento[19].

La pervasività di tali centri di potere testimonia come a processi di privatizzazione e liberalizzazione[20] non si associ necessariamente il fenomeno della "deregolamentazione"[21] ma che, al contrario, il venir meno di uno "Stato

16 Considerazioni in tal senso in Fauceglia, D.: "La conformazione autoritativa dei contratti delle comunicazioni elettroniche", *Contratti*, 2018, pp. 475 ss.

17 V. le considerazioni di Romano, A.: "Profili della concessione di pubblici servizi", *Dir. amm.*, 1994, p. 466, nonché Aicardi, N.: "Energia", in AA.VV.: *Trattato di diritto amministrativo europeo* (diretto da M.P. Chiti e G. Greco), Parte speciale, II, Giuffrè, Milano, 2007, p. 1027.

18 Sull'importante ruolo assunto da tali Autorità, v., in generale, Clarich, M.: "Profili giuridici della "sicurezza economica" nell'età della crisi", *Giur. comm.*, 2012, pp. 346 ss.; Longobardi, N.: "Le autorità di regolazione dei mercati", *Dir. proc. amm.*, 2012, pp. 41 ss.; Lazzara, P.: *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Cedam, Padova, 2001, pp. 75 ss.; Napolitano, G.: "Liberalizzazioni e buona amministrazione", *Gior. di. amm.*, 2015, pp. 293 ss.; Torchia, L.: "La regolazione dei mercati fra autorità indipendenti nazionali ed organismi europei", *www.giustizia-amministrativa.it,* 2013; De Leonardis, F.: "Natura e caratteri degli atti di regolazione pubblica dell'economia", *Dir. econ.*, 2018, pp. 697 ss.

19 Sull'importanza che assumono i poteri regolatori delle Autorità amministrative indipendenti soprattutto in funzione della liberalizzazione dei mercati di riferimento, v. Irti, N.: *L'ordine giuridico del mercato*, V ed., Laterza, Bari, 2003, p. 112; Cassese, S.: "Regolazione e concorrenza", in AA.VV.: *Regolazione e concorrenza* (a cura di G. Tesauro e M. D'Alberti), Il Mulino, Bologna, 2000, p. 19; Delli Priscoli, L.: "Il limite dell'utilità sociale nelle liberalizzazioni", *Giur. comm.*, 2014, p. 377.

20 Sull'evoluzione dei SIEG, v. Marchianò, G.: "Occorre cambiare tutto perché nulla cambi: la tormentata vicenda dei SIEG", *Riv. it. Dir. pubbl. com.*, 2013, pp. 1021 ss.

21 Mette in parallelo la politica di privatizzazione con interventi di deregolamentazione, Cassese, S.: "Stato e mercato, dopo privatizzazioni e «deregulation»", *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991, pp. 378 ss. Con diversa impostazione, Majone, G. e La Spina, A.: "«Deregulation» e privatizzazione: differenze e convergenze", *Stato e mercato*, 1992, p. 172.

gestore" del servizio genera la necessità di uno forte rafforzamento dello "Stato regolatore" dello stesso[22].

L'evoluzione normativa dei SIEG ha, quindi, riconosciuto una forte centralità al ruolo delle Autorità amministrative indipendenti[23] che, però, ha prodotto non poche difficoltà ermeneutiche in relazione alla possibilità di riconoscere alle stesse il potere di incidere attraverso i propri atti regolatori sull'esercizio dell'autonomia privata[24] e, segnatamente, sulla libertà di determinare il contenuto dei contratti che l'erogatore del SIEG conclude con l'utente.

Il policentrismo normativo che caratterizza le fonti di produzione nei moderni sistemi economici[25], quindi, trova proprio nei provvedimenti normativi delle Autorità amministrative indipendenti[26] una delle sue più consistenti espressioni[27]. Fra le variegate e multiformi tipologie di atti che emanano tali Autorità[28] si rinvengono,

22 Cfr., sul punto, Majone, G. e La Spina, A.: "Lo stato regolatore", *Riv. trim. sc. amm.*, 1991, n. 3, pp. 23 ss.; Clarich, M. e Pisaneschi, A.: "Privatizzazioni", *Dig. disc. pubbl.*, Agg. I, Utet, Torino, 2000, p. 435, i quali affermano che «i processi di privatizzazione devono essere accompagnati, specie nei Paesi nei quali lo Stato ha assunto i caratteri di intervento diretto nell'economia ("stato gestore"), da un ripensamento delle politiche regolative all'insegna della liberalizzazione e della istituzione di apparati di regolazione di nuovo tipo». Analoghe considerazioni in Farinella, D.: "Il servizio pubblico fra monopolio e concorrenza", *Amministrare*, 2001, p. 299. Analogamente, Carabba, M.: "Privatizzazione di imprese ed attività economiche", *Dig. disc. pubbl.*, XI, Utet, Torino, 1996, p. 559, che, in maniera estremamente chiara, afferma: «Laddove si riduce la sfera di intervento pubblico diretto nell'economia e/o l'area di esclusiva dei pubblici poteri, tende a porsi l'esigenza di un tessuto di norme e di Autorità indipendenti volte a disciplinare e controllare le attività economiche private in vista del corretto funzionamento del mercato e della tutela della concorrenza. All'espandersi delle privatizzazioni si accompagna l'ampliarsi delle "regolazioni"». V., ancora, le considerazioni di Ricciuto, V.: "Lo stato committente. Lo stato regolatore", in AA.VV.: *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia* (a cura di R. Di Raimo e V. Ricciuto), Esi, Napoli, 2006, pp. XL s.

23 Napolitano, G. e Zoppini, A.: "La regolazione indipendente dei servizi pubblici e la garanzia dei privati", in AA.VV.: *L'autonomia privata e le autorità indipendenti. La metamorfosi del contratto* (a cura di G. Gitti), Il Mulino, Bologna, 2006, pp. 125 ss.

24 Preliminarmente, sul punto, Angelone, M.: *Autorità indipendenti ed eteroregolamentazione del contratto*, Esi, Napoli, 2012, *passim*; Ferrari Zumbini, A.: *La regolazione amministrativa del contratto. Atti amministrativi conformativi dell'autonomia negoziale*, Giappichelli, Torino, 2016, *passim*.

25 V., sul punto, le considerazioni di Modugno, F.: "Fonti del diritto", *Dig. disc. pubbl.*, Agg. IV, Utet, Torino, 2010, pp. 192 ss.

26 Su cui, preliminarmente, Franzoni, S.: "L'attività di regolazione della Autorità indipendenti", *Dir. econ.*, 2008, pp. 372 ss. e di recente, anche per una prospettiva di diritto comparato, Zarro, M.: *Poteri indipendenti e rapporti civili. Italia, Germania e diritto europeo*, Esi, Napoli, 2015, pp. 72 ss.; Solinas, C.: *Il contratto amministrato*, Esi, Napoli, 2018, pp. 78 ss.

27 Geninatti Satè, L.: "I fatti critici del sistema delle fonti e la crisi del principio di legalità", *Dir. pubbl.*, 2005, pp. 924 ss.; Berti, G.: "Diffusione della normatività e nuovo disordine delle fonti del diritto", in AA.VV.: *L'autonomia privata e le autorità indipendenti* (a cura di G. Gitti), Il Mulino, Bologna, 2006, p. 37; Libertini, M.: "Eteronomia e autonomia nella produzione normativa. Autorità indipendenti, mercati e regole", *Riv. it. scienza giur.*, 2010, p. 63; Guarracino, F.: "L'adozione degli atti di regolazione delle autorità del mercato bancario, finanziario, assicurativo e previdenziale", in AA.VV.: *Scritti in onore di Francesco Capriglione*, I, Cedam, Padova, 2010, p. 237; Luchena, G.: "Autorità indipendenti e Costituzione economica", *www.amministrazioneincammino.luiss.it*, 2016, pp. 1 ss. Sull'evoluzione storica subita da tali nuovi centri di regolazione, Genghi, M.: "Profili problematici delle autorità amministrative indipendenti", *Nuova rass.*, 2012, pp. 763 ss.

28 Alpa, G.: "I poteri regolamentari delle autorità indipendenti", in AA.VV.: *Istituzioni, mercato e democrazia* (a cura di S. Amorosino, G. Morbidelli e M. Morisi), Giappichelli, Torino, 2002, pp. 22 ss.; Maugeri, M.R.: "Effetto conformativo delle decisioni delle autorità indipendenti nei rapporti privati", in AA.VV.: *Tutela dei diritti e «sistema» ordinamentale*, Esi, Napoli, 2012, pp. 299 ss.; Titomanlio, R.: *Potestà normativa e funzione di regolazione: la potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, Giappichelli, Bologna, 2012, pp. 27 ss.

infatti, provvedimenti regolatori a carattere generale la cui portata normativa non sembra possa essere esclusa sulla scorta della mera natura amministrativa del soggetto che le emana[29]. Tali provvedimenti[30], infatti, possono presentare tanto la caratteristica della generalità e dell'astrattezza che caratterizza le norme[31], quanto quella di modificare l'ordinamento apportando nello stesso qualcosa di nuovo[32].

Tali fonti assumono nei fatti una profonda incidenza sulle dinamiche di mercato[33] che, tuttavia, non può portare a nascondere l'importante sfida che le stesse pongono all'interprete che ormai deve fare i conti con un sistema di fonti articolato non soltanto secondo il principio di gerarchia ma che risulta sempre più condizionato dal principio di competenza[34] il quale, però, finisce spesso per entrare in potenziale contrasto con il principio di legalità e con quello di riserva di legge. Se da un lato è vero che tali Autorità vengono investite di poteri regolatori su delega del legislatore ordinario, è altrettanto evidente l'ampissimo margine di discrezionalità[35] che tendenzialmente viene lasciato a tali "nuovi" centri di produzione normativa[36].

29 Cfr., in generale, le riflessioni di Rescigno, G.U.: "Atti normativi ed atti non normativi", *Giur. cost.*, 1988, p. 1518; Crisafulli, V.: *Lezioni di diritto costituzionale italiano*, II, Giuffrè, Milano, 1993, p. 254; Cerulli Irelli, V.: "Sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti", in AA.VV.: *Arbitri dei mercati* (a cura di M. D'Alberti e A. Pajno), Il Mulino, Bologna, 2010, pp. 79 ss. Più in concreto, propendono per assegnare carattere normativo ai regolamenti delle Autorità amministrative, Lipari, N.: *Le fonti del diritto*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 162; Spoto, G.: *Le invalidità contrattuali*, Jovene, Napoli, 2012, p. 47.

30 Su cui, preliminarmente, Leonardi, P.: "Atti amministrativi e autonomia negoziale", *Pers. merc.*, 2019, pp. 3 ss.

31 Sandulli, A.M.: "Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo", in AA.VV.: *Scritti in memoria di V.E. Orlando*, II, Cedam, Padova, 1957, p. 454.

32 Amorosino, S.: "I giudici amministrativi e le attività economiche", *An. giur. econ.*, 2018, p. 453, il quale evidenzia come sovente tali regolamenti siano il frutto dell'esercizio di una discrezionalità piena. Cfr., pure, le considerazioni di Politi, F.: "Regolamenti delle Autorità amministrative indipendenti", *Enc. giur.* Treccani, 2001, p. 4; Id.: "La potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti: nuovi profili di studio", in AA.VV.: *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale* (a cura di N. Longobardi), 2ª ed., Giappichelli, Torino, 2009, pp. 299 ss.

33 Jacovitti, E.: "Osservazioni sui regolamenti delle Autorità indipendenti", *Arch. giur.*, 2010, pp. 251 ss. e, spec., p. 254, dove segnala come «emerge una sempre maggiore espansione dei poteri extra-parlamentari e una conseguente attenuazione della legalità, la quale assume contorni sempre piú sfumati, fino ad essere quasi annullata in favore della massima efficienza. Di tale fenomeno, inaccettabile per chi sostiene il suddetto principio nel suo senso sostanziale, non rimane che prendere atto».

34 Cfr., sul punto, le considerazioni di Giannini, M.S.: "Consob", in AA.VV.: *Consob. L'istituzione e la legge penale* (a cura di G.M. Flik), Giuffrè, Milano, 1987, pp. 865 ss.; Modugno, F.: "Fonti del diritto (gerarchia delle)", *Enc. dir.*, Agg. I, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 583 s., il quale fa notare come «quanto piú, d'altro canto, si moltiplicano le figure regolamentari, e quanto piú esse si moltiplicano secondo una logica di specializzazione, tanto piú si aprono spazi in cui il rapporto, che dovrebbe essere di subordinazione con la legge e paritetico con atti equivalenti, è alterato dall'operare della competenza».

35 Va segnalato, sotto tale profilo, come una parte della dottrina abbia parlato espressamente di una sorta di «delega in bianco» o di una sorta di applicazione della c.d. teoria dei poteri impliciti che, di fatto, va a determinare una estensione dei poteri regolatori delle Autorità fino a ricomprendervi qualunque profilo che si dimostri funzionale al raggiungimento delle finalità che l'ordinamento gli assegna. In questo senso, Morbidelli, G.: "Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti", *Dir. amm.*, 2007, p. 703; Carrera, C.: "Autonomia contrattuale e potere regolamentare dell'autorità per l'energia elettrica ed il gas", *Urb. app.*, 2013, pp. 1220 ss.; Impinna, M.: "I poteri regolamentari dell'AEEG, l'autonomia contrattuale e i poteri impliciti", *Gior. amm.*, 2014, pp. 169 ss.

36 Politi, F.: "Regolamenti delle Autorità amministrative indipendenti", cit., pp. 1 ss.

Tali brevi considerazioni generali sono riferibili anche, ovviamente, ai mercati dei servizi di interesse economico generale nei quali spetta sovente proprio alle Autorità di settore intervenire "normativamente" al fine di plasmare i processi concorrenziali in maniera funzionale alla realizzazione tramite il mercato proprio di quell'interesse generale che rappresenta la loro anima[37]. Tali atti regolatori, per lo più volti a dettare norme di condotta per gli erogatori dei servizi, non mancano però di manifestare la potenziale capacità di incidere sui contratti di utenza e sui rapporti che tramite gli stessi si generano fra utente ed erogatore del SIEG[38] ponendo, quindi, il problema della natura di tali regole e degli effetti privatistici che le stesse possono generare[39].

III. EFFICACIA ETEROINTEGRATIVA DEGLI ATTI REGOLATORI DELLE AUTORITÀ DI SETTORE: PROFILI GENERALI.

Il profilo che appare centrale è quello di comprendere se -ed eventualmente in che misura- la vincolatività delle disposizioni di diritto regolatorio possa generare fenomeni di eterointegrazione del contratto di utenza eventualmente associati a una previa declaratoria di nullità della clausola negoziale contrastante[40].

Nonostante nella dottrina pubblicistica si tenda ad assicurare la "prevalenza" dell'atto regolatorio sulle disposizioni contrattuali confliggenti[41], più cauta risulta una parte della dottrina civilistica la quale individua un limite invalicabile nella natura di fonte secondaria da attribuire ai provvedimenti a carattere normativo delle Autorità. Questi, proprio a causa di tale loro natura, non potrebbero derogare il principio di libertà contrattuale sancito da una norma primaria (art. 1322 c.c.) peraltro sorretta da solide basi costituzionali (art. 41 cost.)[42].

37 Si pensi, fra le altre, all'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente (ARERA), All'autorità per le telecomunicazione (AGCom) ed all'Autorità di Regolazione dei Trasporti (ART).

38 Del Prato, E.: "Autorità indipendenti, norme imperative e diritto dei contratti: spunti", *Riv. dir. priv.*, 2001, pp. 515 ss.; Gitti, G. e Delfini, F.: "Autonomia privata e tipizzazione contrattuale", *Riv. dir. priv.*, 2007, pp. 490 ss.; Solinas, C.: "Autonomia privata ed eteronomia nel servizio di fornitura di energia elettrica. Forme e strumenti della regolazione del mercato", *Contr. impr.*, 2010, p. 1369.

39 Analizzano le interrelazioni fra autonomia privata e poteri delle Autorità indipendenti, De Nova, G.: "Provvedimenti delle autorità indipendenti e disciplina dei contratti", *Società*, 2001, p. 520; Orlandi, M.: "Autonomia privata e Autorità indipendenti", *Riv. dir. priv.*, 2003, pp. 271 ss.; Ceridono, G.: "Le autorità amministrative indipendenti fra fonti del diritto e giustizia costituzionale", in AA.VV.: *Giurisprudenza costituzionale e fonti del diritto* (a cura di N. Lipari), Esi, Napoli, 2006, pp. 465 ss.; Di Bona, L.: *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto*, Esi, Napoli, 2008, pp. 44 ss. Recentemente, anche se in chiave più generale, Azara, A.: "Fonti sub-primarie e integrazione del contratto", *Giust. civ.*, 2020, pp. 194 ss.

40 Ampiamente, di recente, Angelone, M.: "Diritto privato «regolatorio», conformazione dell'autonomia negoziale e controllo sulle discipline eteronome dettate dalle authorities", in AA.VV.: *Il contratto* (a cura di A. Federico e G. Perlingieri), Esi, Napoli, 2019, pp. 89 ss.

41 Napolitano, G.: *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 226; Merusi, F.: "Il diritto amministrativo comune nelle comunicazioni elettroniche", *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, pp. 1276 ss.; Id.: "Il potere normativo delle autorità indipendenti", in AA.VV.: *L'autonomia privata e le autorità indipendenti* (a cura di G. Gitti), cit., pp. 43 ss.

42 Orlandi, M.: "Autonomia privata", cit., pp. 280 ss.; Macario, F.: "Autorità indipendenti, regolamentazione del mercato e controllo di vessatorietà delle condizioni contrattuali", in AA.VV.: *L'autonomia privata e le autorità indipendenti* (a cura di G. Gitti), cit., p. 209.

Tale posizione, però, sembra vacillare di fronte alla considerazione che la stessa Costituzione nel sancire la libertà di iniziativa economica -dalla quale si desume il rilievo costituzionale della libertà negoziale- apre ad una sua limitazione affermando che la stessa non possa svolgersi «in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana» (art. 41, comma 2 Cost.). Allo stesso modo, riserva alla legge il ruolo di stabilire i programmi e i controlli volti ad indirizzare e coordinare l'iniziativa economica privata a fini sociali (art. 41, comma 3 Cost.)[43].

Il tutto, dando per assodato che l'autonomia negoziale possa essere assoggettata a compressioni, sembra potersi inquadrare nella necessità di comprendere se l'esercizio di un potere regolatorio da parte delle Autorità sia o meno in linea con la riserva di legge che la Costituzione impone testualmente per la determinazione dei programmi e controlli ma che la giurisprudenza costituzionale, di fatto, estende anche ai limiti previsti dal secondo comma dell'art. 41 Cost.[44]. Sotto questo profilo, il fatto che si tratti di una riserva relativa di legge risolve solo in parte il problema che ci si sta ponendo. Se infatti sarebbe qui sufficiente la presenza di una delega contenuta nella legge ordinaria in favore delle Autorità di settore – che nei casi oggetto di analisi è sicuramente presente -, si ripropone, però, la necessità di indagare la compatibilità rispetto ad una riserva di legge relativa della discrezionalità -a volte estremamente ampia ma forse fisiologica in ambiti economici tanto peculiari, complessi ed esposti a rapidi mutamenti della situazione di fatto[45]- che continuano a possedere tali centri amministrativi di produzione del diritto.

Si tratta, come pare evidente, di una problematica risolvibile solo caso per caso ma, nella ricorrenza degli "schemi" normativi utilizzati per assolvere alla riserva, non sembrano riscontrarsi carenze invalicabili al fine di qualificare le disposizioni regolamentari oggetto di attenzione come compatibili con il dettato costituzionale. Le norme primarie, pur lasciando discrezionalità contenutistica al potere regolamentare delle Autorità, ne fissano però le finalità e gli ambiti di intervento funzionalizzando il potere regolatorio al perseguimento dei peculiari obiettivi tipici di tali mercati.

Non bisogna dimenticare che numerose e sostanziali sono le deroghe che vengono previste alle "libertà" economiche nei mercati dei SIEG sia nella Carta

43 Sulle difficoltà ermeneutiche poste dalla norma in relazione al potere regolatorio amministrativo, v. Ramajoli, M.: "La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 Cost.", *Dir. amm.*, 2008, pp. 121 ss.

44 Corte cost., 12 dicembre 1957, n. 129, *Giur. cost.*, 1957, 1229 ss., 1242; più genericamente 26 gennaio 1957, n. 29, *ivi*, 1957, 404; 13 aprile 1957, n. 50, *ivi*, 1957, 621; 18 gennaio 1958, n. 4, *ivi*, 1958, 17; Corte cost., 14 febbraio 1962, n. 4, in *Giur. cost.*, 1962, con nota di C. Esposito, "I tre commi dell'art. 41 della Costituzione".

45 Evidenzia una certa tendenza a valutare in maniera meno rigida il rapporto fra riserva di legge e Autorità amministrative indipendenti, Merusi, F.: *Sentieri interrotti della legalità*, Il Mulino, Bologna, 2007, pp. 71 ss.

costituzionale (art. 43 cost.) che nelle fonti comunitarie[46]. Ciò testimonia la consapevolezza che all'interno di tali mercati si assista alla presenza di un rapporto peculiare fra "autorità" e "libertà" nel quale lo stesso contratto deve essere visto non quale esaltazione del potere di autonormazione dei privati ma, al contrario, quale strumento giuridico che sia in grado di proiettare all'interno del rapporto di utenza gli interessi generali emergenti nei mercati dei SIEG.

Lo stesso contratto è, infatti, un atto di normazione[47] che in funzione della "delega" contenuta all'art. 1322 c.c., permette ai privati di individuare una "regola condivisa" che disciplini il rapporto nascente proprio fra quei soggetti che hanno voluto quella regola. Come ogni strumento al quale l'ordinamento riconosce il potere di dettare una regola, anche il contratto va funzionalizzato al raggiungimento degli scopi che l'ordinamento intende perseguire all'interno di ciascun mercato[48].

Tramite il diritto regolatorio, quindi, si procede proprio a limitare la regola contrattuale, quale espressione di un atto di normazione secondaria, alla quale si tende ancora a riconoscere forse una eccessiva forza di resistenza rispetto ad ingerenze esterne che tuttavia, soprattutto in determinati ambiti economici, risultano assolutamente necessarie.

L'efficienza, l'adeguatezza, l'accessibilità anche economica dei SIEG passano non soltanto attraverso una attenta disciplina che sorvegli le condotte delle imprese erogatrici di tali servizi, ma transitano anche attraverso schemi contrattuali che traducano i suddetti obblighi in elementi giuridicamente coercibili da parte dell'utente.

Non sembrano quindi rinvenirsi ostacoli che impediscano di affermare, in astratto, la vincolatività del diritto privato regolatorio all'interno dei contratti per l'erogazione di SIEG che, dunque, dovranno uniformarsi -per spontanea decisione delle parti o per effetto dei rimedi applicabili ai sensi degli artt. 1418 c.c., 1419 c.c. e 1339 c.c.- a quanto dispongono tali atti regolatori ove se ne riscontri l'imperatività[49]. È evidente, infatti, come il giudizio circa la natura imperativa o meno dei regolamenti non possa dipendere dalla loro collocazione gerarchica[50] ma

46 V. *supra*.

47 V., sul punto, le riflessioni di Di Raimo, R.: *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, Esi, Napoli, 2003, pp. 36 s. e, spec., p. 108.

48 Si soffermano sul contratto quale fonte del diritto del caso concreto, Maisto, F.: *L'autonomia contrattuale nel prisma della sussidiarietà orizzontale*, Esi, Napoli, 2016, pp. 130 ss.; Lipari, N.: *Intorno alla "giustizia" del contratto*, Esi, Napoli, 2016, p. 7.

49 Riconosce natura imperativa alle disposizioni emanate dalle Autorità amministrative indipendenti, Semeraro, M.: "Appunti sulla nullità delle clausole contrarie ai provvedimenti delle Autorità Indipendenti", in AA.VV.: *Percorsi di diritto civile* (a cura di R. Di Raimo, M. Francesca e A.C. Nazzaro), Esi, Napoli, 2011, pp. 290 ss.

50 Cfr., sul punto, Di Marzio, F.: *La nullità del contratto*, Cedam, Padova, 2008, p. 429; Angelone, M.: *Autorità indipendenti ed eteroregolamentazione del contratto*, cit., p. 181, secondo il quale «va súbito sgombrato il campo da ogni facile inganno precisando che l'imperatività di una norma, quale capacità di strutturare

dai valori e principi che l'ordinamento tenta di veicolare tramite l'atto regolatorio emesso dall'Autorità amministrativa indipendente[51].

IV. L'ETEROINTEGRAZIONE NEI CONTRATTI DEI SIEG.

Le riflessioni sopra svolte risultano strumentali a verificare la potenziale portata eterointegrativa dei regolamenti della Autorità competenti per i mercati dei SIEG[52].

Il complesso sistema normativo relativo alle disposizioni che permettono l'eterointegrazione del contratto[53], vede quale disposizione centrale -per quello che qui interessa- l'art. 1339 c.c. che sancisce l'inserzione automatica di clausole e prezzi imposti dalla legge con una portata sostitutiva rispetto alle clausole difformi[54]. Sotto tale profilo, la dottrina non ha mancato di segnalare come il termine "legge" contenuto nell'articolo da ultimo menzionato, vada inteso in senso ampio e tale, cioè, da ricomprendere non soltanto la legge intesa in senso formale ma anche tutte quelle disposizioni che dettino regole di natura vincolante[55]. Tale

dall'interno l'attività di autoregolamentazione dei privati, non dipende né risente della collocazione gerarchica della fonte che la pone». Sul punto le considerazioni di Semeraro, M.: "*Provvedimenti delle autorità indipendenti e patologie contrattuali (premesse ricostruttive)*", *Conc. merc.*, 2012, pp. 653 ss., ma spec. pp. 671 s.

51 Sia consentito, sul punto, il rinvio alle considerazioni già svolte in Berti de Marinis, G.: *Contratti dei mercati regolamentati: norme imperative e conformazione*, Esi, Napoli, 2019, pp. 123 ss.

52 Pur con diversità di impostazioni, tendono a qualificare i regolamenti delle Autorità quali fonti di eterointegrazione del contratto, Alpa, G.: *Le stagioni del contratto*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 160; Ricciuto, V.: "Nuove prospettive del diritto privato dell'economia", in AA: VV.: *Diritto dell'economia* (a cura di E. Picozza e V. Ricciuto), Giappichelli, Torino, 2013, p. 256; Mazzamuto, S.: *Il contratto di diritto europeo*, 2ª ed., Giappichelli, Torino, 2015, p. 151. Particolarmente controversa è, oggi, la natura giuridica delle linee guida ANAC su cui v. Licciardello, S.: "Prime note sulla funzione di regolazione dell'ANAC nel nuovo codice degli appalti", *Federalismi.it*, 2016, pp. 1 ss.; Deodato, C.: "Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?", *Giustamm.it*, 2016, pp. 1 ss.; Santoro, M.P.: "La disciplina dei contratti pubblici tra semplificazione e regolazione", *Giustamm.it*, 2016, pp. 1 ss.; Delle Foglie, M.: "Verso un "nuovo" sistema delle fonti?, Il caso delle linee guida ANAC in materia di contratti pubblici", *Giustamm.it*, 2017, pp. 1 ss.; Mantini, P.: "Autorità nazionale anticorruzione e soft law nel sistema delle fonti e dei contratti pubblici", *Giustamm.it*, 2017, pp. 1 ss.; Federico, A.: "Integrazione del contratto e poteri regolatori delle Autorità Amministrative Indipendenti. Il ruolo dell'Autorità Nazionale Anticorruzione nella costruzione del regolamento contrattuale", *Rass. dir. civ.*, 2017, pp. 818 ss.; Fazio, M.: "Le linee guida dell'ANAC in materia di contratti pubblici: un breve excursus fra vecchi problemi di inquadramento e l'attuale ritorno al regolamento unico", *Dir. econ.*, 2020, pp. 725 ss.

53 Ampiamente, sul punto, Sacco, R.: "Sostituzione delle clausole contrattuali", *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Agg. VII, Utet, Torino, 2012, p. 996. Il fatto che i contraenti possano vedere estesi i loro reciproci obblighi oltre quelli espressamente pattuiti è dato direttamente ricavabile dall'art. 1374 c.c. Sul punto, Capobianco, E.: *Il contratto. Dal testo alla regola*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 177 s.; Scognamiglio, C.: *L'integrazione*, in *Tratt. contr.* Rescigno e Gabrielli, Utet, Torino, 2006, pp. 1149 ss.; Breccia, U.: "Fonti del diritto contrattuale", *Enc. dir.*, Ann. III, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 414 ss.; Franzoni, M.: *Degli effetti del contratto*, II, in *Cod. civ. comm.* Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2013, *passim*.

54 Per una prima ricostruzione delle principali problematiche connesse alla disposizione citata, Addis, F.: "Art. 1339", in AA: VV.: *Codice civile commentato* (a cura di G. Bonilini, M. Confortini e C. Granelli), 4□ ed., Utet, Torino, 2012, pp. 2922 ss. Da ultimo, con specifici riferimenti anche al potere integrativo degli atti emanati dalle Autorità indipendenti, Ricciuto, V.: "L'integrazione dei contratti di impresa. Dilatazione o estinzione della fattispecie?", *Riv. dir. impr.*, 2017, pp. 313 ss.

55 Rodotà, S.: *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 37; Perlingieri, G.: *La convalida delle nullità di protezione*, Esi, Napoli, 2010, pp. 97 ss.; Id.: *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e regole di validità*, Esi, Napoli, 2013, p. 84; Rizzo, F.: "Art. 1339", in AA.VV.: *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza* (a cura di G. Perlingieri), 3ª ed., Esi, Napoli, 2010, p. 518; Capobianco, E.: "Integrazione e correzione del contratto: tra regole e principi", in AA.VV.: *Annuario del contratto* (a cura di A. D'Angelo e V. Roppo), Giappichelli, Torino, 2015, pp. 64 ss.

ultima disposizione viene letta in combinato disposto con l'art. 1419, comma 2 c.c.[56] che, nel disciplinare la nullità parziale delle clausole contrattuali, rappresenta lo strumento normativo tramite cui si espunge, ove necessario, la clausola difforme per riempire poi il vuoto lasciato dalla declaratoria di invalidità con la clausola imposta dalla legge[57].

Non bisogna stupirsi, quindi, che tali profili siano stati oggetto di forte attenzione proprio in relazione alla portata integrativo/sostitutiva dei provvedimenti regolatori delle Autorità[58] ai quali, proprio per effetto della loro portata cogente, si dovrebbe riconoscere efficacia eteroconformativa sul regolamento negoziale[59].

Un evidente banco di prova per testare la portata pratica delle considerazioni che sopra si sono svolte è rappresentato dalla peculiare situazione nella quale si trova il mercato energetico e della distribuzione dell'acqua, la cui complessità e delicatezza[60] ha imposto una copiosa normativa multilivello[61] volta a creare

56 Senza pretesa di esaustività, Galgano, F.: "Artt. 1418 -1419", in AA.VV.: *Della simulazione, della nullità del contratto, dell'annullabilità del contratto*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, Zanichelli -Società editrice del foro italiano, Bologna – Roma, 1998, pp. 144 ss.; Franceschelli, V.: *Nullità del contratto*, in *Cod. civ. comm.* Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 153 ss.

57 Evidenziano lo stretto rapporto fra artt. 1339 c.c. e 1419, comma 2 c.c., Roppo, V.: "Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede", *Riv. dir. civ.*, 1971, p. 718; Duvia, P.: "La sostituzione automatica di clausole nell'art. 1419, comma 2, cod. civ.", *Riv. dir. priv.*, 2008, pp. 789 ss.; Franceschelli, V.: *Nullità del contratto*, cit., pp. 175 ss.; Prussiani, C.: "Nullità ed eteroregolamentazione del contratto al tempo delle Autorità amministrative indipendenti", *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 135 la quale, riflettendo sul fenomeno, fa notare come «il fenomeno sostitutivo risultante dalla combinazione degli artt. 1419, comma 2°, e 1339 cod. civ. si compone di due fasi fra loro legate da un nesso di consequenzialità logica: in primo luogo, la nullità parziale del contratto; quindi l'integrazione automatica di clausole in sostituzione di quelle invalide. In questa sequenza, è allora evidente che la nullità parziale del contratto precede – logicamente – l'introduzione coattiva di clausole, con funzione prodromica ad essa». Con una impostazione in parte diversa, Viti, V.: "Provvedimenti normativi dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas ed integrazione contrattuale", *Giur. it.*, 2014, pp. 1602 s., secondo la quale «pur riconoscendosi che l'effetto sostitutivo presupponga sempre una previa nullità parziale della clausola difforme dalla disposizione imperativa, tale nullità non necessita comunque di espressa previsione da parte di quest'ultima, derivando la stessa dal semplice contrasto fra disposizione convenzionale e legale impositiva».

58 Imbrenda, M.: "Il ruolo delle autorità indipendenti nella integrazione e conformazione del contratto", in AA.VV.: *Scritti in onore di Vito Rizzo. Persona, mercato, contratto e rapporti di consumo* (a cura di E. Caterini, L. Di Nella, A. Flamini, L. Mezzasoma e S. Polidori), Esi, Napoli, 2017, I, pp. 915 ss.

59 Ampi riferimenti sul punto in Semeraro, M.: "«Regolazione» del «mercato»: relazioni semantiche e scelte di sistema (spunti dalla casistica)", *Rass. dir. civ.*, 2012, pp. 814 ss. e, spec., pp. 827 ss. ove si sofferma sulle difficoltà ricostruttive emergenti in seno alla giurisprudenza e sulla conseguente contraddittorietà delle sentenze emesse sul punto; Angelone, M.: "Regolamentazione «indipendente» del mercato e «conformazione in chiave protettiva» del contratto", *Riv. dir. impr.*, 2016, pp. 103 ss.; Solinas, C.: *Il contratto amministrato*, cit., pp. 131 ss. e, spec., pp. 185 ss. Sul punto v., pure, Barba, V.: "La previsione di contenuti minimi del contratto da parte delle autorità amministrative indipendenti", in AA.VV.: *I giudici e l'economia* (a cura di L. Ammannati, P. Corrias, F. Sartori e A. Sciarrone Alibrandi), Giappichelli, Torino, 2018, pp. 233 ss. ed anche in Id.: "Autorità amministrative indipendenti, nullità sopravvenuta e conformazione del contratto", *An. giur. econ.*, 2018, pp. 493 ss.

60 Politi, F.: "Energia nel diritto comunitario", *Dig. disc. pubbl.*, VII, Utet, Torino, 1991, pp. 3 ss.; Razzitti, L.: "Principi ed evoluzione della normativa e delle politica comunitaria in tema di energia elettrica", *Rass. giur. Enel*, 1996, pp. 597 ss.; Napolitano, G.: *L'energia elettrica e il gas*, in *Tratt. dir. amm.* a cura di S. Cassese, Giuffrè, Milano, 2000, p. 1636; Colavecchio, A.: "I mercati interno dell'energia elettrica e del gas naturale: profili comunitari", *Rass. giur. Enel*, 2001, pp. 481 ss.

61 Cfr., sul punto, le considerazioni di Di Bona, L.: *Potere normativi*, cit., pp. 29 ss.; Angelone, M.: *Autorità indipendenti*, cit., pp. 133 ss.

un mercato che risulti funzionale alla realizzazione degli interessi generali che l'ordinamento, proprio tramite quei processi economici, cerca di attuare.

Non vi è dubbio che l'erogazione di servizi energetici ed idrici possa essere inquadrata nell'ambito di quello che la normativa comunitaria definisce come SIEG[62] e che la sua progressiva liberalizzazione abbia imposto l'istituzione di una Autorità di settore con poteri regolatori[63] la quale, peraltro, risulta sotto tale profilo estremamente attiva[64].

La copiosa e variegata normativa secondaria emanata da parte dell'Autorità di regolazione per Energia Reti e Ambiente (in seguito ARERA) fonda la propria legittimità nella "delega" contenuta all'art. 2, comma 12, lett. h della l. 14 novembre 1995, n. 481 che legittima l'Autorità ad emanare «le direttive concernenti la produzione e l'erogazione dei servizi da parte dei soggetti esercenti i servizi medesimi, definendo in particolare i livelli generali di qualità riferiti al complesso delle prestazioni e i livelli specifici di qualità riferiti alla singola prestazione da garantire all'utente».

Il carattere normativo di tale potere regolamentare non può far trascurare un dubbio interpretativo relativo, in particolare, alla portata soggettiva delle direttive in parola[65]. Il testo della norma spinge, in effetti, verso la necessità di considerare quali destinatari diretti di tali provvedimenti solo gli erogatori del servizio quali soggetti "vigilati". Tale interpretazione, sotto il profilo che qui interessa, troverebbe peraltro un supporto testuale nel comma 37 dell'art. 2 della l. n. 481 del 1995. Tale ultima disposizione, infatti, nel disciplinare i contratti di servizio tra amministrazione concedente ed erogatore, afferma espressamente che «le determinazioni delle Autorità di cui al comma 12, lettera h), costituiscono modifica o integrazione del regolamento di servizio».

Tale espressa portata eteroconformativa delle direttive dell'ARERA sui contratti di servizio, però, non esclude di per sé che le stesse, proprio alla luce delle considerazioni sopra svolte, non possano avere anche la medesima portata diretta anche sui rapporti di utenza che legano l'erogatore del servizio al cliente.

62 Così, Vaccari, S.: "La regolazione tariffaria del servizio idrico integrato tra ideologie e vincoli normativi", *Munus*, 2018, pp. 1247 ss. Sul punto, v. pure le considerazioni di Carrozza, P.: "Vizi privati, pubbliche virtù?", *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2012, pp. 664 ss.

63 In via preliminare, sul punto, Sclafani, F. e Zanettini, L.: "L'Autorità per l'energia elettrica e il gas", in AA.VV.: *Le autorità amministrative indipendenti* (a cura di G.P. Cirillo e R. Chieppa), Cedam, Padova 2010, pp. 374 ss. Sul potere sanzionatorio attribuito all'Autorità in parola, Barozzi Reggiani, G.: "Lo strano caso degli impegni Aeegsi. Un paradosso normativo?", *Dir. econ.*, 2016, pp. 169 ss.; Antoniazzi, S.: "Le prospettive (interrotte) di evoluzione dell'Aeegsi nella regolazione dei servizi pubblici", *Munus*, 2017, pp. 75 ss.

64 Smerchinich, F.: "Il mercato dell'energia elettrica: descrizione, funzionamento e dinamiche", *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, pp. 1269 ss.

65 Si soffermano su tale problematica, Bellantuono, G.: *Contratti e regolazione nei mercati dell'energia*, Il Mulino, Bologna, 2009, pp. 53 ss.; Semeraro, M.: "«Regolazione» del «mercato»", cit., pp. 808 ss.

Milita in tal senso, non solo una interpretazione in chiave moderna delle fonti di eteroconformazione del contratto[66], ma anche la necessità di collocare correttamente il contratto di somministrazione all'interno del mercato di riferimento. Nel contratto di erogazione, infatti, viene a cristallizzarsi proprio la modalità concreta con cui l'erogatore del servizio si impegna ad erogare lo stesso in favore dell'utente e, di fatto, rappresenta l'esternazione tangibile del livello qualitativo del servizio offerto. In questo quadro d'insieme, se all'ARERA spetta il potere di disciplinare gli aspetti concernenti la produzione e l'erogazione dei servizi da parte del gestore, nonché di delineare i livelli qualitativi degli stessi, appare evidente come ciò sia possibile solo garantendo alle direttive anche una portata conformativa diretta sui contratti di utenza[67].

È su tali considerazioni che fonda la propria salomonica posizione la giurisprudenza ordinaria che ammette la portata eterointegrativa delle delibere ARERA sui contratti di utenza ma quale riflesso della loro diretta portata conformativa sui contratti di servizio. Secondo tale impostazione, quindi, le modifiche imposte ai contratti di servizio ai sensi dell'art. 2, comma 37 della l. 481 del 1995 tramite la normativa secondaria, proiettano i loro effetti anche sui singoli contratti di somministrazione che, per ovvie ragioni, devono adattare i loro contenuti agli standard qualitativi ed alle modalità di erogazione stabiliti nel contratto di servizio[68].

Tale impostazione, tuttavia, ha portato la stessa giurisprudenza a circoscrivere l'efficacia eteroconformativa delle direttive a seconda del contenuto che le stesse recano. In particolare, appare ormai ricorrente l'orientamento della Cassazione che nega l'operatività del fenomeno sopra descritto nelle ipotesi nelle quali la direttiva ARERA non abbia un contenuto specifico tale da imporre ai soggetti vigilati l'adozione di determinate clausole contrattuali con i rispettivi clienti finali. L'effetto eteroconformativo *ex* art. 1339 c.c., quindi, si configurerebbe solo nel caso

66 V. *supra*.

67 Così, Musto, A.: "La potestà regolamentare dell'AEEG: una fonte di integrazione del contratto?", *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, pp. 662 ss., il quale fa notare come «a sostegno dell'ammissibilità di interventi regolatori sulle condizioni giuridico economiche del rapporto di utenza, soccorre, innanzitutto, il profilo applicativo delle prescrizioni autoritative che per loro natura sono chiamate a tradursi, sotto il profilo dell'esecuzione delle prestazioni del rapporto obbligatorio, in comportamenti attuativi del contratto individuale di utenza. Si tratta, in altri termini, di previsioni che, delineando specifici comportamenti da assumere nella fase esecutiva del rapporto, non possono non incidere, a monte, anche sull'assetto prefigurato dal singolo contratto, costituendone altrettante disposizioni integrative». Sul punto v., pure, Angelone, M.: "Poteri regolatori dell'Aeeg", cit., pp. 920 ss.

68 Cass., 27 luglio 2011, n. 16401, *Rass. dir. civ.*, 2012, p. 897; Cass., 8 novembre 2012, n. 19333, *Corr. giur.*, 2013, p. 603 con nota di Grondona, M.: "Integrazione del contratto di utenza tramite delibera dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas: un problema (ancóra) aperto"; Cass., 27 giugno 2012, n. 10730, *www.dejure.it*; Cass., 13 luglio 2012, n. 11992, *www.dejure.it*; Cass., 21 luglio 2014, n. 16559, *www.dejure.it*; Cass., 31 ottobre 2014, n. 23184, *www.dejure.it.*; Cass., 13 febbraio 2015, n. 2969, *www.dejure.it*; Cass., 6 maggio 2015, n. 9133, *www.dejure.it*; Cass., 1 dicembre 2015, n. 24450, *www.dejure.it*; Cass., 10 dicembre 2015, n. 24994, *www.dejure.it*; Cass., 29 dicembre 2015, n. 26019, *www.dejure.it*. Nella giurisprudenza di merito aderiscono a tale impostazione, fra le altre, Trib. Salerno, 8 aprile 2015, *www.dejure.it*; Trib. Milano, 21 gennaio 2020, *www.dejure.it*; Trib. Milano, 19 febbraio 2020, *www.dejure.it*.

in cui la direttiva dell'Autorità non lasci all'erogatore del servizio alcun margine di scelta circa la determinazione del contenuto contrattuale[69].

V. LE SOPRAVVENIENZE REGOLATORIE E GLI EFFETTI SUL CONTRATTO.

Ed è anche alla luce di tali considerazioni che va, da ultimo, analizzata l'ulteriore problematica delle sopravvenienze regolatorie, intendendo per tali le modifiche nella regolazione di settore che dovessero interessare contratti in corso con portata modificativa immediata delle condizioni a suo tempo negoziate.

Se si ammette, pur se ancora con qualche remora, che il diritto regolatorio possa conformare i contratti di utenza relativi ai SIEG, infatti, non può non tenersi in considerazione l'imponente proliferazione di disposizioni secondarie che, pur dettando norme valide per l'avvenire, potrebbero condizionare l'assetto dei rapporti negoziali già conclusi. Il problema da porsi è, quindi, se sia ipotizzabile o meno una eteroconformazione sopravvenuta del contratto per effetto di modifiche regolatorie[70].

Il tema va tenuto, in primo luogo, necessariamente distinto dalle problematiche connesse alla potenziale retroattività delle norme non volendosi qui indugiare sulla capacità delle sopravvenienze regolatorie di incidere *ab origine* sulle sorti del contratto o sul suo contenuto. Il principio generale prevede che la legge dispone solo per l'avvenire e, anche se tale regola non assurge nei rapporti privatistici a principio costituzionale[71], si ritiene che solo ricorrendo ragioni specifiche e puntuali possa considerarsi legittima la retroattività di una disposizione che impatti su rapporti civilistici già consolidatisi[72].

---

69 In questo senso, la giurisprudenza ha ritenuto che non fosse idonea a configurare una eteroconformazione del contratto di utenza l'art. 6, comma 4 della Delibera AEEG (oggi ARERA) n. 200 del 1999 con la quale si imponeva agli erogatori del servizio di individuare almeno una modalità gratuita per il pagamento delle fatture relative alla fornitura di energia. Tale disposizione, prescrivendo un obiettivo da raggiungere e lasciando al soggetto vigilato la possibilità di individuare le modalità di pagamento delle fatture, non è contenutisticamente idonea ad integrare i contratti di utenza. Vengono per tal via respinte le pretese restitutorie di clienti che, privati della possibilità di usufruire di modalità di adempimento gratuite, chiedevano all'erogatore del servizio la restituzione dei costi sostenuti per il pagamento delle fatture. Così Cass., 30 agosto 2011, n. 17786, *www.dejure.it* cui adde Cass., 2 febbraio 2016, n. 1906, *Contratti*, 2016, p. 999 ss. con nota di Fauceglia, D.: "L'eterointegrazione del contratto ad opera dei provvedimenti dell'Autorità dell'Energia elettrica e il Gas". Per la giurisprudenza amministrativa v., recentemente, Cons. St., 27 giugno 2019, n. 4422, *Giur. it.*, 2019, p. 2497, con nota di Sica, T.: "Autorità indipendenti e autonomia privata: le soluzioni del Consiglio di Stato".

70 Riflettono sul fenomeno in parola, pur con specifico riferimento alla sopravvenienza di norme primarie, Maisto, F.: "Il «diritto intertemporale»", Esi, Napoli, 2007, pp. 195 ss.; Ciatti, A.: "Contratto e applicazione immediata di norme sopravvenute (sofortwirkung)", in AA.VV.: *Diritto intertemporale e rapporti civilistici*, Esi, Napoli, 2013, pp. 155 ss.

71 Cfr., Corte cost., 8 luglio 1957, n. 118, poi ripreso e consolidato dalla successiva giurisprudenza costituzionale. In questo senso, Corte cost. 28 marzo 2008, n. 74; Corte cost. 30 settembre 2011, n. 257; Corte cost. 17 dicembre 2013 n. 308; Corte cost. 2 febbraio 2014 n. 69; Corte cost. 9 luglio 2015, n. 146

72 La dottrina tende ad ammettere la possibilità che una legge possa dettare una disciplina retroattiva solo se tale peculiare effetto sia giustificabile tramite il filtro della ragionevolezza. V., sul punto, Del Prato, E.: "Ragionevolezza, retroattività, sopravvenienza: la legge attraverso le categorie del contratto", *Giur. it.*, 2014, pp. 25 ss.; Nivarra, L.: "La retroattività della legge civile", *Eur. dir. priv.*, 2017, pp. 1219 ss.; Pugiotto,

Il problema che ci si pone, quindi, riguarda i limiti entro cui, disponendo per l'avvenire, la norma sopravvenuta possa incidere immediatamente sugli effetti che il contratto deve ancora produrre in futuro. Da un lato si sente l'esigenza di preservare l'assetto che le parti volontariamente hanno dato al proprio rapporto contrattuale e, per l'effetto, l'affidamento che le stesse ripongono nella stabilità della regola privata; dall'altro si presenta la necessità di promuovere, soprattutto all'interno di mercati tanto peculiari quali quelli dei SIEG, assetti negoziali funzionali a realizzare le finalità tipiche del mercato di riferimento[73].

Il proliferare di disposizioni regolatorie ha reso infatti evidente come lo stesso assetto di tali mercati sia rimesso ad una progressiva e continua rimodulazione strumentale ad adattare il contenuto delle regole alle nuove problematiche diacronicamente emergenti nello stesso[74]. Appare verosimile ipotizzare che tali finalità non possano essere adeguatamente e tempestivamente perseguite ove non si ammetta la possibilità di un repentino adattamento della regola privata al nuovo assetto di interessi di cui il diritto regolatorio sopravvenuto si fa promotore. D'altra parte, già si è avuto modo di ribadire come anche la regola privata contribuisca a costruire il mercato valorizzando determinati interessi ed orientandolo alla realizzazione degli stessi[75].

In questo senso, se l'intervento regolatorio delle Autorità è spinto dall'esigenza di contrastare un rilevato assetto anticoncorrenziale del mercato di riferimento, si avverte in maniera ancora più intensa l'esigenza di una immediata applicazione del diritto regolatorio. Il contratto che affonda le proprie radici in un terreno economico anticoncorrenziale descrive un rapporto negoziale che, da un lato, risente inevitabilmente delle "scorie" che prosperano in quel terreno, ma che dall'altro, se non contrastato, determina la sopravvivenza nel tempo di regolamenti contrattuali che risultano espressione proprio di quei fallimenti del mercato. Si vuole dire che quel contratto non è solo un "effetto" del mercato anticoncorrenziale, ma se non adeguatamente e tempestivamente conformato, diventa parte del problema che l'ordinamento deve tentare di risolvere[76].

A.: "Retroattività legislativa e materia civile: Corte costituzionale e Corte EDU parlano la stessa lingua?", *Giur. cost.*, 2018, pp. 174 ss.

73 Maisto, F.: *Il «diritto intertemporale»*, cit., p. 197. Evidenzia l'operatività del meccanismo sostitutivo-integrativo derivante dal combinato disposto dell'art. 1339 c.c. e 1419, comma 2, c.c. – pur se nelle forme di una nullità sopravvenuta -, Marchetti, G.: "La nullità "dinamica" dei contratti di durata", *Riv. dir. civ.*, 2018, pp. 1258 ss.

74 Cfr., Angelone, M.: *Autorità indipendenti ed eteroregolamentazione del contratto*, cit., p. 147.

75 Per il rapporto fra contratto e mercato, v. *supra*.

76 Interessanti le considerazioni di Simeoli, D.: "Contratto e potere regolatorio (rapporti tra)", *Dig. disc. Priv.*, Utet, Torino, 2014, pp. 133 ss.; Id.: "Il contratto "regolato": spunti per uno studio", in AA.VV.: *Dialoghi sul diritto dell'energia*, Vol. II, *Contratti dell'energia e regolazione* (a cura di M. De Ficatiis e A. Maestroni), Giappichelli, Bologna, 2015, pp. 107 ss. ove evidenzia come i contratti nei mercati regolamentati non abbiano solo la funzione di disciplinare un rapporto fra privati ma, se correttamente conformati, assumono essi stessi un «effetto regolatorio» data la loro capacità di incidere sugli assetti del mercato di riferimento.

Descrive bene questa situazione l'inclusione di tali rapporti negoziali nella definizione di "contratto amministrato"[77] quasi che il rapporto contrattuale nasca dalla volontà delle parti per rendersi poi autonomo dalla stessa ed essere, per l'appunto, "amministrato" dalle regole dettate nel mercato di riferimento. Nell'idea di "contratto amministrato" si intravede proprio tale continuo divenire di una regola privata che, una volta nata, fuoriesce dal dominio dei contraenti per essere orientata autoritativamente al fine di farle perseguire gli interessi generali ai quali tendono tali mercati[78].

Rientra quindi in gioco lo spinoso problema del rapporto fra autorità e libertà all'interno del diritto dei contratti da cui dipende, ancora una volta, la soluzione circa la legittimità o meno di un adeguamento del contratto già stipulato al nuovo quadro regolatorio.

Anche sotto tale profilo appare necessario ribadire l'esigenza di tornare a pesare i valori in gioco al fine di verificare se, nel conflitto fra gli stessi, possa essere data prevalenza alle esigenze generali rispetto a quelle individuali. Tale giudizio, necessariamente, varia al variare del mercato nel quale le sopravvenienze regolatorie si incardinano, della natura dei beni e dei servizi che sono oggetto di negoziazione all'interno dei suddetti mercati e del contenuto della norma secondaria da cui dipende - per ovvie ragioni - l'impatto positivo che le stesse, se applicate immediatamente alla massa dei rapporti negoziali, sono in grado di generare in termini di maggiore efficienza del mercato[79].

Tali considerazioni pongono sotto una diversa luce anche gli eventuali strumenti negoziali utilizzabili al fine di porre al sicuro il contratto da eventuali sopravvenienze regolatorie nel mercato dei SIEG. Su tale profilo la dottrina ha evidenziato la tendenziale opportunità che i privati gestiscano con apposite clausole negoziali gli effetti di eventuali sopravvenienze normative nel tentativo di evitare che le stesse pregiudichino gli interessi delle parti per come gli stessi si stavano realizzando alla luce del regolamento contrattuale. Sarebbe quindi ipotizzabile, in linea generale,

77 V., sul punto, Solinas, C.: *Il contratto amministrato*, cit., *passim*; Alpa, G.: "Il contratto del terzo millennio: considerazioni conclusive", *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, pp. 1162 ss.

78 Evidenzia come il contratto sia diventato, all'interno dei mercati regolamentati, uno strumento giuridico di realizzazione di interessi generali non necessariamente coincidenti con quelli delle parti coinvolte nel rapporto negoziale, Ricciuto, V.: "Autorità amministrative indipendenti, contratto e mercato", in AA.VA.: *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, Esi, Napoli, 2006, pp. 975 ss.

79 Affronta la tematica, pur se in un'ottica generale e non con riferimento al diritto regolatorio, Ciatti, A.: "Contratto e applicazione immediata di norme sopravvenute (sofortwirkung)", cit., pp. 167 s. e pp. 175 s. L'A. da ultimo menzionato cita, a tal proposito, l'esempio dell'art. 163 disp. trans. che permette l'applicazione dell'art. 1384 c.c. anche ai contratti già conclusi alla data di entrata in vigore del codice. Si veda, pure, quanto dispone l'art. 185 disp. trans. in relazione all'immediata applicabilità dell'art. 1815, comma 2, c.c. in tema di pattuizioni usurarie.

l'inclusione nel contratto di clausole che permettano la caducazione del rapporto o la sua riarticolazione al sopraggiungere di novità regolatorie[80].

Se tendenzialmente si concorda con l'opinione di quanti ritengono tali clausole pienamente valide, va però posto in evidenza come le stesse vadano sempre verificate in concreto ed in relazione alle specificità del singolo mercato. Se come detto risulta necessario riconoscere una immediata portata conformativa al diritto regolatorio al fine di realizzare una corretta tenuta del mercato dei SIEG, clausole che tendano a conservare lo *status quo ante* determinerebbero una inopportuna impermeabilizzazione del regolamento contrattuale a sopravvenienze regolatorie che, invece, devono poter correggere immediatamente tutti quei rapporti negoziali i cui contenuti risultano negativamente condizionati da un mercato non ancora maturo sotto il profilo concorrenziale. Anche clausole che determinino la possibilità di generare effetti caducatori derivanti dall'emergere di sopravvenienze regolatorie, impedirebbero all'utente di poter usufruire del servizio di interesse generale che, sovente, risulta necessario – se non essenziale - al fine di poter realizzare i propri bisogni più elementari. Difficile risulta in concreto anche ipotizzare l'operatività di clausole di rinegoziazione trattandosi tendenzialmente di contratti standard e, in quanto tali, mai interessati da alcuna forma di negoziazione che permettesse all'utente di condizionare il contenuto del regolamento negoziale.

VI. CONCLUSIONI.

Volendo trarre qualche breve conclusione, va quindi ribadito come il mercato dei SIEG sia un eccellente punto di osservazione al fine di verificare il rapporto fra contratto e mercato e, tramite questo, la relazione che sussiste fra libertà dei privati ed autorità del potere pubblico. Le peculiari esigenze che l'ordinamento tenta di realizzare tramite il mercato dei SIEG, impongono un approccio alla problematica del tutto peculiare che porta a riconoscere carattere vincolante, ricorrendone i presupposti, anche a tutta quella massa di provvedimenti normativi delle Autorità di settore che, incessantemente, innovano le regole che sovrintendono tali relazioni economiche. Si tratta di interventi di natura tecnica che hanno l'ambizione di evitare e, nel caso, di correggere quei fallimenti di mercato che sono molto frequenti in ambiti economici caratterizzati da regimi concorrenziali quantomai giovani e, come tali, ancora non del tutto consolidati.

In tali circostanze, una autonomia negoziale composta da contratti unilateralmente predisposti da parte dell'erogatore del servizio può determinare la creazione di rapporti che non sono in grado di assicurare il diritto degli utenti alla

80 V., in questo senso, le riflessioni di Angelone, M.: *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, cit., pp. 223 s. il quale propone quali esempi, la previsione di clausole di recesso, clausole di scioglimento automatico del contratto, clausole risolutive espresse, clausole di indicizzazione, clausole di adeguamento automatico o di rinegoziazione.

fruizione di SIEG che siano caratterizzati da standard di qualità elevati, accessibilità ed economicità. Ed è proprio per evitare questo che va ribadita la necessità che tali atti di autonomia negoziali si uniformino fin dall'origine al diritto regolatorio o che subiscano delle alterazioni in funzione delle sopravvenienze regolatorie che dovessero interessarli.

Ci si rende conto che, in tal modo, gli spazi riservati all'autonomia contrattuale -intesa nella sua accezione classica- risultino, all'interno dei contratti dei SIEG, estremamente angusti. Il mercato dei SIEG ci offre l'immagine di una autonomia la cui operatività risulta di fatto limitata al mero momento genetico dell'accordo per essere poi sopraffatta da meccanismi di eteroconformazione che potrebbero portare il contratto a produrre effetti che si collocano ben al di là delle prospettive originariamente immaginate dalle parti. Tale soluzione risulta accettabile solo ove si abbandoni una concezione "sacramentale" dell'autonomia negoziale per qualificare tale potere che l'ordinamento riconosce ai privati quale strumento da funzionalizzare al perseguimento degli scopi che l'ordinamento di volta in volta tenta di perseguire.

Questo passaggio concettuale appare, ormai, ineludibile ed ancor più necessario in settori economici nei quali lasciare totalmente libero l'egoismo degli attori del mercato potrebbe generare un sacrificio spropositato per tutti coloro che, tramite quel mercato, tentano di assicurarsi beni o servizi ormai di primario rilievo assiologico.

BIBLIOGRAFIA

ADDIS, F.: "Art. 1339", in AA: VV.: *Codice civile commentato* (a cura di G. BONILINI, M. CONFORTINI e C. GRANELLI), 4ª ed., Utet, Torino, 2012.

AICARDI, N.: "Energia", in AA.VV.: *Trattato di diritto amministrativo europeo* (diretto da M.P. CHITI e G. GRECO), Parte speciale, II, Giuffrè, Milano, 2007.

ALPA, G.:

- "I poteri regolamentari delle autorità indipendenti", in AA.VV.: *Istituzioni, mercato e democrazia* (a cura di S. AMOROSINO, G. MORBIDELLI e M. MORISI), Giappichelli, Torino, 2002.

- "Il contratto del terzo millennio: considerazioni conclusive", *Nuova giur. civ. comm.*, 2018.

- *Le stagioni del contratto*, Il Mulino, Bologna, 2012.

AMOROSINO, S.: "I giudici amministrativi e le attività economiche", *An. giur. econ.*, 2018.

ANGELONE, M.: "Diritto privato «regolatorio», conformazione dell'autonomia negoziale e controllo sulle discipline eteronome dettate dalle authorities", in AA.VV.: *Il contratto* (a cura di A. FEDERICO e G. PERLINGIERI), Esi, Napoli, 2019.

ANGELONE, M.:

- *Autorità indipendenti ed eteroregolamentazione del contratto*, Esi, Napoli, 2012.

- "Regolamentazione «indipendente» del mercato e «conformazione in chiave protettiva» del contratto", *Riv. dir. impr.*, 2016.

ANTONELLI, V.: "Novità normative e giurisprudenziali in tema di servizi pubblici locali", *Dir. econ.*, 2011.

ANTONIAZZI, S.: "Le prospettive (interrotte) di evoluzione dell'Aeegsi nella regolazione dei servizi pubblici", *Munus*, 2017.

AZARA, A.: "Fonti sub-primarie e integrazione del contratto", *Giust. civ.*, 2020.

BARBA, V.:

- "Autorità amministrative indipendenti, nullità sopravvenuta e conformazione del contratto", *An. giur. econ.*, 2018.

- "La previsione di contenuti minimi del contratto da parte delle autorità amministrative indipendenti", in AA.VV.: *I giudici e l'economia* (a cura di L. Ammannati, P. Corrias, F. Sartori e A. Sciarrone Alibrandi), Giappichelli, Torino, 2018.

Barozzi Reggiani, G.: "Lo strano caso degli impegni Aeegsi. Un paradosso normativo?", *Dir. econ.*, 2016.

Battistini, C.: "Liberalizzazioni e concorrenza nella regolamentazione del trasporto ferroviario europeo", *Dir. un. eur.*, 2010.

Bellantuono, G.: *Contratti e regolazione nei mercati dell'energia*, Il Mulino, Bologna, 2009.

Berti de Marinis, G.: *Contratti dei mercati regolamentati: norme imperative e conformazione*, Esi, Napoli, 2019.

Berti, G.: "Diffusione della normatività e nuovo disordine delle fonti del diritto", in AA.VV.: *L'autonomia privata e le autorità indipendenti* (a cura di G. Gitti), Il Mulino, Bologna, 2006.

Breccia, U.: "Fonti del diritto contrattuale", *Enc. dir.*, Ann. III, Giuffrè, Milano, 2010.

Calcagnile, M.: "Monopoli e privative nei servizi di interesse economico generale", *Gior. dir. amm.*, 2017.

Capantini, M.: "I servizi pubblici tra ordinamento nazionale, comunitario ed internazionale", in AA.VV.: *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici* (a cura di A. Massera), Plus, Pisa, 2004.

Capobianco, E.:

- *Il contratto. Dal testo alla regola*, Giuffrè, Milano, 2006.

- "Integrazione e correzione del contratto: tra regole e principi", in AA.VV.: *Annuario del contratto* (a cura di A. D'Angelo e V. Roppo), Giappichelli, Torino, 2015.

Caputi, G.: *Servizi pubblici e monopoli nella giurisprudenza comunitaria*, Giappichelli, Torino, 2002.

Carabba, M.: "Privatizzazione di imprese ed attività economiche", *Dig. disc. pubbl.*, XI, Utet, Torino, 1996.

Caranta, R.: "Il diritto dell'UE sui servizi di interesse economico generale e il riparto di competenze tra Stato e Regioni", *Regioni*, 2011.

Carrera, C.: "Autonomia contrattuale e potere regolamentare dell'autorità per l'energia elettrica ed il gas", *Urb. app.*, 2013.

Carrozza, P.: "Vizi privati, pubbliche virtù?", *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2012.

Cassese, S.: "Regolazione e concorrenza", in AA.VV.: *Regolazione e concorrenza* (a cura di G. Tesauro e M. D'Alberti), Il Mulino, Bologna, 2000.

Ceridono, G.: "Le autorità amministrative indipendenti fra fonti del diritto e giustizia costituzionale", in AA.VV.: *Giurisprudenza costituzionale e fonti del diritto* (a cura di N. Lipari), Esi, Napoli, 2006.

Cerulli Irelli, V.: "Sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti", in AA.VV.: *Arbitri dei mercati* (a cura di M. D'Alberti e A. Pajno), Il Mulino, Bologna, 2010.

Ciatti, A.: "Contratto e applicazione immediata di norme sopravvenute (sofortwirkung)", in AA.VV.: *Diritto intertemporale e rapporti civilistici*, Esi, Napoli, 2013.

Cintioli, F.:

- "La dimensione europea dei servizi di interesse economico generale", *www.federalismi.it*, num. 11, 2012.

- "Servizi di interesse economico generale, promozione e tutela della concorrenza", *Dir. un. eur.*, 2006.

Clarich, M.: "Profili giuridici della "sicurezza economica" nell'età della crisi", *Giur. comm.*, 2012.

Clarich, M. e Pisaneschi, A.: "Privatizzazioni", *Dig. disc. pubbl.*, Agg. I, Utet, Torino, 2000.

Colavecchio, A.: "I mercati interno dell'energia elettrica e del gas naturale: profili comunitari", *Rass. giur. Enel*, 2001.

Corso, G.: "I servizi pubblici nel diritto comunitario", *Riv. giur. quad. pubbl. serv.*, 1999.

Crisafulli, V.: *Lezioni di diritto costituzionale italiano*, II, Giuffrè, Milano, 1993.

De Falco, V.: "Il servizio pubblico tra ordinamento comunitario e diritti interni", Cedam, Padova, 2003.

De Leonardis, F.: "Natura e caratteri degli atti di regolazione pubblica dell'economia", *Dir. econ.*, 2018.

De Lucia, L.: *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Giappichelli, Torino, 2002.

De Nova, G.: "Provvedimenti delle autorità indipendenti e disciplina dei contratti", *Società*, 2001.

Del Prato, E.:

- "Autorità indipendenti, norme imperative e diritto dei contratti: spunti", *Riv. dir. priv.*, 2001.

- "Ragionevolezza, retroattività, sopravvenienza: la legge attraverso le categorie del contratto", *Giur. it.*, 2014.

Delle Foglie, M.: "Verso un "nuovo" sistema delle fonti?, Il caso delle linee guida ANAC in materia di contratti pubblici", *Giustamm.it*, 2017.

Delli Priscoli, L.: "Il limite dell'utilità sociale nelle liberalizzazioni", *Giur. comm.*, 2014.

Deodato, C.: "Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?", *Giustamm.it*, 2016.

Di Bona, L.: *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto*, Esi, Napoli, 2008.

Di Marzio, F.: *La nullità del contratto*, Cedam, Padova, 2008.

Di Raimo, R.: *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, Esi, Napoli, 2003.

Duvia, P.: "La sostituzione automatica di clausole nell'art. 1419, comma 2, cod. civ.", *Riv. dir. priv.*, 2008.

FARINELLA, D.: "Il servizio pubblico fra monopolio e concorrenza", *Amministrare*, 2001.

FAUCEGLIA, D.:

- "L'eterointegrazione del contratto ad opera dei provvedimenti dell'Autorità dell'Energia elettrica e il Gas", *Contratti*, 2016.

- "La conformazione autoritativa dei contratti delle comunicazioni elettroniche", *Contratti*, 2018.

FAZIO, M.: "Le linee guida dell'ANAC in materia di contratti pubblici: un breve excursus fra vecchi problemi di inquadramento e l'attuale ritorno al regolamento unico", *Dir. econ.*, 2020.

FEDERICO, A.: "Integrazione del contratto e poteri regolatori delle Autorità Amministrative Indipendenti. Il ruolo dell'Autorità Nazionale Anticorruzione nella costruzione del regolamento contrattuale", *Rass. dir. civ.*, 2017.

FERRARI ZUMBINI, A.: *La regolazione amministrativa del contratto. Atti amministrativi conformativi dell'autonomia negoziale*, Giappichelli, Torino, 2016.

FILPO, F.: "La nuova disciplina dell'Unione europea in materia di aiuti di stato per la compensazione di oneri di servizio pubblico", *Contr. impr./Eur.*, 2013.

FRANCESCHELLI, V.: *Nullità del contratto*, in *Cod. civ. comm.* Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2015.

FRANZONI, M.: *Degli effetti del contratto*, II, in *Cod. civ. comm.* Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2013.

FRANZONI, S.: "L'attività di regolazione della Autorità indipendenti", *Dir. econ.*, 2008.

FRIGNANI, A. e ROSSI, G.: "Che cosa resterà dello «spazio audiovisivo europeo»? Considerazioni critiche prima e dopo l'approvazione del protocollo integrativo sul servizio pubblico radiodiotelevisivo (e del nuovo art. 7 D del Trattato)", *Dir. inf.*, 1997.

GALGANO, F.: "Artt. 1418-1419", in AA.VV.: *Della simulazione, della nullità del contratto, dell'annullabilità del contratto*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, Zanichelli -Società editrice del foro italiano, Bologna-Roma, 1998.

Genghi, M.: "Profili problematici delle autorità amministrative indipendenti", *Nuova rass.*, 2012.

Geninatti Satè, L.: "I fatti critici del sistema delle fonti e la crisi del principio di legalità", *Dir. pubbl.*, 2005.

Giannini, M.S.: "Consob", in AA.VV.: *Consob. L'istituzione e la legge penale* (a cura di G.M. Flik), Giuffrè, Milano, 1987.

Gitti, G. e Delfini, F.: "Autonomia privata e tipizzazione contrattuale", *Riv. dir. priv.*, 2007.

Gozi, S.: "Prime riflessioni sul trattato di Amsterdam: luci ed ombre sul futuro dell'unione", *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997.

Grondona, M.: "Integrazione del contratto di utenza tramite delibera dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas: un problema (ancóra) aperto", *Corr. giur.*, 2013.

Guarracino, F.: "L'adozione degli atti di regolazione delle autorità del mercato bancario, finanziario, assicurativo e previdenziale", in AA.VV.: *Scritti in onore di Francesco Capriglione*, I, Cedam, Padova, 2010.

Imbrenda, M.: "Il ruolo delle autorità indipendenti nella integrazione e conformazione del contratto", in AA.VV.: *Scritti in onore di Vito Rizzo. Persona, mercato, contratto e rapporti di consumo* (a cura di E. Caterini, L. Di Nella, A. Flamini, L. Mezzasoma e S. Polidori), Esi, Napoli, 2017.

Impinna, M.: "I poteri regolamentari dell'AEEG, l'autonomia contrattuale e i poteri impliciti", *Gior. amm.*, 2014.

Irti, N.: *L'ordine giuridico del mercato*, V ed., Laterza, Bari, 2003.

Jacovitti, E.: "Osservazioni sui regolamenti delle Autorità indipendenti", *Arch. giur.*, 2010.

Lazzara, P.: *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Cedam, Padova, 2001.

Leonardi, P.: "Atti amministrativi e autonomia negoziale", *Pers. merc.*, 2019.

Libertini, M.: "Eteronomia e autonomia nella produzione normativa. Autorità indipendenti, mercati e regole", *Riv. it. scienza giur.*, 2010.

LICCIARDELLO, S.: "Prime note sulla funzione di regolazione dell'ANAC nel nuovo codice degli appalti", *Federalismi.it*, 2016.

LIPARI, N.:

- *Intorno alla "giustizia" del contratto*, Esi, Napoli.

- *Le fonti del diritto*, Giuffrè, Milano, 2008.

LONGOBARDI, N.: "Le autorità di regolazione dei mercati", *Dir. proc. amm.*, 2012.

LUCARELLI, A.:

- "Art. 36", in AA.VV.: *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE* (a cura di R. BIFULCO, M. CARTABIA e A. CELOTTO), Il Mulino, Bologna, 2001.

- "La Corte costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali: linee fondative per un diritto pubblico europeo dell'economia", *Giur. cost.*, 2010.

LUCHENA, G.: "Autorità indipendenti e Costituzione economica", *www.amministrazioneincammino.luiss.it*, 2016.

MACARIO, F.: "Autorità indipendenti, regolamentazione del mercato e controllo di vessatorietà delle condizioni contrattuali", in AA.VV.: *L'autonomia privata e le autorità indipendenti* (a cura di G. GITTI), Il Mulino, Bologna, 2006.

MAISTO, F.:

- "Il «diritto intertemporale»", Esi, Napoli, 2007.

- *L'autonomia contrattuale nel prisma della sussidiarietà orizzontale*, Esi, Napoli, 2016.

MAJONE, G. e LA SPINA, A.: "Lo stato regolatore", *Riv. trim. sc. amm.*, 1991, n. 3.

MANTINI, P.: "Autorità nazionale anticorruzione e soft law nel sistema delle fonti e dei contratti pubblici", *Giustamm.it*, 2017.

MARCHETTI, G.: "La nullità "dinamica" dei contratti di durata", *Riv. dir. civ.*, 2018.

MARESCA, M.: "L'accesso ai servizi di interesse generale, de-regolazione e ri-regolazione del mercato e ruolo degli users' rights", *Dir. un. eur.*, 2005.

Maugeri, M.R.: "Effetto conformativo delle decisioni delle autorità indipendenti nei rapporti privati", in AA.VV.: *Tutela dei diritti e «sistema» ordinamentale*, Esi, Napoli, 2012.

Mazzamuto, S.: *Il contratto di diritto europeo*, 2ª ed., Giappichelli, Torino, 2015.

Merusi, F.: *Sentieri interrotti della legalità*, Il Mulino, Bologna, 2007.

Modugno, F.:

- "Fonti del diritto (gerarchia delle)", *Enc. dir.*, Agg. I, Giuffrè, Milano, 1997.

- "Fonti del diritto", *Dig. disc. pubbl.*, Agg. IV, Utet, Torino, 2010.

Morbidelli, G.: "Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti", *Dir. amm.*, 2007.

Musto, A.: "La potestà regolamentare dell'AEEG: una fonte di integrazione del contratto?", *Nuova giur. civ. comm.*, 2010.

Napolitano, G.:

- "Il potere normativo delle autorità indipendenti", in AA.VV.: *L'autonomia privata e le autorità indipendenti* (a cura di G. Gitti), Il Mulino, Bologna, 2006.

- *L'energia elettrica e il gas*, in *Tratt. dir. amm.* a cura di S. Cassese, Giuffrè, Milano, 2000.

- "Liberalizzazioni e buona amministrazione", *Gior. di. amm.*, 2015.

- *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 226; Merusi, F.: "Il diritto amministrativo comune nelle comunicazioni elettroniche", *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004.

Napolitano, G. e Zoppini, A.: "La regolazione indipendente dei servizi pubblici e la garanzia dei privati", in AA.VV.: *L'autonomia privata e le autorità indipendenti. La metamorfosi del contratto* (a cura di G. Gitti), Il Mulino, Bologna, 2006.

Nivarra, L.: "La retroattività della legge civile", *Eur. dir. priv.*, 2017.

Orlandi, M.: "Autonomia privata e Autorità indipendenti", *Riv. dir. priv.*, 2003.

Perlingieri, G.: *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e regole di validità*, Esi, Napoli, 2013.

Perlingieri, G.: *La convalida delle nullità di protezione*, Esi, Napoli, 2010.

Politi, F.:

- "Energia nel diritto comunitario", *Dig. disc. pubbl.*, VII, Utet, Torino, 1991.

- "La potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti: nuovi profili di studio", in AA.VV.: *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale* (a cura di N. Longobardi), 2ª ed., Giappichelli, Torino, 2009.

- "Regolamenti delle Autorità amministrative indipendenti", *Enc. giur.* Treccani, 2001.

Porchia, O.: "Alcune considerazioni sull'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: l'accesso ai servizi di interesse economico", *Dir. un. eur.*, 2002.

Prussiani, C.: "Nullità ed eteroregolamentazione del contratto al tempo delle Autorità amministrative indipendenti", *Nuova giur. civ. comm.*, 2015.

Pugiotto, A.: "Retroattività legislativa e materia civile: Corte costituzionale e Corte EDU parlano la stessa lingua?", *Giur. cost.*, 2018.

Radicati di Brozolo, L.G.: "La nuova disposizione sui servizi di interesse economico generale", *Dir. un. eur.*, 1998.

Rangone, N.: "I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario", *Gior. dir. amm.*, 2005.

Razzitti, L.: "Principi ed evoluzione della normativa e delle politica comunitaria in tema di energia elettrica", *Rass. giur. Enel*, 1996.

Rescigno, G.U.: "Atti normativi ed atti non normativi", *Giur. cost.*, 1988.

Ricciuto, V.:

- "Autorità amministrative indipendenti, contratto e mercato", in AA.VA.: *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, Esi, Napoli, 2006.

- "L'integrazione dei contratti di impresa. Dilatazione o estinzione della fattispecie?", *Riv. dir. impr.*, 2017.

- "Lo stato committente. Lo stato regolatore", in AA.VV.: *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia* (a cura di R. Di Raimo e V. Ricciuto), Esi, Napoli, 2006.

- "Nuove prospettive del diritto privato dell'economia", in AA.VV.: *Diritto dell'economia* (a cura di E. Picozza e V. Ricciuto), Giappichelli, Torino, 2013.

Rizzo, F.: "Art. 1339", in AA.VV.: *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza* (a cura di G. Perlingieri), 3ª ed., Esi, Napoli, 2010.

Rodotà, S.: *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 2004.

Romano, A.: "Profili della concessione di pubblici servizi", *Dir. amm.*, 1994.

Roppo, V.: "Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede", *Riv. dir. civ.*, 1971.

Sabbioni, P.: "La Corte equipara SPL di rilevanza economica e SIEG, ma ammette soltanto tutele piú rigorose della concorrenza", *Giur. cost.*, 2010.

Sacco, R.: "Sostituzione delle clausole contrattuali", *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Agg. VII, Utet, Torino, 2012.

Sandulli, A. M.: "Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo", in AA.VV.: *Scritti in memoria di V.E. Orlando*, II, Cedam, Padova, 1957.

Santoro, M.P.: "La disciplina dei contratti pubblici tra semplificazione e regolazione", *Giustamm.it*, 2016.

Sclafani, F. e Zanettini, L.: "L'Autorità per l'energia elettrica e il gas", in AA.VV.: *Le autorità amministrative indipendenti* (a cura di G.P. Cirillo e R. Chieppa), Cedam, Padova 2010.

Scognamiglio, C.: *L'integrazione*, in *Tratt. contr.* Rescigno e Gabrielli, Utet, Torino, 2006.

Semeraro, M.:

- "Appunti sulla nullità delle clausole contrarie ai provvedimenti delle Autorità Indipendenti", in AA.VV.: *Percorsi di diritto civile* (a cura di R. Di Raimo, M. Francesca e A.C. Nazzaro), Esi, Napoli, 2011.

- "*Provvedimenti delle autorità indipendenti e patologie contrattuali (premesse ricostruttive)*", *Conc. merc.*, 2012.

- "«Regolazione» del «mercato»: relazioni semantiche e scelte di sistema (spunti dalla casistica)", *Rass. dir. civ.*, 2012.

Sica, T.: "Autorità indipendenti e autonomia privata: le soluzioni del Consiglio di Stato", *Giur. it.*, 2019.

Simeoli, D.:

- "Contratto e potere regolatorio (rapporti tra)", *Dig. disc. Priv.*, Utet, Torino, 2014.

- "Il contratto "regolato": spunti per uno studio", in AA.VV.: *Dialoghi sul diritto dell'energia*, Vol. II, *Contratti dell'energia e regolazione* (a cura di M. De Ficatiis e A. Maestroni), Giappichelli, Bologna, 2015.

Smerchinich, F.: "Il mercato dell'energia elettrica: descrizione, funzionamento e dinamiche", *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017.

Solinas, C.:

- "Autonomia privata ed eteronomia nel servizio di fornitura di energia elettrica. Forme e strumenti della regolazione del mercato", *Contr. impr.*, 2010.

- *Il contratto amministrato*, Esi, Napoli, 2018.

Sorace, D.:

- "I servizi «pubblici» economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo", *Dir. amm.*, 2010.

- "Il servizio di interesse economico generale dell'energia elettrica in Italia tra concorrenza ed altri interessi pubblici", *Dir. pubbl.*, 2004.

Sottili, V.: "Servizio pubblico e diritto comunitario", in AA.VV.: *Servizi essenziali e diritto comunitario* (a cura di L.G. Radicati di Brozolo), Giappichelli, Torino, 2001.

Spoto, G.: *Le invalidità contrattuali*, Jovene, Napoli, 2012.

Titomanlio, R.: *Potestà normativa e funzione di regolazione: la potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, Giappichelli, Bologna, 2012.

Torchia, L.: "La regolazione dei mercati fra autorità indipendenti nazionali ed organismi europei", *www.giustizia-amministrativa.it,* 2013.

Trimarchi Banfi, F.: "I servizi pubblici nel diritto comunitario: nozione e principi", *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008.

VACCARI, S.: "La regolazione tariffaria del servizio idrico integrato tra ideologie e vincoli normativi", *Munus*, 2018.

VITI, V.: "Provvedimenti normativi dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas ed integrazione contrattuale", *Giur. it.*, 2014.

ZARRO, M.: *Poteri indipendenti e rapporti civili. Italia, Germania e diritto europeo*, Esi, Napoli, 2015.

EL ERROR DE DERECHO COMO VICIO DEL CONSENTIMIENTO EN LOS CONTRATOS CIVILES

THE ERROR OF LAW AS A VICE OF CONSENT IN CIVIL CONTRACTS

Rev. Boliv. de Derecho Nº 33, enero 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 260-285

Fausto Fabián
LÓPEZ
ALMEIDA

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 30 de noviembre de 2021

RESUMEN: El error de derecho ha sido un tema muy importante para el Derecho Civil a lo largo de su historia, especialmente para considerar si la ignorancia o desconocimiento de las partes contractuales pueden afectar la existencia y validez del contrato.

La necesidad de una protección jurídica hacia las partes contractuales ante la existencia de un error de derecho que afecte a la voluntad, hace posible que, mediante el Derecho Comparado de países como España, México, Italia y Venezuela, se pueda analizar los argumentos jurídicos, legislación, doctrina y jurisprudencia sobre el error de derecho como vicio del consentimiento en el contrato.

PALABRAS CLAVE: artículo; Código Civil; consentimiento; Constitución de la República del Ecuador; error de Derecho; error de hecho; nulidad, anulabilidad; vicio; voluntad.

ABSTRACT: *The error of law has been a very important issue for Civil Law throughout its history, especially considering whether the nescience or ignorance of the contractual parties can affect the existence and validity of the contract.*

The need for legal protection towards the contractual parties in the event of an error of law that affects the will makes it possible that through the Comparative Law of countries such as Spain, Mexico, Italy and Venezuela, the legal arguments can be analyzed, legislation, doctrine and jurisprudence on the error of law as a vice of consent in the contract.

KEY WORDS: *article; Civil Code; consent; Constitution of the Republic of Ecuador; error of law; factual error; nullity, voidability; vice; will.*

SUMARIO.- I. ANTECEDENTES DEL CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO.- II. DERECHO CONTRACTUAL ECUATORIANO.- 1. El consentimiento y su interpretación.- 2. La declaración de la voluntad y su comprensión jurídica.- 3. La autonomía de la voluntad y su importancia en el Derecho contractual.- 4. Vicios del consentimiento.- 5. La nulidad.- A) Nulidad relativa.- B) Nulidad absoluta.- III. EL ERROR DE DERECHO.- 1. Marco legal nacional.- 2. Principio ignorantia juris non excusat y la Constitución de la República.- 3. Conflicto de aceptación con la norma supra.- IV. DERECHO COMPARADO.- 1. Derecho Civil Español.- A) El error de derecho y la nulidad.- 2. Derecho Civil italiano.- A) Error de derecho.- B) Error esencial.- 3. Derecho Civil Mexicano.- A) Voluntad y motivo determinante.- B) Nulidad absoluta y relativa.- 4. Derecho Civil Venezolano.- A) El error de derecho frente a la nulidad y anulabilidad.- IV. REFLEXIONES FINALES.- 1. La influencia normativa con el tiempo plasmada en el error de derecho (Ecuador).- 2. Argumentos jurídicos del Derecho Comparado ante la existencia del error de derecho.

I. ANTECEDENTES DEL CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO.

La trascendencia que posee el Código Civil ecuatoriano en el ámbito contractual y específicamente sobre el error de derecho, refleja la influencia del Código Civil Napoleónico[1] (francés) y del Código Civil de Andrés Bello (chileno), instrumentos normativos que han sido significativaamente conocidos en el mundo y en el derecho privado por su especial manera de regular las principales relaciones civiles de las personas en el siglo XIX.

Actualmente el Código Civil[2] vigente en el Ecuador, es uno de los códigos más antiguos que ha tenido el país. Pese a sus reformas parciales o modificaciones temporales ha mantenido sus orígenes de creación y a pesar de los años que han transcurrido desde su existencia, no ha existido una reforma total o un nuevo Código Civil que se encuentre modernizado conforme la evolución constante del derecho y de la sociedad.

Se han recogido algunos fundamentos de la normativa civil francesa de 1804 donde se establece la existencia del consentimiento como uno de los elementos

1 Código Civil Francés, publicado en la impresión Imperial, 21 de marzo de 1804, por el Parlamento de Legisladores de Francia.

2 Código Civil, Suplemento del Registro Oficial No. 46, 24 de junio del 2005, última reforma 8 de julio de 2019.

• Fausto Fabián López Almeida
Abogado por la Universidad Central del Ecuador. Máster en Derecho, Empresa y Justicia por la Universidad de Valencia (España). Doctorando en Derecho, Ciencia Política y Criminología por la Universidad de Valencia (España). Participación como Investigador Jurídico en empresas privadas relacionada con la legislación vigente. Asistente de la Comisión de Justicia y Estructura del Estado en la Asamblea Nacional del Ecuador. Autor de la Tesis sobre el error de derecho en los contratos civiles en el Ecuador. Participación en la Revista Jurídica Ediciones Legales acerca de las reformas normativas. Abogado litigante en los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador. Socio y Fundador del Consultorio Jurídico L&V. Socio del Consultorio Jurídico Summa Imperii. Correo electrónico: ffladbz@hotmail.es.

esenciales para la suscripción de los actos y contratos; también el hecho de que no existe nulidad *ipso jure* por la sola existencia del error, es decir que debe de cumplir con requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico para que cause este efecto, limitándose así a un posible *ipso facto*[3] para encontrar el posible error en el contrato con acción de las partes.

Mientras que el Código Civil de Chile de 1855[4] se creaba como un modelo un tanto distinto al de Napoleón y su Derecho tradicional, su construcción se adaptaba más a las necesidades y sociedad Latinoamericana. Se tomaron en consideración varios textos para su creación: el Código de las Siete Partidas de Alfonso X[5], el Fuero Real[6], la Novísima Recopilación[7], el Derecho Canónico, el Derecho Romano, el Código Civil de Francia, de Austria, de Luisiana, el Español y el *Corpus Iuris Civilis*[8], este último considerado como trascendental por hacer la recopilación de los textos más importantes del Derecho Romano, razón por la que fue considerado por Andrés Bello como uno de los pilares fundamentales del Derecho Civil[9].

Es por ello que la conceptualización y la comprensión histórica del error de derecho en el Código Civil de Chile, es prioritaria para que exista una mejor comprensión acerca de los fundamentos y doctrina aplicada por el Ecuador hasta la actualidad al ser un cuerpo normativo muy semejante (por no decir idénticos), poseen similares elementos y fundamentos de aplicación normativa; además de la regulación en materia de contratos y obligaciones, comprendidas en relación con el principio *ignorantia juris non excusat,* para no aceptar el error de derecho como un vicio del consentimiento que afecte al contrato.

3 Se considera que el accionar *ipso jure* en este caso de la existencia de un error de derecho que pueda existir en el contrato, no operará para su nulidad, por el mero hecho de que este error debe de ser reclamado por una de las partes intervinientes en él, predominando así el actuar de quién desee que se deje sin efecto esta obligación contractual por encontrarse viciada la voluntad expresada en este; y por esta razón se evidencia la existencia del *ipso facto,* ya que este accionar se aplica en el momento en que es descubierto el error demostrable en el contrato. Es por esta razón que en el Código en mención se hace evidente que esta aplicación determina que ante el error en el contrato el actuar de las partes es esencial para la nulidad.

4 La estructura del Código Civil de Andrés Bello, ha sido muy conocida en Latinoamérica a tal nivel que ha sido acogida por el Ecuador e imitada textualmente con pequeños cambios para su adaptación nacional, teniendo gran influencia y acogimiento que hasta la actualidad posee vigencia en el Ecuador, con algunos cambios en su articulado por la necesidad y el tiempo actual, pero conservando su esencia y orígenes.

5 El Código de las Siete Partidas, fue un Código redactado en Castilla (España) durante el reinado de Alfonso X (El Sabio), redactado con el propósito de conseguir la uniformidad jurídica del reino de 1252 a 1284 y su nombre original era de Libro de las Leyes.

6 El Fuero Real, promulgado por Alfonso X de Castilla en 1255 tenía la intención de la uniformidad de las leyes, por lo que de igual manera que el Código de las Siete Partidas ambas se convirtieron en derecho castellano *de facto,* fundamentado en el Derecho Romano justinianeo, estableció los principios de la realeza y de la creación del Derecho, además de que la tarea de legislar le pertenecía únicamente al Rey.

7 La Novísima Recopilación, creada en España y la cual contenía una recopilación del Derecho de España y del castellano publicada el 15 de julio de 1805.

8 Hanisch Espíndola, H.: *Andrés Bello y su obra en Derecho Romano*, Santiago de Chile, 1983, pp.134-187.

9 Guzmán Brito, A.: *La influencia del Código Civil francés en las codificaciones americanas,* Valparaíso, 2006, pp. 27 -37.

II. DERECHO CONTRACTUAL ECUATORIANO.

En el Ecuador se ha instaurado una armonización normativa, respetando la supremacía constitucional sobre el derecho contractual y las demás leyes orgánicas y ordinarias, reconociendo como principio constitucional la *ignorantia juris non excusat*[10], imposibilitando así aceptar el error de derecho como elemento de nulidad contractual, concordante a lo establecido por el Código Civil.

El error de derecho definido en el art. 1452 del Código Civil expresa que el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, sin que exista mayor detalle pese a que se reconoce su existencia como una clasificación del error que puede existir en el contrato. De esta manera se demuestra que este error no es aceptado como un elemento que pueda afectar directamente al consentimiento o que pueda causar la nulidad del contrato y restringe la posibilidad de que su presencia en el contrato pueda ser alegada con alguna sanción de nulidad.

1. El consentimiento y su interpretación.

Desde los inicios del Código Civil ecuatoriano hasta la actualidad, el consentimiento se ha mantenido como uno de los elementos esenciales en materia de "obligaciones y contratos", tanto para la existencia del contrato como para su validez. Complementándose además con el principio de autonomía de la voluntad, definido en el ordenamiento jurídico como: "la libertad que mantiene el individuo para relacionarse contractualmente con otros, con el fin de celebrar un contrato"[11].

La normativa civil considera que las partes deben consentir el acto mediante su declaración de voluntad y además no adolecer de vicios del consentimiento para que exista obligación de cumplimiento de un contrato válido. Por esta razón, el consentimiento se establece como un elemento necesario para la existencia de cualquier acto o contrato (art.1461 CC).

Existen otros aspectos que se deben considerar por ser parte o complementar al consentimiento, como: la real y verdadera comprensión de las partes sobre el contenido del contrato, la efectiva observancia sobre la materialización de la voluntad expresada en la aceptación del contrato, los elementos jurídicos considerativos que determinan la validez del consentimiento y los escenarios en los que se considera que tiene mayor o menor relevancia el consentimiento de

10 *Ignorantia juris non excusat* (la ignorancia no exime del cumplimiento de la ley). Es un principio utilizado por los fundamentos positivistas el cual establece que no se puede exigir una inmunidad o dejar de hacer o no hacer algo por el mero hecho de que no se conocía conforme la ley.
Este fundamento ha sido aplicado en el error de derecho establecido en el Código Civil Chileno de 1855.

11 Hernández Fraga, K. y Guerra Cosme, D.: «El principio de autonomía de la voluntad contractual civil. Sus límites y limitaciones», *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educación*, 2012, p.1.

las partes contractuales. Todos estos ayudan a determinar la validez del contrato, afectándolo en mayor o menor medida[12].

Se considera la existencia de dos posturas en que el consentimiento de las partes contractuales pueden estar inmersas al momento de celebrar un contrato; la primera es donde una de ellas puede estar una posición pasiva a todo lo que se encuentra establecido y debatido en el contrato; y la segunda es estar en posición activa y de manera principal, aceptando todo lo establecido en el contrato y proponiendo a su bien parecer.

2. La declaración de la voluntad y su comprensión jurídica.

La declaración de la voluntad es el camino anterior al acto jurídico que busca lograr un efecto jurídico válido. Es un acto voluntario, la observancia de la parte volitiva de los individuos, que comúnmente es aplicada en la suscripción de los contratos, entendida como la voluntad contractual. Para poder determinar su validez o regulación, no depende de las leyes ni tampoco de la materia sobre la que trata[13].

Para que exista voluntad debe existir conocimiento previo sobre aquello que se trata, ya que no se puede querer algo si previamente no se lo conoce primero. Tampoco se puede querer algo si es que no existe conciencia de lo que se conoce, es decir, de la realidad y verdad. Estas consideraciones sirven para entender la existencia real y válida de la voluntad, además su materialización en un contrato[14].

Además del conocimiento también debe de existir la libertad, es decir, la facultad de la persona de obrar o no de una manera u otra, haciendo evidente la responsabilidad de sus actos[15]. La existencia de un conocimiento previo se encuentra condicionado a la educación recibida, se limita la verdadera libertad de una persona y de esta manera se determina su voluntad. Mientras esté presente la libertad, ésta será la base primordial sobre la que se determinará la voluntad, es propiamente una acción humana[16].

12 Galiano Maritan, G. y Delgado Vergara, T.: *Los contratos en el Código Civil de Ecuador,* vol. I, *El contrato de compraventa,* 1.ª ed., Madrid, 2018, p. 4.

13 Amado Vargas, J.: "Las declaraciones de voluntad impropias en la teoría del acto jurídico", *THÉMIS Revista de Derecho*, 1988, p. 75. Versión *on line:* http://www.Users/Usuario/Downloads/Dialnet/LasDeclaracionesDeVoluntadImpropiasEnLaTeoriaDelAc-5110119.pdf, último acceso el 20-02-2021.

14 Medina León, A., Moreno Díaz, M., Lillo Roldán, R. y Guija Villa, J.: *Voluntad, capacidad y autonomía de la persona en el mundo actual, Psiquiatría y ley,* 1.ª ed., Baleares, 2015, pp. 22-24

15 Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española,* 23.ª ed., versión *on líne:* https://dle.rae.es, último acceso el 26-02-2021.

16 Orozco Delclos, A.: *La libertad en el pensamiento*, Madrid, 1977, p. 4, versión *on líne:* https://es.scribd.com/document/49650039/LA-LIBERTAD-EN-EL-PENSAMIENTO, último acceso el 20-02-2021.

La declaración de la voluntad en el derecho contractual, da relevancia a un aspecto no muy comprendido y estudiado jurídicamente, el aspecto psicológico. La mera manifestación de la voluntad para los actos jurídicos que se quieren realizar de forma unilateral o bilateral, no es suficiente. La voluntad debe ser expresada y observable, elementos de gran importancia al momento de celebrar un contrato[17].

El primer elemento se refiere a que el aspecto volitivo de la psiquis del individuo sobre el contrato, debe ser expresada de manera escrita, oral o tácita; de forma que la voluntad encuentre un inicio en la psiquis y un fin al expresarse mediante cualquiera de estos actos. Es el resultado de la voluntad intrínseca de la persona y puede complementarse con las solemnidades de la normativa civil para que su correcta manifestación como elemento esencial del contrato surja efectos jurídicos[18].

El segundo elemento menciona el carácter de observable, donde la voluntad oral, escrita o tácita, de las partes contractuales, puedan evidenciarse de una manera inequívoca. Se considera como la base de la realización del contrato que debe ser consensuado, propiciando además el principio de la autonomía de la voluntad y la libertad contractual[19].

3. La autonomía de la voluntad y su importancia en el Derecho contractual.

El principio de la autonomía de la voluntad se establece como el poder intrínseco que tiene la persona para dictar una realidad jurídica o sus propias normas en relación con sus intereses, símbolo que se ha instaurado en la modernidad y que ha constituido al hombre como el centro del conocimiento y el único que puede decidir para su beneficio. Es necesario que la autonomía de la voluntad se complemente con instrumentos que puedan blindar de manera jurídica su actuar; al ser resultado de la inteligencia y conocimiento que mantiene el individuo, lo posiciona como autosuficiente para obrar por sí mismo[20].

Al respecto Kant menciona que: solo un ser racional posee la facultad de obrar por la representación de las leyes, esto es, por principios, ya que se vale de su voluntad para accionar su actuar. Para ello necesita de la razón, por lo tanto, la voluntad es razón práctica[21], es decir, el individuo es capaz de decidir algo cuando

17 Garcés Vásquez, P.: "Consentimiento, capacidad y deliberación", cit., p. 29.

18 Medina León, A., Moreno Díaz, M., Lillo Roldán, R. y Guija Villa, J.: *Voluntad, capacidad y autonomía de la persona en el mundo actual,* cit., pp. 22-24.

19 Ovsejevich, L.: *El consentimiento: sus términos*, Tomo I, Buenos Aires, 1971, p.1

20 Kant, I.: *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, versión *on líne*: http://www.philosophia.cl/biblioteca/Kant/fundamentacion%20de%20la%20metafisica%20de%20las%20costumbres.pdf, último acceso el 20-02-2021.

21 San Vicente Parada, A.: "El principio de autonomía de la voluntad", *Revista Amicus Curiae UNAM*, 2017, p. 3, versión *on líne:* http://cesmdfa.tfja.gob.mx/investigaciones/pdf/r20_trabajo-6.pdf, último acceso el 20-02-2021.

existe un conocimiento previo de necesidad, creando de esta forma una acción beneficiosa en que la razón va encaminada a producir la voluntad considerada como buena, al ser una elección ante lo realmente necesario.

La autonomía de la voluntad influye primordialmente en la independencia de la regulación personal, donde el actuar de una persona no dependa de la voluntad de un tercero, en el que su determinación y accionar conductual dependan única y exclusivamente de la psiquis de la persona de forma individual, comprendiendo que de esta voluntad se deriva la ley.

Por esta razón, la autonomía de la voluntad involucra la obligación individual de responder ante los actos cometidos, es decir, para que pueda ser castigado, pueda existir culpa o para que se establezca responsabilidad por su actuar. Se prioriza la idea de que la vida del humano tiene su inicio en el proceso cognitivo que desarrolla su manera de obrar y se establece como el medio para llegar a un fin específico[22].

La autonomía de la voluntad también se relaciona con la libertad. La posibilidad de elegir hacer o no algo, es decir, "libre albedrío". Ante la libertad de hacer y la libertad para hacer, existen varios preceptos del derecho que establecen la responsabilidad personal frente a la variedad de posibilidades y elecciones que puedan existir en el entorno, de forma que la voluntad pueda materializarse ante dicha decisión.

La materialización de la voluntad de ambas partes contractuales junto con otros elementos normativos, compone la relevancia jurídica en la existencia del contrato. La gran relevancia que tiene la voluntad como elemento esencial para contraer una obligación, en la práctica sobrentiende la existencia anterior de una comprensión previa de lo que se va a consentir.

La voluntad como resultado de la psiquis del "ser humano", debe hacerse evidente, razón por la que el acuerdo de voluntades de las partes contractuales se instaura como uno de varios elementos fundamentales del cual depende la validez del contrato civil.

4. Vicios del consentimiento.

Son elementos que, al afectar la voluntad real de las partes contractuales causan distintos efectos en el contrato (nulidad o recisión), dependiendo del tipo de vicio del consentimiento y el grado de afectación que establece la normativa civil. Los distintos efectos jurídicos pueden variar o de ser el caso pueden ser

22 Rodríguez, G.: *Ética y jurisprudencia, Punto de partida y piedra de toque de la ética*, 1ª ed., México, 2012, p. 120.

irrelevantes e incapaces de producir algún efecto de nulidad en el contrato, como, por ejemplo, el error de derecho.

El ordenamiento jurídico civil actualmente distingue tres principales vicios del consentimiento que pueden existir en el contrato civil: 1) La ignorancia y el error, se reconocen dentro de una misma categoría, ya que afectan el aspecto subjetivo de la persona, el proceso cognitivo de la voluntad del individuo que se genera mediante el conocimiento real de su entorno; 2) Fuerza, elemento que influye por consecuencia de una voluntad ajena, que obliga a la suscripción de un hecho no querido; y 3) Dolo, la intención de causar daño y con conocimiento de ello, engañar y nublar verdadera percepción de la realidad[23].

El error, la fuerza y el dolo (art. 1467 CC), se reconocen como los tres principales vicios del consentimiento, pero con el pasar de los años se han ido derivando de ellos otras subcategorías con una definición especial para cada una y con un distinto resultado jurídico, que puede afectar la validez del contrato o no. Pueden concurrir varios vicios del consentimiento o uno solo, no se limita la posibilidad de su existencia en un contrato, pero rara vez existen más de dos vicios en un solo contrato[24].

Si el elemento existente es el que ha despojado los efectos legales del contrato desde que se realizó la suscripción, se entiende que no existe validez por ser un elemento que se encuentra inmerso en el contrato. Se considera un vicio en los elementos que componen la existencia del contrato; influye en los efectos jurídicos vinculantes y en la nulidad del negocio jurídico generado, en razón del incumplimiento y vulneración de los requisitos legales necesarios para la validez.

De este modo se pretende precisar que los vicios del consentimiento son existentes sólo cuando ha existido un contrato, razón de un previo acuerdo de voluntades. El consentimiento ahí materializado es el que puede verse afectado por los diferentes vicios; no afecta al consentimiento esperado en un contrato a futuro, del cual se espera su existencia. Repercute en la validez del contrato ya existente y por esta razón su efecto puede ser el de anular el contrato junto con la obligatoriedad jurídica que en él se impuesto hacia las partes contractuales[25].

23 De Solimano, N. y Trincavelli, N.: *Derecho Civil Parte General II*, 2.ª ed., Buenos Aires, 1999, p. 313.

24 Código Civil del Ecuador reconoce específicamente al error, fuerza y dolo como los principales vicios del consentimiento, de los cuales existentes subcategorías dentro de ellas pero con resultados distintos, entre los principales que interesa en la investigación es el error de derecho, elemento que pese a ser reconocido por la normativa civil se establece que su existencia no produce efectos de vicios del consentimiento ni tampoco puede ser reclamable como un elemento que tenga un efecto de nulidad en el contrato, establecido en el art. 1468 de la normativa civil vigente.

25 Claro Solar, L.: *Derecho Civil: Obligaciones,* Tomo II, Santiago de Chile, 1986, p. 138.

5. La nulidad.

La nulidad no se considera como una forma habitual de un tipo de contrato, sino que su existencia se debe a un defecto que se ha originado en los actos de autonomía privada, no ha una clasificación elegible. Su aparecimiento puede deberse a que no se cumplió con el fin con el que inicialmente fue realizado el contrato, la falta de requisitos esenciales para la validez o la existencia de vicios del consentimiento. De esta manera se afecta la validez jurídica y da como resultado la nulidad del contrato.

La nulidad (art. 1697 CC y s.s.) reconoce la existencia de los tipos de nulidades (relativa y absoluta) que pueden suscitarse por el incumplimiento de los requisitos normativos y doctrinarios. Para determinar el tipo de nulidad que pueda existir en el contrato, depende de algunos factores, como, la capacidad legal, los vicios del consentimiento y la ilicitud del objeto o causa ante la cual se ha pretendido realizar el contrato[26].

A) Nulidad relativa.

La nulidad relativa se alega por la parte que se cree afectada por el contrato y debe ser declarada por el juez. Para ello se toma en consideración la evidente existencia del beneficio establecido por una de las partes a su favor, mediante la sujeción y materialización del contenido establecido en el contrato (art. 1700 CC).

Se establece como un factor favorable para una de las partes contractuales que posea algún tipo de vulneración o abuso frente a la otra parte interviniente del contrato. Se consagra exclusivamente en el interés de los particulares y la necesidad de protección jurídica se encamina en tratar de evitar que alguna de las partes tenga que realizar lo previamente pactado en un contrato.

La falta de requisitos normativos y la prevalencia del interés particular sobre le general, son factores que determinan la existencia de la nulidad relativa. Si alguna de las partes del contrato se encuentra en una posición vulnerable, necesita de esta protección jurídica que posibilite incumplir con la obligación establecida en el

26 El Código Civil ecuatoriano reconoce a la nulidad como el efecto por la falta de cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley para cada uno de los actos o contratos, para la calidad o el estado de las partes contractuales y también para la especie del contrato, reconociendo además la existencia del consentimiento como un elemento primordial del contrato, la capacidad legal que deben de tener las partes intervinientes para contratar y además la licitud del objeto y causa. Ante ello también se reconoce la existencia de la nulidad relativa y de la nulidad absoluta, nulidades que dependen de las causas que hayan ocasionado la nulidad por el incumplimiento de los requisitos o por ser ilegal, dando paso por ende a la intervención consecuentemente del derecho a la recisión por la existencia de la nulidad relativa que se ha producido en el contrato.

contrato y regresar a las partes al estado anterior de la celebración del contrato en el que se encontraban[27].

La concepción del término relativa, se refiere a la aplicación de nulidad a una parte del contrato y no debe confundirse con la nulidad total del contrato. La nulidad recae en una de las partes intervinientes del contrato (la parte que se cree afectada) y en su obligatoriedad de cumplimiento. No hay nulidad para la parte que se haya establecido en su beneficio el contrato.

Por esta razón, ante la discrepancia de cumplimiento se da la potestad y autoridad de decisión al juez, quien determinará a solicitud de parte la existencia de la nulidad absoluta. No se puede decidir la nulidad relativa desde el conocimiento o la creencia de la afectación por una de las partes intervinientes del contrato.

B) Nulidad absoluta.

La nulidad absoluta se define normativamente en el Código Civil ecuatoriano como: una nulidad producida por la existencia de un objeto o causa ilícita, o por la omisión de algún requisito o formalidad que establece la ley de manera específica para el valor de ciertos actos y contratos. Se toma en consideración la naturaleza de los actos o contratos, no la calidad ni el estado de las personas que los ejecutan, tampoco de los que hayan acordado dichos actos[28].

Al hablar de una nulidad absoluta por objetos o causa ilícita, se hace referencia directa a los actos que prohíbe la ley, es decir, a los actos jurídicos que contravienen la protección de los intereses de orden público. Además, la normativa civil considera que los actos y contratos que contravengan a las leyes prohibitivas se consideran como nulos, por razón de ser contrarias a lo establecido por la ley.

La nulidad absoluta provoca que el acto o contrato no posea ningún valor jurídico reclamable de obligatorio cumplimiento. La ilicitud o cualquier acto jurídico que contravenga alguna prohibición establecida por la normativa civil, produce la nulidad absoluta como norma general. Los actos prohibidos por la ley son nulos (art. 9 CC)[29].

La Corte Nacional de Justicia del Ecuador considera que el contravenir leyes prohibitivas o imperativas, da como resultado la nulidad del contrato, siempre que estas sean establecidas en favor de la protección de los intereses de orden público;

27 Alessandri Besa, A.: *La nulidad y la rescisión en el derecho civil chileno,* cit., p. 11.

28 El art. 1698 del Código Civil ecuatoriano hace especial referencia a la existencia de la ilicitud del objeto o la causa que se encuentre presente en el contrato, además de la omisión de los requisitos y formalidades que puedan suscitarse durante la celebración del contrato.

29 Cfr. *Maza* vs. *Guamán*, 25 de julio de 1998, Gaceta Judicial Serie XVI No. 12.

también complementa lo establecido por el art. 9 CC, en los casos de nulidad absoluta y menciona que se debe concordar con el art. 1698 CC[30].

Se hace mayor referencia a que la nulidad absoluta existe cuando se omite algún requisito o formalidad que establezca la normativa civil y que haya sido establecida especialmente para la naturaleza del acto, es decir, esta nulidad se establece de manera especial por la omisión y por la ilicitud[31].

III. EL ERROR DE DERECHO.

1. Marco legal nacional.

El error y la ignorancia son términos usualmente considerados como semejantes, pero conceptualmente son distintos. El error se define como la distorsión de la realidad existente, que da como resultado el falso conocimiento sobre algo, mientras que la ignorancia es la ausencia del conocimiento[32]. Aunque existe esta diferencia conceptual, el ordenamiento jurídico relaciona su similitud en que el error es causa de la ignorancia y la ignorancia causa el error.

La normativa civil en su art. 1468 expresa que "el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento", es decir, no se acepta su existencia como un elemento capaz de afectar el consentimiento y anular el contrato. El cumplimiento de lo pactado por las partes contractuales no se ve afectado por el error de derecho, ya que se entiende que debió haber existido un conocimiento previo para realizar el contrato y por esta razón no se puede alegar la ignorancia como excusa de su cumplimiento.

El error de derecho, como vicio del consentimiento, no solo contempla la concepción de la equivocada representación mental de una realidad, que sirve como presupuesto para la realización de un negocio jurídico, sino que, además, abarca una relación directa con la causa del contrato y se evalúa junto a la causa intrínseca y extrínseca del contrato. La primera causa versa sobre los aspectos materiales y los que se realizan por formalidades, y la segunda causa es la que se consigue como resultado final[33].

Pese a encontrarse normativamente dentro de los vicios del consentimiento, el error de derecho no puede producir la nulidad del contrato, se encuentra fuera de la categoría del error-vicio, se considera que, aunque exista un error de derecho

30 Alessandri Besa, A.: *La nulidad y la rescisión en el derecho civil chileno,* cit., p. 144

31 Cfr. *Chiriboga* vs. *Román*, 19 de junio de 1880, Gaceta Judicial Serie I, No. 1.

32 De Solimano, N. y Trincavelli, N.: *Derecho Civil Parte General II*, cit., p. 312.

33 Fragueiro, A.: "De las causas del derecho", *Actas del Primer Congreso Nacional de Filosofía,* Tomo III, Córdoba, 1949, p. 1857.

en el negocio jurídico, hay obligación de cumplimiento a lo acordado en el contrato y la persona se encuentra obligada, siempre que se cumpla con los requisitos que la ley ha prescrito para el valor del contrato.

2. Principio *ignorantia juris non excusat* y la Constitución de la República.

El reconocimiento del principio *ignorantia juris non excusat* es otro de los fundamentos de la doctrina para no aceptar el error de derecho como un elemento que produzca la nulidad del contrato. Considerado como un principio constitucional y definido por la normativa civil, se prioriza la concordancia y armonía normativa de la legislación vigente.

Este principio ha sido uno de los principales fundamentos para que el Código Civil no acepte al error de derecho como un elemento invalidante para el contrato y tampoco ser considerado un vicio capaz de afectar el consentimiento de las partes. La supremacía normativa de la Constitución y la armonía normativa existente entre las leyes, hacen difícil esta aceptación.

La Corte Constitucional del Ecuador en uno de sus pronunciamientos, mencionó que, si se contraviniere este principio, se estaría dejando abierta la posibilidad de que se excuse el comportamiento bajo este precepto; es decir, si el error de derecho en un contrato se alega como un elemento que anula las responsabilidades contractuales, también se puede utilizar como antecedente para eximir responsabilidades en otras materias del Derecho, encontrando tutela bajo la ignorancia de la ley[34].

El principio *Ignorantia juris non excusat* se ha plasmado dentro de un sistema jurídico positivizado único. Demuestra legislativamente el desconocimiento de las dificultades culturales, sociales y económicas que afectan a los habitantes poder conocer y comprender las leyes nacionales. Además, el objetivo teórico de este principio no cumpliría su fin, si en la realidad, existe una total o parcial ignorancia sobre la ley.

Este principio está inmerso en todas las materias del Derecho, presuponiendo la existencia del conocimiento legislativo por parte de los habitantes, sólo por estar tipificado en el ordenamiento jurídico, pero la presunción de derecho inexcusable que establece la normativa, en la práctica diaria no se cumple a cabalidad, ya que en ocasiones afecta negativamente a quien desea argumentar un verdadero desconocimiento que haya afectado su actuar.

34 Sentencia No. 002-14-SIN-CC, de 14 de agosto de 2014.

La presencia del Estado fuera de la teoría, no es omnipresente. Muchas veces es casi nula o mínima en algunos lugares del país, pues una gran parte de la región es amazónica y rural, de muy difícil acceso. Se ha preponderado brindar servicios ciudadanos y de administración de justicia en sectores urbanos, razón por la que en muchos de los casos no hay autoridades judiciales o estatales; y en algunos de estos sectores, se manejan conforme a su cosmovisión y tradiciones ancestrales. Ante esto, surge la pregunta: ¿cómo puede existir un conocimiento total de las leyes por parte de la sociedad, para garantizar que el principio *Ignorantia juris non excusat* cumpla su objetivo sin vulnerar derechos?[35]

3. Conflicto de aceptación con la norma supra.

La Constitución de la República hace una clara mención de no aceptar la ignorancia o el desconocimiento de la ley como excusa jurídica. De todos los principios constitucionales definidos en el art. 11, el de vital importancia para el error de derecho se encuentra establecido en el numeral 3, que dice: "No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento"[36], este precepto se encuentra inmerso en algunas materias del derecho, sin existir excepcionalidad, estas normas mantienen concordancia con la norma supra para no admitir el error de derecho como causa para excusarse.

En el Derecho Contractual ecuatoriano, el principio *Ignorantia juris non excusat* se encuentra reflejado en el concepto del error de derecho constante el Código Civil; ya que pese a ser una categoría del error no se considera un vicio que pueda afectar al contrato. No se cree que la ignorancia o el falso conocimiento sobre un punto de derecho pueda afectar al consentimiento o a la validez del contrato; se entiende únicamente a "la ignorancia de la ley como excusa del cumplimiento" y no "la ignorancia sobre la ley como motivo de irregularidad de un contrato"[37].

El fundamento jurídico para no aceptar este principio como atenuante es, en primer lugar, la supremacía jerárquica de la Constitución, la armonía normativa y concordante con las demás leyes, y la presunción de conocimiento general por la postivización normativa única.[38] En segundo lugar, la trascendencia y los aportes legislativos de Códigos Civiles extranjeros, que sirvieron como modelos para la creación del Código Civil ecuatoriano; y en tercer lugar, la conservación normativa que se ha dado por las pocas reformas y cambios estructurales del articulado.

35 Valle Franco, A.: "El pecado original: *Ignorantia juris non excusat*", *Revista de Derechos Humanos*, 2013, p. 11.

36 Constitución de la República del Ecuador, cit., pp. 3.

37 Díez-Picazo y Ponce de León, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial,* vol. II, *Introducción Teoría del Contrato*, 5.ª ed., 1996, Madrid, p. 180.

38 Ávila Santamaría, R.: "El Constitucionalismo Ecuatoriano. Breve Caracterización de la Constitución de 2008", *Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM*, 2010, p. 10.

IV. DERECHO COMPARADO Y SU CONCEPCIÓN DEL ERROR DE DERECHO.

1. Derecho Civil Español.

En la normativa civil española el art. 1266 expresa: "Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo. El error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiere sido la causa principal del mismo. El simple error de cuenta sólo dará lugar a su corrección".

Se debe considerar que la influencia de redacción para este artículo y para el tema de obligaciones y contratos, se tomó del Código francés junto con su teoría subjetivista. Se abandona en gran parte la dirección objetiva de trascendencia Romana en materia contractual, que venía incidiendo en legislaciones pasadas, ya que se incluye el término de "motivo" en el art 1266, haciendo referencia a los motivos incorporados a la causa.

La referencia que se hace a la "sustancia de la cosa", que se encuentra vigente en el artículo en mención, se plasma como un pequeño vestigio de la influencia Romana, pero dicho término queda subordinado al motivo, razón por la que el error al que se refiere la normativa, no queda supeditado a cualquier creencia personal equívoca o errada, sino a aquella que corresponde a la misma *motivación del contrato*[39].

No se hace una diferencia individual del error que sufre una de las partes en el contrato, independientemente si sea quien acepta o quien ofrece, tampoco de la importancia que tenga para una de ellas; se considera sólo el error que da motivo para celebrar el contrato, es decir, que haya sido la causa principal del contrato. Es por esta razón que no es relevante lo que sientan o crean las partes contractuales, sino la conducta expresiva de los sujetos sobre lo que conforma la finalidad del contrato.

El error, además, tiene la característica de considerarse como un presupuesto de buena fe, donde una de las partes del contrato que haya sido afectado por esta situación tenga un trato más piadoso en relación a la norma y a su cumplimiento. Se podrá alegar la existencia del error cuando verse sobre aquello con cuya existencia o inexistencia había de contarse, razón por la que se considera que ha sido la causa principal para contratar y de la misma forma motivo del contrato[40].

39 *Ídem*, p. 109.

40 Díez-Picazo y Ponce de León, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, cit., p. 176.

El análisis de Morales (1988) sobre a la sentencia del STS de 9 de octubre de 1981[41] referente a la nulidad por error en la compra de un cuadro y la distribución del riesgo ocasionado; junto a los argumentos antes mencionados por Díez-Picazo (1996) referentes a los intereses de las partes y la justa o injusta vinculación contractual, hacen evidente que, para llegar a una solución es necesario ponderar y valorar algunas circunstancias referentes al error existente en el contrato.

Las circunstancias consideretivas son: a) Limitación del error como causa invalidante del contrato por considerarse vicio del consentimiento; b) Carácter del elemento del contrato sobre el cual recae el error, es decir, la esencialidad para el negocio; c) Responsabilidad ante la equivocación, relacionada a la existencia de un error excusable o inexcusable; y d) Contemplar la situación del contratante contrario de quien sufre el error, analizando, desde otra perspectiva, si él también sufrió el error (mutuo), lo provocó (sin o con malicia), fue reconocible o no, lo pudo desvanecer con diligencia y el papel que tuvo la confianza de la otra parte, respecto a la celebración del contrato con este error[42].

A) El error de derecho y la nulidad[43].

El error de derecho se encuentra establecido en el art. 6 numeral 1 del Código Civil, no como una definición conceptual sobre lo que es, sino más bien sobre su comportamiento jurídico y en él se reconoce el principio *Ignorantia juris non excusat*, pero además se exceptúa la posibilidad de que pueda producir aquellos efectos que la ley determine.

En materia "De obligaciones" la normativa civil española no hace una diferenciación entre el error de hecho y el error de derecho (art. 1266), sino más bien, se considera que al mencionar "error" se hace referencia a ambos tipos de errores, razón por la que en algunos artículos se hace especial mención sólo al error de hecho (arts. 1234 y 1817).

La doctrina tradicional, con base en el principio *Ignorantia juris non excusat* (art. 6 numeral 1), no considera relevante la existencia del error de derecho, pero la doctrina moderna hace una distinción más profunda sobre estos preceptos, de

41 La Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala Primera de lo Civil, No. 359 de 9 de octubre de 1981, se refiere a la venta de un cuadro que fue catalogado dentro las obras del pintor Sorolla Bastida, J., con los supuestos documentos de originalidad, que fueron vendidos para una exposición en Valencia. Posteriormente el comprador recibe noticias que cuestionan la autenticidad del cuadro, razón por la que pide la nulidad por error, pero la misma no prospera, llegando hasta el recurso de casación.
El Tribunal en este caso además de las reglas del error, también aplica normativa del Código de Comercio, considerando las reglas a los usos de comercio.

42 Díez-Picazo y Ponce de León, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, cit., p. 178.

43 Véase las sentencias en relación al error de derecho: de la SCTS 840/2013, Recurso No. 879/2012, de 20 de enero de 2014; SCTS 626/2013, Recurso No. 1972/2011, de 29 de octubre de 2013; SCTS 726/2000, Recurso No. 2552/1995, de 17 de julio de 2000; y SCTS 224/2021, Recurso No. 1359/2018, 22 de abril de 2021.

modo que reconoce la existencia de "la ignorancia de la ley como excusa del cumplimiento y la ignorancia sobre la ley como motivo de irregularidad de un contrato"[44], dos concepciones que contienen fundamentos distintos.

La doctrina en mención no trata de excusar el cumplimiento bajo la existencia del error, sino de saber si el contrato que se ha celebrado con la creencia errónea acerca del alcance o existencia de una norma, debe o no tener validez. Por ejemplo, una persona que contrata un seguro de vida por creer que la ley así lo establece de manera obligatoria; no busca excusar su cumplimiento, sino más bien, al vincularse voluntariamente e ignorar la existencia de una norma, se busca analizar si dicho acto tiene o no validez.

El Código Civil, en su art. 1265, expresa que será nulo el consentimiento prestado por "error" (hecho y derecho), lo que demuestra la posibilidad de impugnar el contrato; pero esto no quiere decir que el aparecimiento del error produce de forma inmediata la inexistencia del negocio jurídico, sino que el error da la facultad a que la persona que lo haya sufrido pueda impugnar en un plazo determinado y también la posibilidad de que pueda confirmarlo[45].

El ordenamiento jurídico entiende que el error es un vicio del consentimiento que invalida el contrato, no en el sentido de que impide la existencia del consentimiento de las partes contractuales, sino más bien de que el vicio afecta al consentimiento y lo hace anulable, no inexistente. Esta consideración se la hace porque el consentimiento se encuentra materializado por las partes contractuales, cumpliendo con los requisitos de existencia del contrato (art. 1261 numeral 1), pero la existencia del error hace que el consentimiento adolezca de un vicio y tenga efectos en el contrato (art. 1300).

2. Derecho Civil italiano.

A) Error de derecho.

El art. 1427 del Código Civil italiano[46] establece los tres vicios del consentimiento: error, violencia y dolo; se considera que su existencia afecta a la validez del contrato y da la posibilidad de solicitar su rescisión. Esta teoría sobre el reconocimiento de los vicios del consentimiento sigue la misma concepción general de la mayoría de los países en materia contractual; se considera al consentimiento como un elemento primordial para los actos o contratos.

44 *Ídem*, p. 180.

45 El art. 1301 del Código Civil se refiere a los plazos para solicitar la acción de nulidad y el art. 1310 a los contratos que pueden ser confirmables.

46 Il *Codice civile italiano*, R.D. 16 marzo 1942, n. 262, *Pubblicato nella edizione straordinaria della Gazzetta Ufficiale, n. 79 del 4 aprile 1942*.

El error de derecho en el Código Civil italiano se define como un vicio del consentimiento que afecta la validez del contrato, por nublar la real voluntad de las partes contractuales. Pero la normativa diferencia dos categorías sobre el comportamiento jurídico de este error: 1) Causa la nulidad del contrato, ya que cumple con los requisitos que establece el ordenamiento jurídico; o, 2) No se considera como causa suficiente para anular el contrato.

Para estas dos categorías, se hace una definición más extensa, donde la primera se enmarca en la categoría de un error esencial, que afecta al contrato; mientras que la segunda se define como un error de derecho, que es irrelevante como causa de nulidad. Pero esta diferenciación va mucho más allá de una simple categorización jurídica, donde la importancia de la doctrina que está íntimamente ligada a la naturaleza particular del contrato, permita establecer si son o no aplicables las reglas determinadas por el legislador referente a la parte general de los contratos (error de hecho, cualidades esenciales, objeto del negocio jurídico, etc.).

El art. 1969 del Código Civil no hace una interpretación restrictiva sobre el concepto "error de derecho", de manera que limite su concepto únicamente a la ignorancia o desconocimiento, sino que, al excluir la posibilidad de este error para causar la nulidad del contrato, también se consideran todas las cuestiones relacionadas con el conocimiento erróneo o la falsa percepción de la realidad y la falsa aplicación de un estado de derecho; conceptos que han sido determinados por la doctrina tradicional.

La imposibilidad de reclamar una nulidad contractual por la existencia de un error de derecho que surja por la discrepancia existente entre las partes contractuales, hace que se elimine la posibilidad de excusarse en la existencia de un error; por el descuerdo o el no cumplimiento del motivo personal, que se esperaba efectuar mediante la celebración del contrato o simplemente por asuntos que han sido objeto de disputa entre las partes contractuales[47].

B) Error esencial[48].

El carácter de esencial comprende la importancia objetiva del error y su significado legal. La normativa civil considera que la esencialidad es uno de los requisitos primordiales que debe de tener el error, asumiendo cierta importancia

47 Codice Civile Italiano, Art. 1969: *Errore di diritto.* "La transazione non può essere annullata per errore di diritto relativo alle questioni che sono state oggetto di controversia tra le parti".

48 Véase las sentencias en relación al error esencial: Corte di Cassazione Civile, Sezione II, Sentenza No. 11032, Roma, 22 del dicembre 1993; Corte di Cassazione Civile, Sezione II, Sentenza No. 3892, Roma, 29 del giugno 1985; Corte di Cassazione Civile, Sezione Lavoro, Sentenza No. 2052, Roma, 28 del marzo 1984; Corte di Cassazione Civile, Sezione II, Sentenza No. 13578, Roma, 27 del diciembre 1991; Corte di Cassazione Civile, Sezione Lavoro, Sentenza No. 17015, 2 del agosto 2007; y Corte di Cassazione Civile, Sezione III, Sentenza No. 5141, 3 del aprile 2003.

relacionada al propósito que persiguen las partes contractuales, sin confundir el carácter esencial con el carácter determinante, siendo este último el que influye de manera decisiva en la voluntad de las partes.

El Código Civil no define de manera específica qué es un error esencial, ni tampoco detalla de forma única este tipo de error, sino que enumera varias especies en las que se considera su existencia. Entre ellas se establece el error de derecho, debiendo cumplir con dos requisitos de esencialidad, el primero es determinar el objeto del error; y el segundo la influencia que ha tenido este error en el aspecto volitivo de la persona para su determinación en el contrato.

El error debe ser determinante para la celebración del contrato y su existencia debe hacer posible que las partes contractuales lleguen a un acuerdo, en esas condiciones y con ese tipo de contenido. Este aspecto determinante, se encuentra inmerso dentro de la normativa que define al error esencial, donde se considera como un vicio que provoca efectos jurídicos contractuales.

Finalmente, para que el error de derecho pueda anular el contrato conforme el art. 1429 CC, numeral 4, el error de derecho debe ser considerado como un error esencial y además haber sido el único o principal motivo del contrato, sin el cual no hubiese sido posible su celebración o hubiese sido distinta la manera de celebrarlo[49].

3. Derecho Civil Mexicano.

El Derecho Privado en México, para regular las relaciones jurídicas o figuras que comprende el Derecho Civil, se desarrolla de manera muy particular: poseen un Código Civil para cada Estado que conforma la República Mexicana. Pese a la variedad de los códigos que poseen, tienen gran similitud en sus legislaciones civiles; pero por la importancia que mantiene el Código Civil Federal, será ésta la norma primordial del análisis en cuestión, por tratarse de un cuerpo legal que regula las relaciones civiles y el derecho privado de forma general, en todo el país.

El Código Civil Federal[50] reconoce la importancia del consentimiento en el Derecho Contractual y así mismo la existencia de vicios del consentimiento.

49 Codice Civile Italiano, Art. 1429: L'errore è essenziale. "1) quando cade sulla natura o sull'oggetto del contratto; 2) quando cade sull'identità dell'oggetto della prestazione ovvero sopra una qualità dello stesso che, secondo il comune apprezzamento o in relazione alle circostanze, deve ritenersi determinante del consenso; 3) quando cade sull'identità o sulle qualità della persona dell'altro contraente, sempre che l'una o le altre siano state determinanti del consenso; 4) quando, trattandosi di errore di diritto, è stata la ragione unica o principale del contratto".

50 El Código Civil Federal que aún se encuentra vigente, fue publicado en el Diario Oficial de la Federación en 1928 en la presidencia de Plutarco Calles. El texto legislativo entró en vigencia en el año 1932, ha tenido varias reformas desde su entrada en vigencia, pero la última fue el 19 de enero del 2018, por la cámara de Diputados de México.

Su presencia se debe a defectos originados por yerro, falsedad o engaño, que corrompen la voluntad y causan daño, perturbando el libre albedrío sobre los actos o contratos que se desean celebrar, esto da como resultado la afectación directa del contrato, mismo que puede ser anulado.

El art. 1813 expresa que: "El error de derecho o de hecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa"[51].

El error[52] no puede recaer sobre el motivo que ha determinado la voluntad, no puede ser correcto o incorrecto, verdadero o falso, no puede ser distinto o irreal. El pensar en algo es lo que mueve a la voluntad a tomar una decisión, sin que alguna causa afecte a su creer, por ejemplo, vender el auto por creer que se va a comprar uno nuevo al ganarse la lotería, pero no se la gana; el error sobre el motivo de la venta del auto no tiene relación con el negocio jurídico, para que pueda causar la nulidad del contrato no debe referirse a un hecho accidental, sino a la causa por la que se realizó el acto y ser la causa única o principal[53].

La nulidad del contrato depende de, si el error recae en el motivo determinante de la voluntad o no, independientemente del error que exista (hecho, derecho, objeto o persona), limitando a que no cualquier error sea causa de nulidad. Pero a lo largo del articulado se hace mención al motivo o causa, creando cierta confusión sobre si el error debe recaer sobre el motivo o sobre la causa, para considerar que se cumple con lo estrictamente establecido por la ley.

4. Derecho Civil Venezolano.

Se reconoce como vicio del consentimiento al error excusable, violencia y dolo, elementos que afectan la validez del contrato y que pueden ocasionar su nulidad. El acto o contrato es considerado como insuficiente para producir efectos jurídicos, si no cumple con los requisitos legales determinados para su existencia

51 Código Civil Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación en 1928, por la cámara de Diputados de México.

52 Véase las sentencias en relación al error de derecho: Suprema Corte de Justicia de la Nación de la Ciudad de México, Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Amparo directo No. 495/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, octubre de 2009, p. 1595; Suprema Corte de Justicia de la Nación de la Ciudad de México, Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Amparo directo No, 2376/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XIX, marzo de 2000, página 989; Juzgado Cuarto de lo Civil de la Ciudad de México, Sentencia definitiva dictada en juicio ordinario civil, *Anales de jurisprudencia,* Tomo 361, septiembre de 2019, página 21; y Juzgado Trigésimo Noveno de lo Civil de la Ciudad de México, Sentencia definitiva, en los autos del juicio ordinario mercantil, *Anales de jurisprudencia,* Tomo 361, 1 de marzo de 2019, página 43.

53 Domínguez Martínez, J.: *Derecho Civil, Parte General,* cit., p. 605.

o validez. Uno de ellos es el consentimiento libre y voluntario; elemento que no debe adolecer de vicio alguno para que el contrato sea celebrado válidamente.

El error de derecho se define como uno de los primeros vicios del consentimiento definidos por el Código Civil, se asocia al desconocimiento o la ignorancia de la ley y recae sobre las consecuencias procedentes de la norma jurídica. Debe cumplir con ciertos requisitos jurídicos para que pueda ser considerado una causa suficiente para producir efectos de nulidad en el contrato.

La relevancia del error de derecho se establece por la esencialidad y excusabilidad conforme lo establece el art. 1147 del Código Civil. La primera se refiere a ser la causa única o principal del contrato; mientras que el segundo se refiere a que dicho error no podía ser evitado ni aún con todas las diligencias posibles.[54] Con estos requisitos se deja de lado la posibilidad de que la mera existencia de un error de derecho pueda causar la nulidad del contrato y se evita el abuso de este error por las partes contractuales que aleguen el desconocimiento o la ignorancia como excusa de responsabilidad para buscar algún beneficio mediante la nulidad contractual[55].

El error de derecho además debe ser determinante para la celebración del contrato, es decir, haber sido la causa principal y tener las características de relevancia (esencialidad y excusabilidad), respetando el principio *Ignorantia juris non excusat* contenido en art. 2 del Código Civil, para de esta manera crear una excepcionalidad que posibilite la nulidad del contrato, por una afectación directa del consentimiento[56].

A) El error de derecho frente a la nulidad y anulabilidad[57].

La normativa civil hace una diferencia entre el resultado en el contrato por la existencia de un error de derecho y un error de hecho, mientras que la primera establece la nulidad (absoluta) del contrato, la segunda establece la anulabilidad (nulidad relativa). Ambas tienen similitud en sus características de aparecimiento por la inobservancia de requisitos de existencia o de validez, dando como

54 Código Civil del Congreso de la República de Venezuela, Gaceta Extraordinaria No. 2.990 del 26 de julio de 1982.

55 López y López, Á.: *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos*, 4.ª ed., Valencia, 2001, p. 237

56 Domínguez Guillén, M.: "Curso de Derecho Civil III – Obligaciones", cit., p. 498.

57 Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, expediente No. 2003-000550, 15 de noviembre de 2004, versión *on line*: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/noviembre/rc-01342-151104-03550.htm; Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, expediente No. 2004-000124, 31 de mayo de 2005, versión *on line*: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/junio/200142-rc.000407-21617-2017-16-929.html; Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, expediente No. 2016-000369, 27 de octubre de 2016, versión *on line*: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/octubre/191555-RC.000647-271016-2016-16-369.html; y Juzgado Superior Octavo en lo Civil, Mercantil y de Tránsito, expediente No. 2017-000448, 27 de noviembre de 2017, versión *on line*: https://vlexvenezuela.com/vid/decision-n-ap71-r-785518245.

consecuencia la eliminación de la vida jurídica del contrato o de la supresión de una parte específica del mismo, por considerarse afectado de alguna forma[58].

En principio la nulidad absoluta ocurre cuando el contrato carece de requisitos de existencia, sea contrario al orden público, las buenas costumbres, ilícito o imposible (causa u objeto). La trasgresión de las normas imperativas se considera como la principal característica para la existencia de esta nulidad, se busca proteger el interés público o general.

La nulidad absoluta no necesita ser alegada por alguna de las partes, sino que se la realiza de oficio por el juez; además, procede en cualquier etapa o estado del juicio. En el caso de que los efectos jurídicos de cumplimiento para las partes contractuales hayan surgido desde la celebración del contrato, la declaración del juez tiene efectos retroactivos, para devolver al estado anterior en el que se encontraban las partes antes de celebrar el contrato[59].

La anulabilidad o nulidad relativa acontece cuando se ha vulnerado la capacidad o el consentimiento de las partes contractuales y va encaminada principalmente a tutelar los intereses particulares o privados. Aunque el ordenamiento jurídico establece que los vicios del consentimiento producen la anulabilidad, no se descarta la posibilidad de que puedan producir la nulidad absoluta, si afectara a los intereses generales[60].

La anulabilidad no se la ejerce de oficio, sino por la parte interesada o quien se creyere afectada, alegando las causas por las que se solicita esta anulabilidad que ha afectado su interés particular, para causar efectos en una parte específica del contrato. Esta acción para alegar la nulidad prescribe en cinco años.

Por último, se debe considerar que ambas nulidades tanto la absoluta como la relativa, requieren de intervención judicial, pueden ser alegadas en vía de acción o excepción, la declaración del tipo de nulidad existente en el contrato aplica un efecto retroactivo, que regresa a las partes contractuales al estado en el que se encontraban antes de celebrar el contrato. En el caso que exista una declaratoria de nulidad sea absoluta o relativa, esto implica que existe una desaparición de todas las consecuencias jurídicas que pudieran derivarse del contrato[61].

58 López Herrera, F.: *La nulidad de los contratos en la legislación civil venezolana*, Caracas, 1952, pp. 54-71.

59 Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia No. 0390 del 3 de diciembre de 2001. "los jueces pueden, en resguardo del orden público, declarar de oficio la nulidad absoluta que adviertan en algún contrato, siempre que la nulidad aparezca de forma manifiesta, sin necesidad de suplir prueba alguna, y que todas las partes que figuraron en el contrato nulo sean parte en el juicio..."

60 Bueres, A.: *El acto ilícito*, 1.ª ed., Buenos Aires, 1986, p. 40.

61 Casas Rincón, C.: *Obligaciones Civiles Elementos*, Tomo II, Caracas, 1946, p. 583.

IV. REFLEXIONES FINALES.

1. La influencia normativa con el tiempo plasmada en el error de derecho (Ecuador).

El Código Civil ecuatoriano se caracteriza por haber tenido influencia del Código Civil francés (Napoleónico) de 1804 y en mayor parte del Código Civil chileno (Andrés Bello) de 1855. Las fuentes que se utilizaron para la redacción de este último fueron tomadas del ordenamiento jurídico francés, por lo que su trascendencia se encuentra inmersa en dogmas, conceptos y frases que ayudaron a su construcción normativa.

La parte medular correspondiente al régimen de obligaciones y contratos del Ecuador ha mantenido su esencia hasta la actualidad. Se adoptó el modelo y esquema normativo civil chileno de 1855 de forma casi idéntica, aunque con el pasar de los años han existido algunos cambios y reformas en el articulado civil, se ha mantenido su estructura inicial respetando su modelo original.

El Derecho tradicional proveniente de Roma, el Humanismo francés, las libertades, los Derechos Humanos, los argumentos jurídicos sobre los que se fundaron los Códigos Civiles de Francia (1804) y Chile (1855), fueron algunos de los fundamentos jurídicos y doctrinarios primordiales que se consideraron dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano para su construcción normativa.

El error de derecho se ha instaurado en el Ecuador como un elemento que no produce la nulidad del contrato bajo ninguna excepción. Se considera que al reconocerlo como un vicio del consentimiento que afecte a la voluntad de una de las partes contractuales, se dejaría abierta la posibilidad de eximir la responsabilidad de obligatorio cumplimiento que produce un contrato, por el desconocimiento o la ignorancia de la ley.

No se ha profundizado teóricamente el alcance que puede llegar a tener el error de derecho en los contratos civiles, donde el concepto puede abarcar tanto el desconocimiento total del derecho como el conocimiento falso e incompleto, para de esta manera poder determinar cómo influye en el contrato este error.

Actualmente se ha limitado el concepto del error de derecho sólo al desconocimiento de la ley para respetar la supremacía constitucional del principio *Ignorantia juris non excusat.* Por esta razón, no se admite su existencia como excusa de incumplimiento.

2. Argumentos jurídicos del Derecho Comparado ante la existencia del error de derecho.

El Derecho Comparado ha permitido analizar el tratamiento jurídico y la conceptualización del error de derecho en España, Italia, México y Venezuela. La doctrina de estos países ha considerado que la nulidad del contrato por error de derecho es una excepcionalidad a la ley, no por aceptar a la ignorancia como excusa de cumplimiento, sino más bien por considerar al "error-vicio" como un elemento que afecta al consentimiento de las partes contractuales y a la validez del contrato.

Los distintos ordenamientos jurídicos establecen la existencia de requisitos, características y elementos específicos considerados como necesarios para la nulidad del contrato, y así evitar que el error-ignorancia pueda alegarse como elemento de nulidad contractual. Por esta razón se debe cumplir con las características de esencialidad y excusabilidad para determinar la forma en la que ha influido el error en el contrato y determinar si pudo o no ser evitado con las debidas diligencias.

La simple ignorancia o desconocimiento no permite excusar el cumplimiento del contrato, mucho menos deja abierta la posibilidad de que pueda ser utilizada como un beneficio personal por desacuerdos posteriores, sino más bien se establece como un derecho que busca proteger a la parte más vulnerable afectada por un verdadero vicio del consentimiento.

La normativa civil ecuatoriana considera en este punto que el reconocimiento del error de derecho como un vicio del consentimiento que afecte al contrato, no es viable, ya que se define al error sólo como el desconocimiento o ignorancia de la ley, sin una amplia conceptualización en la doctrina nacional que reconozca su posibilidad de afectar la voluntad de las partes; esto sumado a la falta de reformas y cambios normativos desde la entrada en vigencia del Código Civil ecuatoriano, hace que no exista una excepcionalidad a la ley.

BIBLIOGRAFÍA

Alessandri Besa, A.: *La nulidad y la rescisión en el derecho civil chileno*, 3.ª ed., Santiago de Chile, 2008.

Amado Vargas, J.: "Las declaraciones de voluntad impropias en la teoría del acto jurídico", *THÉMIS Revista de Derecho*, 1988, pp. 3-75, versión *on line:* http://www.Users/Usuario/Downloads/Dialnet/LasDeclaracionesDeVoluntadImpropiasEnLaTeoriaDelAc-5110119.pdf, último acceso el 20-02-2021.

Ávila Santamaría, R.: "El Constitucionalismo Ecuatoriano. Breve Caracterización de la Constitución de 2008", *Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM*, 2010.

Bueres, A.: *El acto ilícito*, 1.ª ed., Buenos Aires, 1986.

Casas Rincón, C.: *Obligaciones Civiles Elementos*, Tomo II, Caracas, 1946.

Claro Solar, L.: *Derecho Civil: Obligaciones,* Tomo II, Santiago de Chile, 1986.

De Solimano, N. y Trincavelli, N.: *Derecho Civil Parte General II*, 2.ª ed., Buenos Aires, 1999.

Díez-Picazo y Ponce de León, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial,* vol. I, Introducción Teoría del Contrato, 5.ª ed., Madrid, 1996.

Domínguez Guillén, M.: "Curso de Derecho Civil III-Obligaciones", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, Caracas, 2017.

Domínguez Martínez, J.: *Derecho Civil, Parte General.*, 11.ª ed., *Personas. Cosas. Negocio Jurídico e Invalidez,* México, 2008.

Fragueiro, A.: "De las causas del derecho", *Actas del Primer Congreso Nacional de Filosofía,* Tomo III, Córdoba, 1949.

Galiano Maritan, G. y Delgado Vergara, T.: *Los contratos en el Código Civil de Ecuador,* vol. I, *El contrato de compraventa,* 1.ª ed., Madrid, 2018.

Garcés Vásquez, P.: "Consentimiento, capacidad y deliberación. La manifestación declarativa de la voluntad jurídica como requisito obligacional", *El consentimiento, su formación y sus vicios*, Medellín, 2014.

Guzmán Brito, A.: *La influencia del Código Civil francés en las codificaciones americanas,* Valparaíso, 2006.

Hanisch Espíndola, H.: *Andrés Bello y su obra en Derecho Romano*, Santiago de Chile, 1983.

Hernández Fraga, K. y Guerra Cosme, D.: "El principio de autonomía de la voluntad contractual civil. Sus límites y limitaciones", *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educación*, 2012.

Kant, I.: *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, pp. 1-45, versión *on líne*: http://www.philosophia.cl/biblioteca/Kant/fundamentacion%20de%20la%20metafisica%20de%20las%20costumbres.pdf, último acceso el 20-02-2021.

López Herrera, F.: *La nulidad de los contratos en la legislación civil venezolana*, Caracas, 1952.

López y López, Á.: *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos*, 4.ª ed., Valencia, 2001.

Medina León, A., Moreno Díaz, M., Lillo Roldán, R. y Guija Villa, J.: *Voluntad, capacidad y autonomía de la persona en el mundo actual, Psiquiatría y ley,* 1.ª ed., Baleares, 2015.

Orozco Delclos, A.: *La libertad en el pensamiento*, Madrid, 1977, pp. 1-59, versión *on líne:* https://es.scribd.com/document/49650039/LA-LIBERTAD-EN-EL-PENSAMIENTO, último acceso el 20-02-2021.

Ovsejevich, L.: *El consentimiento: sus términos*, Tomo I, Buenos Aires, 1971, pp. 1-26.

Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española,* 23.ª ed., versión *on líne:* https://dle.rae.es, último acceso el 26-02-2021.

Rodríguez, G.: *Ética y jurisprudencia, Punto de partida y piedra de toque de la ética*, 1ª ed., México, 2012.

San Vicente Parada, A.: "El principio de autonomía de la voluntad", *Revista Amicus Curiae UNAM*, 2017, pp. 1-30, versión *on líne:* http://cesmdfa.tfja.gob.mx/investigaciones/pdf/r20_trabajo-6.pdf, último acceso el 20-02-2021.

Valle Franco, A.: "El pecado original: *Ignorantia juris non excusat*", *Revista de Derechos Humanos*, 2013.

EL DÉCIMO ANIVERSARIO DE LA LEY 4/2012 DE CONTRATOS DE APROVECHAMIENTO POR TURNOS

THE TENTH ANNIVERSARY OF LAW 4/2012 ON TIME SHARE ACCOMODATION

Rev. Boliv. de Derecho Nº 33, enero 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 286-325

* Este artículo se enmarca en el Proyecto de Investigación del Plan Estatal de I+D+i orientado a los Retos de la Sociedad Transparencia y Digitalización en el Derecho Europeo de Sociedades (TRADIDES) (IP Carmen Boldó Roda, Luis Hernando Cebría) PID 2019-105436RB-100.

Federico
ARNAU MOYA

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de diciembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 15 de diciembre de 2021

RESUMEN: La conocida como ley de contratos de aprovechamiento por turnos en su día constituyó el final del intento regulatorio desde la Unión Europea para poner fin a una práctica abusiva en el seno de los contratos vacacionales. Mediante agresivas campañas de promoción se había intentado captar la voluntad de los posibles adquirentes. La contundente respuesta del legislador español legislando más allá del contenido mínimo de las directivas europeas junto con la jurisprudencia han puesto freno a aquellos abusos.

PALABRAS CLAVE: multipropiedad; aprovechamiento por turno; consumidor; sistemas club; nulidad contractual; uso turístico; productos vacacionales de larga duración.

ABSTRACT: *The so-called law of contracts on time share accomodation constituted the end of the regulatory attempt from the European Union to put an end to an abusive practice within the holiday contracts. Through aggressive promotional campaigns, an attempt had been made to capture the will of potential purchasers. The forceful response of the Spanish legislator, legislating beyond the minimum content of the European directives, together with the jurisprudence, have put a stop to those abuses.*

KEY WORDS: *timeshare accommodations; use in turns; consumer; club system; void contracts; touristic use; long-term holiday product.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO POR TURNO.- 1. Regulación.- 2. Concepto de contrato de APT-. 3. Elementos subjetivos del aprovechamiento por turnos.- 4. Elementos objetivos del aprovechamiento por turnos.- 5. Modalidades contractuales contempladas por la LAPT-2012.- *A) Contrato de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico.- B) Contrato de producto vacacional de larga duración.- C) Contrato de reventa.- D) Contrato de intercambio.*- 6. Duración del aprovechamiento y disposición del derecho.- III. LA PROTECCIÓN DEL ADQUIRENTE O CONSUMIDOR.- 1. Publicidad.- 2. Información precontractual consumidor.- 3. La prohibición de pago de anticipos.- 4. La irrenunciabilidad de los derechos del consumidor.- IV. LA CONSTITUCIÓN DEL RÉGIMEN DE APROVECHAMIENTO.- 1. Formalidades previas a la constitución del régimen.- 2. La constitución del régimen: escritura e inscripción.- 3. La promoción y transmisión.- V. FACULTADES DEL TITULAR DEL DERECHO DE APROVECHAMIENTO.- 1. Derecho de transmisión del derecho.- 2. Constitución de comunidad de titulares.- 3. El derecho de desistimiento unilateral.- VI. RESOLUCIÓN DEL DERECHO DE APT.- 1. Resolución por deficiencias en la información contractual.- 2. Resolución por falta de pago de las cuotas.- 3. Resolución por incumplimiento de los servicios.- 4. Otras causas de resolución.- 5. Acción de nulidad.- 6. Reclamación extrajudicial.- 7. Acción de cesación.- VII. DERECHOS DE APT CONSTITUIDOS FUERA DE LA LEY.

I. INTRODUCCIÓN.

En un período no excesivamente largo desde que este trabajo sea publicado se cumplirán diez años desde la entrada en vigor la de Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias (en adelante LAPT-2012). En este artículo nos proponemos hacer una revisión doctrinal y jurisprudencial no solo de la citada ley sino su predecesora la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias (en adelante LAPT-1998). Si bien la vigente ley contempla otras figuras contractuales íntimamente unidas al contrato de aprovechamiento por turno (en adelante APT) como el contrato de producto vacacional de larga duración (en adelante PVLD), el de reventa y el de intercambio, sin embargo, nuestro estudio se centrará en la primera de aquellas figuras. También hemos de poner de relieve que a pesar del tiempo transcurrido desde la publicación de la LAPT-2012 hasta el momento de redactar este trabajo la gran mayoría de sentencias todavía se refieren a contratos que se celebraron al amparo de la Ley 42/1998. La explicación se encuentra en que al tratarse de contratos de muy larga duración, de hasta cincuenta años, las partes disponen de mucho tiempo bien para solicitar su nulidad o resolución cuando concurre causa suficiente. Este ha sido el caso de los denominados contratos "club de vacaciones" en los que se contrata un sistema de uso y disfrute de los períodos turísticos de

• Federico Arnau Moya
Profesor Contratado Doctor Derecho civil, Universitat Jaume I (España). Correo electrónico: arnauf@uji.es. ORCID: 0000-0002-8434-6708.

carácter flotante sin que estos contratos se encuentren vinculados a un concreto alojamiento ni se haya determinado una concreta fecha para su disfrute[1]. A lo anterior hay que añadir que en muchos casos la duración de estos contratos tiene carácter indefinido con lo que ya se conculca la duración máxima de cincuenta años que se establece en ambas leyes de APT. Para terminar de complicar la cuestión está el dato de que algunos de estos contratos incluso se redactaron antes de la promulgación de la LAPT-1998 cuando el único límite a estos contratos se encontraba en el principio de la autonomía de la voluntad del art. 1255 CC (o en el Código penal) y muchos de ellos no se adaptaron correctamente a la Ley 4/1998 tal como se exigía en sus disposiciones transitorias[2]. Y como colofón final está el

1 La mayoría de la problemática relativa a los contratos de ATP tienen su origen en los denominados contratos de tipo flotante. A grandes rasgos en la SAP Islas Baleares (Sec. 4ª) 21 abril 2021 (JUR 2021, 208631) se nos dice que en el sistema de uso y disfrute de los periodos turísticos de carácter flotante "tales periodos no resultan vinculados a un concreto complejo ni apartamento, siendo la promotora quien gestiona y asigna el periodo turístico en función de las preferencias del cliente y de la disponibilidad de periodos". En la jurisprudencia menor la SAP A Coruña (Sec. 3ª) 13 julio 2021 (JUR 2021,316220), pone de manifiesto la estrategia de las defensas de los empresarios en este tipo de pleitos en los que suelen alegar que el sistema "flotante" de períodos de turnos de APT está excluido del art. 1.1. LATBI porque "es un sistema de vacaciones a utilizar en numerosos Complejos turísticos con períodos semanales variables en los alojamientos disponibles usando un sistema de escala basado en puntos para valorar los diferentes alojamientos del Sistema". En la SAP Islas Baleares (Sec. 4ª) 21 abril 2021 (JUR 2021, 208631) que aplica la LAPT-2012, se pone de relieve como en estos contratos suelo existir una falta de objeto, porque existe una indeterminación tanto relativa a duración, que suele ser ilimitada así como a la fijación de los períodos de disfrute e incluso con el alojamiento. Así resulta al decir que esa clase de contratos "confiere a los compradores el derecho de uso y disfrute anual durante el año de periodos turísticos en uno de los complejos a elección de quienes forman parte del grupo y con una duración ilimitada. […]. Contempla el contrato un sistema de uso y disfrute de los periodos turísticos de carácter flotante, de modo que tales periodos no resultan vinculados a un concreto complejo ni apartamento, siendo la promotora quien gestiona y asigna el periodo turístico en función de las preferencias del cliente y de la disponibilidad de periodos". Asimismo, en la SAP Las Palmas (S. 5ª) 12 febrero 2020 (JUR 2020, 202132) (recae sobre un contrato de 2014) establece que falta de determinación del objeto al haberse pactado su carácter "flotante": al no recaer el derecho sobre un alojamiento concreto y determinado no puede afirmarse se haya transmitido un derecho de los regulados en dicha ley. La Ley 4/2012. exige la determinación del apartamento sobre el que recae el derecho como resulta incontestablemente de lo dispuesto en el art. 30.1.3° de dicha Ley que dispone que: "1. Además de lo previsto en el artículo 11, en el contrato celebrado por toda persona física o jurídica en el marco de su actividad profesional y relativo a derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles se expresarán, al menos, los siguientes extremos: (.) 3.° Identificación del bien inmueble mediante su referencia catastral, descripción precisa del edificio, de su situación y del alojamiento sobre el que recae el derecho, con referencia expresa a sus datos registrales y al turno que es objeto del contrato, con indicación de los días y horas en que se inicia y termina (.)" .Por ello, al no recaer el derecho sobre un alojamiento concreto y determinado no puede afirmarse se haya transmitido un derecho de los regulados en dicha ley por lo que su nulidad absoluta resulta de lo dispuesto en el art. 28.7 de la mencionada LATBI. Finalmente, en la SAP Alicante (Sec. 4ª) 9 julio 2020 (JUR 20202, 311239), respecto a un contrato de 2007, " en la cláusula segunda sólo se hace referencia a que la parte demandada es el promotor del sistema flotante "Medhotel Club" que consta de un conjunto de numerosos complejos turísticos, a que el propietario tendrá derecho a su uso y disfrute en cualquiera de los centros turísticos que formen parte del grupo y, a continuación, hace una remisión a los apartamentos que componen el Medhotel Club en España y que están ubicados, entre otros, en el Jardín Club Ogisaka de Denia. Aparece patente y clara la absoluta indeterminación del objeto. Se desconoce, con la lectura del contrato, a qué apartamentos en concreto se refiere; no existe ninguna otra descripción, con turno "flexible" y sin reflejo registral inmobiliario alguno de ninguno de los citados edificios o complejos".

2 Costas Rodal, L.: "Aprovechamiento por turno y clubs de vacaciones: nulidad de los contratos al amparo del artículo 1.7 de la ley 42/1998. STS de 16 de enero de 2017", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil,* núm. 3/2017. Destaca que los empresarios del sector turístico, aprovechándose del vacío legal existente antes de la publicación de la Ley 42/1998 establecieron libremente diferentes modalidades de contratos para regular el derecho de los adquirentes a disfrutar de modo exclusivo de un mismo alojamiento turístico a través de un sistema de turnos de franjas temporales anuales. Una de estas modalidades fueron las fórmulas de tipo societario, como el sistema club, que por su origen anglosajón contó gran aceptación por los turistas de origen británico y muy utilizada en los complejos turísticos españoles. La LAPT-1998 supuso un cambio radical al imponer a los profesionales del sector el cumplimiento de toda una serie de

hecho de que muchos de los adquirentes de derechos de APT eran extranjeros y que en algunos contratos se pretendía que se aplicara a estos inmuebles situados en España la legislación del país en que se celebró el contrato. Toda una serie de sentencias dictadas a partir de 2015 el Tribunal Supremo declarando la nulidad de estos contratos del sistema club de vacaciones han originado una avalancha de demandas que en su inmensa mayoría se han traducido en la nulidad del contrato y la restitución de los períodos de APT no consumidos. La curva de sentencias alcanzó su cenit en el año 2018 pudiéndose contar hasta treinta y siete sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en materia de contratos de APT. En adelante, ya no van a ser tan numerosas las sentencias sobre contratos de club de vacaciones puesto que esta figura, que no estaba regulada en la LAPT-1998 por tratarse de un contrato vacacional y no un contrato de APT ahora sí que está contemplada en la LAPT-2012.

II. LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO POR TURNO.

1. Regulación.

En los años 60 del siglo pasado surge una modalidad de alojamiento vacacional al que impropiamente se le denomina "multipropiedad", así como tiempo compartido o bajo su denominación inglesa de "timesharing"[3]. Bajo esta denominación se amparan toda una serie de fórmulas por las que se transmite al adquirente el derecho a disfrutar de un alojamiento durante un período determinado de cada año. La duración del régimen de aprovechamiento por turnos puede durar varios años (ahora entre uno y cincuenta según establece el vigente art. 24 LAPT-2012, en el anterior régimen el art. 3 LAPT-1998 lo fijaba entre tres y cincuenta años)[4].

El interés en realizar una adquisición de esta naturaleza suele estar justificado en la utilización vacacional de un inmueble: por un lado, el adquirente dispone de un lugar estable y seguro para sus vacaciones anuales; por otro, lo hace sin tener que adquirir, y pagar la entera propiedad del inmueble, con lo que reduce considerablemente la inversión, ajustándola a sus posibilidades reales de disfrute.

obligaciones derivadas de la trasposición del Directiva 94/47/CE, de 26 de Octubre. Numerosos problemas se originaron con aquellos contratos de sistema club, tanto en los preexistentes a la ley, que se tuvieron que adaptar de acuerdo con sus disposiciones transitorias o con los nuevos, que tuvieron un difícil encaje con la rígida regulación de los APT que solo podían constituirse como derechos reales de APT o como, en su versión de derechos personales, bajo la fórmula de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles de temporada por tiempo superior a tres años. Todas las demás modalidades, de acuerdo con el art. 1.7 LAPT-1998 eran nulas. No obstante, muchos operadores hicieron caso omiso a la ley y no adaptaron los contratos.

3 Capote Pérez, L.J.: *El tiempo compartido en España. Un análisis de la fórmula club-trustee desde la perspectiva del Derecho español.* Tirant Lo Blanch, 2009, Valencia, p. 25, dice que en torno a su origen hay planteadas una serie de teorías de lo más variopinto: Estados Unidos en los años 1970, Francia, España y Suiza en los años 1960.

4 Pérez Álvarez, M. A.: "Los derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico", en AA.VV. Curso de Derecho Civil (III). Derechos reales (Coord. P. De Pablo Contreras), 4º ed., Edisofer, Madrid, 2016, p. 535 (pp. 535 a 550).

Desde el punto de vista jurídico, la figura implica una división temporal del derecho a disfrutar de un bien inmueble. El APT tiene varios años de duración dentro de los cuales el adquirente tiene garantizado un período fijo de pernoctación en un alojamiento determinado. A las diferentes modalidades contractuales suele ir unido un derecho accesorio de carácter personal proporcionado por la afiliación a una empresa de intercambios que facilita la movilidad y la variación en los destinos para las vacaciones.

Esta figura adquiere un gran auge en España en los años 90 hasta el punto de ser la segunda nación en el mundo en el número de complejos inmobiliarios explotados bajo esta modalidad contractual[5]. En un primer momento esta figura carece de regulación y los diferentes contratos surgen al amparo del principio de la autonomía de la voluntad. Esta falta de regulación junto con la circunstancia de que muchos de los consumidores eran extranjeros unido a prácticas comerciales muy agresivas por parte de las empresas dedicadas a proporcionar el disfrute de inmuebles bajo las fórmulas de tiempo compartido provocaron un gran número de abusos[6]. Entre otras malas prácticas a los usuarios se les presionaba para la firma en caliente de contratos de adhesión en grandes eventos que se organizaban a estos efectos, sin saber exactamente que habían firmado y sin posibilidad alguna de reflexión una vez que habían contratado, asimismo consumidores quedaban vinculados por contratos de larguísima duración cercanos a los que les restaba de vida[7]. A lo anterior habría que añadir que en un principio como consecuencia de una publicidad muy agresiva se generaron excesivas expectativas con la denominada "propiedad de los pobres"[8]. No hay que olvidar que una de las técnicas utilizadas para la captación de clientes por las grandes promotoras de contratos de APT fue la utilización indebida de la expresión multipropiedad de modo que los consumidores pensaban que estaban adquiriendo la propiedad compartida de un inmueble cuando realmente sólo estaban adquiriendo un derecho de uso. De ahí que cuando se regula por primera vez esta figura en nuestro ordenamiento jurídico una de las primeras medidas que se adoptan es la de prohibir la utilización de la

5 Escartín Ipiéns, J. A.: "El aprovechamiento por turno de bienes y servicios turísticos", *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid,* núm. 47, 2013, pp. 170-174. Estima que cuando el turismo deja de ser una actividad elitista y se convierte en un turismo de masas, los grandes operadores turísticos empiezan a idear toda una serie de ofertas como segundas residencias: apartahoteles, arrendamientos de temporada, conjuntos inmobiliarios dotados de servicios comunes; y, entre ellos los aprovechamientos por turno de bienes inmuebles o servicios de uso turístico.

6 Estancona Pérez, A.A.: "La protección del consumidor en el contrato de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año 94, núm. 766, 2018, p. 687 (685-717), señala que los consumidores pensaban que estaban adquiriendo una gran oportunidad de negocio y en numerosos casos estaban realizando contrataciones que les vinculaba con carácter vitalicio.

7 Carrasco Perera, A.: "Tipos contractuales y modos de elusión en el sistema español de multipropiedad", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 3/2012, p. 47, se refiere a la situación previa a la Ley 42/1998 como de "selva de prácticas captatorias".

8 Escartín Ipiéns, J. A.: "El aprovechamiento", cit.

expresión multipropiedad[9]. A todo lo anterior hay que añadir que los contratos de APT llegaron a comercializarse bajo el atractivo de tratarse de un producto de inversión cuando realmente se trataba de un producto de consumo[10]. De ahí que en la doctrina se haya llegado a usar la expresión de "leyenda negra" de la multipropiedad por la indefensión del usuario ante los continuos engaños por parte del promotor[11].

Esta situación de continuados abusos termina provocando la intervención de la Unión Europea que dicta la Directiva 94/47/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 1994[12]. La norma europea se limitó a contemplar el contrato dirigido, directa o indirectamente, a la adquisición de un derecho de utilización de uno o más inmuebles en régimen de tiempo compartido[13]. Como consecuencia de la trasposición de la citada directiva esta modalidad de disfrute vacacional fue objeto de una primera regulación en España por la Ley 42/1998, de 15 diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias[14]. No obstante, el legislador español no se limitó a transponer la Directiva sino que dotó a la institución de una regulación completa. La época de la falta de regulación había puesto de manifiesto toda una serie de problemas a los que se tenía que dar respuesta al tiempo que la figura había de continuar siendo atractiva. Así pues, la oferta comercial pasa de estar limitada un espacio fijo (un alojamiento) y por un tiempo determinado (semanas, quincenas o meses determinados) a otras que permitieran dotar de flexibilidad al espacio y al tiempo. Asimismo, había que organizar la propiedad y la gestión de

9 La ley insiste en señalar que los derechos de aprovechamiento por turno no podrán vincularse a una cuota indivisa de propiedad, ni denominarse multipropiedad, ni de cualquier otra manera que contenga la palabra propiedad. Así sucede con los arts. 1.4 y 8.1 de la Ley 42/1998 y los arts. 23.4 y 6; y 29.1 de la Ley 4/2012. Al respecto, señala Cordero Cutillas, I.: *El derecho de aprovechamiento,* cit., pp.16-18 que en la Directiva 94/47/CE no se prohibía el uso del término multipropiedad y que esa fue una iniciativa del legislador español a los efectos de evitar la confusión en la que pueden incurrir los hipotéticos adquirentes al creer que están adquiriendo una especial modalidad de propiedad.

10 En el art. 7.1 de la Ley 4/2012 se prohíbe que el APT pueda venderse o comercializarse como inversión.

11 Cerdeira Bravo de Mansilla, G.: "La determinabilidad del objeto –del turno y del alojamiento- en los derechos de aprovechamiento por turno de naturaleza obligacional", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6/2015. Al respecto, Rubio Torrano, E.: "Derechos vacacionales sobre bienes inmuebles, legislación aplicable y condición de consumidor", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil,* núm. 3/2017, p.1, estima que la equívocamente llamada multipropiedad, cuya aplicación fue objeto de campañas importantes en el extranjero, terminó causando la intervención de las Instituciones europeas y la publicación de la directiva de Directiva 2008/122/CE de 2008 que puso fin a algunas prácticas lamentables que dejaban en muy mal lugar a España como potencia mundial en el sector turístico.

12 Pérez Álvarez, M. A.: "Los derechos de aprovechamiento", cit., p. 536.

13 Según se establece en el Preámbulo de la vigente Ley 4/2012 la citada Directiva respondía a una finalidad armonizadora de los Derechos de los Estados miembros, estableciendo una base mínima de normas comunes al objeto de mejorar la protección a los adquirentes, la cual se materializó en la información, contenido mínimo del contrato, lengua de su redacción, derecho de desistimiento y prohibición del pago de anticipos en el plazo de su ejercicio e ineficacia de determinados préstamos de financiación.

14 Escartín Ipiéns, J. A.: "El aprovechamiento", cit., destaca la diversidad normativa de la Ley 42/1998 donde junto con normas de carácter sustantivo se incorporan otras de naturaleza procesal, administrativa sancionadora, fiscales e incluso de derecho internacional privado. No obstante, los contratos que allí se regulan pertenecen al ámbito del Derecho civil si bien dentro de los contratos de consumo lo que hace que la autonomía privada se modere en favor de la igualdad y protección de los usuarios y consumidores.

los servicios de los alojamientos. También había que facilitar la reventa de estos productos para dar liquidez al mercado. Además, había que resolver la conflictividad entre promotores y consumidores de los servicios turísticos mediante el recurso a procedimientos alternativos de resolución de conflictos privados (mediación, arbitraje). Finalmente, había que establecer normas claras habida cuenta de la condición de extranjeros de muchos adquirentes de productos vacacionales[15]. En consecuencia, se estableció un sistema de información precontractual, de lengua a utilizar en el contrato, contenido mínimo del contrato y derechos de resolución y desistimiento, prohibición de pago de anticipos y la nulidad -en su caso- de los contratos de préstamo vinculados[16].

Entre la posibilidad de regular varias formas institucionales de APT o solo regular una modalidad, la norma española optó por una fórmula intermedia, consistente en la detallada regulación de un nuevo derecho real, permitiendo, no obstante, la configuración del derecho también como una variante del arrendamiento de temporada[17]. Esta rigidez normativa provocaba déficits de protección puesto que quedaban fuera del paraguas protector de la ley todas aquellas modalidades de *timesharing* de carácter obligacional que no encajaban dentro del modelo propuesto por la ley[18]. La norma del 98 recibió duras críticas por algún sector de la doctrina por entender que la solución a los déficits de información y las prácticas abusivas de captación de la voluntad no podía solucionarse mediante la creación de un derecho real inmobiliario *sui generis*[19]. Finalmente, ha sido la jurisprudencia la que ha terminado estimando que otras modalidades contractuales, como los denominados clubs de vacaciones, pueden incluirse dentro de su regulación[20]. Con esta doctrina jurisprudencial un tanto forzada se intenta dotar de seguridad

15 Escartín Ipiéns, J. A.: "El aprovechamiento", cit.

16 Costas Rodal, L.: "Aprovechamiento", cit., p. 8.

17 Así consta en el Preámbulo de la Ley 4/2012. En la STS de Pleno 16 enero 2017 (RJ 2017, 22), se dice que la LAPT-2012 "acogió la pluralidad estructural en su configuración jurídica".

18 Carrasco Perera, A.: "Tipos contractuales", cit., p. 47.

19 Carrasco Perera, A.: "Tipos contractuales", cit., p. 47, llega a referirse al modelo 1998 como deficiente y sectario y que además conculcaba la Directiva comunitaria. La respuesta de crear un derecho real *sui generis* beneficiaba al lobby registral que contó con un ámbito de competencias reservado. La ley creó "un modelo pesado, costoso, burocrático, lleno de trampas y con tales exigencias de determinabilidad registral que ya de entrada se creaban las condiciones para que los proyectos inmobiliarios de multipropiedad se estrellaran ante el celo de los registradores". Añade el autor que se anatemizaba como nulas cualesquiera propuestas contractuales o asociativas alternativas al modelo de derecho real *sui generis.* Finalmente, con la Disposición Adicional 2ª se violaba el Derecho internacional puesto que se condenaba al "ostracismo de la inexistencia jurídica cualquier modelo de timesharing configurado conforme a una norma nacional distinta de la española cuando el inmueble estuviera situado en España".

20 En este sentido la STS 19 julio 2018 (RJ 2018, 2956), estima que estos productos vacacionales, siempre que se traten de la división temporal de uso de un inmueble se han de regular por la Ley 42/1998 y que fuera de esa alternativa se han de considerar en fraude de ley. En consecuencia, "cualquier fórmula distinta a la contemplada por la Ley 42/1998, para regular una división temporal del derecho al uso de un bien inmueble, fuera de la alternativa de la referida Ley, deberá ser considerado nulo, y cometido en fraude de ley merecedor de la sanción de nulidad, art. 1.7. Ley 42/1998". Se cita la STS del Pleno de 16 de enero 2017 (RJ 2017, 22), que es la que fija como doctrina la aplicabilidad de la Ley 42/1998 al tipo de contratos conocidos como "Clubs Vacacionales". Asimismo, cita ente otras las de 30 y 20 de enero 2017 (RJ 2017, 447) y (RJ 2017, 348).

jurídica la APT que había llegado a configurarse como una propiedad indivisa por cuotas con distribución temporal del uso, la conocida multipropiedad[21]. Asimismo, se le aplicaron otras figuras del derecho de obligaciones como figuras asociativas -como los famosos clubes de vacaciones- o de mandato, trust u otras propias de los contratos de servicios[22].

Aquella norma ha sido derogada por la vigente Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias (en adelante LAPT-2012). Esta nueva regulación es consecuencia de la necesidad de trasponer a nuestro Ordenamiento la Directiva 2008/122/CE de 14 de enero del 2009 (Directiva 2009) que previamente había sido incorporada a nuestro ordenamiento como Real Decreto-ley 8/2012, de 16 de marzo (derogado por la Ley 4/2012)[23]. La Ley 4/2012 reincorpora el régimen de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de la formalmente derogada Ley 42/1998 en sus títulos II y III si bien con algunas de las modificaciones requeridas por la nueva directiva[24].

La nueva norma no ha logrado desprenderse de la rigidez propia del régimen de aprovechamiento por turno como régimen jurídico imperativo del edificio[25]. No obstante, flexibiliza las modalidades contractuales permitidas para la transmisión del derecho de aprovechamiento, para ello ha tenido que dotarse de un contenido más amplio que la anterior, y va más allá de la estricta disciplina del contrato de aprovechamiento de bienes de uso turístico[26]. La nueva regulación tiene fuerza

21 Costas Rodal, L.: "Aprovechamiento", cit., señala que antes de la LAPT-1998 se habían utilizado dos formas de tiempo compartido: la multipropiedad y el sistema club. Para la autora, si en la nueva regulación se proscribe la multipropiedad es porque no se considera conveniente la transmisión de la propiedad a unos adquirentes que fuera de su período semanal de ocupación no tienen contacto físico alguno con el inmueble, lo que imposibilita la formación de una verdadera comunidad de titulares. Además, el mantenimiento de la figura del propietario del inmueble en que están los alojamientos permite hacerle responsable frente a los titulares de la prestación de los servicios que es imprescindible para el correcto funcionamiento del régimen de APT. Por este motivo la prohibición de vincular el APT a una cuota indivisa se ha mantenido en la Ley 4/2012 (arts. 23.4 y 29.1).

22 Escartín Ipiéns, J. A.: "El aprovechamiento", cit.

23 González Carrasco, M. C.: "El nuevo régimen de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico", *Revista CESCO de Derecho de Consumo,* núm. 3/2012, p.4., destaca de la nueva Directiva que incorpora nuevos productos vacacionales, amplía la armonización de los Ordenamientos Internos de los Estados, refuerza la información al consumidor, modifica los plazos de ejercicio del derecho de desistimiento, exige un calendario de pagos para los contratos de larga duración, y finalmente establece la ineficacia de determinados préstamos de financiación para el caso de desistimiento.

24 Reyes López, Mª. J.: "9. Aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico", en AA.VV.: *Derecho Civil III. Derechos Reales,* 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 211, estima que las normas de la Ley 42/1998 quedan prácticamente reproducidas en la actual Ley 4/2012.

25 Escartín Ipiéns, J. A.: "El aprovechamiento", cit., señala que España había recibido duras críticas por la Ley 42/1998 duras críticas en informes y campañas promovidas por las asociaciones de consumidores británicos y alentadas por los informes del Eurodiputado británico Eward Mac Millan Scott.

26 González Carrasco, M. C.: "El nuevo régimen", cit., p.4., estima que en la ley del 2012 han encontrado acomodo múltiples estructuras negociales que tienen en común hacer posible el uso y disfrute vacacional de un inmueble de forma estable por parte del adquirente del derecho sin necesidad de acceder a la propiedad del mismo._

expansiva puesto que además del contrato de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico (art. 2 LAPT-2012) también extiende su regulación a otras tres figuras contractuales que están íntimamente ligadas al APT como el contrato de producto vacacional de larga duración (art. 3 LAPT-2012); al contrato de reventa (art. 5 LAPT-2012) y al contrato de intercambio (art. 6 LAPT-2012)[27]. En consecuencia, la Ley 4/2012 es aplicable a los mencionados contratos cuando se celebren entre un empresario y un consumidor" (art. 1.1 LAPT-2012). No obstante, en el art. 23. 8 LAPT-2012 contiene una fórmula que impide que se queden fuera de la regulación de ley otras modalidades contractuales "de constitución de derecho de naturaleza personal o de tipo asociativo, que tenga por objeto la utilización de uno o varios alojamientos para pernoctar durante más de un periodo de ocupación"[28]. Como consecuencia de la trasposición de la citada directiva europea la ley también organiza la reparación judicial y administrativa de los derechos de los consumidores, fomenta la elaboración de códigos de conducta, prevé la posibilidad de acudir a procedimientos extrajudiciales adecuados y efectivos para la solución de los litigios en materia de consumo así como a establecer un sistema de sanciones efectivas para el caso de incumplimiento de los empresarios.

La ley 4/2012 dedica el Título I a las normas generales de aplicación a todas las modalidades contractuales que contempla (arts. 1 a 22 LAPT-2012); el Título II se aplica a las normas especiales sobre aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico (23 a 34 LAPT-2012) y, finalmente, el título III se dedica a normas tributarias. Nuestro trabajo se limitará principalmente al derecho de aprovechamiento por turno en sentido estricto. En esta figura contractual hay que tener en cuenta que el objeto del consentimiento del usuario o beneficiario no es solo el alojamiento del que va a disfrutar sino también el hecho vacacional. Puesto que este tipo de aprovechamiento también puede servir para que el usuario pueda utilizar un sistema de intercambio de vacaciones que le permite disfrutar del período que le corresponde en el alojamiento de otra persona e incluso de otro país[29].

2. Concepto de contrato de APT.

El contrato de APT queda definido en el art. 2. LAPT-2012 como "aquel de duración superior a un año en virtud del cual un consumidor adquiere, a título oneroso, el derecho a utilizar uno o varios alojamientos para pernoctar durante más de un período de ocupación". Dentro del concepto amplio de bienes la nueva

27 Espílez Murciano, F.: "Contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico", *Noticias jurídicas*, Septiembre, 2013.

28 Estancona Pérez, A.A.: "La protección", cit., pp. 690-691. Estima que con esa fórmula sólo se permite la creación de nuevas modalidades de contratos de APT de naturaleza personal u obligacional, puesto que la constitución de derechos reales se limita a los que contempla la Ley 4/2012.

29 Pérez Álvarez, M. A.: "Los derechos de aprovechamiento", cit., p. 539.

ley amplía su objeto desde los inmuebles hasta las embarcaciones y las caravanas tal como se desprende del Preámbulo de la Ley[30]. En el art. 23.1 II contiene la definición legal del derecho de aprovechamiento por turno pero ahora referido sólo al caso de los inmuebles al decir que: "atribuye a su titular la facultad de disfrutar, con carácter exclusivo, durante un período específico de cada año, consecutivo o alterno, un alojamiento susceptible de utilización independiente por tener salida propia a la vía pública o a un elemento común del edificio en el que estuviera integrado y que esté dotado, de modo permanente, con el mobiliario adecuado al efecto, así como del derecho a la prestación de los servicios complementarios".

3. Elementos subjetivos del aprovechamiento por turnos.

Los elementos personales del aprovechamiento por turnos de inmuebles son el empresario, el consumidor y la empresa de servicios. Los dos primeros elementos han de figurar en todo contrato de APT, sin embargo, la empresa de servicios puede ser sustituida por el empresario cuando asume sus funciones:

A) El empresario propietario registral del inmueble es quien constituye el régimen de aprovechamiento por turnos (art. 25.1). La expresión empresario del Título II de la ley no sólo se refiere al propietario sino también al "promotor y a cualquier persona física o jurídica que participe profesionalmente en la transmisión o comercialización de derechos de aprovechamiento por turno" (23.4 II)[31].

B) La empresa de servicios que se encarga de la administración y conservación del inmueble y de la gestión del régimen. Esta empresa se hace indispensable para el adquirente puesto que su derecho de aprovechamiento está reducido a una corta temporada anual, a la vez que el contacto entre los diferentes titulares es prácticamente inexistente por su falta de coincidencia en el tiempo[32]. El empresario está obligado a celebrar un contrato con una empresa de servicios para poder constituir el régimen de aprovechamiento por turno, salvo que él mismo personalmente asuma directamente su cometido [art. 25 apartados 1.c) y 3 I LAPT-2012]. Esta empresa se encarga de tener preparados los alojamientos para su utilización, el control y coordinación de las entradas de los usuarios en

30 El preámbulo de la Ley 4/2012 se indica que dentro de la definición de APT no quedan incluidos otros contratos que no se refieren a un alojamiento, como los de alquiler de terrenos para caravanas; tampoco incluye fórmulas tales como las reservas plurianuales de una habitación de hotel, en la medida en que no se trata de contratos, sino de reservas que no son vinculantes para el consumidor.

31 Asimismo, en el art. 1.2 LAPT-2012 se establece que: "Se entiende por empresario toda persona física o jurídica que actúe con fines relacionados con su actividad económica, negocio, oficio o profesión y cualquier persona que actúe en nombre o por cuenta de un empresario". Cordero Cutillas, I.: *El derecho de aprovechamiento por turno en la Ley 42/1998, de 15 de diciembre*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, p. 12 destaca que en el empresario ha de concurrir en la nota de la habitualidad en la comercialización de productos de tiempo compartido.

32 González Carrasco, M. C.: "El nuevo régimen", cit., p. 13.

los períodos que les corresponden, el mantenimiento en buen estado de los alojamientos así como la gestión económica del complejo vacacional[33]

C) El consumidor a los efectos de la LAPT-2012 se define en su art. 1.3 como "toda persona física o jurídica que actúe con fines ajenos a su actividad económica, negocio, oficio o profesión". La doctrina ha destacado que esta definición al ser tan generalista ha tenido que ser concretada por el Tribunal Supremo[34]. En este sentido en la STS del Pleno de 16 enero 2017 (RJ 2017, 22) se ha fijado el alcance la de la actuación de una persona como consumidor. Puesto que en algunos procedimientos sobre APT, en casos originados estando vigente la Ley 42/1998 se había mantenido que no se podría aplicar la condición de consumidor a los adquirentes en cuyos contratos se establecía la posibilidad de reventa de su derecho de APT puesto que aquellos habían efectuado su adquisición con ánimo de lucro. En esta sentencia, referida a un supuesto de afiliación a un Club de vacaciones, se estima que la actuación con ánimo de lucro del adquirente en un contrato con posibilidad de reventa no excluye necesariamente la condición de consumidor de dicha persona[35]. Se cita el art. 3 TRLCGU del que, tras su reforma en el año 2014, cabe deducir que la persona física que actúa al margen de una actividad empresarial es consumidora, aunque tenga ánimo de lucro salvo que aquella persona realizara aquel tipo de actuaciones con habitualidad[36]. En el caso enjuiciado al no haberse probado que la adquirente realizara habitualmente operaciones de reventa para enriquecerse se le considera consumidora[37]. Asimismo, se establece que los

33 Pérez Álvarez, M. A.: "Los derechos de aprovechamiento", cit., p. 538.

34 Estancona Pérez, A.A.: "La protección", cit., pp. 687-690.

35 En la sentencia de apelación recurrida ante el TS se establece que la demandante no era consumidora, por cuanto no era la destinataria final del producto que adquirió, ya que su intención era obtener un beneficio mediante su reventa, lo que constituye una actividad comercial de tipo inversor. Asimismo, se reconoce que "El contrato de afiliación al Club Paradiso no comportaba un derecho real de aprovechamiento por turno, sino un producto vacacional completamente distinto, al que no resulta de aplicación la Ley 42/1998, que no regula tales supuestos". La doctrina jurisprudencial establecida en la STS del Pleno de 16 enero 2017 (RJ 2017, 22) fija el alcance la de la actuación de una persona como consumidor. Al establecerse que el establece que el ánimo de lucro no excluye necesariamente la condición de consumidor de una persona física. Esa doctrina jurisprudencial ha sido seguida por las SSTS: 4 octubre 2019 (RJ 2019, 4047), 11 diciembre 2018 (RJ 2018, 5440), 19 julio 2018 (RJ 2018, 2956), 13 julio 2018 (RJ 2018, 2806),12 julio 2018 (RJ 2018, 2813), 10 julio 2018 (RJ 2018, 2812), 20 junio 2018 (RJ 2018, 2671), 20 junio 2018 (RJ 2018, 2669), 30 mayo 2018 (RJ 2018, 2359), 24 mayo 2018 (RJ 2018, 2144), 24 mayo 2018 (RJ 2018, 2293), 24 mayo 2018 (RJ 2018, 2283), 18 mayo 2018 (RJ 2018, 1865), 18 mayo 2018 (RJ 2018, 2021), 18 mayo 2018 (RJ 2018, 2015), STS de 19 de diciembre de 2017 (RJ 2017, 5768), 27 noviembre 2017 (RJ 2017, 5284), 22 septiembre 2017 (RJ 2017, 4865), 19 septiembre 2017 (RJ 2017, 4867). En la jurisprudencia menor siguen ese mismo criterio las SAP Santa Cruz de Tenerife (Sec. 3ª) 22 enero 2020 (JUR 2020,137206), Santa Cruz de Tenerife (Sec. 3ª) 7 junio 2019 (AC 2019,1260), Barcelona (Secc.17ª) 29 mayo 2019 (AC 2019,875), entre muchas otras.

36 Pérez-Caballero Abad, pedro.: "El consumidor que actúa con ánimo de lucro", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 927/2017. Con ocasión de la STS 16 enero 2017, comenta que esta sentencia ha sido dictada en un momento en el que el concepto legal de consumidor presenta matices un tanto difusos lo que provoca opiniones divergentes en la doctrina. En especial destaca las actuaciones en las que una persona física opera en el tráfico jurídico movida por el ánimo de lucro si bien fuera de un ámbito profesional o empresarial. Este autor se posiciona en favor de la doctrina sentada en el ámbito europeo por la SSTJCE de 10 de abril de 2008 (asunto Hamilton) y de 25 de octubre de 2005 (asunto Schulte) para las que el ánimo de lucro no ha de ser siempre un criterio para excluir la condición de consumidor de una persona física.

37 Lois Caballé, A.: "IV. Derecho de Consumo. §1", *Crónica de jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia mercantil*, *Revista de Derecho Mercantil,* núm. 311/2019. Estima todas estas sentencias contemplan casos en los que el adquirente de derechos de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles, además del

contratos que versan sobre "paquetes vacacionales" o "derechos de afiliación" les es de aplicación la ley 42/1998, por tratarse de contratos relativos a un peculiar aprovechamiento por turno. En consecuencia, en primer lugar se admite que a los contratos tipo club de vacaciones se les aplique la LAPT-1998, para a continuación decretar su nulidad por no cumplir lo estipulado en el art. 1.7 de la citada ley que sanciona con la nulidad de pleno derecho el incumplimiento de sus disposiciones[38].

4. Elementos objetivos del aprovechamiento por turnos.

El contrato de APT puede recaer sobre uno o varios alojamientos independientes por tener salida a la vía pública o a un elemento común del edificio en el que estuviera integrado y que esté dotado, de modo permanente, con el mobiliario adecuado al efecto, así como del derecho a la prestación de los servicios complementarios (23.1 II). El inmueble en el que se encuentre el alojamiento tendrá que cumplir con los requisitos previstos en el art. 23. 2 LAPT-2012: en primer lugar, ha de tratarse de un edificio, conjunto inmobiliario o sector de ellos arquitectónicamente diferenciado. En segundo lugar, el conjunto ha de tener como mínimo diez alojamientos y todos los alojamientos independientes que lo integren, con excepción de los locales, han de estar sometidos al régimen de APT[39]. En

contrato de adquisición y de afiliación, contrató la inclusión en la lista de reventa. Todas las sentencias señaladas siguen la STS de pleno de la Sala de 16 de enero de 2017 (RJ 2017,22), con voto particular. En ellas, con base a la legislación comunitaria, tanto la transfundida en el TRLGCU como la que se encuentra fuera, y en la jurisprudencia comunitaria, estimando los recursos de los adquirentes y se pronuncia sobre la condición de consumidor de aquellos adquirentes. Se estima que el ánimo de lucro del consumidor persona física debe referirse a la concreta operación en que tenga lugar, de modo que incluso si el consumidor actúa con afán de enriquecerse, el límite se fijará al realizarse estas actividades con regularidad (comprar para inmediatamente revender sucesivamente inmuebles, acciones, etc.), ya que de realizar varias de esas operaciones asiduamente en un período corto de tiempo, podría considerarse que, con tales actos, realiza una actividad empresarial o profesional, dado que la habitualidad es una de las características de la cualidad legal de empresario, conforme a lo establecido por el art. 1.1.º CCom.

38 La STS 16 enero 2017 (RJ 2017, 22) de Pleno establece como doctrina jurisprudencial que los contratos que estos contratos, que versan sobre "paquetes vacacionales" o "derechos de afiliación" deben considerarse que sí están sometidos a la Ley 42/1998, por cuanto "no adquiría simplemente la prestación de unos servicios (lo que se conoce como paquete vacacional), sino la integración en una comunidad (membresía), mediante el abono de una cuota de entrada y de cuotas periódicas de mantenimiento, parece evidente que sí estaba contratando un aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico, si bien mediante una fórmula que pretendía eludir la aplicación de la normativa específica en la materia. No obstante, si incumplen sus normas imperativas han de considerarse nulos. Esta cuestión se matiza en la STS 15 de noviembre de 2017 (RJ 2017, 6155), donde se establece que cuando se adquiere, a cambio del pago de un precio global, de una cantidad de entrada y de una cuota anual de mantenimiento, el aprovechamiento de unos apartamentos y de los servicios complementarios del complejo en el que se integraban, estamos, en la práctica, ante un aprovechamiento por turno. Esta línea jurisprudencial ha sido seguida por las SSTS 4 octubre 2019 (RJ 2019,4047), 19 julio 2018 (RJ 2018, 2956), 20 junio 2018 (RJ 2018, 2671), 20 junio 2018 (RJ 2018, 2669), 30 mayo 2018 (RJ 2018, 2359), 24 mayo 2018 (RJ 2018, 2293), 24 mayo 2018 (RJ 2018, 2772), 18 mayo 2018 (RJ 2018, 2021), 9 mayo 2018 (RJ 2018, 2004), 9 mayo 2018 (RJ 2018, 1984), 19 diciembre 2017 (RJ 2017, 5768),15 de febrero de 2017 (RJ 2017, 804), 5 de febrero de 2017 (RJ 2017, 804), 30 enero 2017 (RJ 2017, 447), 20 enero 2017 (RJ 2017, 348), 25 de octubre de 2016 (RJ 2016, 4973), 29 de marzo de 2016 (RJ 2016, 1545). Los supuestos sobre los que recaen estas sentencias se originaron todos ellos bajo la vigencia de la Ley 42/1998.

39 La STS 15 enero 2015 (RJ 2015, 876) establece como doctrina jurisprudencial que "En el régimen legal establecido por la Ley 42/1998, de 15 diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico, la falta de determinación en el contrato del alojamiento que constituye su objeto determina la nulidad del referido contrato, según lo dispuesto por el artículo 1.7 en relación con el 9.1.3° de la citada Ley". Esta doctrina ha sido continuada por las SST 13 diciembre 2018 (RJ 2018,5606), 7

tercer lugar, excepcionalmente se autoriza que un mismo conjunto inmobiliario esté sujeto, al tiempo, a un régimen de derechos de aprovechamiento por turno y a otro tipo de explotación turística, siempre que los derechos de aprovechamiento recaigan sobre alojamientos determinados y para períodos concretos. En este caso el edificio, conjunto inmobiliario o sector de ellos arquitectónicamente diferenciado deberá adecuarse tanto a la normativa relativa al régimen de aprovechamiento por turno como a la normativa del tipo de explotación que corresponda (art. 23.2 LAPT-2012).

5. Modalidades contractuales contempladas por la LAPT-2012.

En la Ley 4/2012, como ya hemos adelantado, se regulan cuatro productos vacacionales: el contrato de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico (real o personal), el contrato de producto vacacional de larga duración (en adelante PVLD), y los contratos de reventa y de intercambio[40]. De este modo se aparta del sistema rígido de la Ley 42/1998 que solo reguló un producto vacacional el APT referida exclusivamente a los inmuebles de uso turístico al tiempo que sólo admitía dos modalidades: bien como derecho real limitado o bien como arrendamiento de temporada con una duración mínima tres años y una máxima de cincuenta[41]. Por otro lado, se declaraba la nulidad radical de cualquier otra configuración jurídica originándose multitud de problemas con las APT que se habían configurado como derechos personales de tipo asociativo como los clubes de vacaciones[42]. En consecuencia, la LAPT-2012 es en cierto modo más flexible que su predecesora al admitir la diversidad de fórmulas de tiempo compartido si bien comparte que aquella la prohibición de transmitir una cuota indivisa de propiedad a los adquirentes[43]. No obstante, estos contratos si bien son

julio 2016 (RJ 2016, 2893) y 29 marzo 2016 (RJ 2016, 1545) que establece "el objeto ha de ser un alojamiento concreto, con mención de sus datos registrales y del turno que es objeto de contratación, y con indicación de los días y horas en que se inicia y termina. Al no cumplir en este caso el contrato con tales exigencias queda sujeto a la sanción de nulidad contenida en el artículo 1.7". En la jurisprudencia menor, también se establece la nulidad de los contratos por falta de determinación de los alojamientos, casi siempre en contratos en el que se establece un "sistema flotante". Así sucede con las sentencias de la AP Las Palmas (S 5ª) 20 mayo 2019 (AC 2019, 1394), AP Las Palmas (S 5ª 10 abril 2019 (AC 2019, 1438), AP Las Palmas (S 4ª), 390/2019 de 19 marzo 2019 (AC 2019, 1385), AP Las Palmas (S 5ª), 22 enero 2019 (AC 2019, 860), AP Las Palmas (S 4ª) 8 octubre 2018 (AC 2018, 1962),AP Las Palmas (S 5ª), 11 marzo 2020 (JUR 2020, 203177), AP Las Palmas (S 3ª) 16 octubre 2021(JUR 2021, 88475), AP Las Palmas (S 3ª) 23 junio 2020 (JUR 2020, 338060), AP Santa Cruz de Tenerife (S 3ª) 5 junio 2020 (JUR 2020, 279458).

40 Munar Bernat, P.: "Estudio sobre la Directiva 2008/122/CE, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores en los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico", *Indret,* 4, 2009, p. 6, dice que estos productos son una de las grandes novedades que introduce la Directiva puesto que se trata de contratos que quedaban al margen de la norma anterior y que había sido el foco de la gran mayoría de problemas para los adquirentes-consumidores.

41 Escartín Ipiéns, J. A.: "El aprovechamiento", cit.

42 La figura del PVLD ha dado lugar a gran número de procesos judiciales. Finalmente, STS del Pleno de 16 enero 2017 (RJ 2017, 22) ha estimado que estos contratos tienen naturaleza real y pueden incardinarse dentro del contrato de APT de ley de 1998. No obstante, hay que destacar la existencia de un voto particular que aboga la naturaleza personal de estos contratos del sistema club.

43 Costas Rodal, L.: "Aprovechamiento", cit., p. 12, estima que la Ley 4/2012 tiene en cuenta que en el sector turístico continuamente surgen nuevas modalidades contractuales por lo que no se debe limitar la libre

afines a los contratos de APT sin embargo son figuras distintas. La LAPT-2012 establece un primer nivel de protección para los nuevos productos vacacionales en los capítulos II al V del Título I. La regulación de estos contratos vacacionales es de mínimos a los efectos de cumplir con las exigencias comunitarias. Un segundo nivel de protección, suplementario al que se prescribe en el Título I de la Ley, es el previsto en el Título II (arts. 23 a 34) que se aplica en exclusiva a los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico. Dentro de esta categoría se aplica tanto a los contratos de venta del derecho real *sui generis* sobre cosa ajena ex art. 31.1 como a los contratos de naturaleza personal de arrendamiento de inmuebles vacacionales por temporada del art. 23.1 LAPT-2012. Dentro de este precepto se hace referencia tanto a los han de tener por objeto más de una temporada o ha de tratarse de "cualesquiera otras modalidades contractuales de duración superior a un año, que sin configurar un derecho real tengan por objeto la utilización de uno o varios alojamientos para pernoctar durante más de un periodo de ocupación (art. 23.1)[44].

A) Contrato de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico.

La figura central de entre todas las regulas por la LAPT-2012, es el contrato de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico que se definido en el art. 2 LAPT-2012 como "aquel de duración superior a un año en virtud del cual un consumidor adquiere, a título oneroso, derecho a utilizar uno o varios alojamientos para pernoctar durante más de un periodo de ocupación" (art. 2 LAPT-2012). Así pues, en la Ley de 2012 el contrato de APT es una especie de contrato vacacional más a diferencia de la norma de 1998 donde era el único producto inmobiliario vacacional[45].

En el contrato de APT concurren las siguientes características cuando se configura como un derecho real limitado ex art. 23.1. LAPT-2012: a) se trata de un derecho real limitado por la prohibición de alterar el inmueble y el mobiliario con el que viene equipado (art. 23.1 LAPT-2012) [46]; b) es transmisible —inter vivos o mortis causa— (art. 33.1 LAPT-2012); c) es susceptible de gravamen (art. 31.1 II LAPT-2012); c) únicamente

configuración del fenómeno del tiempo compartido.

44 Carrasco Perera, A.: "Tipos contractuales", cit., p. 46. Estima que el régimen jurídico aplicable a las nuevas figuras en los arts. 7 a 16 es parca por cuanto que se limita a "una norma sobre publicidad, otra sobre el contenido de la obligación precontractual que debe ser comunicada al adquirente, otra sobre la forma, lengua y contenido del contrato, tres preceptos sobre el derecho de desistimiento, una norma sobre pagos anticipados, otra específica de pagos en el contrato de productos turísticos de larga duración, una norma de extensión del desistimiento a los contratos accesorios, y una regla de cierre sobre el carácter imperativo y el control de la ley aplicable cuando ésta es la de un Estado no miembro".

45 Carrasco Perera, A.: "Tipos contractuales", cit., pp. 46 y 52. Este autor también distingue entre el contrato específico de *timesharing* y los "productos vacacionales flexibles". Estos productos como el contrato vacacional de larga duración, el intercambio y la reserva tienen la ventaja de no estar sometidos al "engorroso" régimen jurídico inmobiliario del Título II de la LAPT-2012. En consecuencia, se refiere estos contratos como un mecanismo de elusión del segundo nivel del modelo regulatorio de la multipropiedad.

46 Estancona Pérez, A.A.: "La protección", cit., p. 691", entiende que el carácter real del derecho de APT proviene de contar con las condiciones de inherencia y oponibilidad "erga omnes" que puede defenderse a través de acciones reales y posesorias.

podrán ser objeto de esta modalidad contractual los edificios, conjunto inmobiliario o sector de ellos arquitectónicamente diferenciado que dispongan, como mínimo de diez alojamientos independientes y todos ellos sometidos al aprovechamiento por turno (art. 23.2 LAPT-2012); d) el periodo anual del aprovechamiento nunca podrá ser inferior a los siete días consecutivos, no obstante dentro de un mismo régimen pueden haber turnos con diferente duración (art. 23.3 LAPT-2012); d) el derecho de APT no puede vincularse a una cuota indivisa de la propiedad, también está prohibido que se le denomine multipropiedad o que se utilice cualquier denominación que contenga el término propiedad (art. 23.4 LAPT-2012).

B) Contrato de producto vacacional de larga duración.

Junto al contrato de APT la Ley 4/2012, como ya hemos mencionado, ha configurado otras tres modalidades de contratos vacacionales. El primero de ellos es el denominado "contrato de producto vacacional de larga duración", los PVLD's, que de acuerdo con el art. 3 LAPT-2012 es aquel en cuya virtud "un consumidor adquiere, a título oneroso, esencialmente el derecho a obtener descuentos u otras ventajas respecto de su alojamiento, de forma aislada o en combinación con viajes u otros servicios" (art. 3 LAPT-2012)[47]. El art. 14 LAPT-2012 exige varios requisitos para estos contratos vacacionales: que el pago se efectúe de forma escalonada quedando prohibido su pago por anticipado (ap. 1º), los pagos -incluidas las cuotas de afiliación en su caso- se dividirán en plazos anuales de igual cuantía (ap. 2º), catorce días antes de cada vencimiento el empresario enviará por escrito una solicitud de pago (ap. 3º); a partir del segundo plazo el consumidor podrá solicitar la resolución del contrato sin penalización alguna (ap. 4º).

El contrato de producto vacacional de larga duración permite añadir una serie de ventajas extra a otros contratos que permiten el uso y disfrute de alojamientos[48]. La doctrina estima que este producto es aplicable, con carácter accesorio, a otras modalidades contractuales: este es el caso del condohotel, en el que el adquirente en propiedad de una plaza de hotel obtiene otras ventajas como la de que la empresa hotelera le tenga alquilada la habitación el resto del año.[49] También está el caso del contrato de alquiler de alojamiento turístico por temporadas sucesivas que se complementa con otras prestaciones como cualquier tipo de regalos como cruceros, etc.; o los descuentos en el precio por contratar varios temporadas

47 Munar Bernat, P.: "Estudio", cit., p. 18, dice que dentro de este concepto legal "incluye varios tipos distintos que se ofrecen actualmente en el mercado, bajo denominaciones diversas: clubes de descuento vacacionales, clubes de viajes internacionales o clubes de intercambio de vacaciones, y a veces ostentan nombres como intercambio de lujosas vacaciones de ensueño".

48 Carrasco Perera, A.: "Tipos contractuales", cit., pp. 50 y 51 exige la existencia del alojamiento de modo que no sería un PVLD aquel en el que obtienen descuentos por compras acumuladas puntos que permiten un derecho a disfrute de servicios vacacionales, o los puntos adquiridos en el transporte aéreo con objeto de obtener una ventaja en el precio de alojamientos hoteleros.

49 Carrasco Perera, A.: "Tipos contractuales", cit., p. 51.

anuales sucesivas como las conocidas ofertas de "tres por dos"[50]. Finalmente, cabría incluir dentro de los PVLD's a los "clubes de descuentos vacacionales" y productos similares siempre que sean consecuencia de un contrato derivado de la utilización de un alojamiento vacacional. Por este motivo, no pueden considerarse PVLD's los programas de fidelización que ofrecen descuentos para futuras estancias en establecimientos de una cadena hotelera, ni aquellos contratos cuyo propósito principal no sea ofrecer descuentos o bonificaciones. Ya hemos comentado los problemas que los contratos de club de vacaciones habían causado por su falta de encaje en la Ley 48/1998 hasta el punto de que el Tribunal Supremo se ha visto obligado mediante una interpretación harto forzada a decir que si bien no tenían encaje en el tenor literal del art. 1.1 de LAPT-1998 sin embargo había que estimar que aquella ley era de aplicación[51]. La vigente Ley 4/2012 al regular los PVLD ha terminado con la polémica puesto que los clubes de vacaciones tienen encaje en la definición legal de PVLD's de la definición del art. 3 LAPT-2012[52]. Es en este supuesto donde cabe incluir los controvertidos contratos de afilación a club de vacaciones o similares, en los que "objeto es la adquisición de determinados derechos para concertar períodos vacacionales en distintos lugares y momentos con determinados beneficios". En la doctrina se ha dicho que el art. 3 LAPT-2012 constituye un nicho residual donde se pueden salvar la validez y evitar la sanción de nulidad por fraude de ley de todo esquema de aprovechamiento por turnos que se salga de los parámetros del derecho real de multipropiedad del art. 23.4[53].

C) Contrato de reventa.

El contrato de reventa se define en el art. 5 LAPT-2012 como aquel por el que "un empresario, a título oneroso, asiste a un consumidor en la compra o venta de derechos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico o de un

50 Estancona Pérez, A.A.: "La protección", cit., p. 692". Carrasco Perera, A.: "Tipos contractuales", cit., pp. 51-52.

51 En contra de la naturaleza real de los contratos de clubes de vacaciones se manifiesta el magistrado A. Salas Carceller en su voto particular a la STS del Pleno de 16 enero 2017 (RJ 2017, 22). En la doctrina se Rubio Torrano, E.: "Derechos vacacionales", cit., p. estima que su postura es más acorde con el tenor literal de las normas en juego aplicables en aquel momento, por lo que la interpretación del Tribunal Supremo resulta un poco forzada, en el límite de la corrección interpretativa.

52 López Maza, S: "La condición de adquirente y la falta de mención del plazo de duración del derecho en los contratos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico. Comentario a la STS de 19 de diciembre de 2017 (RJ 2017,5768)" *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 109/2019, manifiesta que con relación a los contratos de afiliación a clubes de vacaciones en ocasiones la jurisprudencia menor había considerado que se trataba de un producto vacacional distinto aplicándose en ese caso el Código Civil. El Tribunal Supremo termina admitiendo que aquel tipo de producto aunque no tiene encaje en la definición del art. 1.1 Ley 42/1998, puesto que el adquirente no adquiere simplemente la prestación de unos servicios (paquete vacacional) sino que entra a formar parte de una comunidad (el club de vacaciones), sin embargo es evidente que sí estaba contratando un APT de bienes inmuebles para uso turístico, si bien a través de una fórmula que trataba de eludir la aplicación de la Ley 42/1998.

53 Carrasco Perera, A.: "Tipos contractuales", cit., p. 53, tras utilizar la expresión de multipropiedad a la española se refiere a que la existencia de un nicho residual inespecífico, como el de los PVLD, que permite neutralizar las amenazas por fraude de ley que pudieran derivarse de la utilización de esquemas contractuales atípicos que pretenden ser contrato del Título II pero sin embargo no quieren gobernarse por el citado Título.

producto vacacional de larga duración" (art. 5 LAPT-2012). La reventa admite dos configuraciones, bien como cláusula que forma parte de un contrato de APT o de un PVLD o bien como la venta de un previo contrato de los descritos cuando se adquiere otro posterior[54]. En cualesquiera de los dos supuestos se trata de un contrato de carácter accesorio a otro de APT o de un producto vacacional de larga duración. Su carácter oneroso supone que se paga un corretaje o comisión al empresario que asiste al consumidor[55].

Al igual que el resto de las modalidades contractuales, esta viene reconocida por la Directiva 2008/122/CE que vino a definir el significado de esta previsión y garantizar cierta seguridad a los consumidores que la hubieran contratado. Ante el baile de resoluciones judiciales divididas entre la resolución y la nulidad contractual para la falta del cumplimiento de reventa del empresario —original vendedor del derecho de aprovechamiento por turno o del producto vacacional—, el legislador europeo engloba dentro del contrato de reventa toda actividad de intermediación del empresario para la compraventa de derecho de aprovechamiento por turno, con independencia de que se trate de una cláusula incorporada al contrato o que se trate de la venta del anterior derecho en el supuesto de que se adquiera un segundo.

D) Contrato de intercambio.

Finalmente, el contrato de intercambio ha sido definido como aquel por el que "un consumidor se afilia, a título oneroso, a un sistema de intercambio que le permite disfrutar de un alojamiento o de otros servicios a cambio de conceder a otras personas un disfrute temporal de las ventajas que suponen los derechos derivados […]" (art. 6 LAPT-2012). En estos contratos de intercambio el adquirente de un derecho de APT puede cambiar su turno por otro período de tiempo dentro del complejo, cuando las fechas de un año no le resultan idóneas, o incluso puede cambiarlo durante el período que tiene adjudicado u otro diferente en otro complejo de alojamientos que la compañía que le ha vendido el derecho de APT tiene en otro lugar o incluso en otro país[56].

En este caso, igual como sucede con el contrato de reventa, también se trata de un contrato accesorio que puede acompañar al contrato principal de APT o al producto vacacional de larga duración[57]. La adhesión a este sistema de intercambio es independiente a los derechos que le asisten en el contrato principal.

54 Munar Bernat, P.: "Estudio", cit., pp. 20-21.

55 En el supuesto de hecho que dio lugar a la STS 16 enero 2017 (RJ 2017,22) se trataba de un contrato club vacacional que se acompañó por un contrato de reventa independiente.

56 Munar Bernat, P.: "Estudio", cit., p. 22, añade que la afiliación al servicio de intercambio comporta el pago de una cuota de pertenencia al mismo y de un canon por cada cambio que se solicita.

57 Estancona Pérez, A.A.: "La protección", cit., pp. 692-693.

No obstante, como sucede en todos los contratos accesorios la desaparición del contrato principal llevará aparejada la del accesorio[58].

6. Duración del aprovechamiento y disposición del derecho.

El contrato de APT tiene un régimen especial dentro de la Ley 4/2012 que se contempla en el Título II bajo el epígrafe de "Normas especiales sobre aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico".

Entre otras cuestiones regula la duración del régimen que oscila entre un año como mínimo hasta un máximo de cincuenta años (24.1 LAPT-2012), por el contrario en la normativa anterior oscilaba entre los tres y los cincuenta años(art. 3 LAPT-1998). Extinguido el régimen por el transcurso del plazo los titulares no tendrán derecho a compensación alguna. Los períodos de disfrute anual no podrán ser inferiores a siete días seguidos. Dentro de un mismo régimen los turnos podrán tener distinta duración (art. 23.3 LAPT-2012). Los contratos pueden renovarse o prorrogarse sólo así se ha estipulado por las partes (art. 4 LAPT-2012) puesto que en la LAPT-2012 no se contempla ninguna prórroga obligatoria similar a la del art. 9 de la LAU. Finalmente, se ha de reservar para reparaciones, limpieza u otros fines comunes un período de tiempo que no podrá ser inferior a siete días por cada uno de los alojamientos sujetos al régimen (23.3 LAPT-2012). Una vez finalizado el régimen por el transcurso del plazo de duración los titulares no tienen derecho a ningún tipo de compensación (24.2 LAPT-2012). En la jurisprudencia se ha establecido la nulidad tanto de los contratos en los que la duración es indefinida. Asimismo, se ha determinado la nulidad de los contratos con "semana flotante", en los que no se determina la semana que corresponde al adquirente, ni tampoco se le asigna un apartamento concreto[59].

58 Munar Bernat, P.: "Estudio", cit., p. 40, señala que en aquellos contratos en los que junto con del contrato de APT exista otro de intercambio que el plazo de desistimiento será el mismo para ambos. Menciona, a título de ejemplo la SAP Castellón (S. 3ª) 15 septiembre 2003 (JUR 2003, 226110) que establece que en un supuesto en que aparecen vinculados un contrato de adquisición de un derecho de aprovechamiento por turnos y la suscripción de un viaje, la facultad de desistir se debe de predicar de ambos.

59 En la STS 29 marzo 2016 (RJ 2016, 1545) se establece la nulidad del contrato de APT, de los denominados de "asociación de compra de membresía de club" por falta de definición del objeto del contrato (se trata de un contrato sometido a la Ley 42/1998). En el caso objeto de la sentencia se trata se "compra" un "derecho de asociación" a un Club para uso de un apartamento sin fijar la duración del contrato, que queda en este caso indeterminada cuando la ley exige que se concierte por un período de entre tres y cincuenta años, ni referirse a anticipo alguno de rentas. En este caso, en el que el empresario no ha precisado ni la naturaleza real u obligacional del mismo, falta la exigencia del art. 9.1° al que además le falta la necesidad de determinación contenida en el artículo 9.1.3 ° en cuanto el objeto ha de ser un alojamiento concreto, con mención de sus datos registrales y del turno que es objeto de contratación, y con indicación de los días y horas en que se inicia y termina. Al no cumplir en este caso el contrato con tales exigencias queda sujeto a la sanción de nulidad contenida en el artículo 1.7. El Tribunal Supremo ha declarado en reiteradas veces que todo contrato de APT posterior a la publicación de la LAPT-1998 ha de contar con el requisito del plazo y que en caso contrario será declarado nulo. Así se ha establecido por la STS del Pleno de 15 enero 2015 (RJ 2015,443), a la que han seguido las SSTS 16 julio 2015 (RJ 2015, 2783), 8 septiembre (RJ 2015, 4341), 19 febrero 2016 (RJ 2016, 922) " debe dar lugar a la declaración de nulidad en tanto que, tras la entrada en vigor de la Ley 42/1998, se entendió que no era posible establecer para las transmisiones posteriores una duración indefinida cuando la del propio régimen era de un máximo de cincuenta años", 29 marzo 2016 (RJ 2016, 1545,) 25 octubre 2016 (RJ 2016, 5361), 31 de octubre de 2016 (RJ 2016, 5380), 9 de

El transmisor del derecho necesariamente ha de ser un empresario, en el sentido de persona física o jurídica que actúe con fines relacionados con su actividad económica. El adquirente debe ser un consumidor, persona física o jurídica, que actúe con fines ajenos a su actividad económica, negocio, oficio o profesión (art. 23.5 LAPT-2012). No obstante, el TS, en la citada sentencia16 de enero de 2017 (RJ 2017,22) ha establecido que aunque el contrato de APT incluya una cláusula de reventa siempre que el adquirente no se dedique habitualmente a la reventa de este tipo de productos será considerado como consumidor[60].

El título de la adquisición del aprovechamiento por turnos ha de ser a título oneroso (art. 2 LAPT-2012). La contraprestación del empresario consiste en el contenido del derecho que adquiere el consumidor siendo la contraprestación cualquiera admitida en derecho. El contenido del derecho de aprovechamiento por turno de inmuebles atribuye a su titular la facultad de disfrutar de un alojamiento, con carácter exclusivo, durante un período específico de cada año, consecutivo o alterno. El titular del derecho de disfrute no puede efectuar alteraciones en el alojamiento ni en su mobiliario (art. 31.1 LAPT-2012).

El derecho de aprovechamiento por turno podrá constituirse como derecho real limitado o con carácter obligacional (art. 23.1 II y 6). En este punto la nueva ley se aparta de la anterior que prohibía la constitución de una modalidad distinta a la real[61]. Lo que había originado toda una serie de problemas con los denominados contratos de "clubs vacacionales" que aun a pesar de tener carácter personal finalmente -como ya hemos visto- han sido considerados por la jurisprudencia

febrero de 2017 (RJ 2017, 471), 15 de febrero de 2017 (RJ 2017, 804), 22 septiembre 2017 (RJ 2017, 4078), 21 de noviembre 2017 (RJ 2017, 5259), 18 de enero de 2018 (JUR 2018, 22584), 18 de enero de 2018 (RJ 2018, 106), 30 enero 2018 (RJ 2018,210),7 de marzo de 2018 (RJ 2018, 714), 9 mayo 2018 (RJ 2018, 2004), 18 mayo 2018 (RJ 2018, 2015), 18 mayo 2018 (RJ 2018, 2021), 24 mayo 2018, (RJ 2018, 2144), 24 mayo 2018 (RJ 2018, 2283), 12 julio 2018 (RJ 2018, 2813). En la jurisprudencia menor en numerosas ocasiones se establece la nulidad del contrato cuando en este no se fija la duración del régimen. Este es el caso de las sentencias: AP Palmas (S. 3ª) 1 febrero 2021 (AC 2021,1005), AP Las Palmas (S. 3ª) 16 octubre 2020. (JUR 2021,88475), AP Islas Baleares (S. 3ª) 31 enero 2020 (AC 2020,736), AP Las Palmas (S. 5ª) 31 marzo 2020 (JUR 2020,203164), AP Las Palmas (S. 5ª) 3 marzo 2020. (JUR 2020,203137), AP Las Palmas (S. 5ª) 8 enero 2020 (JUR 2020,202090), AP Las Palmas (S. 5ª) 15 noviembre 2019 (JUR 2020,97050), AP Málaga (S. 4ª) 24 julio 2020 (JUR 2020,330242), AP Las Palmas (S. 5ª) 5 noviembre 2019 (AC 2020,696), AP Santa Cruz de Tenerife (S. 4ª) 18 octubre 2019 (AC 2020,699), AP Barcelona (S. 14ª) 29 julio 2019. (AC 2019,1488), AP Las Palmas (S. 5ª) 5 junio 2019 (AC 2019,1393), AP Barcelona (S. 17ª) 29 mayo 2019 (AC 2019,875), AP Las Palmas (S. 5ª) 20 mayo 2019 (AC 2019,1394), AP Las Palmas (S. 5ª) 8 mayo 2019 (AC 2019,1396), AP Las Palmas (S. 5ª) 30 abril 2019 (AC 2019,1436), AP Santa Cruz de Tenerife (S. 1ª) 11 abril 2019 (AC 2019,1366), AP Las Palmas (S. 5ª) 11 marzo 2019. (AC 2019,922), AP Las Palmas (S. 5ª) 14 febrero 2019 (AC 2019,859), AP Las Palmas (S. 4ª) 1 octubre 2018 (AC 2019,120).

60 López Maza, S: "La condición", cit., estima -de acuerdo con la STS de 19 de diciembre de 2017 (RJ 2017,5768) - que tiene la condición de consumidor aquel adquirente de un derecho de aprovechamiento por turno que después revende su turno, incluso a pesar de tener ánimo de lucro, siempre que estemos ante un acto aislado y no habitual de reventa.

61 En el preámbulo de la LAPT-1998 se explicita que el legislador entre la opción de regular varias formas institucionales o si se debía limitar su regulación a una sola, dejando fuera de la ley todas las demás; optó por una fórmula intermedia, consistente en la detallada regulación de un nuevo derecho real, permitiendo, no obstante, la configuración del derecho de APT como una variante del arrendamiento de temporada. Para González Carrasco, M. C.: "El nuevo régimen", cit., p.

como contratos de naturaleza real dentro del ámbito de regulación de la Ley 42/1998.

En la LAPT-2012 la configuración obligacional puede realizarse a través de dos diferentes vías[62]. A la primera de ellas se refiere el art. 23.6 LAPT-2012 que a su vez permite dos modalidades de constitución de derechos de APT de naturaleza contractual. En primer lugar, se puede utilizar la fórmula de los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles vacacionales por temporada, que tengan por objeto más de una de ellas[63]. Siendo indiferente que se anticipen o no las rentas correspondientes a algunas o a todas las temporadas contratadas. En segundo lugar, también se pueden configurar derechos de APT de naturaleza obligacional a través de cualesquiera otras modalidades contractuales de duración superior a un año, que sin configurar un derecho real tengan por objeto la utilización de uno o varios alojamientos para pernoctar durante más de un periodo de ocupación del art. 23.6 LAPT-2012. En ambos supuestos todos aquellos contratos quedarán sujetos a lo dispuesto en el Título II (normas especiales sobre aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico), sin perjuicio de lo prevenido en la LAU y en la legislación general de protección del consumidor (23.6. LAPT-2012). La segunda vía es la contemplada por el art. 23.8 I LAPT-2012 que establece la validez de cualquier otra modalidad contractual de constitución de derecho de naturaleza personal o de tipo asociativo, que tenga por objeto la utilización de uno o varios alojamientos para pernoctar durante más de un periodo de ocupación, constituidas al amparo y en los términos contenidos en las normas de la Unión Europea, en particular, en el Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (ROMA I) y en los convenios internacionales en que España sea parte. A todas estas modalidades contractuales les será de aplicación lo dispuesto en el título I de esta Ley.

Para facilitar la publicidad y mejor conocimiento general de los regímenes obligacionales constituidos de acuerdo con la normativa internacional, así como sus normas reguladoras podrán, ser publicitados en el Registro de la Propiedad donde radique el inmueble (23.8. II LAPT-2012)[64]

62 Pérez Álvarez, M. A.: "Los derechos de aprovechamiento", cit., pp. 548 y 549.

63 Carrasco Perera, A.: "Tipos contractuales", cit., pp. 48 y 50, critica la ubicación sistemática del arrendamiento de temporada en el Título II de la ley, puesto que debería de haber sido regulado en el Título I junto con los nuevos productos vacacionales. Este cambio estaba justificado por el hecho de que el nuevo arrendamiento vacacional del art. 23.6 es menos exigente que el derogado en el que se exigía una duración mínima de tres temporadas y que se hubieran anticipado las rentas. El autor propone como solución para eludir el precepto legal, sin llegar a incurrir en fraude de ley, que al menos una de las partes se reserve el derecho de desistir para posteriores temporadas, con o sin pago penitencial.

64 Pérez Álvarez, M. A.: "Los derechos de aprovechamiento", cit., p. 549.

El derecho real de aprovechamiento por turno, como ya hemos venido mencionando, no podrá en ningún caso vincularse a una cuota indivisa de la propiedad, ni denominarse multipropiedad, ni de cualquier otra manera que contenga la palabra propiedad. La LAPT-2012 insiste al respecto hasta en tres ocasiones: en primer lugar, en el art. 23.4 LAPT-2012 donde en su párrafo II dice que "no obstante, a los efectos de publicidad, comercialización y transmisión del derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, podrá utilizarse cualquier otra denominación, siempre que no induzca a confusión a los adquirentes finales y del mismo se desprenda con claridad la naturaleza, características y condiciones jurídicas y económicas de la facultad de disfrute". Nuevamente, proscribe la utilización del término multipropiedad para referirse a los contratos de arrendamientos de temporada y otras modalidades de duración superior a un año a las que se refiere el art. 23.6 LAPT-2012. Finalmente, en el art. 29 LAPT-2012, al referirse a la transmisión de derechos de APT se vuelve a prohibir el uso de la expresión multipropiedad. En nuestra opinión, acierta la ley en este aspecto puesto quien el promotor es el único que tiene el derecho de propiedad sobre el inmueble. Al titular del aprovechamiento lo que se le transmite es una de las facultades que integran el derecho de propiedad.

El inmueble objeto del aprovechamiento -como ya hemos mencionado- ha de tratarse de un edificio, conjunto inmobiliario o sector de ellos arquitectónicamente diferenciado en el que concurran los ya comentados requisitos del art. 23.2 LAPT-2012: diez alojamientos como mínimo y todos ellos sometidos al régimen de APT. No estarán sometidos a dicho régimen los locales y, excepcionalmente, se permitirá que en ese mismo edificio puedan coexistir alojamientos sometidos a otro régimen de explotación turística. En la jurisprudencia se establece la nulidad de aquellos contratos en los que no se determinada el concreto alojamiento sobre el que recae el contrato de APT[65].

65 En la STS 29 marzo 2016 (RJ 2016, 1545) se establece la nulidad del contrato de APT, de los denominados de "asociación de compra de membresía de club" por falta de definición del objeto del contrato (se trata de un contrato sometido a la Ley 42/1998). En el caso objeto de la sentencia se trata se "compra" un "derecho de asociación" a un Club para uso de un apartamento sin fijar la duración del contrato, que queda en este caso indeterminada cuando la ley exige que se concierte por un período de entre tres y cincuenta años, ni referirse a anticipo alguno de rentas. En este caso, en el que el empresario no precisa ni la naturaleza real u obligacional del mismo, falta la exigencia del art. 9.1° al que además le falta la necesidad de determinación contenida en el artículo 9.1.3 ° en cuanto el objeto ha de ser un alojamiento concreto, con mención de sus datos registrales y del turno que es objeto de contratación, y con indicación de los días y horas en que se inicia y termina. Al no cumplir en este caso el contrato con tales exigencias queda sujeto a la sanción de nulidad contenida en el artículo 1.7. Esta doctrina ya ha sido establecida por las SSTS 775/2015, de 15 enero, y ha reiterado en la 460/2015, de 8 septiembre. También ha sido seguida por SSTS 25 octubre 2016 (RJ 2016, 5361), 22 septiembre 2017 (RJ 2017, 4078) y 21 de noviembre 2017 (RJ 2017, 5259). En la jurisprudencia menor más reciente, recayente sobre contratos dictados al amparo de la LAPT-2012, la SAP Málaga (Sec.4ª) 26 abril 2021 (JUR 2021, 334972), contratos 2013 y 2015 de sistema club de vacaciones, determina la nulidad del contrato por vulneración de lo establecido en el artículo 23.2, puesto que ningún caso el derecho de aprovechamiento adquirido recae sobre un alojamiento concreto ni se especifica el período determinado de utilización". La SAP Las Palmas (Sec. 5ª) 12 febrero 2020 (JUR 2020, 202132) tiene por objeto un contrato con carácter flotante celebrado en 2014, establece que la Ley 4/2012 exige la determinación del "exige la determinación del apartamento sobre el que recae el derecho como resulta incontestablemente de lo dispuesto en el art. 30.1.3° de dicha Ley que dispone que: "1.

El contrato por virtud del cual se constituya o transmita cualquier otro derecho, real o personal, por tiempo superior a un año y relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un período determinado o determinable al año, al margen del presente título, será nulo de pleno derecho, debiéndole ser devueltas al adquirente o cesionario cualesquiera rentas o contraprestaciones satisfechas, así como indemnizados los daños y perjuicios sufridos (art. 23.7 LAPT-2012)[66].

La reunión de un derecho real de aprovechamiento y la propiedad, o una cuota de ella, en una misma persona no implican extinción del derecho real limitado, que subsistirá durante toda la vida del régimen (art. 23.4 III). Esta es una excepción a la regla general de nuestro ordenamiento jurídico de que los derechos reales se extinguen por confusión cuando en una misma persona coincide la titularidad de un derecho de propiedad sobre un bien y un derecho real limitado (usufructo, servidumbre) sobre ese mismo bien[67].

III. LA PROTECCIÓN DEL ADQUIRENTE O CONSUMIDOR.

1. Publicidad.

En el capítulo II (Publicidad e información precontractual) del Título I de la LAPT-2012, se contienen las disposiciones relativas a la publicidad e información precontractual (arts. 7 a 10). Como ya hemos indicado las disposiciones del Título I, son de aplicación no solo a los contratos de APT sino a todos los contratos

Además de lo previsto en el artículo 11, en el contrato celebrado por toda persona física o jurídica en el marco de su actividad profesional y relativo a derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles se expresarán, al menos, los siguientes extremos: (.) 3.º Identificación del bien inmueble mediante su referencia catastral, descripción precisa del edificio, de su situación y del alojamiento sobre el que recae el derecho, con referencia expresa a sus datos registrales y al turno que es objeto del contrato, con indicación de los días y horas en que se inicia y termina (…)". Por ello, al no recaer el derecho sobre un alojamiento concreto y determinado no puede afirmarse se haya transmitido un derecho de los regulados en dicha ley por lo que su nulidad absoluta resulta de lo dispuesto en el art. 23.7. Entre muchas otras sentencias que determinan la nulidad de los contratos por falta de determinación del apartamento están las: Así sucede con las SSAAPP Las Palmas (S. 3ª) 16 octubre 2021(JUR 2021, 88475), Barcelona (Sec. 11ª) 7 julio 2021 (JUR 2021,277484), SAP Islas Baleares 24 mayo 2021 (JUR 2021, 243489), Las Palmas (S. 3ª) 23 junio 2020 (JUR 2020, 338060), Santa Cruz de Tenerife (S. 3ª) 5 junio 2020 (JUR 2020, 279458), Las Palmas (S. 5ª), 11 marzo 2020 (JUR 2020, 203177), Las Palmas (S. 5ª) 20 mayo 2019 (AC 2019, 1394), Las Palmas (S. 5ª 10 abril 2019 (AC 2019, 1438), Las Palmas (S. 4ª), 390/2019 de 19 marzo 2019 (AC 2019, 1385), Las Palmas (S. 5ª), 22 enero 2019 (AC 2019, 860), Las Palmas (S. 4ª) 8 octubre 2018 (AC 2018, 1962).

66 Carrasco Perera, A.: "Tipos contractuales", cit., pp. 55 y 56, comenta como el art. 23.8 LAPT-2012 permite que no se aplique el régimen del Título II en aquellos casos de contratos de naturaleza personal o de tipo asociativo que tengan por objeto utilización de uno o varios alojamientos para pernoctar durante más de un periodo de ocupación, constituidas al amparo y en los términos de normas de derecho internacional privado como las contenidas en el Reglamento Roma I. De modo que es posible constituir una multipropiedad en España de aquella naturaleza de acuerdo con un ordenamiento jurídico distinto al español. Para lo anterior es suficiente con promocionar la multipropiedad incluso desde España y por promotores españoles a adquirentes domiciliados en terceros países. De ese modo se cumple con el factor de internacionalización relevante del art. 3.3 del Reglamento Roma I para posibilitar el pacto de elección de una ley no española. Por el contrario, en los contratos de configuración jurídico real no será posible eludir la reserva de *lex rei sitae* española del art. 10.1 Código Civil. En consecuencia, no se puede eludir la ley española cuando se pretende constituir un régimen de *timesharing* en forma de copropiedad o de usufructo.

67 Espílez Murciano, F.: "Contratos", cit.

vacacionales[68]. En consecuencia, las campañas de promoción de adquisición de los derechos de APT que hasta la Ley 42/1998 se habían caracterizado por una especial agresividad al consumidor, ahora han de ajustarse a los citados preceptos que no difieren en demasía de sus equivalentes en la precedente ley del 98.

De la publicidad en general se ocupa el art. 7 LAPT-2012 al exigir que: 1ª) En los anuncios y ofertas exhibidos en los establecimientos abiertos al público, así como en las comunicaciones comerciales y demás publicidad sobre los contratos deberá constar dónde puede obtenerse la información precontractual prevista en la Ley 4/2012 (art. 7.1 LAPT-2012). 2ª) En toda invitación a cualquier acto promocional o de venta en que se ofrezca a un consumidor directamente alguno de los contratos regulados en esta ley deberá indicarse claramente la finalidad comercial y la naturaleza de dicho acto. De este modo se trata de evitar toda una serie de prácticas comerciales agresivas que habían venido siendo habituales cuando los contratos de APT no estaban regulados, tales como la comunicación de haber sido agraciado con un premio o la participación en sorteos y concursos con regalos, así como poner en evidencia que aquellos actos se trataban de actos comerciales simulados[69]. También se trata de evitar aquellas prácticas comerciales en las que el empresario les vendía el producto como una inversión económica. Además, la información precontractual prevista en La Ley 4/2012 estará a disposición del consumidor en todo momento durante el acto promocional (art. 7.2 LAPT-2012). 3ª) Un derecho de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico no podrá comercializarse ni venderse como inversión (art. 7.3 LAPT-2012). 4ª) La información que se ha de proporcionar al consumidor, tanto con carácter previo al contrato como para su formalización constará en papel o en cualquier otro soporte duradero. El incumplimiento de estas previsiones formales, facultará al consumidor para resolver la relación contractual, bastando para ello la notificación fehaciente al empresario en la que se ponga de manifiesto que la información o no se ha prestado o es insuficiente (art. 8 LAPT-2012). Por este motivo la LAPT-2012 prevé en el art. 9.1 que el empresario facilite al consumidor esta información en unos formularios que se recogen en los anexos I a IV de la Ley, según la modalidad de contratos regulados por la ley en los arts. 2 a 6.

2. Información precontractual consumidor.

Los requisitos de información abarcan toda la vida del proceso incluyendo también, como ya hemos comentado, el período previo al contrato de acuerdo con el art. 9 LAPT-2012 (información precontractual). El hecho de que se exija una información precisa antes de que el consumidor se convierta en adquirente

68 No obstante, por cuestiones de economía procesal nos referiremos a contratos de APT, si bien nos estamos refiriendo a todos ellos.

69 Estancona Pérez, A.A.: "La protección", cit., p. 694.

se hace a los efectos de evitar que este pueda tener una falsa representación de la realidad que le induzca a prestar un consentimiento que estaría viciado por error[70]. La citada información precontractual deberá proporcionarse con la suficiente antelación a la prestación del consentimiento por el consumidor de manera "precisa y suficiente, de forma clara y comprensible" en los siguientes términos previstos en el art. 9.1 LAPT-2012: a) en el caso de APT mediante el formulario de información recogido en el Anexo I de la LAPT-2012[71]. Esta información tendrá carácter gratuito y se proporcionará en papel o en otro soporte duradero (art. 9.2 LAPT-2012). Esta información se redactará en la lengua del Estado miembro de la Unión Europea en que resida el consumidor (art. 9.3 LAPT-2012). Asimismo, el empresario podrá publicar íntegramente la información precontractual en la página web de la empresa o de una asociación profesional o empresarial. (art. 9.3 LAPT-2012). Las previsiones del art. 9 se completan por el art. 10 LAPT-2012 que advierte que antes de la celebración del contrato el empresario informará explícitamente al consumidor la existencia del derecho de desistimiento y de la duración del plazo para ejercerlo, así como de la prohibición del pago de anticipos a los que se refiere el art. 13 LAPT-2012 durante dicho plazo.

3. La prohibición de pago de anticipos.

En el art. 13.1. se prohíbe el pago de anticipos, la constitución de garantías, la reserva de dinero en cuentas, el reconocimiento expreso de deuda o cualquier contraprestación a favor del empresario o de un tercero y a cargo del consumidor, antes de que concluya el plazo de desistimiento. La consecuencia de la realización de esos actos prohibidos es su nulidad de pleno derecho que permitirá a los consumidores reclamar el doble de las cantidades entregadas o garantizadas por tales conceptos (art. 13 LAPT-2012)[72]. En la Ley 42/1998 los anticipos se prohibían

70 Estancona Pérez, A.A.: "La protección", cit., p. 693, estima que mediante los requisitos exigidos en el capítulo II a la publicidad, se consigue que la información aportada por el empresario, con carácter previo y simultáneo a la celebración del contrato suponga una garantía de que el consumidor, en su caso, emita un consentimiento válido.

71 En el art. 9 LAPT-2012 también se establecen los requisitos de la información precontractual de las otras modalidades contractuales previstas en esa ley: En el caso de un contrato de producto vacacional de larga duración, mediante el formulario de información normalizado recogido en el anexo II y la información prevista en la parte 3 del mismo Art. 1. b). Cuando se trate de un contrato de reventa, mediante el formulario de información normalizado recogido en el anexo III y la información prevista en la parte 3 del mismo. Art. 1. c). Finalmente, si se trata de un contrato de intercambio, mediante el formulario de información normalizado recogido en el anexo IV y la información prevista en la parte 3 del mismo Art. 1. d).

72 En numerosas sentencias, se condena al empresario a pagar a los consumidores en concepto de penalización por el cobro indebido de anticipos el doble de las cantidades en su día anticipadas. Así sucede en sentencias con base al art. 13 LAPT-2012. SSTS 4 octubre 2019 (RJ 2019, 4047), 20 junio 2018 (RJ 2018, 2671), 23 enero 2018 (RJ 2018, 250), 20 junio 2018 (RJ 2018, 2669), 30 mayo 2018 (RJ 2018, 2359), 24 mayo 2018 (RJ 2018, 2293), 24 mayo 2018 (RJ 2018, 2772), 18 mayo 2018 (RJ 2018, 2021), 9 mayo 2018 (RJ 2018, 2004), 9 mayo 2018 (RJ 2018, 1984), 6 de marzo de 2018 (RJ 2018, 869), 9 de febrero de 2017 (RJ 2017, 471), 21 julio 2016 (RJ 2016,3209) 19 de febrero de 2016 (RJ 2016, 922). En la jurisprudencia menor se condena al pago del duplo, aplicando la Ley 4/2012, en las SSAAP de Santa Cruz de Tenerife (Sec. 3ª) 22 septiembre 2021 (JUR 2021,364945), Málaga (Sec.4ª) 26 abril 2021 (JUR 2021, 334972), Las Palmas (Sec. 5ª) 30 junio 2021 (JUR 2021, 323288), Islas Baleares (Sec. 4ª) 21 abril 2021 (JUR 2021, 208631), Málaga (Sec. 5ª) 31 marzo 2021 (JUR 2021,194002) y SAP Las Palmas (Sec. 5ª) 12 febrero 2020 (JUR 2020,202132). Se condena por idéntico

en el art. 11 que con una mejor redacción que el actual los prohibía no solo antes de la expiración de la fase de desistimiento sino también mientras se disponga de la facultad de resolución del art. 10 LAPT-1998.

4. La irrenunciabilidad de los derechos del consumidor.

El art. 16.1 LAPT-2012 establece el carácter irrenunciable de los derechos que la Ley concede al consumidor. En el apartado 2 de ese precepto se declara la nulidad de dicha renuncia y la de los actos realizados en fraude de ley, conforme al artículo 6 del CC. Esta nulidad es absoluta o radical o absoluta[73]. En consecuencia, las normas de la LAPT-2012 tienen carácter imperativo, como se deduce no sólo por el hecho de que se sancione con la nulidad su renuncia, sino también por el hecho de que el art. 16 LAPT-2012 vaya acompañado del epígrafe "carácter imperativo". Asimismo, en el Preámbulo de la ley se establece que en el capítulo V, bajo el epígrafe "régimen jurídico" se declara el carácter imperativo de las normas contenidas en el título I. No obstante, entendemos que como quiera que el art. 16 LAPT-2012 no se hace ninguna precisión respecto a que concretos derechos son irrenunciables que habrá que aplicar esta condición a todos los que se reconocen por la LAPT-2012.

IV. LA CONSTITUCIÓN DEL RÉGIMEN DE APROVECHAMIENTO.

1. Formalidades previas a la constitución del régimen.

El régimen de aprovechamiento por turno deberá ser constituido por el propietario registral del inmueble. Con carácter previo a la constitución del régimen el propietario ha de cumplir con toda una serie de obligaciones previstas en el art. 25.1 LAPT-2012: a) haber inscrito la finalización de obra en el Registro de la propiedad y en el Catastro Inmobiliario. b) Contar con las licencias propias para la actividad turística, apertura y de primera ocupación de los inmuebles. c) haber contratado con una empresa de servicios salvo que el propietario los asuma directamente[74]. d) haber concertado los siguientes seguros obligatorios: seguro de promoción, seguro de responsabilidad civil, seguro de incendios y otros daños generales, en su caso, seguros establecidos por la Ley de Ordenación de la

motivo con base a la Ley 42/1998, en las SSAAPP de SAP Santa Cruz de Tenerife (Sec. 3ª) 22 septiembre 2021 (JUR 2021,364945). A Coruña (Sec. 3ª) 13 julio 2021 (JUR 2021,316220); Las Palmas (Sec. 5ª) 16 mayo 2021 (JUR 2021, 276809), Islas Baleares (Sec. 3ª) 31 enero 2020 (AC 2020,736), SAP Santa Cruz de Tenerife (Sec.3ª) 8 junio 2020 (JUR 2020,279472), Las Palmas (Sec. 5ª) 15 noviembre 2019 (AC 2020, 696), Las Palmas (Sec. 5ª) 6 junio 2019 (AC 2019, 1397), Las Palmas (Sec. 5ª 30 abril 2019 (AC 2019,1398), SAP Las Palmas (Sec. 5ª) 30 abril 2019 (AC 2019, 1436), entre otras..

73 Estancona Pérez, A.A.: "La protección", cit., p. 693, se manifiesta a favor del carácter de nulidad radical del precepto. Esta autora manifiesta que este precepto tiene su origen en el art. 12 de la Directiva Directiva 2008/122/CE para evitar un desequilibrio entre las partes contratantes que deje en clara desventaja al consumidor.

74 Según el art. 25.1.c) LAPT Las empresas de servicios no podrán estar domiciliadas en paraísos fiscales y tendrán que tener, al menos, una sucursal domiciliada en algún Estado miembro de la Unión Europea.

Edificación y aval bancario a favor de los futuros adquirientes[75]. Asimismo, se tendrá que contratar a favor de los futuros adquirentes de derechos de aprovechamiento un aval bancario o un seguro de caución que garantice la devolución de las cantidades entregadas a cuenta para la adquisición del derecho (art. 25.2 LAPT-2012).

La falta de alguno de estos requisitos producirá como consecuencia que ni el notario autorizará la escritura reguladora del régimen de APT ni el registrador de la propiedad autorizará su inscripción[76].

2. La constitución del régimen: escritura e inscripción.

El régimen de aprovechamiento por turno de un inmueble se constituirá mediante su formalización en escritura pública, y se inscribirá en el Registro de la Propiedad. Al otorgamiento de la escritura deberá concurrir la empresa que haya asumido la administración y prestación de los servicios, salvo manifestación expresa del propietario de que son por él asumidos directamente (art. 25.3 LAPT-2012).

La escritura pública en la que se contiene el régimen del APT deberá expresar, al menos, las siguientes circunstancias (art. 26.1 LAPT-2012): 1. Descripción de la finca y de los edificios sobre los que se constituye el régimen, así como de los servicios comunes a los que se tengan derecho los adquirentes de APT. 2. Descripción de los alojamientos que serán numerados correlativamente. En su caso si parte del edificio se destina a explotación turística habrá que indicar los alojamientos que son susceptibles de APT y durante que período del año. 3. En cada alojamiento destinado a APT se expresará el número de turnos de que le corresponden, así como su duración, indicando el día y hora inicial y final de su cuota. El mobiliario con el que cuenten y los días destinados en ese alojamiento a reparaciones y mantenimiento. A cada APT se le dará una numeración correlativa respecto a cada alojamiento. 4. Servicios que han de ser prestados por la empresa de servicios o directamente por el empresario. 5. Estatutos en el caso de haberse otorgado. 6. La situación registral, catastral, urbanística y, en su caso, turística del inmueble. Se acompañará certificación catastral descriptiva y gráfica del inmueble y plano de la distribución de los alojamientos por cada planta. 7. Gastos de

75 En la SAP Madrid (S.8ª) 5 octubre 2020 (JUR 2021, 1741) se establece la nulidad del contrato de APT, se omiten los datos de la escritura reguladora del régimen y los datos de inscripción en el Registro de la Propiedad (apartado 1°), que en este caso habrían de constar respecto de cada uno de los ocho complejos turísticos a los que el contrato se refería con la "descripción precisa del edificio, de su situación y del alojamiento sobre el que recae el derecho, con referencia expresa a sus datos registrales, haciendo constar "la fecha en que el régimen se extinguirá" de conformidad con las disposiciones de la presente Ley (apartado 2°); sin que tampoco se haga referencia a la formalización del preceptivo aval o seguro. En esa misma AP ya se dictó una sentencia en similares términos (Sentencia de Julio de 2015, nº 325/2015, rec. 697/2013).

76 Pérez Álvarez, M. A.: "Los derechos de aprovechamiento", cit., p. 540.

comunidad y retribución de los servicios. 8. Duración del régimen. Además, junto con la escritura, deberán incorporarse el contrato celebrado con la empresa de servicios y los contratos de seguro obligatorios (art. 26.1 LAPT-2012). Los contratos que el propietario está obligado a suscribir son: un seguro de responsabilidad civil, uno de incendios y otro de daños generales que cubra los daños del edificio y sus instalaciones y equipos (art. 28 LAPT-2012). En el caso de que el inmueble todavía esté en construcción habrá que acompañar el documento que acredite que se ha constituido el aval o el seguro de caución exigidos por el art. 25.2 LAPT-2012.

El régimen del APT nacerá tras la inscripción registral de la escritura que tiene carácter constitutivo[77]. La modificación del régimen sólo puede efectuarse por el propietario registral, si bien ha de contar con el consentimiento de la empresa de servicios y de la comunidad de titulares. La modificación deberá efectuarse mediante escritura pública que deberá inscribirse en el Registro de la Propiedad (art. 27.4 LAPT-2012).

3. La promoción y transmisión.

El art. 11 LAPT-2012 regula la forma y contenido del contrato de adquisición del derecho de APT, así como los de producto vacacional de larga duración, de reventa o de intercambio para el caso en el que el adquirente se trate de un consumidor. Todos estos contratos formalizarán por escrito, en papel o en otro soporte duradero, y se redactarán, en un tamaño tipográfico y con un contraste de impresión adecuado que resulte fácilmente legible. El contrato se redactará en la lengua o en una de las lenguas del Estado miembro en que resida el consumidor o del que este sea nacional (art.11.1 LAPT-2012).

En los apartados 2 a 3 del art. 11 se establecen los que requisitos con los que ha de contar el contrato: 1º. La información precontractual facilitada al consumidor, debidamente firmada por este también formará parte integrante del contrato. 2º. La identidad de los contratantes y el domicilio de los firmantes, así como el domicilio para requerimientos y notificaciones y la fecha y lugar del contrato. Además, en el apartado 4 se establece que las cláusulas correspondientes al derecho de desistimiento y a la prohibición del pago de anticipos serán firmadas aparte por el consumidor. Asimismo, el contrato incluirá un formulario normalizado de desistimiento en documento aparte tal como figura en el anexo V. Lo anterior se completa con la obligatoriedad de la entrega de una copia del contrato con sus anexos en el momento de su celebración (apartado 5º del art. 11 LAPT-2012).

Este contenido mínimo del contrato ex art. 11 LAPT-2012 se completa por las previsiones del 30 LAPT-2012, que también gira bajo el epígrafe de forma

77 Espílez Murciano, F.: "Contratos", cit.

y contenido mínimo del contrato[78]. No obstante, como ya hemos mencionado como quiera que el art. 30 se encuentra dentro del Título II, sólo se aplica a los contratos de APT, con independencia de que se configuren como derecho real o personal. Estos otros extremos con los que se han de completar el contrato aparecen enumerados de manera prolija en un extenso art. 30. Esos extremos, de modo resumido son los siguientes: 1. Los datos de la escritura reguladora del régimen y de su inscripción registral. 2. La referencia a la naturaleza real o personal del derecho transmitido y la fecha en que se extinguirá su régimen. 3. Identificación catastral y descripción completa del inmueble y del alojamiento sobre el que recae el APT así como los días y horas en que se inicia y termina el turno. 4. Expresión de si la obra está concluida o está en construcción[79]. 5. El precio a pagar por el adquirente y de las cantidades a satisfacer anualmente a la empresa de servicios. La forma de actualización del precio, así como el importe de los impuestos y gastos notariales y registrales que comporta la adquisición. 6. Los servicios e instalaciones comunes del alojamiento. 7. Si existe o no la posibilidad de intervenir en servicios de intercambio de períodos de aprovechamiento y, en su caso de sus costes. 8. El nombre o razón social y datos registrales de todos los intervinientes en el contrato cuando tengan la condición de sociedades. 9. La duración del régimen. 10. Expresión de los derechos del adquiriente a comprobar la titularidad y cargas del inmueble, a exigir el otorgamiento de escritura pública y a inscribir su adquisición en el Registro de la Propiedad. 11. El domicilio o dirección electrónica designado expresamente por las partes contratantes para la práctica de requerimientos y notificaciones. 12. El lugar y firma del contrato. 13. Si existe la posibilidad de participar en un sistema organizado de cesión a terceros del derecho objeto del contrato y eventuales costes.

Como anexo inseparable del contrato figurarán las condiciones generales no incluidas en el contrato y las cláusulas estatutarias inscritas [art. 30.2]. El contrato y la información contractual se redactarán en una de las lenguas del estado miembro de la Unión Europea (UE) en que resida el adquirente o sea nacional de acuerdo con las previsiones del art. 30.3. En caso de ser nacional de terceros países podrá exigir que el contrato se traduzca a una de las lenguas oficiales de uno los países oficiales de la UE que ellos elijan[80]. En todo caso el transmitente tendrá que entregar la traducción jurada del contrato a la lengua o una de las lenguas oficiales del Estado miembro de la UE en la que se encuentre el inmueble. Finalmente, junto al contrato se entregará el certificado de eficiencia energética del edificio o de la parte adquirida [art. 30.4]. Finalmente, la escritura reguladora

78 Pérez Álvarez, M. A.: "Los derechos de aprovechamiento", cit., p. 540.

79 En el caso de no estar terminada la obra habrá que indicar todas las exigencias del art. 30.1.4° LAPT.

80 A pesar del brexit los contratos podrán seguir siendo exigidos que se traduzcan al inglés puesto que no hay que olvidar que se trata de la lengua oficial de países miembros como Irlanda y Malta.

del régimen de APT deberá prever la constitución de una comunidad de titulares (33.4 LAPT-2012).

Los contratos de adquisición de derechos de APT pueden inscribirse en el Registro de la Propiedad siempre que se hayan celebrado o formalizado en escritura pública y esta contenga las menciones del art. 30 de la ley (art. 31.1 y 3 LAPT-2012). En el caso de celebrarse mediante escritura pública el notario advertirá del derecho de desistimiento del art. 12 LAPT-2012. Al inscribirse la primera transmisión, el registrador hará constar, mediante nota marginal, que este queda gravado con carácter real para responder de las dos últimas cuotas, a contar desde el momento de la reclamación por vía judicial o notarial, por todo el tiempo de vida del régimen. Para hacer efectiva la garantía, el prestador de los servicios podrá recurrir a los mismos procedimientos ejecutivos que la LPH permite utilizar a la comunidad de propietarios para reclamar las cuotas por gastos comunes y al procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria (art. 31.1. LAPT-2012).

V. FACULTADES DEL TITULAR DEL DERECHO DE APROVECHAMIENTO.

1. Derecho de transmisión del derecho.

El titular de un derecho de aprovechamiento por turno puede libremente disponer de su derecho sin que la transmisión del mismo afecte a las obligaciones derivadas del régimen (art. 33.1 II LAPT-2012). Si el derecho de aprovechamiento por turno no estuviera inscrito a favor del transmitente del derecho real o cedente del derecho personal, el adquirente o cesionario podrá solicitar la inscripción del derecho de aprovechamiento por turno a nombre del transmitente o cedente, por el procedimiento regulado en el artículo 312 del Reglamento Hipotecario[81]. Por su parte el propietario también puede disponer libremente de su derecho de propiedad, de acuerdo con las normas de Derecho privado, sin perjuicio de las limitaciones que recaigan sobre el inmueble por el hecho de que sobre el mismo se haya constituido un régimen de APT (art. 23.4 IV LAPT-2012).

2. Constitución de comunidad de titulares.

La escritura reguladora del régimen de APT, como ya hemos dicho, deberá prever la constitución de una comunidad de titulares que se regirá por los estatutos previstos inicialmente en la escritura reguladora o por los que, más adelante, adopten libremente los titulares de los derechos (art. 33.4 LAPT-2012). Los acuerdos de los comuneros se regirán por las siguientes mayorías: los acuerdos que tiendan a modificar el régimen constituido deberán ser tomados por la mayoría de dos tercios de los titulares. Los demás acuerdos requerirán

81 Espílez Murciano, F.: "Contratos", cit.

únicamente la mayoría simple de los titulares del derecho de aprovechamiento por turno. Cada persona tendrá tantos votos como derechos de los que fuera titular. Cuando no fuera posible obtener la mayoría, o el acuerdo de éste fuere gravemente perjudicial para los interesados, el Juez proveerá a instancia de parte lo que corresponda. Con carácter supletorio se aplicarán las normas de la Ley de Propiedad Horizontal reguladoras del funcionamiento de las comunidades de propietarios.

3. El derecho de desistimiento unilateral.

El consumidor tendrá un derecho de desistimiento unilateral sin necesidad de justificación alguna de acuerdo con las previsiones del art. 12 LAPT-2012 que a su vez establece que, con carácter supletorio en defecto de lo establecido por la LAPT-2012, se pueden aplicar las disposiciones del TRLGCU en materia de desistimiento. Se trata de un desistimiento *ad nutum* es decir que se puede ejercitar sin necesidad de alegar ninguna causa de incumplimiento por la otra parte contractual[82]. En la doctrina se ha dicho que se trata de una fórmula de reequilibrio de las posiciones que ocupan el consumidor y el empresario[83]. El plazo para su ejercicio es de catorce días naturales y se computará de acuerdo con lo establecido en el art. 12.2 de la ley. Para su ejercicio el consumidor notificará de forma fehaciente al empresario el desistimiento por escrito en papel u otro soporte duradero, pudiendo utilizar el formulario previsto en el anexo V de la ley (Art. 12.2 y 4 LAPT-2012). La expedición o envío de la notificación deberá hacerse dentro del plazo legal de catorce días y será eficaz cualquiera que sea la fecha de recepción por el empresario.

El plazo de catorce días se cuenta desde la fecha de celebración del contrato o de cualquier contrato preliminar vinculante, si en ese momento el consumidor recibió el documento contractual o, en otro caso, desde la recepción posterior (12.2.a LAPT-2012). En otros casos en los que existe un incumplimiento por parte del empresario el computo de este plazo varía: a) cuando el empresario no hubiere cumplimentado y entregado al consumidor el formulario de desistimiento ex art. 11.4, el plazo empezará a contar desde que este se entregue al consumidor. Y vencerá, en cualquier caso, transcurrido un año y catorce días naturales a contar desde el de la celebración del contrato o de cualquier contrato preliminar vinculante

82 Pérez Álvarez, M. A.: "Los derechos de aprovechamiento", cit., p. 545, estima se trata de un derecho de desistimiento *ad nutum*, por lo que no es necesario expresar los motivos por los que se ejercita. Se puede utilizar este derecho tanto si el empresario ha entregado la información precontractual, como si la ha omitido o si esta está incompleta. Estancona Pérez, A.A.: "La protección", cit., p. 696, se refiere al mecanismo del desistimiento "como exento de causalidad".

83 Estancona Pérez, A.A.: "La protección", cit., p. 696 estima que mediante este mecanismo se reequilibra el hecho de que el empresario pueda emitir una publicidad muy atrayente para el consumidor, al tiempo que puede redactar unas condiciones contractuales a las que el otro solo va a poder adherirse sin posibilidad de discusión alguna. Así pues, es justo que el consumidor cuente con un mecanismo que le permita reflexionar a posteriori.

o el de la recepción posterior del documento contractual (12.2.b LAPT-2012). b) si el empresario no hubiera facilitado al consumidor la información precontractual ex art. 9, incluidos sus formularios, el plazo empezará a contar desde que se facilite dicha información y vencerá transcurridos tres meses y catorce días naturales a contar desde el de la celebración del contrato o de cualquier contrato preliminar vinculante si en ese momento el consumidor recibió el documento contractual o el de la recepción posterior de dicho documento (12.2.c LAPT-2012).

En el caso de que se ofrezca un contrato de intercambio junto con el de APT y al mismo tiempo, se aplicará a ambos contratos un único plazo de desistimiento de acuerdo con las anteriores previsiones (12.3 LAPT-2012).

La forma de ejercitarse el derecho de desistimiento aparece recogida en el art. 12.4 LAPT-2012; para ello es necesario que el consumidor notifique fehacientemente el desistimiento al empresario por escrito en papel u otro soporte duradero. Para lo anterior puede utilizarse el formulario previsto como anexo V de la ley. La consecuencia del ejercicio del derecho de desistimiento es que dejará sin efecto el contrato (art. 12.5 LAPT-2012). El consumidor no soportará coste alguno por su ejercicio, ni pagará ninguna contraprestación correspondiente al servicio que pudiera haberse llevado a cabo con anterioridad a la fecha del ejercicio de desistimiento (12.6 LPAT). Finalmente, se establece la compatibilidad del ejercicio del desistimiento ex art. 12 con el ejercicio con las acciones de nulidad o de resolución legal o contractual que procedan conforme a derecho de acuerdo con el art. 78 TRLGCU.

En el art. 15 LAPT-2012 se prevén otras consecuencias del ejercicio de la acción de desistimiento. En primer lugar, que quedan automáticamente sin eficacia, y sin coste alguno, los contratos accesorios como los de intercambio o de reventa en los términos expresados en el art. 15.1 LAPT-2012. Entendemos, que este efecto automático solo se refiere a aquellos supuestos en los que el empresario del contrato principal y el accesorio son el mismo. En aquellos casos en que el empresario del contrato accesorio sea un tercero habrá que aplicar las previsiones de los apartados 4,5 y 6 del art. 15 LAPT-2012. En segundo lugar, que asimismo sin efecto el contrato de préstamo concedido al consumidor con el que se haya cubierto total o parcialmente el contrato de APT, así como los de productos vacacionales de larga duración, de reventa o de intercambio (art. 15.2 LAPT-2012)[84]. En este caso tenemos una situación similar a la prevista por el art. 29.2

84 En las SSTS 28 septiembre 2018 (RJ 2018,4072), 28 abril 2015 (RJ 2015,1553), 27 julio 2015 (RJ 2015, 4856) se recoge como doctrina jurisprudencial que en los contratos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, sujetos a la Ley 42/1998, la nulidad del contrato de financiación, a instancia del adquirente, también está comprendida en el artículo 12 de dicho Texto legal. Siempre que se acredite que existe un acuerdo previo de financiación entre la entidad transmitente y la financiera. En jurisprudencia menor también se ha seguido esta doctrina: SAP Madrid (S. 8ª) 5 octubre 2020 (RJ 2021, 1474), SAP Madrid (S. 9ª)

de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo[85]. En tercer lugar, no podrán incluirse en los préstamos cláusulas que impliquen una sanción o pena impuesta al consumidor para el caso de desistimiento. Si el consumidor se hubiera subrogado en un préstamo concedido al transmitente, ejercitado el desistimiento, quedará sin efecto la subrogación (ART. 15.3 LAPT-2012). En cuarto lugar, para anular el contrato accesorio, corresponde al consumidor la carga de la prueba de que ha ejercitado el derecho de desistimiento del contrato de APT o del productor vacacional de larga duración (art. 15.4 LAPT-2012). En quinto lugar, se establece un plazo de dos años para ejercitar la acción de anulación a contar desde la fecha del ejercicio de desistimiento. En sexto lugar, el consumidor también puede anular extrajudicialmente la facultad de anulación mediante notificación fehaciente dirigida al empresario parte del contrato accesorio. Finalmente, anulado el contrato accesorio los contratantes deberán restituirse recíprocamente las prestaciones que hubieran recibido en virtud del mismo (art. 15. 7 LAPT-2012).

VI. RESOLUCIÓN DEL DERECHO DE APT.

En la ley 4/2012 no existe precepto en el que se establezca un elenco de causas de resolución. No obstante, se establece la posibilidad de ejercitar la acción de resolución en varios supuestos concretos como los previstos en los arts. 8 II LAPT-2012 (requisitos de la información), 32 (resolución por falta del pago de las cuotas) y 34 LAPT-2012 (incumplimiento de los servicios). Asimismo, queda abierta la posibilidad de ejercitar la acción de resolución contractual del art. 1124 CC en cualquier caso de incumplimiento del contrato de APT o afines siempre que la ley no haya previsto para ese caso como sanción la nulidad.

1. Resolución por deficiencias en la información contractual.

En el art. 8 II LAPT-2012 se establece la posibilidad de resolver el contrato cuando la información precontractual o simultánea a la formalización del contrato o durante la vigencia de este no coste en papel u otro formato de soporte duradero. Así pues, la falta absoluta de información o cuando se haya proporcionado de manera insuficiente facultará al consumidor para la resolución del contrato, bastando para ello la notificación fehaciente al empresario. Todo ello sin perjuicio del derecho de desistimiento ex art. 12 LAPT-2012.

14 noviembre 2019 (JUR 2020, 70048), SAP Barcelona (S. 14ª) 29 julio 2019 (JUR 2019, 1488) SAP Madrid (S. 13ª) 24 septiembre 2012 (AC 2012, 2317).

85 En el art. 29 LAPT (contratos de crédito vinculados. Derechos ejercitables). Se establece que "Si el consumidor ha ejercido su derecho de desistimiento respecto a un contrato de suministro de bienes o servicios financiado total o parcialmente mediante un contrato de crédito vinculado, dejará de estar obligado por este último contrato sin penalización alguna para el consumidor".

2. Resolución por falta de pago de las cuotas.

El propietario tendrá -salvo pacto en contrario- una facultad resolutoria en el caso de que el adquirente titular del derecho de aprovechamiento por turno, una vez requerido, no atienda al pago de las cuotas debidas por razón de los servicios prestados durante, al menos, un año (art. 32.1 LAPT-2012)[86]. El propietario podrá ejercer la acción resolutoria a instancia de la empresa de servicios, previo requerimiento fehaciente de pago al deudor, bajo apercibimiento de proceder a la resolución del mismo si en el plazo de treinta días naturales no se satisfacen íntegramente las cantidades reclamadas (art. 32.1 LAPT-2012).

La posibilidad de llevar a cabo la resolución por el propietario está condicionada a que este consigne, a favor del titular del derecho -la empresa prestadora de servicios-, la parte proporcional del precio correspondiente al tiempo que le reste hasta su extinción (art. 32.2 LAPT-2012). No obstante, mediante cláusula penal podrá pactarse la pérdida en todo o en parte de las cantidades que con arreglo al párrafo anterior corresponda percibir al titular del derecho resuelto. Asimismo, el propietario que ejercite la facultad resolutoria quedará obligado a atender las deudas que el titular del derecho de aprovechamiento por turno tuviere pendientes con la empresa de servicios, salvo pacto en contrario con ésta (art. 32. LAPT-2012).

3. Resolución por incumplimiento de los servicios.

El propietario o promotor es responsable, frente a los titulares de derechos de aprovechamiento por turno, de la efectiva prestación de los servicios (art. 34 LAPT-2012). En caso de incumplimiento por la empresa de servicios, el propietario o promotor deberá resolver el contrato y exigir el resarcimiento de daños y perjuicios. Si bien la acción de resolución corresponde al propietario o promotor, el titular de un derecho de aprovechamiento por turno podrá reclamar del propietario la efectiva prestación de los servicios, así como las indemnizaciones que correspondan en el caso de que tal prestación no se efectúe. Una vez resuelto el contrato celebrado con la empresa de servicios que lo ha incumplido, el propietario o promotor deberá asumir directamente la prestación del servicio o contratarla con otra empresa de servicios. Cualquier alteración del contrato no perjudicará, en ningún caso, a los titulares de los derechos de aprovechamiento por turno.

86 Se estima la resolución por la falta del pago de las cuotas en la SAP Málaga (Sec. 4ª) 3 junio 2021 (JUR 2021, 332689), SAP Las Palmas (Sec. 5ª) 15 mayo 2020 (JUR 2021, 324519); SAP Santa Cruz de Tenerife (Sec. 3ª) 21 febrero 2020 (JUR 2020,137198); SAP Las Palmas (Sec. 5ª) 12 julio 2019 (JUR 2020,26278); SAP Santa Cruz de Tenerife (Sec. 3ª) 22 febrero 2019 (JUR 2019,208165) y SAP Las Palmas (Sec. 5ª) 14 mayo 2014 (JUR 2014, 197760), entre otras.

4. Otras causas de resolución.

Una de las principales causas de resolución es el incumplimiento de la obligación de reventa por el empresario cuando en el contrato se había incorporado una cláusula en este sentido. No obstante, la respuesta jurisprudencial al respecto ha sido diversa, según que se estimase que la falta de reventa se trata del incumplimiento de una obligación de resultado o de medios, siendo suficiente que se hubiera realizado la gestión para la reventa[87]. Un grupo minoritario de resoluciones estima que la obligación de reventa por tratarse de una obligación accesoria no lleva aparejada la resolución del contrato de APT[88]. Por el contrario, en otras resoluciones más numerosas se estima que se está ante una obligación principal y de resultado por lo que procede la resolución del contrato[89]. En la jurisprudencia se pueden encontrar diversos motivos con base a los cuales se ha dictaminado la resolución y no la nulidad de los contratos de APT.

5. Acción de nulidad.

En la LAPT-2012 manera dispersa varios preceptos se refieren a la nulidad. Así sucede con los art. 12.5 APT en el que se establece que "El ejercicio del derecho de desistimiento por el consumidor dejará sin efecto el contrato"; en el art. 13.1 LAPT-2012 se establece para los contratos de APT, PVLDI y de intercambio la prohibición del "pago de anticipos, la constitución de garantías, la reserva de dinero en cuentas, el reconocimiento expreso de deuda o cualquier contraprestación a favor del empresario o de un tercero y a cargo del consumidor, antes de que concluya el plazo de desistimiento". En el art. 13.2 idéntica prohibición para los contratos de reventa. Finalmente, en el art. 13.3 se establece la nulidad de pleno derecho de los actos contrarios a las anteriores prohibiciones. En el art. 15.1 nuevamente se establece la ineficacia automática de los contratos accesorios de los contratos de

87 Estancona Pérez, A.A.: "La protección", cit., p. 699; González Cabrera, I.: "Algunas reflexiones sobre la futura regulación del derecho de aprovechamiento por turno en España", *Revista de Derecho Patrimonial,* núm. 26/2011.

88 Este es el caso de la SAP Valencia (Sec. 11ª) 27 enero 2005 (JUR 2005,3666) que al referirse al incumplimiento del empresario respecto de la obligación de recompra estima que "con independencia que tratándose en principio de una prestación accesoria respecto de la principal que es la venta del derecho de aprovechamiento por turnos, su incumplimiento no conllevaría necesariamente la de la resolución del contrato, a salvo de la adecuada demostración de su carácter esencial para suscribir el mismo". En parecidos términos la SAP Málaga (Sec. 4ª) 26 de enero 2006 (AC 2006, 473).

89 En este sentido, la SAP Barcelona (Sec.16 ª) 2 de febrero 2017 (JUR 2017, 106160) estima "el carácter esencial de ese compromiso de reventa en la gestación de la común voluntad contractual, toda vez que por medio del mismo se autorizaba nada menos que a los titulares de un derecho real de duración ilimitada a ceder el mismo a tercero". La SAP Barcelona (Sec.14ª) 29 de mayo 2012 [JUR 2012, 220886] expone que "que la empresa vendedora no consiguiera ni por gestiones directas ni indirectas, la reventa del derecho de los compradores constituye, desde la óptica de la equidad y buena fe, un verdadero y propio incumplimiento contractual de una obligación que era esencial a los fines económico-sociales del contrato, frustrando las legítimas expectativas de los compradores". En parecidos términos: SAP Cáceres (Sec.1ª) 15 junio 2009 (JUR 2009, 301334); Barcelona (Sec. 19ª) 28 noviembre 2007 (JUR 2008, 109902); SAP Barcelona (Sec. 16ª) 30 mayo 2008 (AC 2008, 1166); SAP Barcelona (Sec.11ª) 14 noviembre 2005 (AC 2006, 160); SAP Islas Baleares (Sec. 3ª) 15 de mayo (JUR 2008, 331025), SAP Málaga (Sec. 4ª) 30 junio 2003 [AC 2003, 1883], SAP Barcelona (Sec. 12ª) 27 mayo 2002 (AC 2002, 1241) y Valencia (Sec. 8ª) 15 octubre 2001 (AC 2002, 512); entre otras.

APT, PVLDI cuando el consumidor ejerce su derecho de desistimiento. En el art. 15. 2 LAPT-2012 se establece la ineficacia del contrato de préstamo con el que se cubra el precio de los anteriores contratos. Finalmente, en el art. 15.3 LAPT-2012 se establece la prohibición de incluir en los préstamos "préstamos cláusulas que impliquen una sanción o pena impuesta al consumidor para el caso de desistimiento" y en el caso de que el consumidor "se hubiera subrogado en un préstamo concedido al transmitente, ejercitado el desistimiento, quedará sin efecto la subrogación". En el art. 15. 4 LAPT-2012 se establece que corresponde al consumidor probar que ha efectuado el desistimiento de los contratos de APT y PVLDI. En el art. 15.5 se establece un plazo de dos años para ejercitar la acción de anulación desde la fecha del desistimiento. En el art. 15.6 se permite el ejercicio extrajudicial de la acción de anulación. En el art. 15. 7 se establece que anulado el contrato accesorio las partes tienen que restituirse las prestaciones. En el art. 16.1 LAPT-2012 se establece que los consumidores no pueden renunciar a los derechos que se les reconoce en la ley. En el art. 16.2 se establece que la renuncia a los derechos reconocidos por la LAPT-2012 es nula así como los actos realizados en fraude de ley. En el art. 23. 7 se establece la nulidad de pleno derecho de los contratos, realizados al margen de la LAPT-2012, en los que "se constituya o transmita cualquier otro derecho, real o personal, por tiempo superior a un año y relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un período determinado o determinable al año". Lo que supone la nulidad de cualquier derecho real de APT que no respete las previsiones de la Ley 4/2012. Por el contrario, en el art. 23.8 LAPT-2012 se establece como excepción a lo anterior que será válida " cualquier otra modalidad contractual de constitución de derecho de naturaleza personal o de tipo asociativo que tenga por objeto la utilización de uno o varios alojamientos para pernoctar durante más de un periodo de ocupación, constituidas al amparo de normativa internacional de la Unión Europea, en particular, en el Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (ROMA I) y en los convenios internacionales en que España sea parte". De acuerdo con esta previsión los problemáticos contratos de "sistema club de vacaciones" bajo la anterior Ley 42/1998 ahora tienen una perfecta cobertura legal dentro de la Ley 4/2012 como PVLD.

En otros casos los tribunales han estimado que procede estimar la anulabilidad de conformidad con las previsiones del art. 1.301 del Código Civil, por concurrir error o dolo. Una de las causas de anulabilidad contractual que con mayor frecuencia han admitido los tribunales ha sido la falta de lealtad y buena fe del empresario al emplear prácticas publicitarias agresivas que han captado la voluntad del consumidor con el ofrecimiento de regalos, promesas o engañándole con información falsa[90]. En la gran mayoría de estas sentencias el engaño concurre

90 Estancona Pérez, A.A.: "La protección", cit., p. 699.

con otros vicios invalidantes de modo que no siempre el consentimiento prestado por error o dolo es el que motiva la nulidad de los contratos[91].

6. Reclamación extrajudicial.

El empresario y el consumidor podrán someter sus conflictos al arbitraje de consumo, mediante adhesión de aquél al sistema arbitral del consumo o a otros sistemas de resolución extrajudicial de conflictos. Podrá ejercitarse la acción de cesación contra las conductas contrarias a lo prevenido en la Ley 4/2012 que lesionen intereses de los consumidores en la forma y con las condiciones establecidas en

91 Este ha sido el caso de las SSAP Málaga (Sec. 5ª) 31 marzo 2021 (JUR 2021,194002), contratos año 2002, que con cita de la AP de Madrid de 15 de abril de 2016 (JUR 2016, 141997) en un caso sobre deficiencias u omisiones de información similares a las aquí analizadas, señala: "No sabemos cómo se desarrollo en este caso, pero las técnicas que normalmente se emplean en este tipo de contrataciones dejan mucho que desear. Las circunstancias que relata el actor nos hacen pensar en que el desarrollo fue el habitual de este tipo de contratos; sesiones maratonianas, agotadoras y con técnicas comerciales agresivas". La SAP Álava (Sec. 1ª) 23 julio 2020 (JUR 2021;65500) establece la invalidez del consentimiento prestado por error, puesto que la actuación del empresario fue dolosa por cuanto que vició el consentimiento ya interesó la firma después de reunir a los actores en un Hotel durante varias horas, viendo vídeos sobre los apartamentos ofrecidos, y al que acudieron pensando que se les iba a hacer un regalo. En la SAP Murcia (Sec.1ª) 8 julio 2019 (JUR 2019,248900) reconoce la existencia de error por vicio del consentimiento, puesto que a los actores se les "encerró" cinco horas en un hotel, ofreciéndoles dichos servicios y manifestándoles que la participación en el apartamento de Denia era un requisito indispensable para poder obtener el derecho a intercambiar anualmente aquella instancia semanal en otros lugares del mundo. En el caso de la SAP Santa Cruz de Tenerife (Sec. 4ª) 24 junio 2019 (JUR 2019, 233875). Se anula el contrato por consentimiento prestado por error. El actor fue inducido a contratar y adquirir los derechos al aprovechamiento de los apartamentos bajo la promesa o el ofrecimiento de unos beneficios garantizados por los vendedores o promotores (a través de sus gestores) con la reventa o el alquiler de las semanas adquiridas, beneficios que, sin embargo, se frustraron y no se pudieron obtener porque finalmente no se llevaron a cabo las reventas en los términos y plazos convenidos. Ese relato lo que puede implicar es un vicio en el consentimiento bien por error o por dolo, es decir, por existir una especie de maquinación insidiosa de parte de los vendedores precisamente para inducir a contratar a los actores sobre la base de un fin inexistente, determinando ello un consentimiento viciado por dolo (art. 1269 del CC) o por error (art. 1266 del CC); precisamente, en la demanda se alude al "engaño" en la contratación con lo que, con claridad, se está refiriendo a una actuación en la que habría intervino dolo (en los término definidos en el precepto citado) de parte de los vendedores, que habría viciado el consentimiento de los actores; ciertamente uno y otro vicio son diferentes, y perfectamente diferenciables en su concepto y en su significado, pero el dolo produce de ordinario y como resultado un error, aunque en tal caso éste adquiere relevancia no por sí mismo, sino como consecuencia de la insidia dolosa que es la integrante del defecto que vicia el consentimiento anulatoria del contrato. Naturalmente y en último extremo, un dolo precedente de ese tipo podría incluso determinar una especie de negocio jurídico criminalizado si ya desde el principio no existía ninguna esperanza de beneficio y se utilizó el ofrecimiento únicamente como un engaño para obtener un desplazamiento patrimonial preconcebido sin ningún propósito de realizar la contraprestación por la imposibilidad consciente de alcanzar el beneficio prometido. En la SAP Barcelona (Sec.13ª) 21 septiembre 2017 (JUR 2017, 297273) se hace referencia al " sistema de (sorpresivo en su) captación y convencimiento, a través de técnicas publicitarias y de venta agresivas (calificadas frecuentemente como "maniobras no adecuadas a parámetros éticos"), que facilitan la firma del contrato, sin período de reflexión y viciada por error, máxime ante términos confusos y vagos susceptibles de provocar la falsa creencia de que se adquiere otra cosa y de la incidencia de esa técnica (cita y charla a cambio de obsequios) sobre el contrato final, cuando no existió período para la reflexión serena y reflexiva sobre lo que se ofrecía, en reunión de "larga duración"). Finalmente, el contrato se anula por falta de indeterminación respecto del intercambio de turnos. También se hace referencia a la utilización de técnicas agresivas en otras sentencias, si bien en la mayoría de ellas se establece la nulidad de los contratos por otros motivos. Así sucede con la SAP Las Palmas (Sec. 5ª) 16 de diciembre 2014 (JUR 2015,54585), SAP Madrid (Sec. 18ª) 24 noviembre 2010 (JUR 2011, 36572) que estima la existencia de vicio en el consentimiento puesto que los adquirentes acudieron a la reunión en virtud de la existencia de regalos y ofertas que luego no se correspondieron con la realidad; SAP Salamanca (Sec. 1ª) 21 noviembre 2005 (JUR 2006, 35121); SAP Valladolid (Sec. 3ª) 29 enero 2004 (AC 2004, 323), que estima la actuación con dolo o engaño por parte de la vendedora y la SAP Vizcaya 12 febrero 1999 (AC 1999, 617).

la Ley de Enjuiciamiento Civil y en el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias.

7. Acción de cesación.

De acuerdo con lo previsto en el art. 21 LAPT-2012 podrá ejercitarse la acción de cesación contra las conductas contrarias a lo prevenido en la Ley 4/2012 que lesionen intereses de los consumidores, en la forma y con las condiciones establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias. El ejercicio de esta acción se efectuará de acuerdo a los previsto en los arts. 53 a 58 de TRLGDCU. Por otra parte, hay que tener en cuenta que la gran mayoría de contratos de APT son de adhesión otros que han sido predispuestos unilateralmente por los empresarios y en consecuencia les son de aplicación las reglas previstas en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre las condiciones generales de la contratación (en adelante LGCC). Las acciones de cesación, reguladas en el art. 12.2 LGCC y en el art. 53 TRLGDCU, persiguen la obtención de una condena en cuya virtud se condene al empresario a eliminar de sus condiciones generales aquellas que se consideren nulas, por ser contrarias a los dispuesto en la propia LCG o cualquier otra ley imperativa o prohibitiva y a abstenerse de utilizarlas en el futuro. Dentro de este tipo de cláusulas que permiten el ejercicio de las acciones de cesación también hay que incluir a las denominadas abusivas (art. 53 II TRLGDCU). La acción de cesación tiene carácter preventivo y en consecuencia ninguna utilidad le reporta al consumidor individual que ha sufrido cualquier tipo de abuso contractual. No obstante, su importancia reside en impedir su futura utilización, de ahí que al proteger a intereses colectivos están legitimados para su ejercicio, entre otras, las asociaciones de consumidores y usuarios y el Ministerio Fiscal [arts. 54.1. b) y c)]) TRLGDCU).

VII. DERECHOS DE APT CONSTITUIDOS FUERA DE LA LEY.

A los efectos de evitar cualquier tipo de fraude el art. 23.7 LAPT-2012 establece la nulidad de pleno derecho del contrato por el que se constituya o transmita cualquier otro derecho, real o personal, por tiempo superior a un año y relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un período determinado o determinable al año, al margen del Título II de la ley que gira bajo el epígrafe (normas especiales sobre aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico) [92]. Se establece como excepción la constitución de regímenes de APT obligacionales de acuerdo con las previsiones del art. 23. 8 LAPT-2012. Como consecuencia se estable la devolución al adquirente o cesionario de las rentas o contraprestaciones satisfechas, así como indemnizados los daños y perjuicios sufridos.

92 Pérez Álvarez, M. A.: "Los derechos de aprovechamiento", cit., p. 549.

BIBLIOGRAFÍA

Capote Pérez, L. J.: *El tiempo compartido en España. Un análisis de la fórmula club-trustee desde la perspectiva del Derecho español.* Tirant Lo Blanch, 2009, Valencia.

Carrasco Perera, A.: "Tipos contractuales y modos de elusión en el sistema español de multipropiedad", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 3/2012. Disponible en https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/118- Consultado el 19-12-2021.

Cerdeira Bravo de Mansilla, G.: "La determinabilidad del objeto –del turno y del alojamiento- en los derechos de aprovechamiento por turno de naturaleza obligacional", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6/2015, Disponible en: https://insignis.aranzadidigital.es/. Consultado el 16-12-2021.

Cordero Cutillas, I.: *El derecho de aprovechamiento por turno en la Ley 42/1998, de 15 de diciembre,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.

Costas Rodal, L.: "Aprovechamiento por turno y clubs de vacaciones: nulidad de los contratos al amparo del artículo 1.7 de la ley 42/1998. STS de 16 de enero de 2017", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil,* núm.3/2017. Disponible en https://insignis.aranzadidigital.es/. Consultado el 15-12-2021.

Espílez Murciano, F.: "Contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico", *Noticias jurídicas*, Septiembre 2013, http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho Civil/201309_time_sharing_guia_juridica_contratos_de_aprovechamiento_por_turno_de_bienes_de_uso_turistico.html. Consultado el 1-01-2020.

Escartín Ipiéns, J. A.: "El aprovechamiento por turno de bienes y servicios turísticos",El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid, núm. 47, 2013. Disponible en: https://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2013-aprovechamiento-por-turno-jose-antonio-escartin.htm.. Consultado el 8-12-2021.

Estancona Pérez, A. A.: "La protección del consumidor en el contrato de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año 94, núm. 766, 2018.

González Cabrera, I.: "Algunas reflexiones sobre la futura regulación del derecho de aprovechamiento por turno en España", *Revista de Derecho Patrimonial,* núm. 26/2011. Disponible en https://insignis.aranzadidigital.es/. Consultado el 7-12-2021.

González Carrasco, M. C.: "El nuevo régimen de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico", *Revista CESCO de Derecho de Consumo,* núm. 3/2012. Disponible en: http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco Consultado el 16-12-2021.

Lois Caballé, A.: "IV. Derecho de Consumo. §1", *Crónica de jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia mercantil*, *Revista de Derecho Mercantil,* núm. 311/2019). Disponible en https://insignis.aranzadidigital.es/. Consultado el 7-12-2021.

López Maza, S.: "La condición de adquirente y la falta de mención del plazo de duración del derecho en los contratos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico. Comentario a la STS de 19 de diciembre de 2017 (RJ 2017, 5768)", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 109/2019. Disponible en https://insignis.aranzadidigital.es/. Consultado el 15-12-2021.

Munar Bernat, P. A.: "Estudio sobre la Directiva 2008/122/CE, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores en los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico", *Indret,* núm. 4, 2009.

Pérez Álvarez, M. Á.: "Los derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico", en AA.VV. *Curso de Derecho Civil (III). Derechos reales* (Coord. P. De pablo Contreras), 4º ed., Edisofer, Madrid, 2016.

Pérez-Caballero Abad, P.: "El consumidor que actúa con ánimo de lucro", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 927/2017. Disponible en https://insignis.aranzadidigital.es/. Consultado el 7-12-2021.

Reyes López, M. J.: "9. Aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico", en AA.VV.: *Derecho Civil III. Derechos Reales,* 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

Rubio Torrano, E.: "Derechos vacacionales sobre bienes inmuebles, legislación aplicable y condición de consumidor", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil,* núm. 3/2017. Disponible en Disponible en https://insignis.aranzadidigital.es/. Consultado el 5-12-2021.

PROTAGONISMO PROBATORIO DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL: INCONVENIENTES Y ¿POSIBLES SOLUCIONES? (AL HILO DEL CONVENIO DE ESTAMBUL)

THE VICTIM AS MAIN EVIDENCE IN THE CRIMINAL PROCEDURE: DISADVANTAGES AND, POSSIBLE SOLUTIONS? (IN THE LINE OF THE ISTANBUL CONVENTION)

Rev. Boliv. de Derecho Nº 33, enero 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 326-363

José Francisco
ETXEBERRIA
GURIDI

ARTÍCULO RECIBIDO: 23 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 30 de noviembre de 2021

RESUMEN: Uno de los ejes que informan el Convenio de Estambul es el de la consideración integral de la víctima. En el plano procesal ha de garantizarse la efectividad en el castigo de los crímenes, pero sin que la carga de la misma recaiga sobre la víctima al objeto de evitar la victimización secundaria. A tales efectos resulta esencial un tratamiento adecuado de la necesidad de interponer denuncia, de la dispensa a declarar y de la posibilidad de preconstituir como prueba el testimonio de la víctima.

PALABRAS CLAVE: víctima; proceso penal; victimización secundaria; denuncia; dispensa; preconstitución probatoria.

ABSTRACT: *One of the main axes of the Istanbul Convention is the integral consideration of the victim. At the procedural level, effectiveness in crime punishment must be guaranteed, but without its burden falling on the victim in order to avoid secondary victimization. To this end, an adequate treatment of the need to file a complaint, the dispensation to testify and the possibility of pre-constituting the victim's testimony as evidence is essential.*

KEY WORDS: *victim; criminal procedure; secondary victimization; complaint; dispensation; evidentiary preconstitution.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN. II. INCOACIÓN DEL PROCEDIMIENTO.- 1. La denuncia como presupuesto de procedibilidad.- 2. El caso particular de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales.- 3. La trascendencia del perdón del ofendido en los delitos semipúblicos.- III. LAVÍCTIMA EPICENTRO PROBATORIO. ALGUNAS DEFICIENCIAS.- 1. Evitar la victimización secundaria: objetivo del Convenio de Estambul.- 2. ¿Cómo descentralizar el testimonio de la víctima?- 3. Los problemas derivados del ejercicio por la víctima-testigo de su derecho a la dispensa de la obligación de declarar.- *A) El fundamento de la dispensa y los vaivenes interpretativos jurisprudenciales al respecto.- B) La anhelada clarificación acerca de la dispensa por la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.*- 4. Reiteración de testimonios, victimización secundaria y la prueba preconstituida (¿como posible solución?).- *A) Evitación de la reiteración de testimonios en el Convenio de Estambul.- B) Preconstitución probatoria como solución. Posibles conflictos con el principio de contradicción.- C) La preconstitución probatoria obligatoria en la LO 8/2021.*

I. INTRODUCCIÓN.

En la acreditación de los hechos constitutivos de infracciones penales intervienen diligencias de investigación o medios de prueba de distinta índole y naturaleza. Tradicionalmente se ha sostenido que, así como en el proceso civil el documento era la prueba reina o protagonista al preconstituirse con regularidad como manifestación de la relación jurídica-material con carácter previo a que pueda, en su caso, surgir el conflicto en dicha relación, en el proceso penal ese protagonismo ha correspondido a la prueba testifical. En la actualidad ha de relativizarse el anterior aserto, al menos en lo que concierne al proceso penal. Han proliferado en este ámbito del proceso en los últimos años, en paralelo al desarrollo de la misma sociedad, diligencias de investigación y de prueba de carácter tecnológico y científico. Las vinculadas a las tecnologías de la información y de la comunicación o las de carácter científico como el uso del ADN en el esclarecimiento de los hechos constituyen una realidad incuestionable en nuestro ordenamiento procesal y, sobre todo, en nuestros tribunales y en la actividad ordinaria de las autoridades competentes en la investigación y enjuiciamiento de los hechos criminales.

Esta realidad relega afortunadamente a la víctima y a su declaración como medio de prueba a un segundo plano. Este aserto precisa de una explicación, pues a primera vista parece difícil comprender el motivo por el que la víctima del delito, en cuanto fuente de prueba de absoluta relevancia, haya de quedar

• José Francisco Etxeberria Guridi
Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad del País Vasco. Docente en los Grados de Derecho y Criminología. Director del Máster de Protección de Datos y Ciberseguridad. Autor de más de 100 publicaciones (5 monografías como autor único). Líneas de investigación: ADN en el proceso penal; videovigilancia; protección de datos personales; Inteligencia Artificial; cooperación penal en la UE; arbitraje y mediación. Profesor invitado en Universidades de Bolivia, República Dominicana, Colombia y Honduras (patxi.etxeberria@ehu.eus).

relegada, si no a un segundo plano, sí al menos a la intervención que resulte absolutamente precisa. Esto es, el peso o la carga de la prueba en procesos en los que se enjuician hechos a menudo muy graves contra la vida o la integridad física o indemnidad sexual o contra bienes jurídicos relevantes no puede recaer exclusivamente o principalmente sobre la propia víctima de tales hechos. En caso contrario se sometería a la víctima[1] a una nueva experiencia de victimización (secundaria) derivada de su posterior intervención a lo largo de todo el proceso judicial y del previo policial[2].

En ocasiones, en muchas, la propia índole de la comisión delictiva, en un contexto de semiclandestinidad o en el ámbito privado del domicilio, determina que la víctima del delito constituya, si no la única, sí la principal fuente de prueba (abusos o agresiones sexuales, violencia contra la mujer, violencia doméstica, etc.). En estos supuestos, el ordenamiento ha de articular los adecuados mecanismos jurídicos que garanticen que la efectividad en la persecución y sanción de tales hechos no ha de serlo a costa de un absoluto desprecio a los derechos de las víctimas. Con el objetivo, entre otros, de hallar el justo equilibrio entre ambos intereses legítimos, se ha aprobado recientemente en España la Ley Orgánica (LO) 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, que contiene importantes disposiciones en lo que ahora nos afecta: limitaciones al ejercicio del derecho de dispensa a declarar o denunciar que corresponde a determinados parientes o a los cónyuges, la preconstitución probatoria como regla general en caso de que la víctima sea menor de cierta edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección, etc.

Estas reformas se han de comprender en un contexto normativo más amplio. Esto es, en el marco de la Unión Europea (UE) se han dado importantes pasos en orden a la protección de los intereses de las víctimas con carácter general. No pueden obviarse la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos. Directiva que deroga una previa Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal. Aquella Directiva ha sido transpuesta al ordenamiento español mediante la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. Pero más allá del ámbito de la UE, se ha de mencionar igualmente en el seno del Consejo de Europa el Convenio de Estambul

1 Sería oportuno ampliar el concepto de víctima a los efectos que nos ocuparán, tal y como hace el Convenio de Estambul en cuyo Preámbulo se indica que los niños son víctimas de la violencia doméstica, "incluso como testigos de violencia dentro de la familia".

2 *Vid.* Subijana Zunzunegui, I.: "La protección de las víctimas especialmente vulnerables en los delitos sexuales", en AA.VV.: *Victimología: en busca de un enfoque integrador para repensar la intervención con víctimas* (dir. G. Varona Martínez), Aranzadi/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 376-389; Serrano Masip, M.: "Una justicia europea adaptada al menor: exploración de menores víctimas o testigos en la fase preliminar del proceso penal", *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 2, 2013, pp. 1 y ss.

sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, de 11 de mayo de 2011 (ratificado por España en mayo de 2014), que ha tenido una incidencia directa en las últimas reformas procesales españolas[3]. A todo ello habría que añadir, de cara a futuro, las importantes medidas contempladas en el Pacto de Estado contra la Violencia de Género ratificado en diciembre de 2017, algunas de las cuales presentan claramente carácter procesal.

En las siguientes líneas abordaremos algunas de las cuestiones de índole procesal sobre las que son precisas reformas para adaptarlas a los compromisos internacionales asumidos o sobre las que se han introducido recientemente cambios en nuestro ordenamiento al objeto de analizar su compatibilidad con los mismos.

II. INCOACIÓN DEL PROCEDIMIENTO.

Tal y como se ha apuntado en la introducción, se ha de garantizar la efectividad en la investigación y enjuiciamiento de los hechos delictivos, pero sin hacer recaer en la víctima de los mismos la mayor parte de la carga y responsabilidad con tal objetivo, sobre todo cuando se ha empleado en su comisión violencia o coacción de cualquier clase. Lo anterior se traduce en la conveniencia de que, como regla general, la incoación o el inicio del proceso, esto es, la persecución de los hechos criminales, no se haga depender de la iniciativa de la propia víctima[4]. El no hacer depender la investigación y persecución de los delitos de la interposición de denuncia por la propia víctima tiene otra lectura, y significa que corresponde a las autoridades públicas competentes la responsabilidad de garantizar aquéllas asumiendo un papel proactivo durante la investigación teniendo en cuenta la posición de vulnerabilidad de las víctimas en determinados delitos[5].

Además de no hacer condicionar totalmente la investigación o el procedimiento por los delitos indicados a que la víctima interponga una denuncia, exige igualmente el Convenio que las Partes firmantes garanticen que la tramitación de los mismos continuará incluso si la víctima se retracta o retira su denuncia (art. 55.1 *in fine*). Por todo ello, procede analizar si el ordenamiento español condiciona o no la perseguibilidad de los hechos delictivos a que se refiere el Convenio a que la víctima interponga una denuncia sobre los mismos o a la persistencia o mantenimiento de aquélla.

3 Así lo reconoce expresamente el Preámbulo de la LO 8/2021 mencionada, que también cita otros Convenios adoptados en el seno del Consejo de Europa.

4 Sobre este extremo el Convenio de Estambul exige que las Partes han de velar para que las investigaciones o los procedimientos por los delitos más graves comprendidos en el mismo "no dependan totalmente de una denuncia o demanda de la víctima cuando el delito se haya cometido en parte o en su totalidad, en su territorio" (art. 55.1).

5 Así se recoge en el Informe Explicativo que acompaña al Convenio de Estambul relativo a esas modalidades delictivas: *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, núm. 210, p. 47.

1. La denuncia como presupuesto de procedibilidad.

En lo que concierne al ordenamiento español, corresponde, en principio, al MF el ejercicio de la acción penal. Esta es la regla general. Con fundamento constitucional, el MF ha de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley (art. 124.1 CE). Para el cumplimiento de dichas funciones, y en el ámbito de la jurisdicción penal, su Estatuto Orgánico (EOMF) le encomienda el ejercicio de las acciones penales y civiles dimanantes de delitos y faltas (estas últimas hoy desaparecidas) u oponerse a las ejercitadas por otros cuando proceda (art. 3.4). Se trata, en realidad, de una obligación de ejercicio de la acción penal. Así lo dispone, conforme al principio de oficialidad, la LECrim al "obligar" a los funcionarios del MF el ejercicio de "todas" las acciones penales que consideren procedentes, haya o no acusador particular en la causa (art. 105.1). Por otra parte, tratándose de hechos aparentemente constitutivos de delito público también podrá el Juez de Instrucción competente incoar el procedimiento penal que corresponda de oficio (art. 303 LECrim).

La regla anterior tiene dos excepciones: que se trate, por un lado, de delitos cuya perseguibilidad queda reserva por el CP a la querella privada (art. 105.1)[6] y que se trate, por otro lado, de delitos semipúblicos que requieren para su persecución del requisito de la denuncia del ofendido, a partir de la cual estará obligado el MF al ejercicio de las acciones penales en su condición de acusación pública. Siendo de carácter público y perseguibles de oficio la mayoría de los delitos tipificados en el CP español y absolutamente excepcionales los perseguibles exclusivamente mediante querella del ofendido, resta determinar cuándo nos hallamos ante los de naturaleza semipública, esto es, cuándo se requerirá la denuncia de la persona agraviada. Esta circunstancia se concreta en el CP o en las leyes penales especiales[7].

Las razones que justifican la existencia de infracciones penales que son perseguibles bajo la condición de que el agraviado denuncie tales hechos suelen girar en torno a la escasa gravedad de los mismos (criminalidad de bagatela), a la salvaguarda de la intimidad de la víctima o la conveniencia de su decisión de poner en marcha el procedimiento[8].

---

6 En la actualidad exclusivamente los delitos de calumnia e injuria contra particulares, pues tratándose de ofensa dirigida contra funcionario público, autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos, se procederá de oficio (art. 215.1 CP).

7 El tratamiento que reciben estos delitos semipúblicos en el CP no es homogéneo y, por ello, alguna doctrina los clasifica en "semipúblicos con interés público", "semipúblicos puros" y "semipúblicos con interés privado"; *vid.* Gimeno Sendra, V.: *Derecho Procesal Penal*, Civitas, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 261-264.

8 Líbano Beristain, A.: "La perseguibilidad a instancia de parte como proyección de las facultades de la víctima", en AA.VV.: *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales* (dir. M. De Hoyos Sancho), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, p. 122; Gónzalez Cussac, J. L.: "Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio", en AA.VV.: *Derecho Penal. Parte Especial* (coord. J. L. Gónzalez Cussac), Tirant lo Blanch, 6ª ed., Valencia, 2019, p. 302; Romeo Casabona, C.Mª.: *Los delitos*

Si tomamos como referencia los paradigmáticos delitos a que se refiere el Convenio de Estambul, antes mencionado, resulta que el tratamiento no es homogéneo y la exigencia de no hacer condicionar la investigación y enjuiciamiento a que la víctima interponga la denuncia correspondiente, no afecta por igual a todos los delitos comprendidos bajo el ámbito de dicho Convenio. Éste no incluye en la relación del art. 55.1 a los delitos de violencia psicológica (art. 33) ni a los de acoso (art. 34). En el primer supuesto, el ordenamiento español va más allá de las exigencias del Convenio, pues las coacciones y amenazas no están sujetas a la citada condición de denuncia. Salvo en el supuesto de que fueran leves, en cuyo caso sí se requiere la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal (arts. 171.7 y 172.3 CP), excepto que se trate de amenazas y coacciones que siendo leves tienen como víctima a la esposa o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad.

También el delito de acoso (art. 34 del Convenio) queda al margen de la obligación de persecución de oficio (art. 55.1 del Convenio). El CP español, al incorporar con la reforma del mismo mediante la LO 1/2015 el nuevo delito de acoso ilegítimo o *stalking* (art. 173 ter), lo ha hecho de forma diferenciada dependiendo de la condición subjetiva del sujeto pasivo o víctima. La regla general es la perseguibilidad mediante denuncia del agraviado o de su representante legal (art. 173 ter.4 CP), esto es, asumiendo la naturaleza correspondiente a los delitos semipúblicos. Sin embargo, cuando las víctimas sean las contempladas en el art. 173.2 CP (violencia de género o doméstica) no es necesaria la indicada denuncia, es decir, se les atribuye la condición de delitos públicos y perseguibles de oficio (art. 173 ter.2 CP).

Más problemática es la situación normativa en relación con los delitos de violencia física del art. 35 del Convenio. En estos casos, resulta improcedente, *ex art.* 55.1 del Convenio de Estambul, que se pueda condicionar su perseguibilidad a la interposición de denuncia por parte de la víctima. Hubiera sido ello posible, en cambio, si el Estado español hubiera formulado la correspondiente reserva al art. 55.1 del Convenio y si la reserva de exclusión se limitara exclusivamente a las infracciones por violencia física de "menor importancia" (art. 78.2). Resulta, sin embargo, que el Estado español no ha formulado reserva alguna sobre este punto, ni sobre ningún otro, con lo que no cabe sino concluir que no resulta exigible la denuncia del ofendido para perseguir los delitos de violencia física, sean de mayor o de menor gravedad. Contra este pronóstico, algunas formas leves de lesión o

de descubrimiento y revelación de secretos: especial consideración a su comisión en conexión con las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 69; Almodóvar Puig, B.: *Delitos perseguibles a instancia de parte. Respuestas materiales y procesales*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 49.

de maltrato castigados con pena de multa sólo pueden ser perseguidas mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal (art. 147.4 CP)[9].

Se ha de añadir a lo anterior que la asistencia del MF a los juicios por estos delitos perseguibles previa denuncia del ofendido o perjudicado no resulta en todos los supuestos preceptiva. La asistencia o no del MF al juicio oral dependerá de exigencias de "interés público", dispone la LECrim, correspondiendo a la Fiscalía General del Estado (FGE) impartir instrucciones al respecto (art. 969.2). Según la Circular de la FGE 1/2015, de 19 de junio, los fiscales "asistirán" al enjuiciamiento de los delitos leves de lesiones dolosas (art. 147.2 CP) y a los de maltrato de obra (art. 147.3 CP) pero en este último caso sólo cuando la víctima sea "persona vulnerable por razón de edad, enfermedad o discapacidad", no en los demás casos[10].

2. El caso particular de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales.

Los delitos atentatorios de la libertad sexual, incluida la violación (art. 36), forman parte del núcleo duro de las infracciones penales contempladas en el Convenio de Estambul y en lo que nos atañe ahora, junto contra otras (violencias físicas graves, matrimonios forzosos, mutilaciones genitales femeninas y aborto y esterilización forzosos), no admiten excepciones al régimen jurídico general previsto en él, ni tampoco la posibilidad de formular reservas totales o parciales. El régimen general de perseguibilidad establecido para tales delitos es el recogido en el art. 55.1, esto es, su investigación y enjuiciamiento no se puede hacer depender totalmente de la denuncia de la víctima. El ordenamiento español, sin embargo, configura la persecución de estos delitos de un modo particular, como semipúblicos o perseguibles previa denuncia, en primer lugar y de forma preferente, esto es, reconociendo un amplio margen de decisión a la voluntad de la víctima, pero incorporando un elemento corrector de protección pública cuando la víctima no esté en condiciones de manifestar o pueda cuestionarse su libertad volitiva.

Conforme a su redacción actual, "para proceder por los delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales, será precisa denuncia de la persona agraviada, de su representante legal o querella del Ministerio Fiscal, que actuará ponderando los legítimos intereses en presencia. Cuando la víctima sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida, bastará

9 Nos referimos a los delitos de lesiones que no requieran de posterior asistencia facultativa o de tratamiento médico o quirúrgico (art. 147.2 CP) o a los de maltrato de obra que no cause lesión (art. 147.3 CP). Estos hechos, ahora delitos, eran constitutivos de falta con anterioridad a la reforma del CP mediante la LO 1/2015 pero en todo caso perseguibles de oficio. Con la citada reforma se convierten en delitos leves y además semipúblicos, esto es, sólo perseguibles mediante denuncia del agraviado o de su representante legal. *Vid.* Líbano Beristain, A.:: "La perseguibilidad", cit., pp. 126-127.

10 La asistencia o no a juicio del MF afecta igualmente al posible ejercicio del principio de oportunidad previsto en los arts. 963 y 964 LECrim para los delitos leves. La decisión de asistencia condiciona, pues, al posible planteamiento de la oportunidad. *Vid.* con mayor extensión al respecto Líbano Beristain, A.: "La perseguibilidad", cit., pp. 130-133; Almodóvar Puig, B.: *Delitos perseguibles*, cit., pp. 211-213.

la denuncia del Ministerio Fiscal" (art. 191.1 CP). El precepto en su literalidad es consecuencia de una lenta evolución que corre paralela a la propia denominación que reciben estos delitos en función del bien jurídico afectado.

Los argumentos empleados para explicar la relevancia que se reconoce en estos supuestos a la voluntad de la víctima giran en torno al carácter personalísimo del bien jurídico vulnerado y a la evitación de un nuevo proceso de revictimización para aquella[11]. Sin embargo, las reformas mencionadas se han orientado a una progresiva contracción de la "privatización" al perseguir tales delitos. Las razones son igualmente de peso. Siendo la libertad e indemnidad sexual el bien jurídico tutelado, no ya la honestidad, y caracterizándose por la gravedad de los hechos, el Estado y la actuación del *ius puniendi* no pueden mantenerse al margen de su castigo, ni tiene cabida el principio de oportunidad[12]. Sin olvidar los posibles riesgos criminógenos que puede conllevar el mencionado presupuesto de procedibilidad en la medida en que puede fomentar extorsiones o presiones sobre la víctima, particularmente cuando esta criminalidad tiene lugar en el entorno familiar o más próximo a aquella o riesgos de reiteración en la comisión de tales delitos por el agresor que los ejecutó anteriormente con total impunidad[13]. Lo anterior contribuye, además, a mantener esta fenomenología delictiva en una zona oscura, al margen del conocimiento real y de la posibilidad de adoptar las medidas precisas para afrontarla.

No es de extrañar que ante esta situación surjan voces sumamente críticas con la posibilidad de que la persecución de estos delitos se condicione a determinados requisitos, entre los que destaca la denuncia de la víctima[14]. El vigente art. 191.1 CP contempla también que se pueda proceder por los delitos que nos ocupan mediante querella del MF que habrá de actuar "ponderando los legítimos intereses en presencia". Esta confusa redacción plantea no pocas dudas. La primera de todas ellas, si el MF puede querellarse de forma subsidiaria, esto es, una vez la persona agraviada ha exteriorizada de alguna manera que carece de voluntad persecutiva o si, por el contrario, se trata de una alternativa más por la que puede optar el MF al margen de cuál sea la voluntad de la víctima[15]. Seguidamente, se puede cuestionar

11 Díaz Morgado, C.: "Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales", en AA.VV.: *Comentarios al Código Penal: reforma LO 1/2015 y LO 2/2015* (dir. M. Corcoy Bidasolo y S. Mir Puig), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 703; Morales Prats, F.; García Albero, R.: "Capítulo VI. Disposiciones comunes a los capítulos anteriores", en AA.VV.: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (dir. G. Quintero Olivares), Aranzadi, 10ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 408; Almodóvar Puig, B.: *Delitos perseguibles*, cit., pp. 316 y 338.

12 Almodóvar Puig afirma que el interés social en perseguir y castigar estos delitos es más elevado que en cualquier otro condicionado a requisitos de perseguibilidad; *vid. Delitos perseguibles*, cit., pp. 335-340.

13 Almodóvar Puig, B.: *Delitos perseguibles*, cit., p. 338.

14 Almodóvar Puig es partidario de dotar a los delitos contra la libertad sexual de un carácter público absoluto; *vid. Delitos perseguibles*, cit., p. 336.

15 Pueden consultarse las distintas posturas doctrinales al respecto en el trabajo de Almodóvar Puig, B.: quien se decanta manifiestamente por la segunda opción, *Delitos perseguibles*, cit., pp. 342-343.

acerca de lo que ha querido el legislador significar con la exigencia de que el MF ha de ponderar los legítimos intereses en presencia. Las interpretaciones al respecto son igualmente diversas. Se ha entendido, por ejemplo, que se trata de una manifestación del principio de oportunidad[16], pero que ello no impide la consulta al agraviado para constatar si se opone o no persecución del delito. También que, como consecuencia de la ponderación de los intereses legítimos, se ha de primar el interés público en la persecución de los hechos delictivos por encima de las pretensiones de la víctima en los supuestos de reincidencia o habitualidad o de especial lesividad o alarma social[17].

3. La trascendencia del perdón del ofendido en los delitos semipúblicos.

Algunos de los delitos arriba analizados sólo son perseguibles previa denuncia del agraviado o de su representante legal. Son semipúblicos. En estos supuestos el perdón del ofendido tiene, por regla general, especial trascendencia como motivo de extinción de la responsabilidad penal. Así lo dispone el CP al regular la cuestión (art. 130.1.5 CP). Sobre todo cuando se trata de delitos leves perseguibles a instancia del agraviado. Sin embargo, junto a las condiciones generales relativas a la forma expresa del perdón, al momento procesal de otorgarlo y a la necesidad de oír al ofendido, añadía el precepto en cuestión la posibilidad de control judicial sobre el perdón otorgado por los representantes legales en los supuestos de delitos contra menores o personas necesitadas de especial protección. Conforme al mismo, los jueces o tribunales podían rechazar ("podrán") la eficacia del perdón en estos supuestos ordenando la continuación del procedimiento, previa audiencia del MF y del representante.

Hablamos en tiempo pasado, pues la LO 8/2021, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, ha reformado este punto y ha eliminado la facultad potestativa correspondiente al juez de rechazar la eficacia del perdón otorgado por el representante. En la actualidad, en los delitos cometidos contra personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección "que afecten a bienes jurídicos eminentemente personales, el perdón de la persona ofendida no extingue la responsabilidad criminal" (art. 130.1.5 CP *ex novo*).

16 Morales Prats, F.; García Albero, R.: "Capítulo VI. Disposiciones comunes", cit., p. 409; Almodóvar Puig, B.: *Delitos perseguibles*, cit., p. 345.

17 Morales Prats, F.; García Albero, R.: "Capítulo VI. Disposiciones comunes", cit., p. 409; Almodóvar Puig, B.: *Delitos perseguibles*, cit., pp. 343-345.

III. LA VÍCTIMA EPICENTRO PROBATORIO. ALGUNAS DEFICIENCIAS.

1. Evitar la victimización secundaria: objetivo del Convenio de Estambul.

El Convenio de Estambul contiene, como no podía ser de otra manera, importantes pronunciamientos sobre la posible condición que de testigo o fuente de prueba pueda tener la víctima. No puede ignorarse que la intervención de la misma a lo largo del proceso penal, ya sea exigiéndole que denuncie los hechos criminales para su persecución –como se ha visto en el apartado anterior-, ya sea deponiendo sobre los mismos hechos como testigo, conlleva un importante efecto de revictimización. Sobre este punto, el texto del Convenio requiere a las Partes firmantes la adopción de las medidas necesarias "para salvaguardar los derechos e intereses de las víctimas, incluidas sus necesidades específicas cuando actúen en calidad de testigos" (art. 56.1 Convenio).

La victimización secundaria como consecuencia del contacto con las autoridades competentes en la investigación y persecución del hecho delictivo es difícil de evitar. Con frecuencia la víctima asume la condición de testigo indispensable de los hechos y su testimonio resulta crucial en el marco del acervo probatorio preciso para desvirtuar la presunción de inocencia del supuesto autor de los mismos. Si no bastara con ello, la víctima-testigo es, también con frecuencia, un menor de edad o persona vulnerable con notable incremento del riesgo de revictimización. El ordenamiento español contempla una serie de medidas orientadas a sortear el indicado riesgo: evitando la presencia del autor de los hechos en las declaraciones del testigo ante los tribunales, recurriendo a las tecnologías de la comunicación o todo contacto con el mismo, por ejemplo. También preconstituyendo la prueba consistente en la declaración del testigo o del testigo-víctima de modo que se documente en soporte apto para la reproducción de la imagen y del sonido y que se reproduzca dicha grabación en el juicio oral sin necesidad de hacer comparecer nuevamente a aquél[18] o tomando declaración a los testigos más necesitados de protección mediante la intervención de expertos. Lo anterior puede crear fricciones con los derechos del acusado, sobre todo, a su derecho a la presunción de inocencia y a la defensa (art. 24.2 CE). El equilibrio entre los derechos de unos

18 El principal factor de victimización secundaria para un menor, apunta la doctrina, es la sobreexposición a distintas evaluaciones-entrevistas que le suponen una re-experimentación continuada de emociones negativas y una sensación de descrédito, si se pone en cuestión su testimonio, que afecta a su autoestima y puede crearle sentimientos de culpa. *Vid.* Subijana Zunzunegui, I.J.; Echeburua Odriozola, E.: "Los menores víctimas de abuso sexual en el proceso judicial: el control de la victimización secundaria y las garantías jurídicas de los acusados", *Anuario de Psicología Jurídica,* vol. 28, núm. 1º, 2018, p. 23; Pérez Cara, M. L., Bembribe Serrano, J. y Ramos Tapia, I.: "La protección frente a los efectos de la victimización secundaria en el proceso penal con menores víctimas de abuso sexual: un análisis mediante revisión de sentencias", *Revista Electrónica de Criminología,* vol. 4, 2019,p. 2.

y de otros se antoja en ocasiones difícil o así ha ocurrido en la práctica forense española como tendremos ocasión de analizar[19].

2. ¿Cómo descentralizar el testimonio de la víctima?

Uno de los puntos que el Primer informe de Evaluación GREVIO sobre España destaca como susceptible de manifiesta mejora es el de la excesiva dependencia que la investigación y el enjuiciamiento tienen respecto de la víctima y de su declaración, que ha de ser superada[20]. Esta prioridad que se reconoce a la víctima y a su declaración como fuente de prueba encuentra su razón de ser en motivos esencialmente procesales, sobre todo relacionados con el hecho incuestionable de que con frecuencia la propia víctima es, a su vez, el único testigo de los hechos[21]. En el mencionado Informe GREVIO sobre España se "anima encarecidamente" a las autoridades que promuevan investigaciones policiales "efectivas y proactivas" que incluyan "la recopilación de pruebas distintas de la declaración de la víctima, la documentación de lesiones, entrevistas a testigos, la recogida a fotografías o muestras de ADN"[22]. Esta situación es particularmente grave en los casos de violencia por la pareja o expareja y de violencia sexual.

Aunque buscar alternativas entre las pruebas de carácter objetivo fuera lo deseable, no es lo usual en la práctica del foro. Así lo atestiguan estudios realizados en relación a menores víctimas de abusos sexuales[23] en los que destaca como principal prueba de carácter objetivo sobre las restantes la obtención de perfiles de ADN a partir de restos biológicos[24]. Sobre este último punto se ha de concluir que las disposiciones legislativas sobre el uso forense del ADN existentes en el ordenamiento español son lo suficientemente amplias y flexibles al objeto de recurrir a dicha modalidad de investigación para no hacerla depender excesivamente del testimonio de la víctima. El uso de perfiles de ADN en el esclarecimiento de hechos delictivos se ve favorecido por dos circunstancias de

19 *Vid.* Gómez Colomer, J. L.: *Estatuto jurídico de la víctima del delito*, Aranzadi, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 415-416.

20 "Grupo de Expertos en la lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica" (GREVIO) previsto en el art. 66 del Convenio de Estambul. Este Primer informe fue aprobado el 13 de octubre de 2020.

21 Aunque no exclusivamente. Desde el punto de vista del Derecho sustantivo resulta igualmente trascendental la definición del tipo penal y sus elementos integradores. *Vid.* González Rus, J. J.: "La reforma de las agresiones sexuales", *Diario La Ley*, núm. 9790, 2021.

22 En la doctrina *vid.* Vacas Chalfoun, Á.E.: "Dispensa del deber de declarar de familiares: evolución jurisprudencial y propuestas de actuación en materia de violencia sobre la mujer y violencia doméstica. Posible nulidad de la dispensa viciada por intimidación", *La Ley Penal*, núm. 146, 2020, p. 11.

23 *Vid.* Pérez Cara, M. L., Bembribe Serrano, J. y Ramos Tapia, I.: "La protección", cit., pp. 4-5. En este estudio se analizan resoluciones dictadas por diferentes Audiencias Provinciales sobre delitos de abusos sexuales infantiles. Según el mismo, en el 20,73% de los casos el tribunal contó con pruebas objetivas que facilitaron el esclarecimiento de los hechos, mientras que en el 79,27% restante no se disponía de otro tipo de prueba más allá de los testimonios de las partes y testigos.

24 Según el anterior estudio, se recurrió a los análisis de ADN en un 10,98%, a los mensajes de texto, fotografías o grabaciones en un 7,32% y a exploraciones ginecológicas que determinaron la consumación de las relaciones sexuales en 2,44%. *Ibidem*, p. 4.

una influencia esencial sobre su viabilidad: por un lado, que, tras no pocos vaivenes, es posible actualmente recurrir al uso de la coacción en la extracción de muestras biológicas del sospechoso si este se negara a una extracción voluntaria[25]; por otro lado, la laxa interpretación con la que la Comisión Nacional sobre el Uso Forense del ADN (CNUFADN) ha determinado el ámbito de aplicación de la LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidas a partir del ADN[26].

3. Los problemas derivados del ejercicio por la víctima-testigo de su derecho a la dispensa de la obligación de declarar.

A) El fundamento de la dispensa y los vaivenes interpretativos jurisprudenciales al respecto.

El Convenio de Estambul contempla, en aras a asegurar una eficaz persecución y enjuiciamiento de los delitos contemplados en su ámbito de aplicación, que no se haga depender totalmente dicho proceder de la denuncia de la víctima, como ya se ha visto (art. 55.1). También, y en idéntico precepto, el texto del Convenio emplaza a las Partes para que aseguren que el "procedimiento pueda continuar su tramitación incluso cuando la víctima se retracte o retire su denuncia". Este planteamiento nos conduce al tratamiento que en el ordenamiento jurídico español se hace de la dispensa de la obligación de declarar de los testigos, tratamiento no exento de polémica en la persecución de los delitos vinculados con la violencia doméstica y de género considerando que los mismos se cometen a menudo en la intimidad del ámbito doméstico o con la máxima clandestinidad, con lo que la principal fuente de prueba suele ser a menudo la propia víctima[27]. Además, también con frecuencia existe entre la víctima y el agresor o agresores un vínculo matrimonial o afectivo similar o una relación de parentesco que puede servir de excusa legítima para no colaborar en la persecución y castigo del delito. A ello hay que añadir la profusa casuística que ha rodeado a dicha cuestión y la,

25 Arts. 520.6.c) LECrim y 129 bis CP. *Vid.* Líbano Beristain, A.: "Obtención (coactiva) de perfiles genéticos de condenados con fines de inclusión en la base de datos policial de ADN", en AA.VV.: *Nuevos horizontes del Derecho Procesal. Libro-homenaje al Prof. Ernesto Pedraz Penalva* (dirs. M. Jimeno Bulnes; J. Pérez Gil), Bosch Editor, Barcelona, 2016, p. 697.

26 En relación al art. 3.1 de la LO 10/2007, el Pleno de la CNUFADN celebrado el 7 de julio de 2010 aprobó un listado de los posibles delitos comprendidos en aquél. Puede consultarse en https://www.mjusticia.gob.es/es/ElMinisterio/OrganismosMinisterio /Documents/1292428320953-Memoria_de_la_Comision_Nacional_para_el_uso_forense_del_ADN._ Actividades_20092010.PDF. En contra de tal amplitud *vid.* Etxeberria Guridi, J.F.: "La LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN", *Diario La Ley*, núm. 6901, 2008, pp.1-8. La mayoría de los delitos a que se refiere el Convenio de Estambul estarían comprendidos en tal listado. Las únicas excepciones serían el delito de acoso (*stalking*) del art. 172 CP y el de matrimonios forzosos del art. 172 bis CP por la sencilla razón de que su incorporación a la norma penal ocurre posteriormente, con motivo de la reforma de la misma mediante LO 1/2015, pero sin duda se han de entender incluidos atendiendo al bien jurídico que menciona el art. 3.1 LO 10/2007.

27 Navarro Villanueva, C.: "La protección del testimonio de la mujer víctima de violencia de género", en AA.VV.: *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales* (coord. M. De Hoyos Sancho), Lex Nova, Valladolid, 2009, p. 478.

en no pocas ocasiones, cambiante opinión de nuestros tribunales, lo que no ha aportado claridad al tema[28]. La recientemente aprobada LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia, ha puesto fin a algunos vaivenes y dudas interpretativas.

El vínculo conyugal o afectivo similar o la relación de parentesco son considerados por nuestro ordenamiento procesal en varias ocasiones, pero sobre todo, con motivo del deber de denunciar, pues constituye una excepción a la amplitud con la que se recoge dicha obligación (art. 261 LECrim) y, por otro lado, en relación con la obligación de declarar que afecta a los testigos con carácter general (art. 410 LECrim), pues también en estos casos tal obligación experimenta excepciones por la existencia de los vínculos y relaciones indicadas (arts. 416, 418 y 707 LECrim). Estas exenciones o dispensas son comunes en otros ordenamientos procesales y en nuestro caso cuentan, además, con respaldo constitucional, lo cual potencia su trascendencia[29].

En relación al fundamento de la dispensa, ha entendido constante jurisprudencia que es el vínculo familiar y su trascendencia el que se antepone y prima ante la obligación de declarar que afecta al testigo. Así, afirma el Tribunal Supremo (TS) que "la excepción o dispensa de declarar al pariente del procesado o al cónyuge que establece este artículo, tiene por finalidad resolver el conflicto que se le puede plantear al testigo entre el deber de decir la verdad y el vínculo de solidaridad y familiaridad que le une con el procesado. (…). Es una colisión que debe resolverse reconociendo el derecho a la víctima de decidir libremente, en ejercicio de su autodeterminación en uno u otro sentido"[30]. Hay que constatar igualmente que nuestros tribunales, tanto el TC como el TS, han propiciado el exacerbado valor de la dispensa al reconocerle efectos también en el caso de su ejercicio en el juicio

28 Rodríguez Lainz, J. L.: "En torno a la evolución normativa y jurisprudencial de la dispensa del deber de declarar en contra de pariente", *Revista de Derecho de Familia*, núm. 46, 2010, p. 27; Miranda Estrampes, M.: "Particularidades de la prueba en los delitos de violencia de género", AA.VV.: *Tutela jurisdiccional*, cit., p. 458; Hernández García, J.: "La facultad de abstención del deber de declarar por vínculos personales con la persona acusada", *Estudios de Derecho Judicial, "La valoración del daño en las víctimas de la violencia de género"*, núm. 139, 2007, pp. 192-194

29 Así, el art. 24.2 *in fine* CE dispone que "La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos". *Vid.* acerca de su naturaleza de derecho constitucional fundamental de configuración legal y en negativo Rodríguez Lainz, J. L.: "Dispensa del deber de declarar contra parientes (Comentario a la STC 94/2010, de 15 de noviembre)", *Diario La Ley*, núm. 7577, 2011, pp. 1-2.

30 SSTS 134/2007 22 febrero; 294/2009 28 enero; 319/2009 23 marzo; 160/2010 5 marzo. De forma análoga el Tribunal Constitucional en su STC 94/2010, de 15 de noviembre. Igualmente el TEDH en su ya célebre, en esta materia, sentencia en el caso *Unterpertinger c. Austria*, de 24 de noviembre de 1986, proclamaba en relación a la dispensa del deber de declarar contra parientes (art. 152.1 StPO austríaca) que la misma no transgredía el art. 6 CEDH "teniendo en cuenta los problemas particulares que puede plantear la confrontación entre un `acusado´ y un testigo de su propia familia, pues tiende a proteger a este último ahorrándole un problema de conciencia" (párrafo 30). En la doctrina *vid.* acerca de su fundamento Castillejo Manzanares, R.; Serrano Masip, M.: "Denuncia y dispensa del deber de declarar", en AA.VV.: *Violencia de Género y Justicia* (dir. R. Castillejo Manzanares), Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2013, pp. 556-559; Hernández García, J.: "La facultad", cit., p. 197; Herrero Yuste, M.: "Violencia de género y art. 416 de la LECrim", *La Ley Penal*, núm. 24, 2006, pp. 62-63.

oral[31] e impidiendo la posibilidad de incorporar a través de otras vías procesales (arts. 714 y 730 LECrim) las declaraciones que prestó el pariente-víctima en la fase preparatoria o de instrucción cuando no hizo uso de su facultad de dispensa[32]. No pocos pronunciamientos judiciales consideraron, además, que las declaraciones prestadas por quienes pudieron acogerse a la dispensa sin haber sido advertidos de dicha posibilidad eran radicalmente nulas y no podían desplegar ninguna eficacia probatoria (SSTS 662/2001 6 de abril; 385/2007 10 de mayo; 294/2009 28 de enero; 160/2010 5 de marzo) y que el derecho al que nos referimos se mantiene aunque se hubiera producido una ruptura del vínculo matrimonial o la análoga relación de afectividad, siempre que se refiriera a hechos acaecidos durante la pendencia de la relación[33].

Como puede fácilmente deducirse, esta amplia interpretación de la dispensa implica que con frecuencia la acusación pierda con la ausencia de dicho testigo una posible prueba incriminatoria esencial para sancionar la infracción cometida en el ámbito de la violencia de género o violencia doméstica o contra la mujer, en general[34]. Por todo ello, el propio TS procuró ajustar su jurisprudencia incorporando una serie de limitaciones en el ejercicio de la dispensa. En concreto, a través de su Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda, de 24 de abril de 2013, se resuelve la exclusión de la posibilidad de ejercicio de la dispensa en relación a los hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio o cese definitivo de la situación análoga de afecto. A la anterior exclusión se añadió el supuesto "en que el testigo esté personado como acusación en el proceso". Como puede fácilmente colegirse, no se aclaraba en este último supuesto qué

31 El TS reconoció que cabía el ejercicio "tardío" del derecho a la dispensa en el juicio oral conforme al art. 707 LECrim aunque hubiera renunciado previamente al mismo y prestado declaración (SSTS 160/2010 5 marzo; 129/2009 10 febrero y 459/2010, 14 mayo). Algunas opiniones doctrinales eran de idéntico tenor, argumentando que, en consideración a su dimensión constitucional, como derecho fundamental que es, no puede presumirse la existencia de renuncias previas al ulterior ejercicio del derecho. A favor de dicha interpretación Rodríguez Lainz, J. L.: *Juzgado de Violencia sobre la Mujer y Juzgado de Guardia*, Bosch, Barcelona, 2006, p. 312; en contra Magro Servet, V.: "La imposibilidad de conceder a las víctimas de la violencia de género la dispensa de declarar contra sus agresores (artículo 416 LECrim.): ¿Es necesaria una reforma legal?", *Diario La Ley*, núm. 6333, 2005, p. 4.

32 SSTS 129/2009 10 febrero; 17/2010 26 enero; 95/2010 12 febrero; 160/2010 5 marzo; 459/2010 14 mayo). Esta doctrina jurisprudencial no obstaba a la existencia de opiniones favorables a la incorporación de las declaraciones sumariales. *Vid.* Gudín Rodríguez-Magariños, F.: "El silencio procesal de las víctimas: ¿caballo de Troya para futuros maltratos?", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 779, 2009, p. 8; Pérez Cebadera, M. A.: "Particularidades en el procedimiento para el enjuiciamiento de los delitos y faltas de violencia de género", en AA.VV.: *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género* (coord. J. L. Gómez Colomer), Publicaciones de la Universidad Jaume I, Castellón, 2007, p. 404. *Vid*. al respecto el análisis más completo de Beltrán Montoliu, A.: "Víctima de violencia de género y la dispensa del art. 416 LECrim: Evolución jurisprudencial", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 19, 2018, pp. 13-46.

33 *Vid*. el análisis de Herrero Álvarez, S.: "El ajetreo jurisprudencial sobre la dispensa del deber de declarar en procesos por violencia de género: la Sentencia 389/2020 de 10 de julio", *Diario La Ley*, núm. 9693, 2020, p. 4.

34 El Grupo de Expertos en Violencia Doméstica y de Género del CGPJ propuso en su Informe de 20 de abril de 2006 que la dispensa del art. 416 LECrim no se extendiera a los parientes que fueran víctimas. Conforme a los datos recogidos en la Memoria de la FGE de 2020 se afirma "que la dispensa del art. 416 LECrim es la causa principal de la conclusión de los procedimientos sin fallo condenatorio, lo que produce sensación de impunidad". https://www.fiscal.es/documents/20142/ebc7f294-b4d8-6ca4-c7c0-3a95c371e94f; pp. 790 y 792 [última consulta: 01-07-2021].

ocurría en el caso de que habiendo ejercido inicialmente la acusación, renunciara posteriormente a la misma y quisiera disfrutar de su derecho a la dispensa en el juicio oral. Alguna resolución del TS entendió que si la víctima-testigo había actuado en la causa como acusación particular su derecho a no declarar decaía "definitivamente" aunque con anterioridad al plenario renunciara a sus acciones penales y civiles (SSTS 449/2015 14 de julio; 557/2016 23 de junio).

Sin embargo, un nuevo Acuerdo del Pleno no jurisdiccional, de 23 de enero de 2018, enmienda esta línea interpretativa al estimar que "No queda excluido de la posibilidad de acogerse a tal dispensa (416 LECrim) quien, habiendo estado constituido como acusación particular, ha cesado en esa condición". El principal argumento utilizado por el TS descansa en que en el supuesto del art. 416 LECrim nos hallamos ante el desarrollo en el ámbito del proceso penal de "un derecho de rango constitucional proclamado en el art. 24 CE". Lo anterior comporta, en opinión del TS, unas consecuencias exegéticas nada desdeñables en el sentido de que las limitaciones a ese derecho de rango constitucional han de ser interpretadas restrictivamente y han de venir impuestas por una norma con rango legal que sea respetuosa con el contenido esencial del derecho. En conclusión, resultan admisibles futuras restricciones del derecho mediante la correspondiente ley, pero el TS "no puede erigirse en legislador inventando excepciones donde la ley no las prevé y afectando así, sin previa *interpositio legislatoris* a la generalidad con que el derecho está consagrado a nivel constitucional"[35].

La cuestión parecía resuelta atendiendo a los argumentos de fundamento constitucional esgrimidos y a que no se había producido intervención legislativa en sentido restrictivo, tal y como contemplaba el Acuerdo y la posterior jurisprudencia del TS. Sin embargo, se vuelve a producir un nuevo giro con la STS 389/2020 10 de julio. En contra del Acuerdo de 2018, resolverá ahora el TS que la denuncia y la personación como acusación particular implican una renuncia al derecho a la dispensa que ya no puede recuperarse, aun cuando la víctima-testigo renuncie a ser parte acusadora.

Las razones esgrimidas por el TS en su cambio de posicionamiento serían, sintéticamente, las siguientes[36]: a) la interposición de denuncia, sobre todo en

35 También la STS 225/2020 25 mayo. No faltaron críticas a dicha interpretación al entender que así se debilitaba la persecución de los delitos de violencia de género. *Vid.* Villamarín López, M. L.: "El derecho a no declarar de las víctimas de violencia de género a la luz de la doctrina reciente del Tribunal Supremo", *Foro, Nueva época*, vol. 22, núm. 1, 2019, pp. 267-276.

36 Coincidimos con quienes suscriben los votos particulares en que las razones esgrimidas no justifican un cambio jurisprudencial de tal magnitud. Aceradas sobre este punto, particularmente, son las críticas que el magistrado Del Moral García formula en aras a la necesaria seguridad jurídica y la misma funcionalidad de la jurisprudencia. En la doctrina destacan las críticas de Villamarín López, M. L.: "A propósito de la reciente STS 389/2020, de 10 de julio: reinterpretando el art. 416 LECrim en el ámbito de la violencia familiar", *Diario La Ley*, núm. 9732, 2020, pp. 6 y ss.; Castillejo Manzanares, R.: "Nueva doctrina jurisprudencial sobre la dispensa del deber de declarar en violencia de género", *Diario La Ley,* 2020, núm. 9713, p. 10; Flecha

delitos de violencia de género, es incompatible con el ejercicio de la dispensa, pues supondría dejar sin contenido aquélla; b) una vez interpuesta denuncia y personada como acusación particular, la víctima renuncia a la dispensa y se entiende resuelto el conflicto que fundamenta la misma; ese estatuto ha de permanecer ya durante todo el proceso y la dispensa es irrecuperable como consecuencia de la renuncia; c) una vez expuesta la voluntad de denunciar, sin ser ello obligatorio, no hay espacio para la colisión entre el deber de declarar y posible conflicto con los vínculos familiares; d) de esta manera se evitan posibles coacciones a la víctima-testigo; e) resulta inadmisible que una persona conserve la posibilidad de tener uno u otro estatuto a expensas de su voluntad; y f) al tratarse de una excepción, debe ser interpretada restrictivamente. Por último, aunque no se incorpore como una razón más, sino como conclusión, que a nuestro entender es la más importante, señala el TS que "una adecuada protección de la víctima justifica nuestra decisión".

Como puede comprobarse sin mucho esfuerzo, son argumentos endebles para justificar el cambio de rumbo. Aunque se puede estar conforme con el resultado final (eliminar la dispensa y evitar el vacío probatorio subsiguiente) resulta incomprensible que nada se argumente acerca del fundamento que sostenía el Acuerdo de 2018 (explicado por la STS 205/2018 25 de abril), esto es, que la dispensa del art. 416 LECrim tiene un fundamento constitucional y que sólo mediante una ley, que ha de respetar su contenido esencial, pueden incorporarse posibles restricciones, pero en ningún caso por el TS. Sin embargo, contradiciendo lo anterior, hace el TS una interpretación restrictiva del ámbito de actuación del derecho a la dispensa. Pero no hay que confundir la crítica al modo cambiante de proceder del tribunal con la consecuencia o resultado últimos de dicho cambio, que satisfacen en última instancia las reclamaciones sostenidas de antiguo por los encargados de la persecución y enjuiciamiento de los delitos vinculados a la violencia de género y doméstica[37], y que coinciden, además, con la opción del legislador de la LO 8/2021, de 4 de junio.

B) La anhelada clarificación acerca de la dispensa por la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

Como se ha visto arriba, la reclamación de que procedía una reforma de la dispensa a declarar estaba ampliamente extendida, sobre todo cuando el testigo

Muñoz, J.A.: "La STS 389/2020, de 10 de julio: el antagonismo definitivo entre el derecho a la dispensa del artículo 416.1 LECRIM y el ejercicio de la acusación particular", *Diario La Ley*, núm. 9741, 2020, p. 26.

37 En efecto, no son pocas las voces que miran a los resultados de la sentencia en cuestión. Así, se entiende que se protege mejor a la víctima de violencia de género frente a coacciones del agresor y se disminuye la probabilidad de una sentencia absolutoria. *Vid.* Ruiz Rodríguez, M. A.: "La dispensa al deber de declarar (art. 416 Lecrim). Nueva vuelta de tuerca. Comentario a la Sentencia 389/2020 de 10 de julio", *Diario La Ley*, núm. 9710, 2020, p. 6; Franco Serrano, M.T.: "La declaración testifical de parientes. La dispensa a declarar de la víctima del delito. Tratamiento jurisprudencial", *Diario La Ley*, núm. 9717, 2020, pp. 11-11; Marí Farinós, E.: "La STS 389/2020, de 10 de julio y el fundamento de la dispensa del derecho a no declarar del artículo 416 LECrim", *La Ley Penal,* núm. 147, 2020, pp. 2-3.

es a su vez víctima del delito y también en los delitos de violencia de género. El argumento para la reforma no es otro que la ausencia de prueba de la acusación cuando la víctima-testigo hace uso de su derecho a la dispensa, pues su testimonio supone el medio de prueba más determinante, cuando no el único. Pues bien, esta reforma legal se ha materializado con la LO 8/2021 que tiene un ámbito de aplicación muy amplio y que no podía obviar los problemas interpretativos derivados de la dispensa y las trascendentales consecuencias prácticas que de ellos se derivan.

Pese al encabezamiento de la ley -protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia- las reformas que incorpora en materia de dispensa son más amplias y trascienden más allá de la consideración del menor. En el Preámbulo no se da cuenta detallada de las razones que impulsan la reforma en la materia. Cuando lo hace, alega que las excepciones a la dispensa de la obligación de declarar tienen como fin "proteger en el proceso penal las personas menores o con discapacidad necesitadas de especial protección". Lo anterior es cierto, pues en adelante la dispensa a declarar no dependerá exclusivamente del vínculo que exista entre el investigado y el testigo, sino también en la condición de dicho testigo y en la de la víctima (minoría de edad o discapacidad). Pero tiene un ámbito que lo supera, pues incide en el recurrente tema de qué ocurre cuando quien tiene derecho a la dispensa se persona como acusación y, en su caso, renuncia a tal condición posteriormente.

El supuesto de hecho que fundamenta con carácter general el derecho a la dispensa en la nueva redacción del art. 416 LECrim no experimenta ningún cambio más allá de la lógica supresión de la remisión a los parientes "hijos naturales" que contemplaba el inciso 3º del art. 261 LECrim. En concreto, dispone como regla general dicho precepto que están dispensados de la obligación de declarar (art. 416.1 LECrim):

"Los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil. El Juez instructor advertirá al testigo que se halle comprendido en el párrafo anterior que no tiene obligación de declarar en contra del procesado; pero que puede hacer las manifestaciones que considere oportunas, y el Letrado de la Administración de Justicia consignará la contestación que diere a esta advertencia".

Lo que ahora nos interesa en esencia es el régimen de excepciones a esta regla general de la dispensa, que sí ha incorporado importantes modificaciones. Estas excepciones podemos agruparlas en tres categorías: a) las que atienden sobre todo a la víctima y a su condición de menor de edad o discapacitado; b) las que

atienden a la condición de menor de edad o discapacitado del testigo; y c) las que atienden a la condición del testigo que realiza actuaciones procesales que implican una renuncia previa al ejercicio de la dispensa.

En la primera categoría nos hallamos con las siguientes excepciones que implican una auténtica novedad legislativa: 1º "Cuando el testigo tenga atribuida la representación legal o guarda de hecho de la víctima menor de edad o con discapacidad necesitada de especial protección"; 2º "Cuando se trate de un delito grave, el testigo sea mayor de edad y la víctima sea una persona menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección". En estos supuestos, la excepción a la dispensa de la obligación de testificar tiene fundamento en la prioridad que se concede a la tutela de la víctima menor de edad o discapacitada necesitada de especial protección frente al vínculo familiar, matrimonial o análogo del testigo. No cabe propiamente conflicto y existe obligación de declarar[38].

A la segunda categoría pertenecería el inciso 3º del art. 416 LECrim que excluye la dispensa "cuando por razón de su edad o discapacidad el testigo no pueda comprender el sentido de la dispensa. A tal efecto, el Juez oirá previamente a la persona afectada, pudiendo recabar el auxilio de peritos para resolver". Esta situación, que se resuelve relativamente en la ley, sí que ha sido objeto de cuestión en los tribunales[39]. Conforme al nuevo inciso, sin el grado de discernimiento suficiente para comprender el sentido de la dispensa, no procede su reconocimiento y tampoco, por ende, la advertencia del juez de que no existe obligación de declarar. Sin embargo, no termina de rematar el legislador dos cuestiones cruciales al respecto. En primer lugar, qué ocurre con los menores o discapacitados que sin ser parientes o hijos del investigado conviven con él. Al no existir en sentido estricto ninguno de los vínculos antedichos, no procedería, en principio, ejercicio del derecho a la dispensa. Sin embargo, sí que puede producirse un conflicto convivencial en el caso de mantener la obligación de declarar. En segundo lugar, con qué edad se puede considerar que se comprende el sentido

38 Esta reforma de la dispensa a declarar como testigo se ha de entender como un complemento de las excepciones a la dispensa de la obligación de denunciar. En efecto, junto a la no obligación de denunciar que corresponde a los unidos por vínculo matrimonial o análogo o por vínculo de parentesco, se ha incorporado en el art. 261 LECrim un nuevo párrafo que excluye de la no obligación de denuncia por vínculo los casos en que "se trate de un delito contra la vida, de un delito de homicidio, de un delito de lesiones de los artículos 149 y 150 del Código Penal, de un delito de maltrato habitual previsto en el artículo 173.2 del Código Penal, de un delito contra la libertad o contra la libertad e indemnidad sexual o de un delito de trata de seres humanos y la víctima del delito sea una persona menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección".

39 En el asunto resuelto por la STS 1061/2009 26 octubre, entendieron los tribunales de instancia y el TS que "la corta edad de la menor (seis años en el momento de la exploración) le impedía tener capacidad –por sí misma- para determinar y distinguir aquello que en su relato pudiera perjudicar a su progenitor como imputado. Con lo que la exigencia del art. 416 LECr. no sería aplicable a nuestro caso". Acerca del necesario "grado de discernimiento", *vid.* Rodríguez Lainz, J. L.: "En torno", cit., p. 33 y en *Juzgado de Violencia*, cit., pp. 301-302.

de la dispensa. Conforme a la ley será el juez quien resuelva, oyendo al afectado y pudiendo recabar el auxilio de peritos[40].

La tercera categoría de excepciones al derecho a la dispensa tiene que ver con su compatibilidad respecto de determinadas actuaciones procesales previas con las que puede entrar en conflicto. Se resuelve así la incertidumbre que generó la STS 389/2020 sobre el ejercicio de la acusación y su eficacia respecto de la dispensa en una proyección de futuro. En adelante, no podrá ejercitar la dispensa el testigo que "esté o haya estado personado en el procedimiento como acusación particular" (art. 416.1.4º LECrim). En definitiva, el ejercicio en cualquier momento de la acción penal como parte acusadora lleva implícita una renuncia al derecho a la dispensa, una renuncia con proyección futura. Idéntica proyección es la que resulta del nuevo inciso (5º) añadido al art. 416 LECrim que también ha convertido en irrecuperable el derecho a la dispensa una vez que el testigo, sin llegar a personarse como parte acusadora, renuncia a aquel derecho y acepta declarar. Exige la ley que para que la renuncia a la dispensa surta este efecto irrevocable es preciso que el testigo haya sido informado o advertido debidamente de su derecho a no declarar.

Ha de reconocerse que la reforma legal en materia de dispensa va a contribuir al aseguramiento del acervo probatorio en el que ha de incluirse el testimonio de la víctima y que resulta crucial en la mayoría de los delitos comprendidos bajo el ámbito de aplicación del Convenio de Estambul. De esa manera se contribuirá, a su vez, a disminuir el riesgo de impunidad en un contexto de escasez probatoria. Pero ello se hará a costa de la voluntad de la víctima que en un momento dado ha renunciado al ejercicio de la dispensa. Por tal motivo, no se puede desdeñar la opinión de quienes concluyen que la solución en supuestos similares no consiste tanto en "obligar a la víctima a declarar, no permitiéndola acogerse a la dispensa del 416 LECr, sino que las Administraciones competentes en esta materia, incrementen las medidas materiales y humanas de atención a la víctima para evitar que se ampare en este derecho por cuestiones distintas a su propia voluntad"[41].

40 Algunos entienden que la madurez suficiente para entender el sentido de la dispensa a que se refiere el precepto puede situarse en la edad de 14 años considerando lo dispuesto en el art. 449 ter LECrim en su nueva redacción; *vid.* Magro Servet, V.: "Análisis de la reforma procesal penal de la Ley Orgánica de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia", *Diario La Ley*, núm. 9862, 2021, p. 9. Poco antes de que se aprobara la LO 8/2021, el TS consideró en relación a la dispensa de los testigos menores que la necesidad de ponderación surgiría en la franja de edad de los 12 y los 14 años (STS 329/2021 22 abril). *Vid.* igualmente el análisis jurisprudencial sobre este punto de Maravall Buckwalter, I.: "El derecho del niño a acogerse a la dispensa del deber de declarar. Reflexiones desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos", *InDret*, núm. 1, 2019, pp. 13-17.

41 Así se expresaba con anterioridad a la reforma legal, pero comentando la STS 389/2020 10 julio, Castillejo Manzanares, R.: "Nueva doctrina", cit., p. 10. También Vacas Chalfoun, A.E.: "Dispensa del deber", cit., p. 10. López Chacón, M.J. pone su foco de atención en la necesidad de prestar una asistencia letrada adecuada y de calidad en un momento tan trascendental como es el de interponer denuncia (y renunciar a la dispensa) algo que no ocurre siempre y tampoco en las condiciones precisas de serenidad y sosiego para ello: "La STS 389/2020, de 10 de julio: el antagonismo definitivo entre el derecho a la dispensa del artículo 416.1 LECRIM y el ejercicio de la acusación particular Reflexiones sobre la STS 389/2020, de 10 de julio, en cuanto a la dispensa de la obligación de declarar de la víctima de un delito de violencia de género", *Diario La Ley*, núm. 9729, 2020, pp. 4-6.

4. Reiteración de testimonios, victimización secundaria y la prueba preconstituida (¿como posible solución?)

A) Evitación de la reiteración de testimonios en el Convenio de Estambul.

El Convenio de Estambul plantea la necesidad de un adecuado equilibrio entre dos vectores cuya existencia plantea en no pocas ocasiones problemas de compatibilidad. Se pretende, por un lado, que la investigación y persecución de los hechos delictivos que contempla sea efectiva, sin dilaciones injustificadas y sin perjuicio del derecho a la víctima a todas las fases del proceso penal. Pero, aun a sabiendas de que la propia víctima ostenta un protagonismo probatorio incuestionable, pretende que aquellos objetivos se alcancen evitándole a aquélla más perjuicios de los que sean absolutamente imprescindibles. En consonancia con lo anterior, exige el Convenio a los Estados Parte que adopten las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para salvaguardar los derechos e intereses de las víctimas, "incluidas sus necesidades específicas cuando actúen en calidad de testigos, en todas las fases de las investigaciones y procedimientos judiciales" (art. 56.1). Se mencionan de este modo una serie de objetivos-medidas que los Estados Parte han de procurar garantizar en consideración a la víctima que interviene como testigo, entre otras, amparar a aquélla ante el riesgo de una nueva victimización [a)] implícita en la participación en el procedimiento policial preliminar o en el proceso judicial (art. 56.2).

B) Preconstitución probatoria como solución. Posibles conflictos con el principio de contradicción.

De todas las medidas mencionadas, quizás la más controvertida sea la que propugna evitar la victimización secundaria que se deriva del hecho de que la víctima haya de declarar como testigo en reiteradas ocasiones y en distintas fases del proceso, procediéndose para ello a realizar una grabación de la declaración por medios audiovisuales y reproduciéndola en el juicio oral en sustitución de la que correspondería prestar en dicha fase procesal. La sustitución mencionada evitaría, en efecto, la victimización secundaria derivada de la reiteración de las declaraciones a la que se ve compelida la víctima y que está, precisamente, en el punto de mira del primer Informe GREVIO sobre España hasta el punto de "instar" –esto es, nivel de urgencia prioritario- a las autoridades españolas "evitar(se) que las víctimas atraviesen de forma repentina experiencias traumáticas durante los procesos de investigación y judiciales". La situación es, en especial, apremiante en lo que toca a los menores que hayan sido víctimas y testigos, no sólo con el objeto de velar por el superior interés del menor, sino porque también su testimonio presenta características particulares, pues a menor edad del testigo el riesgo de deterioro o degradación de la memoria es mayor, pues la misma se va desarrollando progresivamente, y también el riesgo de sugestibilidad que, además,

se incrementa igualmente por el transcurso del tiempo desde el acontecimiento[42]. En estos casos se dan, por consiguiente, razones añadidas para proceder a explorar de forma inmediata al menor y para preconstituir la prueba mediante su grabación y audiencia en el acto del juicio oral sin someter a aquél a posteriores situaciones de victimización secundaria. Procede, por lo tanto, actuar siguiendo el protocolo que ya apuntaba el Convenio de Lanzarote en tal sentido[43].

El principal obstáculo que plantea la grabación de la declaración del testigo y su reproducción en el juicio oral en sustitución de su deposición presencial es el relacionado con el derecho a la defensa y a la contradicción que corresponde al acusado y con el derecho al proceso (juicio) público y con todas las garantías. El equilibrio entre la consideración debida a la víctima-testigo, sobre todo si es menor, y los derechos correspondientes al acusado se antoja difícil de alcanzar, máxime cuando con frecuencia estas conductas delictivas tienen lugar en un contexto de clandestinidad y cuando la declaración de aquella víctima constituye la única prueba de cargo.

Tratándose de menores de edad víctimas de delitos, con frecuencia contra la indemnidad sexual, se ha admitido en la jurisprudencia la preconstitución probatoria del testimonio de aquéllas con anterioridad al juicio oral procediendo a la grabación del mismo y a su posterior reproducción en el plenario. El argumento utilizado ha sido el expuesto anteriormente, esto es, evitar la victimización secundaria y también rodear la práctica de esta diligencia de las debidas garantías ante la posible degradación de la memoria del menor y su mayor sugestibilidad con el transcurso del tiempo. En todo caso, esta medida no se ha aplicado de forma automática, sino cumpliendo una serie de requisitos entre los que destaca el debido respeto al derecho de contradicción y defensa del acusado.

42 Esta situación afectaría a los menores de 3 a 5 años. *Vid.* Álvarez Ramos, F.: "El testimonio infantil: técnicas de obtención y evaluación de su credibilidad", en AA.VV.: *Victimología: en busca de un enfoque integrador para repensar la intervención con víctimas* (dir. G. Varona Martínez), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 434-440. Sobre tales problemas se han pronunciado igualmente los tribunales españoles (SSTS 579/2019 26 noviembre; 222/2019 29 abril). A ello habría que añadir el riesgo de presiones externas o el peligro de manipulación del ánimo del menor especialmente vulnerable a posibles influencias externas. *Vid.* al respecto Ormazábal Sánchez, G.: "El derecho de confrontación del acusado con los testigos-víctima en el proceso penal español. Especial referencia al menor testigo", en AA.VV.: *La víctima menor de edad. Un estudio comparado Europa-América* (dirs. T. Armenta Deu; S. Oromí Vall-Llovera), Colex, Madrid, 2010, p. 140.

43 A saber, que: a) las entrevistas al niño tengan lugar sin demora injustificada; b) las entrevistas al niño se realicen, en su caso, en lugares concebidos o adaptados a tal fin; c) las entrevistas al niño se lleven a cabo por profesionales debidamente formados a tal efecto; d) en la medida de lo posible y siempre que sea apropiado, el niño sea siempre entrevistado por las mismas personas; e) el número de entrevistas se limite al mínimo posible y en la medida estrictamente necesaria para el desarrollo del procedimiento penal; f) el niño pueda estar acompañado por su representante legal o, en su caso, por un adulto de su elección, salvo decisión motivada en contrario respecto de dicha persona (art. 35.1). Junto a las anteriores, en inciso diferente, se añade que las entrevistas a la víctima o, en su caso, a un niño testigo de los hechos, "puedan ser grabadas en vídeo y para que dicha grabación sea admisible como medio de prueba en el procedimiento penal, de acuerdo con las normas previstas en el derecho interno" (art. 35.2). Sobre el ordenamiento español *vid.* Serrano Masip, M.: "Medidas de protección de las víctimas", en AA.VV.: *La víctima del delito* (dir. M. De Hoyos Sancho), cit., pp. 37-145.

Resulta habitual que este tipo de procedimientos comience mediante la interposición de una denuncia ante la policía y constituye este momento el primero en que la víctima-testigo ha de rememorar ante instancias oficiales el acontecimiento delictivo que resulta con frecuencia traumático. Pero la declaración hecha por la víctima ante las fuerzas de seguridad carece de valor probatorio si no se ratifica ante la autoridad judicial y no puede ser considerada para desvirtuar la presunción de inocencia aunque se haya procedido a la grabación del testimonio y su reproducción en el juicio oral[44]. La misma suerte ha de correr la declaración prestada ante la psicóloga forense adscrita al juzgado si en la misma no intervino el juez de instrucción ni las partes, en particular el imputado con su abogado para que pueda participar en el interrogatorio sumarial del testigo con garantía de la posibilidad de contradicción[45].

La posibilidad de que la declaración del testigo grabada por medios audiovisuales en la fase de instrucción pueda reproducirse en el juicio oral y pueda servir para desvirtuar la presunción de inocencia llegando a sustituir la declaración presencial prestada por aquél con inmediación ante el tribunal enjuiciador tiene su fundamento en el art. 448 LECrim[46] y en el art. 730 LECrim[47]. El primero es relativo a la forma de recibir declaración a los testigos –con especial referencia a los testigos menores de edad o personas con capacidad judicialmente modificada- y a las garantías que han de rodear la misma –sobre todo asegurando la posibilidad de contradicción de las partes- cuando se contemple la posibilidad de que el testigo no vaya a concurrir al juicio oral –prueba anticipada o preconstituida-. El segundo

44 Según el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del TS, de 3 de junio de 2015,"Las declaraciones ante los funcionarios policiales no tienen valor probatorio. No pueden operar como corroboración de los medios de prueba. Ni ser contrastadas por la vía del art. 714 de la LECrim. Ni cabe su utilización como prueba preconstituida en los términos del art. 730 de la LECrim. Tampoco pueden ser incorporadas al acervo probatorio mediante la llamada como testigos de los agentes policiales que las recogieron". También según constante jurisprudencia. Entre otras, la STS 222/2019 29 abril.

45 *Vid.* lo resuelto en la STS 222/2019 29 abril, sobre la incorporación al juicio oral bajo la forma de un informe pericial de lo que en realidad era la grabación de la declaración prestada por las víctimas-testigos ante la psicóloga forense pero sin presencia judicial ni de las partes.

46 Su párrafo primero dispone que "Si el testigo manifestare, al hacerle la prevención referida en el artículo 446, la imposibilidad de concurrir por haber de ausentarse del territorio nacional, y también en el caso en que hubiere motivo racionalmente bastante para temer su muerte o incapacidad física o intelectual antes de la apertura del juicio oral, el Juez instructor mandará practicar inmediatamente la declaración, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes. Para ello, el Secretario judicial hará saber al reo que nombre abogado en el término de veinticuatro horas, si aún no lo tuviere, o de lo contrario, que se le nombrará de oficio, para que le aconseje en el acto de recibir la declaración del testigo. Transcurrido dicho término, el Juez recibirá juramento y volverá a examinar a éste, a presencia del procesado y de su abogado defensor y a presencia, asimismo, del Fiscal y del querellante, si quisieren asistir al acto, permitiendo a éstos hacerle cuantas repreguntas tengan por conveniente, excepto las que el Juez desestime como manifiestamente impertinentes". De forma similar para el procedimiento abreviado el art. 777.2 LECrim, pero con un título habilitante más amplio, no limitado al lugar de residencia de un testigo o víctima ("*o por otro motivo*").

47 "Podrán también leerse o reproducirse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral, y las declaraciones recibidas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 448 durante la fase de investigación a las víctimas menores de edad y a las víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección". Acerca de la falta de coordinación entre tales preceptos *vid.* Serrano Masip, M.: "Medidas de protección", cit., pp. 158-159.

es relativo al modo de incorporación de esa prueba preconstituida o anticipada en el acto del juicio oral, cuando no sea posible la reproducción de las diligencias sumariales en dicho acto.

En realidad, del conjunto de los preceptos mencionados no se deriva de forma automática que se vayan a grabar las declaraciones de los testigos, menores o no, y se reproduzcan en el juicio oral en sustitución de la declaración prestada por aquéllos con inmediación ante el tribunal enjuiciador. Así lo ha establecido con claridad la jurisprudencia del TS que parte de la necesidad de respetar adecuadamente los derechos del acusado en el proceso penal, pues "en ningún caso se puede justificar prescindir de las garantías esenciales del derecho a la defensa". El principio de contradicción y el derecho de defensa no pueden desplazarse "por el simple hecho de que la víctima sea un menor de edad, esto es, la presencia de un niño en el proceso no permite un debilitamiento de las garantías procesales" (SSTS 598/2015 14 de octubre; 579/2019 26 de noviembre, entre otras).

Por consiguiente, la jurisprudencia del TC y del TS contempla como regla general que sólo las pruebas practicadas en el juicio oral son válidas para enervar la presunción de inocencia y esto es aplicable, en principio, también al menor. Para exceptuar esta regla general y para que la declaración grabada en fase sumarial y practicada como prueba preconstituida pueda sustituir a la prestada con inmediación en el juicio oral se han de dar una serie de presupuestos y requisitos que conforme a la jurisprudencia mencionada serían los siguientes: a) la existencia de una causa legítima que impida reproducir la declaración en el juicio oral; b) la necesaria intervención del juez de instrucción; c) la garantía de la posibilidad de contradicción, para lo que habrá de convocarse al abogado del imputado a fin de que pueda participar en el interrogatorio sumarial del testigo; y d) la incorporación al juicio oral del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta o mediante el visionado de la grabación de la diligencia, posibilitando que su contenido acceda al debate procesal público.

En el supuesto concreto de los menores testigos-víctimas y de la posibilidad de preconstitución probatoria mediante la grabación de su declaración en la fase de instrucción, son dos las cuestiones que han generado mayor controversia: la concurrencia de una causa legítima que justifique la no declaración en el juicio oral, por un lado, y la necesaria garantía del derecho de defensa del acusado, por otro.

Sobre el primero de los presupuestos, lo cierto es que los preceptos que hemos mencionado como fundamento se refieren a la "imposibilidad" de concurrencia (art. 448 LECrim), de práctica (art. 777.2 LECrim) o de reproducción de las diligencias sumariales (art. 730 LECrim). En el caso que nos ocupa no concurre en su literalidad dicho impedimento en la mayor parte de las ocasiones, esto es, la imposibilidad material o física de que el menor comparezca como testigo en el

juicio oral. El concepto de imposibilidad de asistir al juicio oral ha de asumir, en este caso, un sentido distinto. Así, ha entendido la jurisprudencia del TS que dentro del concepto de imposibilidad de asistencia al juicio se han de incluir los supuestos de menores víctimas de delitos sexuales "con el fin de evitar riesgos de su victimización secundaria cuando sea previsible que dicha comparecencia en juicio puede comportar daños psicológicos"[48]. La concurrencia de esta circunstancia sería razón suficiente y fundada para justificar la ausencia en el juicio oral[49]. Sin embargo, la mera condición de menor del testigo no opera automáticamente, ni justifica en todo caso dicha imposibilidad. Como ha insistido el TS, la victimización secundaria y el riesgo de daño psicológico en el caso de comparecer y verse sometido al interrogatorio de las partes no puede presumirse, sino que debe ser explícito y acreditarse mediante el correspondiente informe psicológico o mediante cualquier otra circunstancia que permita objetivar y avalar la existencia del perjuicio del menor, por lo que no existe una especie de "presunción de victimización secundaria", sino una circunstancia que ha de ponderar y valorar el tribunal en cada caso (STS 579/2019 26 de noviembre).

El segundo de los presupuestos que más controversia ha generado es el relativo a si se garantiza y en qué grado el derecho a la defensa y la debida contradicción del acusado si se toma como fundamento para enervar la presunción de inocencia una declaración no practicada en el juicio oral y público, sino grabada con anterioridad, incluso estando justificada la evitación del juicio como es el caso de los menores víctimas[50]. La garantía de la defensa y la contradicción está contemplada en los preceptos que sirven de fundamento a la prueba preconstituida o anticipada. Tanto el art. 448 LECrim para el procedimiento ordinario por delitos graves, como el art. 777.2 LECrim para el procedimiento abreviado, prevén que la declaración del testigo se practique "asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes" y el primero de los preceptos añade, además, que se ha de permitir al abogado defensor y a las restantes partes que puedan formular cuantas preguntas tengan por conveniente[51].

48 SSTS 71/2015 4 febrero; 366/2016 28 abril; 750/2016 11 octubre; 178/2018 12 abril; 579/2019 26 noviembre. También es opinión pacífica del TC (STC 57/2013, de 11 de marzo) y del TEDH (STEDH asunto *Bocos-Cuesta c. Países Bajos,* de 10 de noviembre de 2005). *Vid.* igualmente al respecto Montesinos García, A.: "La lectura o reproducción de las declaraciones sumariales de los menores en el juicio oral", en AA. VV.: *El Proceso Penal. Cuestiones Fundamentales* (coord. O. Fuentes Soriano), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 246; Maravall Buckwalter, I.: "El derecho", cit., p. 38; Blanco García, A.I.: "El nuevo régimen de la declaración de testigos del Estatuto de la Víctima del delito: reforma del artículo 433 de la LECrim", en AA. VV.: *El Proceso Penal*, cit., pp. 208-217.

49 El art. 433 LECrim, reformado igualmente por la Ley 4/2015, del Estatuto de la Víctima, se refiere al modo de recibir declaración al testigo menor o con la capacidad judicialmente modificada –con la intervención de expertos- sin hacer mención explícita alguna a la imposibilidad de su reproducción, pero imponiendo al juez la obligación de acordar la grabación de la declaración. *Vid.* al respecto Blanco García, A.I.: "El nuevo", cit., pp. 208-217.

50 Montesinos García, A.: "La lectura", cit., p. 225.

51 Acerca de la excepcionalidad de tal posibilidad *vid.* Serrano Masip, M.: "La protección del menor víctima de delito durante el interrogatorio o exploración en el proceso penal", en AA.VV.: *El proceso penal en la encrucijada. Homenaje al Dr. César Crisóstomo Barrientos Pellicer* (coord. J. L. Gómez Colomer), vol. II,

Idéntico estándar en la ponderación de los intereses del testigo menor merecedores de tutela y de los derechos a la defensa del acusado es el que cabe extraer de la jurisprudencia del TEDH acerca del derecho de todo acusado a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra y a obtener la citación e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra [art. 6.3.d) CEDH] que es un aspecto específico del derecho a un proceso equitativo (art. 6.1 CEDH). También en estos supuestos, parte el TEDH del hecho como regla general de que, conforme al art. 6 CEDH, "todas las pruebas se deben normalmente practicar en presencia del acusado, en la vista pública, con el fin de que puedan ser confrontadas". Admite, sin embargo, que la utilización como prueba de las declaraciones obtenidas en la fase de la investigación policial y de las diligencias judiciales, no entra, por sí misma, en contradicción con dicho precepto[52]. Sobre este punto reconoce el TEDH un cierto margen de arbitrio a los tribunales nacionales para decidir si es necesario o aconsejable recibir el testimonio de un testigo, dado que el art. 6 CEDH "no confiere al acusado un derecho ilimitado a exigir la comparecencia del testigo en el juicio"[53]. El TEDH admite, por consiguiente, la posibilidad de excepciones como en el supuesto de las causas penales relativas a delitos sexuales que resultan particularmente penosas para la víctima, sobre todo cuando ha de personarse en contra de su voluntad frente al acusado y cuando se trata de un menor. Por lo tanto, estima el Tribunal de Estrasburgo que para valorar si se ha sometido al acusado a un juicio con todas las garantías, debe tenerse en cuenta también el derecho a la intimidad de las supuestas víctimas[54].

Por otro lado, la no comparecencia del testigo de cargo en el acto del juicio debe ser compensada con el reconocimiento al acusado de la "oportunidad de contradecir e interrogar a un testigo que testimonie en su contra, bien en el momento en que estuviera testificando o en una fase posterior del procedimiento". Sólo de esta manera se considerarán respetados los derechos de la defensa. Pero a la hora de ponderar si el acusado ha dispuesto de un proceso equitativo, el TEDH se remite a la necesidad de considerar los intereses contrapuestos de la defensa, de la víctima y de los testigos, así como del interés público en la administración

Publicaciones de la Universitat Jaume I, Castelló de la Plana, 2015, p. 1151; Montesinos García, A.: "La lectura", cit., p. 225.

52 Decisión del TEDH en el asunto *González Nájera c. España*, de 11 de febrero de 2014; SSTEDH asunto *Bocos-Cuesta c. Países Bajos*, de 10 de noviembre de 2005; asunto *A.S. c. Finlandia*, de 28 de septiembre de 2010; asunto *Gani c. España,* de 19 de febrero de 2013.

53 Decisión TEDH asunto *González Nájera c. España*, de 11 de febrero de 2014. STEDH asunto A.S. c. Finlandia, de 28 de septiembre de 2010: "As a general rule, paragraphs 1 and 3(d) of Article 6 cannot be interpreted as requiring in all cases that questions be put directly by the accused or his lawyer, whether by means of cross-examination or by any other means, but rather that the accused must be given an adequate and proper opportunity to challenge and question a witness against him, either when he makes his statements or at a later stage".

54 *Vid.* al respecto Cossins, A.: "Cross-Examination in Child Sexual Assault Trials: Evidentiary Safeguard Or An Opportunity To Confuse?", *Melbourne University Law Review*, 2009, vol. 33, disponible en internet: http://classic.austlii.edu.au/au/journals/MelbULawRw/2009/3.html. [última consulta: 10-07-2021].

efectiva de la justicia. En este contexto, el TEDH resume de la siguiente manera las mínimas garantías (*minimum guarantees*) relativas al acusado que han de ser respetadas: a) el sospechoso debe ser informado de que va a declarar el menor; b) debe ofrecérsele la oportunidad de observar la declaración, bien durante su desarrollo, bien posteriormente en una grabación audiovisual; y c) debe disponer de la oportunidad de formularle preguntas, directa o indirectamente, en el curso de su primera entrevista o en un momento posterior[55].

La doctrina sentada por el TEDH en supuestos como los que nos ocupan ha sido asumida por nuestro TC. Así lo reconoce expresamente en varias de sus resoluciones, de modo que, como punto de partida, hemos de considerar que "en nuestra tradición jurídica la forma natural de refutar las manifestaciones incriminatorias que se vierten contra un acusado es el interrogatorio personal del testigo practicado en el acto del juicio oral". Pero admitiendo, a su vez, que "el testimonio de los menores de edad víctimas de delitos contra la libertad sexual es uno de los supuestos constitucionalmente relevantes en los que está justificada dicha modulación excepcional de las garantías de contradicción y defensa del acusado que afirma su inocencia". En estos supuestos, "resulta legítimo adoptar medidas de protección en su favor, incluso rechazar su presencia en juicio para ser personalmente interrogada" (SSTC174/2011, de 7 de noviembre; 57/2013, de 11 de marzo).

El estándar exigido por el TS para equilibrar la merma que en los derechos del acusado supone no poder confrontar el testimonio del testigo en el acto del juicio oral es, sin embargo, más elevado. Entiende, con razón, el TS que la contradicción en la fase de instrucción y la que puede tener lugar en la fase de plenario no son comparables. Dice al respecto que "por más que en la prueba preconstituida se garantizase la contradicción, se trata de una contradicción limitada y no equivalente a la propia del juicio oral". La contradicción se garantizaría en su plenitud sólo en el juicio oral, "pues sólo en ese momento se dispone de la hipótesis acusatoria formalizada y se conoce el contenido de los elementos investigativos empleados para construirla, así como el listado de los medios de prueba propuestos para verificarla". La contradicción en la prueba sumarial preconstituida es, sin embargo, distinta, pues "se produce cuando existe una simple inculpación, generalmente vaga, por cuanto el acto investigativo esencial tanto para delimitar debidamente dicha inculpación como para apoyarla tendrá lugar precisamente en este acto de preconstitución". Esta diferencia resulta esencial desde el punto de vista del derecho a la defensa que puede resultar menoscabado limitando de este modo la contradicción, pues no se conoce todavía el resultado de otras diligencias de

55 SSTEDH asunto *A.S. c. Finlandia*, de 28 de septiembre de 2010; asunto *Gani c. España*, de 19 de febrero de 2013; Decisión TEDH asunto *González Nájera c. España*, de 11 de febrero de 2014.

investigación que se practicarán en el futuro, ni datos o circunstancias relevantes cuya introducción en el interrogatorio del menor podrían resultar relevantes[56].

Esta merma en el derecho a la defensa del acusado podría mitigarse de alguna manera mediante la reproducción del soporte audiovisual que documenta la exploración del menor en el juicio oral y posibilitando someter nuevamente a contradicción la prueba. Pero como muy bien concluye el mismo TS tampoco serían equivalentes el derecho a la contradicción sobre la prueba ya formada y el derecho a la contradicción sobre la prueba en formación[57]. La situación es compleja y la solución equilibrada difícil de alcanzar[58]. Resulta preciso perfilar el momento del proceso en que resulte más adecuada la práctica de la exploración del menor teniendo en cuenta los derechos y circunstancias afectados[59].

C) La preconstitución probatoria obligatoria en la L.O. 8/2021.

Las dificultades que plantea el tratamiento de la cuestión, la complejidad en la búsqueda del necesario equilibrio entre los derechos del acusado, los de la víctima y los de la propia sociedad, derivaron en una reclamación a favor de que se abordara la misma por el legislador[60]. Esta regulación ha venido de la mano, nuevamente, de la L.O. 8/2021. De entre sus relevantes aportaciones destaca el de la incorporación en estos casos de la prueba preconstituida. No sólo se regula expresamente, sino que en dicha regulación la prueba preconstituida se configura como obligatoria, debiendo la autoridad judicial acordarla "en todo caso"[61].

Parte el legislador de la premisa de que la prueba preconstituida es un instrumento adecuado para "evitar la victimización secundaria, particularmente eficaz cuando las víctimas son personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección" (Preámbulo). Desde el punto de vista del ámbito de aplicación subjetivo de la reforma, la prueba preconstituida se acordará por la autoridad judicial, en todo caso, "cuando una persona menor de catorce años o una persona con discapacidad necesitada de especial protección deba intervenir en condición de testigo en un procedimiento judicial" (art. 449 ter. I LECrim). De este modo se amplía considerablemente el abanico de supuestos

56 STS 579/2019 26 noviembre. En la doctrina, *vid.* Serrano Masip, M.: "La protección", cit., p. 1167.

57 STS 579/2019 26 noviembre. Igualmente, Cabezudo Rodríguez, N.: *Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 155-156.

58 En un momento, además, en el que se cuestiona en la propia cultura jurídica de *commom law* que el interrogatorio cruzado (*cross-examination*) del menor sea lo más adecuado, pues aquél se utiliza de forma inapropiada para aprovecharse de la vulnerabilidad del menor dificultando su recuperación psicológica. *Vid.* Cossins, A.: "Cross-Examination", cit.

59 Serrano Masip, M.: "La protección", cit., pp. 1171-1172.

60 Reclamación de nuestros tribunales (STC 57/2013, de 11 de marzo) y también de la doctrina: Montesinos García, A.: "La lectura", cit., p. 220.

61 El Pacto de Estado contra la violencia de Género propone también "establecer el uso preceptivo de la video-grabación de las declaraciones de los/las menores para evitar la revictimización".

en los que subjetivamente procede acordar la prueba preconstituida, ya que no se trata, como en la mayoría de casos controvertidos analizados en la jurisprudencia, de menores preescolares (3-5 años), sino que se amplía esa franja de edad hasta los 14 años. Además, se añade con buen criterio el supuesto de las personas con discapacidad necesitada de especial protección.

Dentro todavía del ámbito subjetivo, conviene matizar que la preconstitución probatoria no está vinculada necesariamente a la suma de la condición de testigo y víctima de quien ha de deponer, pues los preceptos reformados o incorporados como novedad se refieren en todo caso al "testigo" menor de edad o persona con discapacidad necesitada de protección, pero no a que el mismo sea, además, víctima del delito. Lo que permite cuestionar el fundamento mismo de la reforma según el Preámbulo cuando proclama que la prueba preconstituida es "un instrumento adecuado para evitar la victimización secundaria, particularmente eficaz cuando las víctimas son personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección".

Desde el planto objetivo se produce igualmente una considerable ampliación de los delitos en que resulta procedente el recurso a la preconstitución probatoria. Si hasta ahora ha predominado el perfil de delitos de agresión sexual cometidos contra menores o personas con discapacidad, con la reforma se amplía a otros en los que se pretende, en nuestra opinión, una protección del testigo por motivos distintos a los de evitar la victimización secundaria o a los de evitar los graves perjuicios psicológicos que implica enfrentarse al acto del juicio oral con plenitud de debate. En efecto, se trata a partir de ahora de que el procedimiento judicial en el que se acuerde la prueba preconstituida "tenga por objeto la instrucción de un delito de homicidio, lesiones, contra la libertad, contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidad, contra las relaciones familiares, relativos al ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas, de organizaciones y grupos criminales y terroristas y de terrorismo" (art. 449 ter. I LECrim)[62].

Cumpliéndose ambos requisitos, subjetivo y objetivo, la ley obliga a la autoridad judicial a acordar, en todo caso, la práctica de la audiencia al menor como prueba preconstituida.

En cuanto a los requisitos formales de práctica de la prueba preconstituida, podemos distinguir dos finalidades diferentes al respecto. Por un lado, nos encontramos con las formalidades orientadas a proteger al testigo que ha de deponer para impedir o reducir los perjuicios que para el mismo puedan derivar

62 Resulta difícil de entender en este contexto la previsión contemplada en el mismo precepto *in fine* relativa a que "las medidas previstas en este artículo podrán ser aplicables cuando el delito tenga la consideración de leve".

de la práctica de la diligencia; así, procurando evitar la confrontación visual entre el menor y la persona investigada utilizando para ello, si fuera necesario, cualquier medio técnico (arts. 449 ter.III y 707.II LECrim); también contemplando la posibilidad de que la audiencia al menor se practique a través de expertos (art. 449 ter LECrim). Estas medidas ya estaban previstas con anterioridad en la norma procesal (arts. 433, 448, 707 LECrim) y fueron incorporadas mediante la Ley 4/2015, del Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito. Sin embargo, las novedades incorporadas con la LO 8/2021 obvian u olvidan la referencia expresa a la víctima (testigo) salvo en el caso del nuevo art. 730 LECrim.

Por otro lado, podemos diferenciar un segundo grupo de formalidades previstas en la práctica de la prueba con la finalidad de garantizar el derecho de defensa y la contradicción durante la misma. Tampoco constituyen en sí mismo una novedad, pues ya con anterioridad a la reforma se hacía referencia expresa a la necesidad de "asegurar en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes" en la práctica de la prueba anticipada a través de la presencia del procesado y de su abogado defensor y con la posibilidad de que las partes pudieran formular al testigo las repreguntas que considerasen convenientes y el juez estimare pertinentes (art. 448 LECrim o art. 777.2 LECrim para el procedimiento abreviado). En todo caso, lo que antes de la reforma consistía en la presencia de imputado y su abogado, ahora exige: a) que la persona investigada haya sido debidamente citada, pues en ese caso su ausencia no impedirá la práctica de la prueba preconstituida; y b) que, esté presente o no la persona investigada, es incuestionable la asistencia, "en todo caso", de su defensa letrada que podrá, sin embargo, ser sustituida por el abogado de oficio expresamente designado al efecto en los casos de incomparecencia injustificada del defensor del investigado o de concurrir razones de urgencia para proceder inmediatamente (art. 449 bis LECrim).

Garantizado de esa manera el principio de proporcionalidad, han de adoptarse igualmente las medidas de aseguramiento necesarias para que la futura reproducción de la grabación audiovisual de la víctima o testigo en el acto del juicio oral sea posible. Dispone la ley posterior a la reforma (art. 449 bis. III LECrim) que corresponde a la autoridad judicial asegurar la documentación de la declaración "en soporte apto para la grabación del sonido y la imagen". Se añade a lo anterior algo que, por obvio, no resulta menos importante atendiendo a las incidencias que se producen a diario en nuestros tribunales, y es que deberá el LAJ "comprobar la calidad de la grabación" y ha de hacerlo inmediatamente al objeto de evitar

desagradables sorpresas en el futuro[63]. Este último autorizará igualmente acta sucinta con la identificación y forma de todas las personas intervinientes[64].

Por último, nos encontramos con los requisitos que han de cumplimentarse para la posible valoración de la prueba preconstituida. La principal novedad incorporada por la LO 8/2021, junto a la obligatoriedad de que el juez acuerde la prueba preconstituida siendo el testigo menor de catorce años o persona discapacitada, es que como regla general no será necesaria la presencia de éste en la vista. Es decir, si existe prueba preconstituida conforme a lo visto hasta ahora, se sustituye la presencia física del testigo y su declaración ante el tribunal enjuiciador por la reproducción, en su lugar, de la grabación audiovisual[65] que contiene dicha declaración practicada con la debida contradicción. Evidentemente, y con pleno respeto del principio de aportación de prueba a instancia de parte, la reproducción de la grabación en el juicio ha de ser solicitada expresamente por aquélla a la que interese (arts. 703 bis, 730.2 y 788.2 LECrim).

Ahora bien, siendo la regla general la no necesaria presencia del testigo menor de catorce años o persona discapacitada en el acto de la vista si ya existe una prueba preconstituida, ha optado el legislador, con acierto en nuestra opinión, por no revestir esa regla general de tintes absolutos o categóricos. Esto es, se admiten excepciones. Así, dispone el nuevo art. 703 bis LECrim que la autoridad judicial "solo" podrá acordar la intervención del testigo en el acto del juicio "con carácter excepcional". Contempla el legislador al respecto dos situaciones distintas de forma un tanto confusa. Por un lado, cuando la intervención en juicio del testigo menor de catorce años o discapacitado: a) sea interesada por alguna de las partes; b) se considere necesaria por el juez; y c) así lo justifique en una resolución motivada (párrafo segundo). Por otro lado, cuando la misma intervención en juicio sea acordada por la autoridad judicial encargada del enjuiciamiento a instancia de parte "cuando la prueba preconstituida no reúna todos los requisitos previstos en el artículo 449 bis y cause indefensión a alguna de las partes" (párrafo tercero)[66].

63 *Vid.* sobre las garantías de autenticidad e integridad de las grabaciones y el control de su adecuado funcionamiento, los importantes pronunciamientos del TS (SSTS 529/2017 11 julio; 84/2018 15 febrero) y el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de dicha Sala, de 24 de mayo de 2017.

64 En opinión de Martínez Guerrero, A. la referencia al acta sucinta supone un elemento distorsionador si supone la presencia del LAJ durante el acto. "Comentario al nuevo artículo 449 bis LECrim", *Diario La Ley*, núm. 9872, 2021, pp. 3-7.

65 La reproducción en el juicio oral de la grabación audiovisual otorga más criterios de valoración al órgano de enjuiciamiento que la mera lectura de las declaraciones del testigo. *Vid.* Magro Servet, V.: "Análisis de", cit., p. 13.

66 Los dos supuestos recogidos en dos párrafos distintos están planteados un tanto confusa. Los requisitos del primer supuesto (necesidad, resolución motivada, petición de parte) son trasladables, entendemos, al segundo supuesto. En el segundo supuesto, además, no entendemos el empleo de la conjunción copulativa para ambos presupuestos, pues consideramos que con la concurrencia de cualquiera de ellos sería deseable excluir la prueba preconstituida.

La incorporación de cierta flexibilidad es de agradecer para poder considerar las circunstancias particulares concurrentes en cada caso. A la diferente eficacia de la contradicción plena o limitada hemos de añadir que el legislador ha optado por una franja de edad muy amplia. Menores de catorce años. Dice el Preámbulo que se trata de evitar que el lapso temporal entre la primera declaración y la fecha del juicio oral "afecten a la calidad del relato, así como la victimización secundaria de víctimas especialmente vulnerables". Pero hemos visto que, por regla general, el riesgo de deterioro de la memoria y de sugestibilidad del testigo infantil se centra en la edad preescolar y que a partir de los cinco años los recuerdos son cualitativamente iguales a los de los adultos[67]. La misma exigencia de ponderación puede derivarse de la particular consideración en cada caso del testigo con discapacidad necesitada de especial protección y de sus circunstancias. Por último, no hay que perder de vista que los preceptos que se incorporan en la LECrim con la reforma se refieren constantemente al testigo. No al testigo víctima del delito (sí el Preámbulo, en cambio). Es un error que hay que corregir inmediatamente en nuestra opinión. Los tribunales nacionales y sobre todo el TEDH han sido comprensivos con la limitación del derecho del acusado a confrontar la declaración del testigo en un juicio público [arts. 6.1 y 6.3.d) CEDH], pero en circunstancias muy particulares y siempre, o casi siempre, atendiendo al sufrimiento añadido y a las dificultades de recuperación psicológica que la declaración en la vista puede reportar a la víctima. Aunque la referencia al testigo-víctima se sugiere en el articulado, no estaría de más una mención expresa al respecto.

67 Álvarez Ramos, F.: "El testimonio", cit., pp. 434-439.

BIBLIOGRAFÍA

ALMODÓVAR PUIG, B.: *Delitos perseguibles a instancia de parte. Respuestas materiales y procesales*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.

ÁLVAREZ RAMOS, F.: "El testimonio infantil: técnicas de obtención y evaluación de su credibilidad", en AA.VV.: *Victimología: en busca de un enfoque integrador para repensar la intervención con víctimas* (dir. G. VARONA MARTÍNEZ), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018.

BELTRÁN MONTOLIU, A.: "Víctima de violencia de género y la dispensa del art. 416 LECrim: Evolución jurisprudencial", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 19, 2018.

BLANCO GARCÍA, A. I.: "El nuevo régimen de la declaración de testigos del Estatuto de la Víctima del delito: reforma del artículo 433 de la LECrim", en AA. VV.: *El Proceso Penal. Cuestiones Fundamentales* (coord. O. FUENTES SORIANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

CABEZUDO RODRÍGUEZ, N.: *Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

CASTILLEJO MANZANARES, R. y SERRANO MASIP, M.: "Denuncia y dispensa del deber de declarar", en AA.VV.: *Violencia de Género y Justicia* (dir. R. CASTILLEJO MANZANARES), Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2013.

CASTILLEJO MANZANARES, R.: "Nueva doctrina jurisprudencial sobre la dispensa del deber de declarar en violencia de género", *Diario La Ley,* núm. 9713, 2020.

COSSINS, A.: "Cross-Examination in Child Sexual Assault Trials: Evidentiary Safeguard Or An Opportunity To Confuse?", *Melbourne University Law Review*, 2009, vol. 33, disponible en internet: http://classic.austlii.edu.au/au/journals/MelbULawRw/2009/3.html [última consulta: 10-07-2021].

DÍAZ MORGADO, C.: "Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales", en AA.VV.: *Comentarios al Código Penal: reforma LO 1/2015 y LO 2/2015* (dir. M. CORCOY BIDASOLO Y S. MIR PUIG), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

ETXEBERRIA GURIDI, J.F.: "La LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN", *Diario La Ley*, núm. 6901, 2008.

Flecha Muñoz, J.A.: "La STS 389/2020, de 10 de julio: el antagonismo definitivo entre el derecho a la dispensa del artículo 416.1 LECRIM y el ejercicio de la acusación particular", *Diario La Ley*, núm. 9741, 2020.

Franco Serrano, M.T.: "La declaración testifical de parientes. La dispensa a declarar de la víctima del delito. Tratamiento jurisprudencial", *Diario La Ley*, núm. 9717, 2020.

Gimeno Sendra, V.: *Derecho Procesal Penal*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2ª ed., 2015.

Gómez Colomer, J. L.: *Estatuto jurídico de la víctima del delito*, Aranzadi, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2015.

Gónzalez Cussac, J. L.: "Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio", en AA.VV.: *Derecho Penal. Parte Especial* (coord. J. L. Gónzalez Cussac), Tirant lo Blanch, 6ª ed., Valencia, 2019.

González Rus, J. J.: "La reforma de las agresiones sexuales", *Diario La Ley*, núm. 9790, 2021.

Gudín Rodríguez-Magariños, F.: "El silencio procesal de las víctimas: ¿caballo de Troya para futuros maltratos?", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 779, 2009.

Hernández García, J.: "La facultad de abstención del deber de declarar por vínculos personales con la persona acusada", *Estudios de Derecho Judicial, "La valoración del daño en las víctimas de la violencia de género"*, núm. 139, 2007.

Herrero Álvarez, S.: "El ajetreo jurisprudencial sobre la dispensa del deber de declarar en procesos por violencia de género: la Sentencia 389/2020 de 10 de julio", *Diario La Ley*, núm. 9693, 2020.

Herrero Yuste, M.: "Violencia de género y art. 416 de la LECrim", *La Ley Penal*, núm. 24, 2006.

Líbano Beristain, A.: "Obtención (coactiva) de perfiles genéticos de condenados con fines de inclusión en la base de datos policial de ADN", en AA.VV.: *Nuevos horizontes del Derecho Procesal. Libro-homenaje al Prof. Ernesto Pedraz Penalva* (dirs. M. Jimeno Bulnes; J. Pérez Gil), Bosch Editor, Barcelona, 2016.

Líbano Beristain, A.: "La perseguibilidad a instancia de parte como proyección de las facultades de la víctima", en AA.VV.: *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales* (dir. M. De Hoyos Sancho), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017.

López Chacón, M. J.: "La STS 389/2020, de 10 de julio: el antagonismo definitivo entre el derecho a la dispensa del artículo 416.1 LECRIM y el ejercicio de la acusación particular Reflexiones sobre la STS 389/2020, de 10 de julio, en cuanto a la dispensa de la obligación de declarar de la víctima de un delito de violencia de género", *Diario La Ley*, núm. 9729, 2020.

Magro Servet, V.:

- "Análisis de la reforma procesal penal de la Ley Orgánica de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia", *Diario La Ley*, núm. 9862, 2021.

- "La imposibilidad de conceder a las víctimas de la violencia de género la dispensa de declarar contra sus agresores (artículo 416 LECrim.): ¿Es necesaria una reforma legal?", *Diario La Ley*, núm. 6333, 2005.

Maravall Buckwalter, I.: "El derecho del niño a acogerse a la dispensa del deber de declarar. Reflexiones desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos", *InDret*¸ núm. 1, 2019.

Marí Farinós, E.: "La STS 389/2020, de 10 de julio y el fundamento de la dispensa del derecho a no declarar del artículo 416 LECrim", *La Ley Penal,* núm. 147, 2020.

Martínez Guerrero, A.: "Comentario al nuevo artículo 449 bis LECrim", *Diario La Ley*, núm. 9872, 2021.

Miranda Estrampes, M.: "Particularidades de la prueba en los delitos de violencia de género", AA.VV.: *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales* (coord. M. De Hoyos Sancho), Lex Nova, Valladolid, 2009.

Montesinos García, A.: "La lectura o reproducción de las declaraciones sumariales de los menores en el juicio oral", en AA. VV.: *El Proceso Penal. Cuestiones Fundamentales* (coord. O. Fuentes Soriano), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

Morales Prats, F. y García Albero, R.: "Capítulo VI. Disposiciones comunes a los capítulos anteriores", en AA.VV.: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (dir. G. Quintero Olivares), Aranzadi, 10ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2016.

Navarro Villanueva, C.: "La protección del testimonio de la mujer víctima de violencia de género", en AA.VV.: *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales* (coord. M. De Hoyos Sancho), Lex Nova, Valladolid, 2009.

Ormazábal Sánchez, G.: "El derecho de confrontación del acusado con los testigos-víctima en el proceso penal español. Especial referencia al menor testigo", en AA.VV.: *La víctima menor de edad. Un estudio comparado Europa-América* (dirs. T. Armenta Deu; S. Oromí Vall-Llovera), Colex, Madrid, 2010.

Pérez Cara, M. L.; Bembribe Serrano, J.; Ramos Tapia, I.: "La protección frente a los efectos de la victimización secundaria en el proceso penal con menores víctimas de abuso sexual: un análisis mediante revisión de sentencias", *Revista Electrónica de Criminología*, vol. 4, 2019.

Pérez Cebadera, M. A.: "Particularidades en el procedimiento para el enjuiciamiento de los delitos y faltas de violencia de género", en AA.VV.: *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género* (coord. J. L. Gómez Colomer), Publicaciones de la Universidad Jaume I, Castellón, 2007.

Rodríguez Lainz, J. L.:

- "Dispensa del deber de declarar contra parientes (Comentario a la STC 94/2010, de 15 de noviembre)", *Diario La Ley*, núm. 7577, 2011.

- "En torno a la evolución normativa y jurisprudencial de la dispensa del deber de declarar en contra de pariente", *Revista de Derecho de Familia*, núm. 46, 2010.

- *Juzgado de Violencia sobre la Mujer y Juzgado de Guardia*, Bosch, Barcelona, 2006.

Romeo Casabona, C. M.: *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos: especial consideración a su comisión en conexión con las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

Ruiz Rodríguez, M. A.: "La dispensa al deber de declarar (art. 416 Lecrim). Nueva vuelta de tuerca. Comentario a la Sentencia 389/2020 de 10 de julio", *Diario La Ley*, núm. 9710, 2020.

Serrano Masip, M.: "Una justicia europea adaptada al menor: exploración de menores víctimas o testigos en la fase preliminar del proceso penal", *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 2, 2013.

Serrano Masip, M.: "La protección del menor víctima de delito durante el interrogatorio o exploración en el proceso penal", en AA.VV.: *El proceso penal en la encrucijada. Homenaje al Dr. César Crisóstomo Barrientos Pellicer* (coord. J. L. Gómez Colomer), vol. II, Publicaciones de la Universitat Jaume I, Castelló de la Plana, 2015.

SERRANO MASIP, M.: "Medidas de protección de las víctimas", en AA.VV.: *La víctima del delito* (dir. M. DE HOYOS SANCHO), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017.

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.: "La protección de las víctimas especialmente vulnerables en los delitos sexuales", en AA.VV.: *Victimología: en busca de un enfoque integrador para repensar la intervención con víctimas* (dir. G. VARONA MARTÍNEZ), Aranzadi/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2018.

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J. y ECHEBURUA ODRIOZOLA, E.: "Los menores víctimas de abuso sexual en el proceso judicial: el control de la victimización secundaria y las garantías jurídicas de los acusados", *Anuario de Psicología Jurídica,* vol. 28, núm. 1º, 2018.

VACAS CHALFOUN, Á. E.: "Dispensa del deber de declarar de familiares: evolución jurisprudencial y propuestas de actuación en materia de violencia sobre la mujer y violencia doméstica. Posible nulidad de la dispensa viciada por intimidación", *La Ley Penal*, 2020, núm. 146.

VILLAMARÍN LÓPEZ, M. L.:

- "A propósito de la reciente STS 389/2020, de 10 de julio: reinterpretando el art. 416 LECrim en el ámbito de la violencia familiar", *Diario La Ley*, núm. 973, 2020.

- "El derecho a no declarar de las víctimas de violencia de género a la luz de la doctrina reciente del Tribunal Supremo", *Foro, Nueva época*, vol. 22, núm. 1, 2019.

VISTAS TELEMÁTICAS Y PLATAFORMAS DIGITALES: ALGUNAS CUESTIONES

TELEMATIC VIEWS AND DIGITAL PLATFORMS: SOME QUESTIONS

Rev. Boliv. de Derecho Nº 33, enero 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 364-401

Carolina
SANCHIS
CRESPO

ARTÍCULO RECIBIDO: 29 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 30 de noviembre de 2021

RESUMEN: La situación producida por la pandemia causada por el coronavirus, ha dejado su impronta en el modo de llevar a cabo la actividad cotidiana de nuestros juzgados y tribunales. Así, frente a la ordinaria realización de los juicios presenciales, ha sido frecuente la aparición de actuaciones judiciales telemáticas propiciadas por la nueva legislación. En este artículo se pretende dar respuesta a la siguiente pregunta: ¿se respetan los principios y derechos fundamentales del proceso con estas nuevas regulaciones?

PALABRAS CLAVE: coronavirus; juicios telemáticos; principios procesales; derechos fundamentales procesales.

ABSTRACT: *The situation produced by the coronavirus pandemic has left its footprint on the way we carry out our courts and tribunals daily activity. Thus, contrary to the ordinary face-to-face trials conduct, the appearance of electronic judicial proceedings prompted by the new legislation was frequent. This paper aims to answer the following question: are the principles and fundamental rights of the process respected under these new regulations?*

KEY WORDS: coronavirus; telematic trials; procedural principles; fundamental procedural rights.

SUMARIO.- I. LA IRRUPCIÓN DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES EN EL ÁMBITO JUDICIAL.-II. REQUISITOS TÉCNICOS DE LAS ACTUACIONES JUDICIALES TELEMÁTICAS.-1. Tecnologías aplicables.- *A) Los sistemas de grabación de vistas.- B) Los mecanismos de acceso a la documentación.- C) La sede judicial electrónica*.- 2. Seguridad.-3. Organización.- 4. Verificación del cumplimiento de los requisitos técnicos.- III. ALGUNAS CUESTIONES QUE SUSCITAN LAS ACTUACIONES JUDICIALES TELEMÁTICAS MEDIANTE PLATAFORMAS DIGITALES.- 1. Respecto a los principios estructurales del proceso.-A) Contradicción.- B) Igualdad.-2. Respecto a los principios del procedimiento.- *A) Inmediación.- B) Publicidad y ¿confidencialidad?*- 3. Respecto a los derechos fundamentales del proceso: el derecho de defensa.- 4. Respecto a la calidad de la prueba: intervención de partes, testigos y peritos.- *A) El lugar de la conexión.- B) La identificación de los intervinientes.- C) La sinceridad de los testigos*- IV. CONSIDERACIÓN FINAL.

I. LA IRRUPCIÓN DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES EN EL ÁMBITO JUDICIAL.

Las plataformas digitales pueden ser definidas como una herramienta de carácter digital que tiene dos características principales. A través de ella se ofrecen productos y servicios (por ejemplo, mercados digitales, motores de búsqueda, sistemas de pago, etc.) y se facilita la interacción, mediante el servicio provisto y a través de Internet, entre dos o más conjuntos de usuarios diferentes pero interdependientes (pueden ser empresas, individuos, Administraciones Públicas o instituciones de cualquier tipo)[1].

El uso de las plataformas digitales como un servicio que procura la realización de juicios telemáticos o de parte de ellos -lo que denominaremos actuaciones judiciales o vistas telemáticas-, se ha convertido en uno de los logros recientes implementados por la legislación post-covid.

No es que antes de esta situación de emergencia no estuvieran previstos legalmente los actos procesales telemáticos. Sí que lo estaban, y se llevaban a cabo, especialmente, en proceso penal. Así, el art. 731 bis LECrim disponía que "El Tribunal, de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de

1 Definición accesible en Guías Jurídicas Wolters Kluwer, voz: plataforma digital, consultado el 3/11/ 2021.

• Carolina Sanchis Crespo
Catedrática de Derecho Procesal de la Universitat de València. Docente en Universidades de Irlanda, Finlandia, Cuba, Bolivia, Argentina, México y Costa Rica. Estancias investigadoras en Universidades de Italia, Alemania, Irlanda y Estados Unidos. Autora de 7 libros siendo el último de los mismos: Delincuencia informática. Tipos delictivos e investigación. Con jurisprudencia tras la reforma procesal y penal de 2015, Ed. Tirant lo Blanch, 2019, 823 pp. Libro en coautoría con Eloy Velasco Núñez. Directora y coautora de 3 libros colectivos sobre fraude electrónico. Autora de más de 40 artículos científicos especializados en Derecho Procesal publicados en Revistas españolas y extranjeras. Autora de más de 15 capítulos en libros colectivos. Conferenciante en congresos internacionales y nacionales en los últimos 25 años. Directora de 2 Proyectos de investigación y participante como equipo en otros 12. Correo electrónico: carolina.sanchis@uv.es.

orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como imputado, testigo, perito, o en otra condición resulte gravosa o perjudicial, y, especialmente, cuando se trate de un menor, podrá acordar que su actuación se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 229 de la Ley Orgánica del Poder Judicial"[2].

Por su parte ese artículo de la LOPJ establecía que tales actuaciones "(…) podrán realizarse a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional (…) y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el juez o tribunal. En estos casos, el secretario judicial del juzgado o tribunal que haya acordado la medida acreditará desde la propia sede judicial la identidad de las personas que intervengan a través de la videoconferencia mediante la previa remisión o la exhibición directa de documentación, por conocimiento personal o por cualquier otro medio procesal idóneo".

A su vez, el art. 230.1 LOPJ dispone, en su redacción dada por LO 4/2018, de 28 de diciembre, que "los juzgados y los tribunales y las fiscalías están obligados a utilizar cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, puestos a su disposición para el desarrollo de su actividad y ejercicio de sus funciones (…). Las instrucciones generales o singulares de uso de las nuevas tecnologías que el Consejo General del Poder Judicial o la Fiscalía General del Estado dirijan a los jueces y magistrados o a los fiscales, respectivamente, determinando su utilización, serán de obligado cumplimiento".

Sin embargo, como adelantábamos, la situación de pandemia ha hecho resurgir vigorosamente la necesidad de practicar actuaciones de modo telemático en aras de evitar el contacto personal que conlleva el riesgo de propagación de la enfermedad, ineludible en los juicios presenciales.

De esta forma, el legislador comenzó a apostar por este modo de proceder en el derogado RD 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. En él, su art. 19 disponía que:

2 En los mismos términos se pronuncia el art. 325 LECrim, pero referido a la instrucción de las causas.

"1. Durante la vigencia del estado de alarma[3] y hasta tres meses después de su finalización, constituido el Juzgado o Tribunal en su sede, los actos de juicio, comparecencias, declaraciones y vistas, y, en general, todos los actos procesales, se realizarán preferentemente mediante presencia telemática, siempre que los Juzgados, Tribunales y Fiscalías tengan a su disposición los medios técnicos necesarios para ello.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, en el orden jurisdiccional penal será necesaria la presencia física del acusado en los juicios por delito grave. (…)".

El primer juicio que se realizó telemáticamente basado en él, tuvo lugar el 11 de mayo de 2020, poco después de entrar en vigor el RD. En ese mismo mes, en una comparecencia a petición propia ante la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, el ministro del ramo informó de que, desde que se celebró en nuestro país ese primer juicio telemático, se habían producido 300.000 comparecencias virtuales[4].

Posteriormente el RD 16/2020 fue derogado por la 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. En su art. 14 dispone lo siguiente:

"1. Hasta el 20 de junio de 2021 inclusive, constituido el juzgado o tribunal en su sede, los actos de juicio, comparecencias, declaraciones y vistas, y, en general, todos los actos procesales, se realizarán preferentemente mediante presencia telemática, siempre que los juzgados, tribunales y fiscalías tengan a su disposición los medios técnicos necesarios para ello.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, en el orden jurisdiccional penal será necesaria la presencia física del acusado en los juicios por delito grave.

También se requerirá la presencia física del investigado o acusado, a petición propia o de su defensa letrada, en la audiencia prevista en el art. 505 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal cuando cualquiera de las acusaciones interese su prisión provisional o en los juicios cuando alguna de las acusaciones solicite pena de prisión superior a los dos años, salvo que concurran causas justificadas o de fuerza mayor que lo impidan.

3 El primer estado de alarma fue posteriormente declarado inconstitucional por la STC 148/2021, de 14 de julio. Resolvía el recurso de inconstitucionalidad 2054-2020, interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Vox del Congreso de los Diputados, en relación con diversos preceptos del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Posteriormente, el segundo estado de alarma decretado por el Gobierno fue declarado parcialmente inconstitucional por STC 183/2021, de 27 de octubre.

4 Consejo General de la Abogacía Española: "Primer año de juicios telemáticos: 300.000 comparecencias virtuales", accesible en Internet, consultado el 10/11/2021

Cuando se disponga la presencia física del acusado o del investigado, será también necesaria la presencia física de su defensa letrada, a petición de esta o del propio acusado o investigado. (…).

5. Se adoptarán las medidas necesarias para asegurar que en el uso de métodos telemáticos se garantizan los derechos de todas las partes del proceso. En especial, deberá garantizarse en todo caso el derecho de defensa de los acusados e investigados en los procedimientos penales, en particular, el derecho a la asistencia letrada efectiva, a la interpretación y traducción y a la información y acceso a los expedientes judiciales.

6. En los actos que se celebren mediante presencia telemática, el juez o letrado de la Administración de Justicia ante quien se celebran podrá decidir la asistencia presencial a la sede del juzgado o tribunal de los comparecientes que estime necesarios".

Si comparamos el contenido de este art. 14 de la Ley 3/2020 con el del art. 19 del RD 16/2020 observaremos que los apartados 1 y el 2 -en lo referente a los juicios por delito grave-, son idénticos. Sin embargo, el precepto de la nueva Ley requiere también la presencia física del investigado o acusado para la audiencia de prisión provisional y cuando la pena de prisión solicitada sea superior a los dos años. Por otro lado, el texto de la Ley, pone el énfasis en garantizar los derechos de todas las partes cuando se opte por el uso de medios telemáticos y permite que, aunque un acto se celebre de forma telemática, los comparecientes asistan presencialmente.

En conclusión: la dicción del art. 14 de la Ley 3/2020 es más restrictiva respecto al uso de medios telemáticos de lo que lo era su homóloga en el derogado RD. Este retroceso merece un juicio negativo a nuestro parecer porque pensamos que está suficientemente garantizado el derecho de defensa -con la exclusiva salvedad de presencia física para los delitos graves-, sin necesidad de extenderlo a los que lleven aparejadas penas de más de 2 años. Asimismo, la comparecencia de la prisión provisional puede realizarse sin merma de tal derecho si se lleva a cabo telemáticamente.

Hay que hacer notar que la vigencia del art. 14 de la Ley junto con el resto de artículos del Capítulo III -relativo a medidas organizativas y tecnológicas-, se ha extendido más allá del 20 de junio de 2021 y hasta el momento de escribir estas líneas. En efecto, la Disposición transitoria segunda de la Ley supedita la aplicación al mantenimiento de la crisis sanitaria que finalizará solo cuando el Gobierno declare de manera motivada y de acuerdo con la evidencia científica disponible -previo informe del Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias-, la finalización de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. De

modo que, en tanto persista la situación de crisis sanitaria, las medidas serán aplicables.

Así lo confirma la Circular 3/2021 del Secretario General de la Administración de Justicia, de información sobre las medidas organizativas y tecnológicas previstas en el Capítulo III de la 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. "En el momento actual seguimos inmersos en una crisis sanitaria, una pandemia, como ha declarado la Organización Mundial de la Salud, y es necesario, como ya se contempló en la Ley 3/2020, que sigan vigentes las previsiones en materia de medidas organizativas y tecnológicas contenidas en su Capítulo III para el buen funcionamiento de la Administración de Justicia hasta que, (…), el Gobierno declare (…) la finalización de la crisis sanitaria".

En cualquier caso, se carece todavía del esperado Proyecto de Ley que prometía la Disposición Final 3ª de la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia. Según ella -que lleva el marbete "Regulación del uso de los sistemas de videoconferencia en la Administración de Justicia"-, "El Gobierno presentará un proyecto de ley que regule de manera integral el uso de los sistemas de videoconferencia en la Administración de Justicia". La Ley entró en vigor el 7 de julio de 2011, hace ya más de diez años y… ni rastro del esperado Proyecto. Ese silencio clamoroso nos da una idea elocuente de cuál es la importancia real que los distintos gobiernos de la nación prestan a la Administración de Justicia[5].

Para concluir este punto sobre la irrupción de las plataformas digitales, resta indicar que las plataformas usadas para la realización de actos procesales son distintas según se trate de órganos jurisdiccionales radicados en territorio de CCAA de ámbito competencial del Ministerio de Justicia o no.

La Guía para la celebración de actuaciones judiciales con medios telemáticos en el ámbito competencial del Ministerio de Justicia, dispone que, como sistema de videoconferencia, se utilizará el puesto a disposición del órgano judicial por parte del Ministerio de Justicia que no es otro que el *Cisco Meeting*. No se utilizarán aquellas plataformas de comunicación, públicas o privadas, que no hayan sido autorizadas previamente por la Dirección General del Transformación Digital de la Administración de Justicia.

5 Existe en estos momentos un Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Digital del Servicio Público de Justicia, en el que se regulan las actuaciones judiciales no presenciales. Este Anteproyecto prevé la derogación expresa de la Ley 18/2011, de 5 de julio. Su entrada en vigor está prevista para el 1 de enero de 2023 excepto un grupo de artículos que lo harán el 1 de enero de 2025. En fin, como reza el dicho popular, las cosas de palacio van despacio…

Por su parte, la Guía para la celebración de actuaciones judiciales telemáticas del CGPJ, indica en su Anexo que considerando las exigencias establecidas en el art. 229.3 LOPJ, no podrán utilizarse para las declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes y ratificación de las periciales, las videoconferencias de baja calidad como *Skype*, *Teams*, *Zoom*, etc. Para estos casos debe utilizarse la videoconferencia de calidad. La Guía no indica qué plataformas pueden ser consideradas como aptas para ser soporte de una videoconferencia de calidad, sino que remite a las Administraciones prestacionales la implementación de los sistemas tecnológicos teniendo en cuenta los requerimientos mínimos establecidos por el CGPJ[6].

II. REQUISITOS TÉCNICOS DE LAS ACTUACIONES JUDICIALES TELEMÁTICAS.

Ateniéndonos a lo dispuesto en el Anexo de la Guía para la celebración de actuaciones judiciales telemáticas del CGPJ[7], se exigen unos requisitos técnicos mínimos para poder utilizar las plataformas de videoconferencia en los juicios con garantías. A este respecto cabe distinguir entre las tecnologías aplicables, la seguridad, la organización y la verificación del cumplimiento de los requisitos técnicos.

1. Tecnologías aplicables.

El sistema de gestión procesal almacena y gestiona todos los documentos de un procedimiento judicial incluidos a lo largo de su vida procesal. Estos documentos deben ser mostrados en el acto procesal virtual, por ejemplo, en una vista pública. Se considera, pues, imprescindible que los recursos tecnológicos elegidos sean de calidad y estén integrados entre sí. Entre ellos, cabe destacar los sistemas de grabación de vistas, los mecanismos de acceso a la documentación y la sede judicial electrónica. Veámoslos a continuación.

A) Los sistemas de grabación de vistas.

Los sistemas de grabación de vistas son herramientas imprescindibles para poder celebrar actos procesales virtuales. Permiten grabar los actos procesales y generar copias para las partes, facilitan la firma electrónica de la vista por parte del LAJ garantizando la integridad de lo grabado y permiten marcar secuencias determinadas para simplificar el visionado posterior.

6 Los requerimientos mínimos según el Anexo a la Guía son; para el tipo de comunicación IP y para el ancho de banda: RDSI de 3 líneas, IP aconsejable 768Kb hasta 2Mb (bidireccional) e imagen de calidad HD (1080p) preferible Full HD.

7 En este epígrafe II, se sintetizan los requisitos técnicos de los juicios y actos procesales telemáticos de acuerdo con lo dispuesto en la Guía.

Estos sistemas están integrados a su vez con el sistema de gestión procesal y se complementan con: suficientes pantallas de gran tamaño y de alta resolución; micrófonos omnidireccionales; cámaras también de alta resolución y ordenadores en las salas de vistas. Todo ello para que la calidad de las grabaciones sea la necesaria y no haya problemas de visualización por parte de los asistentes y sea posible acceder a los expedientes judiciales y/o mostrar documentos.

Las plataformas que ofrecen sistemas de videoconferencias para ser aptas en este entorno deben ser de calidad. Estas herramientas permitirán a los intervinientes conectarse de forma remota con la sede física donde esté constituido el tribunal.

Estos sistemas de videoconferencias se consideran de calidad cuando permiten "la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el juez o tribunal" (art. 229.3 LOPJ).

Las salas virtuales o videoconferencias de baja calidad (*Skype, Teams, Zoom*, etc.), carecen de las características mencionadas por lo que no serán utilizadas para las declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes y ratificación de las periciales. Sí puede considerarse su uso en actuaciones internas, como las deliberaciones del tribunal o actuaciones externas, como aquellas llevadas a cabo con exclusiva intervención de operadores jurídicos.

B) Los mecanismos de acceso a la documentación.

Es imperativo asegurar que toda la documentación asociada al proceso permanece guardada de forma segura y está disponible siempre que sea requerida.

Si la integración con el sistema de gestión procesal de todas las herramientas proporciona esta seguridad y permite la exhibición de documentos que las partes puedan presentar en el momento de la vista o su descarga y distribución, este es el mecanismo a utilizar. Si no fuera así, puede ser necesario recurrir a otras posibilidades, como la gestión de documentos seguros en plataformas de nube. Caso de ser imprescindible el uso de esta herramienta, deberá adaptarse a las condiciones de seguridad de la Guía que tiene publicada a tal efecto la AEPD.

C) La sede judicial electrónica.

El tercer recurso tecnológico al que nos referíamos es la conocida como sede judicial electrónica. Se trata de una dirección electrónica disponible para los ciudadanos a través de redes de telecomunicaciones cuya titularidad, gestión y

administración corresponde a cada una de las Administraciones competentes en materia de justicia.

La sede judicial electrónica ofrece los servicios de la Administración de Justicia a los que pueden acceder los ciudadanos y los operadores jurídicos. Se realizarán a través de estas sedes, por ejemplo: el acceso al estado de la tramitación del expediente; la publicación electrónica de resoluciones; la autenticación de la Administración de Justicia o de los ciudadanos y profesionales, etc.

Cuando los actos procesales deban realizarse en audiencia pública, la sede electrónica se revela como el mejor modo de garantizar la difusión de la información, cumpliendo así con la exigencia de publicidad

2. Seguridad.

Atender a las medidas de seguridad adquiere especial importancia cuando las conexiones remotas no se realizan en un entorno privado. Y ello sucede cuando se llevan a cabo actos procesales telemáticos.

Para empezar, resulta imprescindible cumplir con las medidas de seguridad reguladas en el EJIS (Esquema Judicial de Interoperabilidad y Seguridad), garantizando la integridad, autenticidad, confidencialidad, calidad, protección y conservación de la información grabada y de los documentos almacenados. Al mismo tiempo deben asegurarse los requerimientos que permitan la compatibilidad e interoperabilidad de los sistemas informáticos.

En consecuencia, se considera que deben ser especialmente controlados y posteriormente comprobados los siguientes controles, prevenciones y requisitos:

a) autenticación de las partes y de los operadores jurídicos.

b) control de acceso de los usuarios.

c) encriptación de las comunicaciones.

d) protocolos para la gestión de los incidentes relativos a la seguridad.

e) posibilidad de rastrear cualquier fallo técnico intencionado.

f) contar con soporte técnico que garantice la disponibilidad de las herramientas.

g) garantía de confidencialidad.

h) integridad de las grabaciones.

i) custodia y almacenamiento de las grabaciones.

j) custodia y almacenamiento de los documentos a exhibir.

3. Organización

En el ámbito de organización, son tres los requisitos que se consideran recomendables e incluso imprescindibles:

1º) contar con administradores que atiendan el sistema de grabación de vistas, controlen las videoconferencias y moderen las salas virtuales

2º) realizar pruebas previas a la audiencia virtual y llegar a acuerdos con las partes sobre las condiciones de celebración de la audiencia

3º) elaborar una guía del usuario para todos los participantes, que se les debe remitir con carácter previo a la audiencia virtual.

La aplicación de "salas de vista" debe incluir la función de "antesala" o "sala de espera". En el caso de que no fuera así, se usará la llamada al interviniente evitando la conexión antes de que este sea llamado. Dicho llamamiento debe hacerlo el moderador cuando sea requerido para ello por el tribunal, y, por tanto:

a) debe contarse con un teléfono de contacto inmediato -preferiblemente móvil- con el interviniente que haya de ser llamado;

b) la llamada debe poder efectuarse por el funcionario moderador que esté manejando la conexión de la sala al sistema y la grabación del acto. A tal fin las salas de vista deben dotarse de teléfono;

c) el teléfono servirá para establecer un contacto ágil con el interviniente para la resolución de incidencias como desconexiones;

d) puede estudiarse la utilización del sistema de mensajería SMS del CGPJ para estas finalidades

4. Verificación del cumplimiento de los requisitos técnicos

Todas las Administraciones que ofrezcan sus herramientas a los órganos judiciales para la celebración de actos procesales telemáticos deberán especificar:

a) cuáles son y sus características técnicas;

b) cómo pueden satisfacer cada uno de los principios que deben cumplirse y respetarse, de forma que no suponga una merma en el derecho a la tutela judicial efectiva y demás principios aplicables en el seno de cada uno de los procedimientos judiciales;

c) si se cumplen las medidas de seguridad y organización antes mencionadas;

d) si alguna de las facilidades recomendadas para las salas virtuales, no puede ser satisfecha por la herramienta elegida por la Administración, deberá indicar con qué herramienta va a suplir esta carencia.

III. ALGUNAS CUESTIONES QUE SUSCITAN LAS ACTUACIONES JUDICIALES TELEMÁTICAS MEDIANTE PLATAFORMAS DIGITALES.

Como señala la Guía para la celebración de actuaciones judiciales telemáticas del CGPJ, resulta conveniente distinguir entre dos tipos de actuaciones: las internas y las externas.

Las actuaciones internas se refieren a la actividad de los tribunales que se desarrolla sin presencia alguna ni de ciudadanos, ni de operadores jurídicos. Van estas desde las deliberaciones del propio órgano jurisdiccional, hasta las comunicaciones que jueces y magistrados hayan de sostener con LAJs y funcionarios, pasando por juntas de jueces y plenos no jurisdiccionales.

Las actuaciones externas versan sobre la actividad de los tribunales en las que participan operadores jurídicos y/o ciudadanos. Dentro de ellas podemos diferenciar entre aquellas en las que intervienen exclusivamente operadores jurídicos (MF, abogados, procuradores, graduados sociales) y aquellas otras en las que intervienen ciudadanos con o sin la concurrencia de operadores jurídicos.

Nosotros, en este trabajo, vamos a referirnos a la última de las actividades mencionadas, pues es en ella donde pueden producirse el mayor número de contravenciones de los principios del proceso y procedimiento, de sus derechos fundamentales, así como de la calidad exigible a la prueba.

1. Respecto a los principios estructurales del proceso.

Afirma acertadamente Pardo Iranzo que "para que haya proceso, del tipo que sea, es imprescindible que existan dos posiciones contrapuestas, a las que se concedan los mismos derechos, cargas y obligaciones y que se respete el derecho de ambas a defenderse. En definitiva, no hay proceso si no concurren tres principios: 1. Principio de dualidad de posiciones. 2. Principio de igualdad de partes.

3. Principio de contradicción o audiencia". A estos tres principios los denomina la autora principios estructurales o consustanciales al proceso[8].

De los tres principios enumerados, el de contradicción y el de igualdad son los que pueden verse más directamente afectados por la celebración de actuaciones judiciales telemáticas.

A) Contradicción.

El principio de contradicción es uno de los límites que la LOPJ establece para la viabilidad de la videoconferencia o sistema similar al disponer el artículo que la posibilita que se debe asegurar, en todo caso, "la posibilidad de contradicción de las partes" (art. 229.3 LOPJ).

A su vez, el principio de contradicción se identifica con la expresión: "nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio". Como señala Pardo Iranzo, "tras ese enunciado aparentemente sencillo se esconde un contenido más amplio de lo que a simple vista podría pensarse"[9]. Ese contenido complejo puede a su vez desglosarse en dos puntos[10]:

"1º) Las partes han de poder conocer todos los materiales de hecho y de derecho que puedan influir en la resolución judicial. Ningún material que pueda llegar a incidir en la resolución judicial puede mantenerse secreto para una o las dos partes, y si ello llegara a ocurrir estaríamos claramente ante un supuesto de indefensión. (…).

2º) Además el contenido fundamental del derecho, expresado en máximas como la de la necesidad de ser oído, se cumple cuando se ofrece a las partes la posibilidad real de ser oídas, en el sentido de poder alegar, probar y argumentar para influir en la decisión judicial".

Pues bien, el uso de videoconferencia o sistemas similares para la celebración de la prueba telemáticamente no colisiona con el principio de contradicción como explica la STS 331/2019, de 27 de junio[11]: "El principio de contradicción está asegurado en cuanto las posibilidades de interrogatorio y contrainterrogatorio son exactamente iguales para las partes con la presencia física del acusado o del testigo que con la virtual. Es cierto que colocar al testigo inmerso en la parafernalia formal

8 Pardo Iranzo, V.: "El proceso: aspectos generales y principios estructurales o consustanciales", en AA.VV.: *Derecho Procesal I. Jurisdicción, acción y proceso*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, p. 287.

9 Pardo Iranzo, V.: "El proceso: aspectos generales…", cit., p. 290.

10 Montero Aroca, J.: "Los principios generales del proceso", en AA.VV.: *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 251 y 252.

11 RJ 2019\2509, FD Cuarto.

de la justicia, en cuanto aumenta la tensión o presión ambiental, es un método para asegurar que se aproxima más a la verdad en su declaración, mientras que en un lugar remoto podría hacerle disminuir la importancia de la situación, o hacerle sentir más seguro. Pero también puede argumentarse justamente lo contrario: muchas veces los medios electrónicos pueden revelar más acerca de la credibilidad y honestidad de un testigo que lo que puede descifrarse físicamente y en directo (puede visualizarse varias veces el testimonio, desde diferentes ángulos, puede aumentarse la imagen, etc.).Esta Sala del Tribunal Supremo ha venido avalando con reiteración esta opción del uso de la videoconferencia en el plenario desde la aprobación de la Ley 13/2003 con testigos y peritos (…)".

En el mismo sentido se pronuncia Cabezudo Bajo refiriéndose a los menores y señalando que "siendo el principio de inmediación presupuesto del principio de contradicción, esta segunda garantía se respetaría igualmente si se permite que puedan participar activamente en la práctica de las pruebas siempre que no exista problema técnico alguno"[12].

En conclusión, creemos que puede sostenerse con carácter general que tras la aprobación de la Ley 13/2003 y más aun, con la aprobación de la Ley 3/2020, el uso de las plataformas que permiten las videoconferencias en los juicios, es respetuoso con el principio de contradicción siempre que se disponga de los medios adecuados y se garantice la comunicación bidireccional o simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes (art. 229.3 LOPJ).

Para la Ley existen, sin embargo, tres excepciones en el orden jurisdiccional penal que invalidarían la videoconferencia y requerirían la presencia física del investigado o acusado. Se trata de los siguientes supuestos (art. 14.2 Ley 3/2020):

1ª.- Los juicios por delito grave.

2ª.- La audiencia prevista en el art. 505 LECrim cuando cualquiera de las acusaciones interese la prisión provisional.

3ª.- Los juicios en los que alguna de las acusaciones solicite pena de prisión superior a los dos años, salvo que concurran causas justificadas o de fuerza mayor que lo impidan.

12 Cabezudo Bajo, Mª. J.: "Avance hacia un juicio penal íntegramente telemático mediante un uso más generalizado de la videoconferencia: eficiencia y derechos fundamentales", *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 52, 2020, p. 27.

B) Igualdad.

Sostiene Montero Aroca[13], que el principio de igualdad "requiere conceder a las partes de un proceso los mismos derechos, posibilidades y cargas, de modo tal que no quepa la existencia de privilegios ni en favor ni en contra de alguna de ellas. Así entendido el principio no es sino consecuencia de aquel otro más general, enunciado en todas las constituciones (…)".

Si ponemos en relación este principio con el uso de medios telemáticos en el proceso, habrá que concluir que para respetar su contenido será preciso que la utilización de los mismos esté a disposición de todas y cada una de las partes procesales. De este modo, si una de las partes hace uso de, por ejemplo, la videoconferencia para declarar, la otra parte debe poder hacerlo igualmente. De forma análoga sucederá, si se hace uso del acto presencial. Si no puede, deberá hacer constar la oportuna protesta a efectos de la posterior apelación. Pero ¿qué ocurrirá si la parte deja de formular esa protesta habiendo tenido oportunidad procesal para ello? Si nos hallamos en un proceso civil, deberá aplicarse el art. 459 LEC[14] lo que imposibilitará que la alegación de normas o garantías procesales en la primera instancia sea estimada. Esto es precisamente lo que se constató en la SAP de Valladolid (Sección 1ª), núm.149/2021, de 31 de marzo[15].

En la citada resolución, la parte apelante pedía la nulidad del juicio "toda vez que no hubo igualdad de condiciones entre las partes ya que se celebró a presencia de la parte demandada mientras que la parte demandante actuó telemáticamente desde el despacho de su abogada, lo que le generó una grave indefensión. Además, el juicio telemático se celebró con malas condiciones de sonido, hasta el punto que algunas de las preguntas y respuestas no se entendían". Frente a ello, la Audiencia desestimó el motivo de apelación aduciendo que: "el expresado motivo de apelación debe ser desestimado de conformidad con el art. 459 LEC. Basta para ello con el hecho cierto y reconocido por la propia parte apelante de que, teniendo oportunidad de haber denunciado las supuestas infracciones en el acto del juicio, no puso en su momento objeción alguna a la celebración y continuación del mismo".

En resumen, puede decirse que el principio de igualdad no tiene por qué verse afectado por el uso de medios telemáticos en el proceso siempre y cuando se pongan a disposición de las partes los mismos medios, con independencia de que

13 Montero Aroca, J.: "Los principios generales…", cit., p. 253.

14 Art. 459 LEC: "En el recurso de apelación podrá alegarse infracción de normas o garantías procesales en la primera instancia. Cuando así sea, el escrito de interposición deberá citar las normas que se consideren infringidas y alegar, en su caso, la indefensión sufrida. Asimismo, el apelante deberá acreditar que denunció oportunamente la infracción, si hubiere tenido oportunidad procesal para ello".

15 JUR 2021, 167433.

se opte o no por su uso. Es decir, si se ponen a disposición de ambas partes, pero solo una los usa decidiendo la otra no hacerlo, se habrá respetado el principio. También se entenderá que no hay vulneración del principio, cuando la parte que no utiliza los medios, no protesta formalmente por esa desigualdad siempre que tenga oportunidad procesal para ello.

2. Respecto a los principios del procedimiento

De entre los principios del procedimiento oral[16] vamos a detenernos ahora en la inmediación y la publicidad, pues su cumplimiento puede verse más comprometido con el uso de medios telemáticos.

A) Inmediación.

La inmediación es uno de los principios del procedimiento que consiste básicamente en que el juez que presencie la práctica de la prueba será el mismo que lleve a cabo su valoración en la sentencia. Debe diferenciarse nítidamente de la garantía de presencia judicial, que se respetará siempre que un juez presencie la prueba y otro distinto dicte sentencia.

La nulidad de pleno derecho es la sanción que el ordenamiento jurídico dispone si no se cumple con la inmediación (art. 137.4 LEC).

Como dice García-Varela Iglesias[17] "La inmediación se propugna como uno de los elementos básicos y necesarios para que el juez pueda valorar debidamente las pruebas que ante él se practiquen y de esta manera, pueda disponer de los elementos para poder juzgar".

La inmediación es, así, un principio del proceso, pero también una garantía para las partes que preferirán la inmediación a la mera presencia judicial, por la seguridad que produce saber que el grado de convicción alcanzado por el juez en la práctica de la prueba se verterá después sin intermediarios en la sentencia.

Ahora bien, la inmediación judicial ¿se obtiene también cuando la práctica de la prueba se lleva a cabo mediante actos procesales telemáticos?

En la doctrina encontramos partidarios vehementes del fortalecimiento de la inmediación telemática en detrimento de la presencial como Magro Servet para quien "lo excepcional debería ser la vía presencial, que es el auténtico lastre

16 Sobre la oralidad, la escritura y los principios consecuencia de ambas, véase Pardo Iranzo, V.: "Los principios del procedimiento", en AA.VV.: *Derecho Procesal I*…, cit., pp. 316-327.

17 García-Varela Iglesias, R.: "Camino a la inmediación digital en justicia: Juicios y actos procesales remotos", *Diario La Ley*, 8 de junio de 2021, p.5.

que nos impide avanzar"[18]. Otros autores, como Vidal Fueyo, abogan por "una solución intermedia, distinguiendo entre aquellos procesos en los que los juicios telemáticos no plantean ninguna objeción y aquellos otros en los que el principio de inmediación puede verse comprometido"[19].

La jurisprudencia del TS ha dado a la pregunta respuestas dispares a través del tiempo. En un primer momento -en 2005-, consideró inadecuado el uso de la videoconferencia para la declaración del acusado; mientras que más recientemente -en 2021-, sí lo ha aceptado como valido.

Veamos con algo de detalle cuáles son esas dos resoluciones.

La STS núm. 678/2005, de 16 de mayo[20], trae causa de la SAP de Alicante (Sección 1ª) núm. 549/2002 de 2 diciembre[21]. Los hechos enjuiciados tuvieron lugar durante un motín en la prisión de Fontcalent, en Picassent (Valencia). Se condenó a los acusados como autores de un asesinato consumado y de otro en grado de tentativa, detención ilegal, lesiones, atentado, robos y tentativa de quebrantamiento de condena.

Los acusados intervinieron en el acto del juicio a través de videoconferencia y tras la sentencia condenatoria de la Audiencia, recurrieron al TS aduciendo como principal motivo que la celebración del juicio se produjese hallándose ausentes de la sala, lo que les ocasionó una vulneración -entre otros-, del principio de inmediación.

La Audiencia desestimó la vulneración de este principio argumentando que "no puede hablarse, con rigor, (de) que este principio se haya vulnerado en el acto del juicio cuando todos los allí presentes han podido no sólo oír las declaraciones de los acusados y de los testigos, sino detalles de cómo unos acusados, concretamente los que estaban en la Sala de vistas saludaban, veían o incluso se contradecían con los que estaban en el centro e incluso, como los allí recluidos protestaban, fuera de su turno y orden, por lo que estaban declarando otros, en la medida que aquello les perjudicaba, o cómo varios acusados se metían contra las declaraciones de los testigos presenciales, o cómo interrumpían al Ministerio Fiscal o al Presidente del propio Tribunal que pedía respeto, silencio y orden para el normal desenvolvimiento del juicio; probablemente en pocos casos como en el presente se ha visto más intervención de los acusados, y todo ello, ha sido visto

18 Magro Servet, V.: "De la excepción a la regla general del art. 19 RD 16/2020, de 28 de abril", *Diario La Ley*, núm. 9646, Tribuna, 4 de junio de 2020, p. 21.

19 Vidal Fueyo, M.C.: "El derecho a la tutela judicial efectiva en tiempos de pandemia", en AA.VV.: Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional, Colección obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2020, p. 25.

20 RJ 2005, 6586.

21 ARP 2003, 587.

por todos los asistentes y ha colaborado también a que las distintas versiones de unos u otros, sean más o menos creíbles; es por ello que no procede la estimación de este principio[22]".

Sin embargo, el TS vio las cosas de distinta manera. Para él "mientras que otros elementos probatorios, como los testimonios o las pericias tan solo ofrecen una posición pasiva, que permite la posibilidad de su correcta percepción a pesar de la distancia, el acusado no solo puede ser «objeto» de prueba, a través del contenido de sus manifestaciones, sino que también representa un papel de «sujeto» activo en la práctica de las actuaciones que se desarrollan en el acto de su propio juicio. Y, para ello, adquiere gran relevancia tanto su presencia física en él, como también la posibilidad constante de comunicación directa con su Letrado que, de otro modo, podría ver seriamente limitadas sus funciones de asesoramiento y asistencia[23]".

Concluye el TS diciendo que "solo motivos de absoluta imposibilidad de asistencia personal del acusado servirían para justificar, válidamente, el empleo en estos casos de los novedosos métodos contemplados en nuestra legislación, en especial cuando de la presencia del propio acusado se trate. (…). De modo que esta Sala no puede permitir la apertura generosa de tan discutible portillo, facilitando una interpretación amplia de las posibilidades del juicio mediante videoconferencia que, antes, al contrario, deben ser entendidas desde planteamientos rigurosamente restrictivos[24]".

Lo anteriormente expuesto condujo a la estimación del recurso de casación, con la anulación de la sentencia recurrida y del juicio oral, junto con el mandato de nueva celebración del mismo.

Parece desprenderse de la sentencia examinada, que uno de los óbices a la declaración mediante videoconferencia del acusado es la limitación de las funciones de asesoramiento y asistencia del Letrado a su defendido. Ello supondría una vulneración, más allá del principio de inmediación, del derecho de defensa. Sin embargo, esto no tiene por qué ser un impedimento a tal derecho.

Existen fórmulas variadas para obviarlo. Algunas de las cuales las refiere Guerra González. Podrían por ejemplo utilizar el "WhatsApp u otra aplicación parecida. Y si desean hacerlo de palabra, basta que, momentáneamente y sin que la vista se detenga, apaguen sus respectivos micrófonos en la aplicación con la que se está celebrando el juicio, y platiquen unos momentos utilizando algún programa idóneo o el teléfono. Es como si, en una sesión celebrada en sala al estilo

22 FD Primero.

23 FD Tercero.

24 *Idem*.

tradicional, hablasen entre ellos en voz baja. De necesitar una conversación más larga, se puede, perfectamente, suspender la sesión para que la mantengan en la misma videoconferencia, de la que se desconectará a los demás intervinientes (…). Es *mutatis mutandis*, lo que se practica en los juicios celebrados en sala, si abogado o defendido piden esa comunicación privada. A poco que se quiera, la inmediación procesal (…) durante las vistas puede quedar plenamente garantizada también en las celebradas por videoconferencia[25]".

Es cierto que la referencia a aplicaciones de mensajería instantánea -como WhatsApp-, no pudieron ser consideradas por la sentencia pues su generalización se produjo al final de la primera década de este siglo, pero el resto de soluciones ofrecidas sí eran factibles. Por ello nos parece que el asesoramiento y asistencia del letrado estuvieron garantizados, puesto que no se arguye por las defensas la falta de comunicación con su defendido durante la práctica de la prueba.

Un punto de inflexión en cuanto a la posibilidad de usar la videoconferencia como medio apto para la declaración de los acusados se produjo con la STS núm. 652/2021, de 22 de julio[26].-

Esta resolución se dicta como consecuencia del recurso de casación interpuesto contra la STJ de Madrid núm. 204/2020, de 15 de julio[27] dictada en apelación. A su vez traía causa de la SAP de Madrid núm.146/2020, de 27 de abril[28].

La resolución recurrida en casación condenaba al acusado como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública de los arts. 368.1º y 369.1.5º CP, con la concurrencia de la agravante de reincidencia del art. 22.8 CP.

Frente al motivo esgrimido por la defensa[29] según el cual "se protesta por la celebración del juicio oral sin la presencia física del acusado, que se mantuvo conectado de forma exclusivamente telemática (videoconferencia)[30](…)" el TS argumenta que "el derecho a estar presente en el juicio no implica siempre y en todo caso presencia física en la sala de vistas. La legislación vigente admite

25 Guerra González, R.: "Generalización de los juicios celebrados por videoconferencia", *Diario La Ley*, Sección Tribuna, 20 de mayo de 2021, pp. 11 y 12.

26 Id Cendoj 28079120012021100643.

27 JUR 2020, 288406.

28 JUR 2020, 179211.

29 FD Primero.

30 "(…) desde el inicio hasta el final de las dos sesiones en que se desarrolló el juicio oral por decisión expresa y previa de la sala impugnada infructuosamente y luego protestada".

la presencia virtual para casos de penas inferiores a dos años. Y la norma inmediatamente precedente la permitía para todos los delitos no graves"[3132].

Expone el TS que dos son los criterios jurisprudenciales a la hora de resolver la cuestión de si el uso de la videoconferencia era o no procedente[33]:

1º.- El carácter excepcional de la presencia del acusado en el acto del juicio oral en forma telemática (siempre que se cumplan los requisitos del art. 229.3 LOPJ).

2º.- La exigencia de que tales decisiones jurisdiccionales aparezcan suficientemente motivadas a través del adecuado juicio de proporcionalidad.

En cuanto a la excepcionalidad el TS considera que está plenamente justificada por la grave pandemia que nos asola. Más en concreto, la circunstancia de que el acusado se hallara en prisión provisional cuando se desarrollaba el juicio, hacía que para su traslado hasta la sede del Tribunal se hubieran tenido que movilizar a miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. Ello suponía un riesgo inasumible para el acusado, para los agentes, para los demás internos que pudieran haber compartido ese traslado y para el conjunto de la población penitenciaria, tras el reingreso del acusado en el centro[34].

En lo referente al sacrificio impuesto al acusado, en términos de proporcionalidad, no se considera relevante pues se les informó a él y a su letrado defensor de "que cualquier dificultad que presentara el desarrollo del juicio y que pudieran entender mermaba su derecho de defensa, podría ser puesta de manifiesto (y corregida) a lo largo del desarrollo del acto. Ninguna queja, sin embargo, se formuló a lo largo del desarrollo del acto en este sentido ni por el propio acusado ni por el Letrado de la defensa."[35].

Por todo lo expuesto se desestimó el recurso de casación.

Si examinamos el razonamiento del TS en las dos sentencias analizadas, creemos que puede llegarse a la conclusión de que ante una misma realidad -que no es otra que la necesidad de acudir a la videoconferencia para evitar los riesgos sanitarios de la pandemia-, el Alto Tribunal adopta dos soluciones distintas.

31 FD Primero.

32 Téngase en cuenta que ni el RD Ley 16/2020, ni la Ley 3/2020 son aplicables a este caso pues ambas entraron en vigor con posterioridad a la emisión de la sentencia inicial, que es de 27 de abril de 2020. Por ese motivo las excepciones que establecen frente al juicio por videoconferencia, no son tenidas en cuenta por el TS, como inmediatamente se verá.

33 FD Primero.

34 *Idem*.

35 *Idem*.

En la primera ocasión opta por minimizar esos riesgos y considerar que la inmediación telemática no colma las mismas expectativas de la presencial a la que tiene derecho el acusado salvo absoluta imposibilidad.

En la segunda, sin embargo, con el mismo escenario de pandemia, pero distinto escenario normativo en cuanto al uso de la videoconferencia[36], el Tribunal se muestra más sensible a los riesgos existentes. Considera que la inmediación telemática, siempre que se cumplan las garantías del juicio y se permita una asistencia jurídica al acusado de calidad, es plenamente válida.

En nuestra opinión, la inmediación telemática debería equipararse con la presencial siempre que los medios técnicos disponibles permitan el acceso de los intervinientes y, especialmente de las partes, a las garantías procesales en los términos en los que lo expresa la última de las sentencias del TS. Pero ha de tenerse en cuenta que, con las previsiones normativas actuales del art. 14 Ley 3/2020, las excepciones a la videoconferencia en el proceso penal son muchas. Personalmente creo que establecer la previsión de videoconferencia con carácter general solo para los juicios por pena de prisión inferior a los 2 años es demasiado restrictivo.

B) Publicidad y ¿confidencialidad?

La publicidad de las actuaciones procesales viene recogida en los arts. 120.1 y 24.2 CE. Como consecuencia de ello, la publicidad no es solo un principio que informa el modo en que se producirán los procesos, sino que al mismo tiempo es un derecho fundamental de las partes.

Se trata ahora de dilucidar hasta qué punto las actuaciones judiciales telemáticas realizadas por videoconferencia pueden garantizar el cumplimiento de este principio-derecho.

El art. 15 de la Ley 3/2020 dice respecto a este tema que "con el fin de garantizar la protección de la salud de las personas, hasta el 20 de junio de 2021 inclusive[37], el órgano judicial ordenará, en atención a las características de las salas de vistas, el acceso del público a todas las actuaciones orales. Cuando se disponga de los medios materiales para ello, podrá acordar también la emisión de las vistas mediante sistemas de difusión telemática de la imagen y el sonido".

Por su parte, la Guía para la celebración de actuaciones judiciales telemáticas del CGPJ, dispone que cabe considerar que la forma más idónea de asegurar el

36 La LO 13/2003 ya había sido promulgada.

37 Ya vimos que, de momento, las medidas son plenamente aplicables a pesar de haberse superado la citada fecha.

principio de publicidad "es mediante la asistencia del público a la sala de vistas del órgano que celebre el acto u otra dependencia judicial diferenciada donde pueda observarlo en circuito cerrado (…). Se procurará adoptar las medidas necesarias para la limitación de aforos cuando así lo exigiese la situación sanitaria y acceso de medios de comunicación acreditados". Hasta aquí existe correspondencia entre el artículo de la Ley y el contenido de la Guía. Pero, a continuación, aparece una importante divergencia.

En efecto, sigue diciendo la Guía que "de no ser posible la asistencia de público en la sede del órgano que celebre el acto o en otra sede judicial desde el que pueda ser seguido, en la sede electrónica correspondiente se ubicará un «tablón de anuncios virtual» en el que constará la información indicada en el art. 232.2 LOPJ (…). En tales casos, el programa que se utilice para la sesión telemática deberá permitir el acceso de terceros mediante clave o invitación, que se facilitará una vez que la persona interesada se acredite física o virtualmente, ante el juzgado o tribunal. (…)".

Como puede apreciarse, según lo dispuesto en el art. 15 Ley 3/2020, el acceso físico y el telemático son complementarios, lo que se evidencia por el uso del adjetivo «también»: "podrá acordar «también» la emisión de las vistas mediante sistemas de difusión telemática de la imagen y el sonido". Sin embargo, en el texto de la Guía del CGPJ se supedita la asistencia telemática a la imposibilidad de "asistencia de público en la sede del órgano que celebre el acto o en otra sede judicial desde el que pueda ser seguido".

En nuestra opinión, la Guía no puede restringir derechos que la ley reconoce. Así, la referencia en ella a la asistencia telemática debería considerarse complementaria al acceso físico a las salas y no solamente subsidiaria. Con ello se daría pleno cumplimiento al principio de publicidad.

Como señala Perea González "el anuncio edictal digital por el juzgado o tribunal, y bajo la responsabilidad del Letrado de la Administración de Justicia, podría favorecer el mantenimiento del derecho a un proceso público en aquellos casos en que el juicio hubiere de celebrarse en forma telemática[38]. A través del edicto -que habría de tener toda la publicidad posible- se comunicaría la celebración del acto procesal y, de este modo, se ofrecería la opción a cualquiera de asistir al juicio como observador[39]".

Yendo más lejos Guerra González aboga por la normalidad de "publicar las agendas de todos los órganos jurisdiccionales de todos los órdenes y niveles, con

38 Entendemos que también cuando el juicio se sustanciara presencialmente.

39 Perea González, A.: "El juicio telemático en el proceso civil: ventajas y cuestiones técnicas", *Práctica de Tribunales: Revista de derecho procesal civil y mercantil*, núm. 147, 2020, p. 10.

los señalamientos, la información identificativa de los asuntos convenientemente homogeneizada y las direcciones electrónicas en las que poder seguir por Internet las vistas no celebradas a puerta cerrada (…). El número de espectadores no debería ser ningún límite para esta garantía. (…). Los límites de este tipo se han roto. Hoy es posible disponer de salas telemáticas con aforo ilimitado. Lo esencial de la publicidad procesal (…) es que quien quiera pueda asistir a la celebración de cualquier juicio celebrado a puerta abierta y conocer su resultado'[40].

Paradójicamente, la Guía del CGPJ, habla también del respeto a la confidencialidad. En un proceso del que se predica la publicidad resulta extraño, en un primer momento, que también se exija la confidencialidad. Pero no es así. La publicidad tiene como referente al público que puede acceder libremente a las sesiones del juicio, como hemos visto, de forma física o virtualmente, mientras que la confidencialidad pretende proteger la actividad procesal telemática de grabaciones no oficiales. Ello es así porque el uso de la tecnología permite que esas grabaciones espurias tengan lugar con lo que suponen de puesta en riesgo de la autenticidad e integridad de los datos.

Así, dice la Guía que la confidencialidad se asegura mediante "los programas y dispositivos que se emplean (que) deberán impedir que puedan realizarse grabaciones de los actos diferentes de las que corresponden para su documentación oficial. También deberán permitir, en la medida de lo posible, el rastreo o trazabilidad de grabaciones diferentes a la autorizada (…). Los profesionales que intervengan tendrán la obligación de adoptar las medidas necesarias para que su participación se desarrolle en una dependencia que asegure un entorno reservado y dotada de los medios técnicos suficientes. En la medida de lo posible, el juez o tribunal procurará verificar que se cumplen esos requerimientos antes de dar inicio al acto, suspendiéndolo en otro caso, y procurará mantener esa actitud vigilante durante todo su desarrollo".

3. Respecto a los derechos fundamentales del proceso: el derecho de defensa.

Según dispone la Guía para la celebración de actuaciones judiciales telemáticas del CGPJ, en las circunstancias excepcionales en las que el abogado y el acusado no se encuentren en la misma estancia durante la celebración de un juicio penal, el acusado, mientras no preste declaración, deberá contar con la posibilidad de mantener contacto permanente y reservado con su abogado por vía telemática. Igualmente, cuando se den circunstancias excepcionales de alarma sanitaria que aconsejen que un detenido declare desde una dependencia policial sin que el abogado se encuentre físicamente presente, debe procurarse que se adopten

40 Guerra González, R.: "Generalización de los juicios…", cit., pp. 24 y 25.

las medidas oportunas para que pueda tener lugar la entrevista reservada con el abogado, y que esa reserva sea efectiva.

Como vemos, a pesar de la amplitud de derecho de defensa, la Guía se centra en la asistencia letrada al sujeto pasivo del proceso penal que es, ciertamente, uno de sus componentes más significativos.

Teniendo presente lo que dice la Guía y el texto del art. 229.3 LOPJ que supedita el uso de la videoconferencia en el proceso a la salvaguarda del derecho de defensa, podemos distinguir claramente entre dos momentos en los que dicho derecho ha de quedar garantizado: el momento del juicio y el momento previo en dependencias policiales.

En cuanto al momento del juicio, hemos visto *supra*[41] la evolución jurisprudencial que ha pasado de entender de forma totalmente restrictiva su uso para la declaración del detenido, a considerarla factible, aunque sometida a los criterios de excepcionalidad y motivación del juicio de proporcionalidad.

También hemos comprobado *supra*[42], como el derecho de defensa podía preservarse durante la fase de juicio oral de varias maneras: 1) con la puesta de manifiesto al tribunal y posterior corrección de cualquier dificultad que mermara dicho derecho; 2) con el uso de WhatsApp u otra aplicación parecida entre acusado y defensor; 3) apagando sus respectivos micrófonos de la aplicación utilizada y hablando unos momentos utilizando algún programa idóneo o el teléfono y 4) suspendiendo la sesión, cuando se precise una conversación más larga, para que abogado y acusado puedan mantenerla en la misma videoconferencia de la que se desconectará a los demás intervinientes.

Restaría ahora examinar la vigencia del derecho de defensa, bajo su forma de asistencia letrada al investigado, durante el momento previo en dependencias policiales.

En virtud de lo dispuesto en el art. 520.2.c) LECrim, toda persona detenida tendrá derecho a designar abogado y a ser asistido por él sin demora injustificada. En caso de que, debido a la lejanía geográfica no sea posible de inmediato la asistencia de letrado, se facilitará al detenido comunicación telefónica o por videoconferencia, salvo que dicha comunicación sea imposible.

41 Véase el apartado III.2 A) Inmediación.

42 *Idem* y en él la cita a Guerra González.

Como apunta Bueno Benedí, a pesar de que el artículo ha previsto la videoconferencia solamente para los casos de lejanía geográfica, en aras de adaptar las normas a la realidad actual, convendría ampliar los supuestos[43].

En ese sentido, en el Acta de la Comisión Autonómica de seguimiento Covid-19 del TSJV de 31 de marzo de 2020, se puede leer que "la Comisión entiende que debe recomendarse la conveniencia de que las actuaciones de asistencia letrada a detenidos puedan realizarse por videoconferencia, acordando ponerlo en conocimiento de las distintas sedes policiales de esta Comunidad Autónoma y elevar la cuestión a fin de que por la Comisión Mixta del CGPJ, Ministerio del Interior y Fiscalía General del Estado se puedan acordar las dotaciones de medios necesarias para que resulte factible tal posibilidad". Así, se considera la situación surgida con la pandemia, como uno de los supuestos que permitirá el uso de la videoconferencia junto con la lejanía geográfica que contempla la LECrim.

Siguiendo en esa misma línea, en la Nota de la Comisión de seguimiento ejecutiva Covid-19 del TSJM de 29 de marzo de 2020, se fundamenta el recurso a la videoconferencia en la asistencia letrada al detenido en dependencias policiales, dado que por complejas que sean las circunstancias que atravesemos el derecho de defensa debe seguir implicando una "efectiva asistencia", en términos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH de 13.5.1980, caso Ártico).

A pesar del carácter de órgano no decisorio de esta Comisión y de que su territorio es únicamente el de la Comunidad de Madrid, nos parecen interesantes y acertadas las recomendaciones que se hacen en torno a la videoconferencia en la asistencia letrada al detenido[44]. No hay que olvidar, sin embargo, que las opiniones de la Comisión se ciñen a las diligencias a practicar en sede policial, pues en el momento en que el detenido sea puesto a disposición judicial, es al titular del Juzgado de Instrucción correspondiente al único que le compete adoptar las decisiones que procedan.

Las recomendaciones son las siguientes:

1.- En aquellos casos en los que una persona detenida precise de la asistencia letrada en dependencias policiales o de la Guardia Civil de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dicha asistencia podrá ser prestada en forma telemática, garantizando los derechos inherentes a la plena defensa.

43 Bueno Benedí, M.: "Las actuaciones judiciales penales a través de medios telemáticos y su incidencia en los derechos del proceso", *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, núm. 7, 2021, especial, p. 14.

44 Así lo refiere también Bueno Benedí, M.: "Las actuaciones judiciales penales…", cit., p. 15.

2.- Esta forma de asistencia debería acomodarse, al menos, a las siguientes pautas de actuación.

Debe producirse, una vez asignado el letrado de turno de oficio, o designado el de elección del detenido, la remisión -a través de correo electrónico- de las diligencias instruidas, con el fin de que el letrado tenga pleno conocimiento de su contenido con carácter previo a cualquier otra actuación. Esta remisión se realizará desde la Comisaría o el Cuartel de la Guardia Civil, a la dirección de correo que el propio letrado indique, preferiblemente del dominio informático del Colegio de Abogados con el fin de extremar las medidas de protección del tráfico de datos.

Una vez ilustrado el Letrado, podrá ponderar si resulta especialmente aconsejable su asistencia presencial.

Seguidamente habrá de producirse la entrevista reservada y confidencial con el detenido previa a la declaración. De existir medios para su práctica por videoconferencia en las dependencias policiales, así debe hacerse. De lo contrario, podría realizarse por teléfono, estableciendo la comunicación desde un número fijo de la comisaría o cuartel y quedando registrada la identificación de la llamada tanto en el libro de telefonemas como en el correspondiente atestado a través de Diligencia.

Cuando el detenido expresase después su negativa a declarar podría seguirse adelante con este sistema.

Debe quedar en todo caso constancia en el atestado de la forma y horario en que se han practicado las diligencias anteriores.

Asimismo, debería unirse al atestado una declaración jurada del Letrado (remitida también por vía telemática) en la que figure con claridad que ha tenido conocimiento de las diligencias policiales antes de su entrevista, de que se ha entrevistado con el detenido, y que éste le ha manifestado su decisión de acogerse al derecho a no declarar.

Entendemos que llevándose a cabo de la manera expuesta la asistencia al detenido, no debería obstaculizar su derecho de defensa. El problema, como en tantas otras ocasiones, podría estar en los medios técnicos que son indispensables para llevar a cabo esta asistencia sin cortapisas. Si ellos son suficientes, la asistencia judicial al detenido quedará garantizada con el uso de la videoconferencia.

4. Respecto a la calidad de la prueba: intervención de partes, testigos y peritos.

Volvamos de nuevo al art. 731 bis LECrim y recordemos que establece que "El Tribunal, de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como imputado, testigo, perito, o en otra condición resulte gravosa o perjudicial, y, especialmente cuando se trate de un menor, podrá acordar que su actuación de realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 229 de la Ley Orgánica del Poder Judicial".

De la dicción del precepto transcrito no se desprenden diferencias, en cuanto al uso de la videoconferencia, según que el interviniente sea imputado, testigo o perito. Pero evidentemente las hay porque los derechos en juego son distintos. Especialmente el derecho de defensa juega un papel primordial en la declaración del imputado y del acusado.

La STS núm. 678/2005, de 16 de mayo, a la que nos hemos referido *supra*[45], distingue claramente entre la declaración de los acusados y la del resto de intervinientes en el proceso[46].

Así, según ella, las diferencias serían las siguientes:

1º) Declaración del testigo o perito.

- Ofrece una posición pasiva que permite su correcta percepción a pesar de la distancia.

- Debe garantizar la exactitud y fiabilidad de la información.

- Debe garantizar el sometimiento de su generación a la contradicción de las partes.

2º) Declaración del acusado

- Representa un papel de sujeto activo en la declaración que se desarrolla en el acto de su propio juicio.

- Es relevante, por tanto, su presencia física.

45 Véase el apartado III.2 A) Inmediación.

46 FD Tercero.

- Es relevante la posibilidad constante de comunicación directa con su letrado.

Teniendo en cuenta estas importantes diferencias entre la declaración del acusado y la de los testigos y peritos, vamos a analizar ahora tres cuestiones referidas a las condiciones en las que se producen estas intervenciones. A saber, el lugar de la conexión, la identificación de los intervinientes y la sinceridad de los testigos. Se trata de dilucidar si alguna/s de las mismas pueden obstruir la correcta práctica de la prueba repercutiendo en su calidad.

A) El lugar de la conexión.

En cuanto al lugar de la conexión hay que distinguir entre el lugar dónde estará el tribunal y el lugar dónde estarán los declarantes.

Respecto al tribunal, dice la Guía del CGPJ que cuando resulte indicada la celebración telemática de los actos procesales relativos a actuaciones externas, el juez o los miembros del tribunal se constituirán en la sede del Juzgado o Tribunal. En el caso de órganos colegiados, cuando las medidas sanitarias así lo impongan o aconsejen, sus miembros podrán conectarse telemáticamente desde distintas dependencias de la misma sede. Lo anterior se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 268.2 LOPJ cuando resulte imposible el traslado a la sede o así lo aconsejen razones justificadas para la mejor administración de justicia, en cuyo caso los jueces y miembros de los tribunales podrán acceder a las sesiones telemáticas desde lugares que reúnan las condiciones adecuadas para evitar interrupciones, sin que los miembros del colegio tengan que encontrarse en la misma estancia.

De lo transcrito arriba se deduce que, como regla general, la constitución será en la sede del juzgado o tribunal, bien en una única dependencia o en varias de la misma sede, según las circunstancias.

Cuando sea imposible el traslado a la sede, el personal jurisdiccional podrá acceder a la videoconferencia desde otros lugares aptos para ella.

Respecto de los intervinientes dice la Guía -refiriéndose a todos ellos-, que lo más adecuado es que declaren en una dependencia judicial, ya sea la propia del órgano en el que se desarrolle el acto u otro más cercano al lugar de residencia de quien intervenga en él. Cuando las medidas de alerta sanitaria sean más extremas, podrían habilitarse dependencias en las sedes judiciales destinadas a ser ocupadas exclusivamente por quienes hayan de prestar declaración telemática para facilitar, entre otras cosas, la rápida higienización después de su uso. Es conveniente la adopción de medidas, ya sean técnicas -«salas de espera virtuales»- o físicas, que

impidan que testigos y peritos tengan conocimiento del desarrollo de la sesión en tanto se produce su intervención. Para la intervención telemática de personas que se encuentren en el extranjero habrá que recabar el auxilio judicial internacional.

Es decir, los intervinientes declararán en una dependencia judicial que puede estar en la sede del órgano jurisdiccional que conoce del asunto o en otra más cercana a su lugar de residencia. Es conveniente el uso de «salas de espera virtuales» o físicas para evitar que testigos o peritos se comuniquen entre sí. De todos modos, para completar este panorama, hay que tener presente la vigencia del art. 731 bis LECrim que permitirá que estos intervinientes declaren a distancia, esto es, fuera de una sede judicial. En este sentido arguye Magro Servet que "No debe ser preciso que las personas que van a declarar por videoconferencia tengan que desplazarse a una sede judicial para hacer la conexión, sino que puede hacerse desde cualquier punto. Para ello, debería ser posible llevarlo a cabo no con equipos técnicos de videoconferencia, sino mediante plataformas que permiten la interconexión y que se utilizan hoy en día con éxito en el ámbito privado, y cuyo uso se ha incrementado durante el confinamiento, como *Skype*, *Zoom*, *Gotomeeting*, *Ciscomeeting*, *Microsoft Team*, etc. Con ello, personas que deberían declarar en una vista judicial, en cualquiera de sus fases, podrían recabar la posibilidad de hacerlo por una de estas plataformas, evitando su desplazamiento a la sede judicial, y evitando, también, las esperas que ello provoca'[47].

Más específicamente en cuanto a la declaración de los acusados, hay que tener en cuenta que será presencial cuando se trate: de acusados por delito grave; de la audiencia del art. 505 LECrim cuando cualquiera de las acusaciones interese la prisión provisional o de juicios cuando alguna de las acusaciones solicite pena de prisión superior a los dos años (art. 14.2 Ley 3/2020). Frente a esa dicción categórica de la Ley, el CGPJ en su Guía apostilla: "Sólo en situaciones de manifiesta imposibilidad de celebración presencial, y siempre que no resulte indicada la suspensión y aplazamiento, se considera aceptable llevar a cabo la celebración telemática, para lo que se procurará cumplir con las exigencias de defensa y garantías procesales consideradas por la jurisprudencia".

Un supuesto de manifiesta imposibilidad de celebración presencial en la que no resultaría indicada la suspensión y aplazamiento sería, por ejemplo, cuando el acusado haya sido contacto estrecho de un enfermo de COVID-19 y esté en el período de cuarentena o cuando él mismo padezca la enfermedad con carácter asintomático. En cualquiera de esos supuestos el acusado está en condiciones de prestar declaración, lo que sucede es que no debe hacerlo -por razones obvias-, presencialmente.

47 Magro Servet, V.: "De la excepción a…", cit., p.15.

En cuanto a la pena como criterio para impedir la declaración telemática, opina Magro Servet que debería existir la opción de usar las plataformas "en juicios penales con acusados sin tener en cuenta la pena que se le puede imponer, sino las características del caso (presos peligrosos, macrojuicios de varios días con organización complicada que requiera de constantes traslados, múltiples acusados, etc.). No supone ninguna merma en el derecho de defensa esta opción, ya que (…) el abogado puede pedir en cualquier momento hablar con su cliente y pedir que se suspenda el juicio por unos minutos para hablar reservadamente con él por una plataforma virtual de uso reservado entre el abogado y el acusado"[48].

Para algunos autores la calidad de la prueba sí se ve alterada cuando las intervenciones que estamos tratando se llevan a cabo de forma telemática. Un ejemplo de esta posición doctrinal lo hallamos en Cardona Fernández para quien "la calidad epistémica de la prueba, la dispersión de medios de prueba y de intervinientes en el proceso puede suponer una merma de garantías que dificulte el ejercicio pleno del derecho de defensa y podría acarrear que el juez o tribunal acabe priorizando unas fuentes frente a otras y, que en un juicio presencial habrían podido considerarse de mayor relevancia (…) (la) valoración plena exige una percepción humanizada y (…) con la digitalización de los juicios telemáticos se desvanece (…) el análisis de la prueba por parte del juez en vía telemática no es equiparable a su examen por vía presencial, ya que mediante la declaración por videoconferencia son inapreciables algunas circunstancias propias de la declaración o de un interrogatorio presencial como son: la determinación del estado de nerviosismo del declarante, la gesticulación, la credibilidad de las respuestas atendiendo a su expresión corporal y otras muchas apreciaciones que se erradican o quedan mermadas en el momento que determinada práctica probatoria tiene lugar por vía telemática"[49].

En nuestra opinión, la posibilidad de realizar las intervenciones de acusados, peritos y testigos de forma telemática no tiene por qué suponer un menoscabo de la calidad de la prueba, siempre que la videoconferencia utilizada tenga los requisitos técnicos suficientes. De este modo, se garantizarán adecuadamente el derecho de defensa del acusado y el derecho de contradicción de las partes al examinar el testimonio de testigos y peritos. Sostener que solo la presencialidad preserva inexorablemente la capacidad de convicción del juzgador nos parece ingenuo. O ¿es que no es posible que el juez deje de atender por unos momentos a la declaración presencial en curso y tenga luego que acudir a visionar lo grabado para formar su criterio?

48 Magro Servet, V.: "De la excepción a…", cit., p.16.

49 Cardona Fernández, A. Mª.: "La celebración de juicios telemáticos ¿es la solución a la pandemia y al colapso judicial?", *Diario La Ley*, núm. 9786, Tribuna, 8 de febrero de 2021, p. 6.

En cuanto a la posibilidad de apreciar las circunstancias propias de la declaración telemática (gestos, nerviosismo, falta de espontaneidad, etc.), ello será posible mediante el uso del zoom que permitirá aproximaciones vívidas.

B) La identificación de los intervinientes.

Reza el art. 229.3 LOPJ, refiriéndose a las actuaciones que pueden realizarse a través de videoconferencia, que "en estos casos, el secretario judicial del juzgado o tribunal que haya acordado la medida acreditará desde la propia sede judicial la identidad de las personas que intervengan a través de la videoconferencia mediante la previa remisión o la exhibición directa de documentación, por conocimiento personal o por cualquier otro medio procesal idóneo".

Serían tres, pues, las formas que la Ley reconoce como aptas para proceder a la identificación de los declarantes: 1ª) por previa remisión o exhibición directa de documentación; 2ª) por conocimiento personal y 3ª) por cualquier otro medio procesal idóneo.

Vemos que la última es una fórmula abierta que permite diversas posibilidades. El Anexo a la Guía del CGPJ, pone como ejemplo de esos medios procesales idóneos, la pregunta por el Tribunal de los últimos dígitos del CSV[50] de la cédula de citación mediante la que se convoca al declarante y su cotejo con el listado de intervinientes. Ese listado incluiría ese dato y lo tendría que haber preparado anticipadamente la oficina judicial al órgano jurisdiccional. Este modo de proceder se complementaría con la exhibición del DNI.

Otra posibilidad de medio procesal idóneo sería -como explica Bueno Benedí-, el uso de un certificado digital o el envío previo, exclusivamente a la persona que debe intervenir, de una contraseña que le permita acceder a la videoconferencia. Para ello sería necesario que con anterioridad el futuro declarante enviase por email al juzgado sus datos identificativos[51].

Pueden ser múltiples las posibilidades de identificación inequívoca de los declarantes en un juicio oral a distancia, de modo que la calidad de la prueba no se resienta en este aspecto. Probablemente una buena manera de llevar a cabo esa filiación, consista en la combinación de dos o más formas de hacerla para, así, asegurar su éxito. En cualquier caso, como dice Gutiérrez Mayo, "no tiene mucho sentido que podamos identificarnos plenamente a efectos de interactuar

50 El CSV es el Código Seguro de Verificación. Es un término informático que designa al código único que identifica a un documento electrónico. Información accesible en Internet, en el Punto de Acceso General de la Administración de Justicia, consultado el 23/11/2021.

51 Bueno Benedí, M.: "Las actuaciones judiciales penales…", cit., p. 11.

con la AEAT o con otras Administraciones Públicas y no sea posible hacerlo con la Administración de Justicia"[52].

C) La sinceridad de los testigos.

Una de las objeciones que se hacen a la realización por videoconferencia de la prueba testifical, es que la sinceridad de los testigos pueda verse comprometida por la falta de espontaneidad del acto.

Algunas decisiones jurisprudenciales se refieren a ello. Así, la STS 331/2019, de 27 de junio[53], reflexiona diciendo que "Es cierto que colocar al testigo inmerso en la parafernalia formal de la justicia, en cuanto aumenta la tensión o presión ambiental, es un método para asegurar que se aproxima más a la verdad en su declaración, mientras que en un lugar remoto podría hacerle disminuir la importancia de la situación, o hacerle sentir más seguro. Pero también puede argumentarse justamente lo contrario: muchas veces los medios electrónicos pueden revelar más acerca de la credibilidad y honestidad de un testigo que lo que puede descifrarse físicamente y en directo (puede visualizarse varias veces el testimonio, desde diferentes ángulos, puede aumentarse la imagen, etc.)".

Vemos pues, que el hecho de deponer a distancia tiene sus inconvenientes en cuanto a la sinceridad de los testigos, pero, al mismo tiempo, proporciona ventajas no despreciables que permitirían sortear aquellos.

Como riesgos del acto testifical telemático se han apuntado, en concreto, los dos siguientes[54]:

1º) la posibilidad de que a los testigos les dicten las respuestas desde su domicilio o desde el lugar en que se conecten;

2º) la posibilidad de que el abogado a quien no esté beneficiando el juicio se desconecte.

En nuestra opinión cabría aludir a un tercer y cuarto riesgo. Serían, respectivamente, la posibilidad de amenazar al testigo con objeto de que cambie por completo o modifique su declaración y la de que el testigo consulte documentos en pantalla, al mismo tiempo que va contestando a las preguntas.

52 Gutiérrez Mayo, E.: "Juicios telemáticos. Ventajas y posibles riesgos", *Otrosí, Revista del Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 6, 2020.

53 Cit., FD Cuarto.

54 Gutiérrez Mayo, E.: "Juicios telemáticos…", cit., p. 21.

En cuanto al primer riesgo, afirma Gutiérrez Mayo que "es prácticamente imposible que las partes y el Juez o Tribunal no observen que al testigo le están diciendo las respuestas, ya que, aunque se celebre mediante videoconferencia puede observarse si el testigo es espontáneo, si tarda en responder, o si mira hacia algún lado"[55].

A esto cabría oponer que el testigo puede tener un pinganillo o auricular pequeño -que puede llegar a ser imperceptible-, por el que reciba instrucciones o incluso la respuesta a las preguntas formuladas. Pero lo cierto es que como las preguntas no se conocen, habría un retraso en las contestaciones que sí sería apreciado. De modo que, a menos que las instrucciones recibidas sean muy rápidas y cortas, creemos que será improbable que la declaración testifical se ponga en entredicho por el uso de estos dispositivos.

En lo referente al segundo riesgo, sigue diciendo la autora que "alegar tal posibilidad me resulta equivalente a señalar que el abogado o acusado a quien no beneficiase un juicio presencial fingiría un desmayo para provocar la suspensión. No es imposible, pero yo nunca lo he visto". A esto solo cabe objetar que siempre será más artificioso y arriesgado fingir un desmayo rodeado de personas, que una desconexión involuntaria. Es un hecho que esa falta puntual de conectividad puede producirse en contra de la voluntad del usuario, pero si fuera voluntaria, la distancia obstaculizaría la prueba.

En cuanto a la amenaza al testigo, quienes deponen presencialmente no están exentos de sufrir tales coacciones. En efecto, este abyecto comportamiento no tiene por qué llevarse a cabo mientras se produce la vista. Es más, lo común será que la amenaza sea previa y se condicionen las represalias al contenido de lo declarado. Es decir, el riesgo podría ser el mismo que en una declaración presencial.

Respecto de la consulta de documentos en pantalla, valga lo dicho en cuanto al primer riesgo por sus similitudes. Si bien la lectura puede pasar más desapercibida que el obedecer a instrucciones concretas dictadas en el momento.

Pues bien, a pesar de que los riesgos mencionados pueden no ser tan tangibles como pudiera parecer en un primer momento, es honesto reconocer que alguno de ellos puede concretarse y viciar de ese modo la prueba que nos ocupa.

Para anular ese eventual peligro existen posibles soluciones.

Una de las que nos parecen mejores consistiría en "exigir determinados parámetros técnicos a la imagen del declarante, que permitan una amplitud apta

55 *Idem*, p. 21.

para verificar que la declaración se está produciendo sin interferencias externas. Esta alternativa puede complementarse con la asignación a la vista de un funcionario judicial, presente en la sede del juzgado, cuya misión esencial sea verificar desde la pantalla que el declarante no está recibiendo indicaciones de terceros, liberando de esta tarea al juez, que podrá concentrarse en el contenido de la prueba[56]".

Teniendo en cuenta los requisitos técnicos exigidos a las llamadas «videoconferencias de calidad»[57], parte de esa solución debiera ser sencilla de implementar. En cuanto a la asistencia del funcionario judicial, será mucho más problemática por la carencia de efectivos en los órganos jurisdiccionales.

En cualquier caso, puede y debe garantizarse la declaración sin interferencias del testigo para que ello no se convierta en una cortapisa que trabe el adecuado desenvolvimiento de la prueba testifical por videoconferencia.

V. CONSIDERACIÓN FINAL.

Llegados a este punto, creo que la pregunta que debemos hacernos es si el uso más extendido de las actuaciones judiciales telemáticas, ha sido meramente coyuntural o si, por el contrario, se convertirá en un futuro próximo en estructural.

Un avance de lo que puede pasar nos lo ofrece el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Digital del Servicio Público de Justicia, en el que se regula la celebración de actos procesales mediante presencia telemática.

Esta norma prevé el carácter telemático generalizado de todos los actos y diligencias procesales tanto para el proceso civil[58], como para el penal[59]. Si bien es cierto que se establecen importantes excepciones, no lo es menos que algunas de ellas tienen a su vez singularidades, que pueden hacer más vigorosa la regla general.

Por otro lado, se supedita la celebración telemática de los actos, a la condición de que las oficinas judiciales tengan a su disposición los medios técnicos necesarios para ello. Creemos que aquí está la verdadera almendra de la cuestión, a la vez que un poderoso talón de Aquiles de la reforma que quiere implantarse.

Muchos de los problemas que se han ido examinando en las páginas precedentes, relativos a la preservación de garantías y derechos procesales,

56 Así lo indican García Sanz, J. y Guimaraes-Da Silva, J.: "Las «vistas telemáticas» en el proceso civil español: visión comparada, regulación y cuestiones prácticas que suscita su celebración", *Diario La Ley*, núm. 9659, Tribuna, 23 de junio de 2020, p. 39.

57 Véase nota al pie núm. 6.

58 Disposición Final séptima del Anteproyecto de Ley.

59 Disposición Final segunda del Anteproyecto de Ley.

tendrían fácil solución con una adecuada inversión en Justicia. Ello permitiría una relación fluida y segura entre el justiciable y el órgano jurisdiccional.

Tras años de infrafinanciación en medios materiales y recursos humanos, no se puede pretender ahora que una nueva Ley revierta la situación. Las cosas, por desgracia, no son tan sencillas. Incluso en el caso de que esta nueva norma fuese acompañada del adecuado respaldo presupuestario, los problemas endémicos de los órganos jurisdiccionales -como, por ejemplo, la dilación en los procedimientos por el incumplimiento sistemático de plazos o la ineficiencia del proceso de ejecución- no iban a corregirse por arte de magia.

Dicho lo cual, queda abierta una ventana al optimismo. La transformación digital de la Administración de Justicia está cada día más cerca y va tomando forma poco a poco. Aprovecha coyunturas inopinadas, como la propia pandemia, para avanzar imparable. La pregunta ahora no sería si va o no a tener lugar, sino cuánto tardará nuestra querida Cenicienta en subirse definitivamente a ese tren. Porque finalmente lo hará, aunque no viaje en preferente.

BIBLIOGRAFÍA

Bueno Benedí, M.: "Las actuaciones judiciales penales a través de medios telemáticos y su incidencia en los derechos del proceso", *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, núm. 7, 2021.

Cabezudo Bajo, Mª J.: "Avance hacia un juicio penal íntegramente telemático mediante un uso más generalizado de la videoconferencia: eficiencia y derechos fundamentales", *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 52, 2020.

Cardona Fernández, A. Mª.: "La celebración de juicios telemáticos ¿es la solución a la pandemia y al colapso judicial?", *Diario La Ley*, núm. 9786, Tribuna, 8 de febrero de 2021.

C.G.P.J.: "Guía para la celebración de actuaciones judiciales telemáticas", 11 de febrero de 2021.

Comisión autonómica de seguimiento para el Covid-19 del TSJV: Acta de 31 de marzo de 2020, accesible en Internet, consultada el 19/11/2021.

Comisión de seguimiento ejecutiva Covid-19 del TSJM: Nota de 29 de marzo de 2020 sobre asistencia letrada a detenidos en dependencias policiales, accesible en Internet, consultada el 19/11/2021.

Consejo General de la Abogacía Española: "Primer año de juicios telemáticos: 300.000 comparecencias virtuales", accesible en Internet, consultado el 10/11/2021.

García Sanz, J. y Guimaraes-Da Silva, J.: "Las «vistas telemáticas» en el proceso civil español: visión comparada, regulación y cuestiones prácticas que suscita su celebración", *Diario La Ley*, núm. 9659, Tribuna, 23 de junio de 2020.

García-Varela Iglesias, R.: "Camino a la inmediación digital en justicia: Juicios y actos procesales remotos", *Diario La Ley*, 8 de junio de 2021.

Guerra González, R.: "Generalización de los juicios celebrados por videoconferencia", *Diario La Ley*, Sección Tribuna, 20 de mayo de 2021.

Guías Jurídicas Wolters Kluwer, voz: plataforma digital, consultado el 3/11/2021.

Gutiérrez Mayo, E.: "Juicios telemáticos. Ventajas y posibles riesgos", *Otrosí, Revista del Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 6, 2020.

Magro Servet, V.: "De la excepción a la regla general del art. 19 RD 16/2020, de 28 de abril", *Diario La Ley*, núm. 9646, Tribuna, 4 de junio de 2020.

MINISTERIO DE JUSTICIA: "Guía para la celebración de actuaciones judiciales con medios telemáticos en el ámbito competencial del Ministerio de Justicia", 9 de junio de 2020.

MONTERO AROCA, J.: "Los principios generales del proceso", en AA.VV.: *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

PARDO IRANZO, V.: "El proceso: aspectos generales y principios estructurales o consustanciales", en AA.VV.: *Derecho Procesal I. Jurisdicción, acción y proceso*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur menor (Navarra), 2021.

PEREA GONZÁLEZ, A.: "El juicio telemático en el proceso civil: ventajas y cuestiones técnicas", *Práctica de Tribunales: Revista de derecho procesal civil y mercantil*, núm. 147, 2020.

PUNTO DE ACCESO GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, accesible en Internet, consultado el 23/11/2021.

VIDAL FUEYO, M. C.: "El derecho a la tutela judicial efectiva en tiempos de pandemia", en AA.VV.: Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional, Colección obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2020.

OBJETO, CAUSA Y SINIESTRO EN EL CONTRATO DE REASEGURO MARÍTIMO: REFLEXIONES DESDE EL DERECHO COMPARADO

SUBJECT, CAUSE AND LOSS IN MARITIME REINSURANCE CONTRACT: REFLECTIONS FROM COMPARATIVE LAW

Rev. Boliv. de Derecho Nº 33, enero 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 402-435

Gabriel
BALLESTA
LUQUE

ARTÍCULO RECIBIDO: 4 de noviembre de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 30 de noviembre de 2020

RESUMEN: El reaseguro carece de una atención específica por parte de la doctrina y de una regulación detallada en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, y desde este estudio se persigue analizar dos elementos esenciales del reaseguro marítimo para contribuir en la descripción de la estructura del contrato y del sentido del mismo. La relevancia de este se explica por su utilidad en el comercio internacional ya que sin este contrato ninguna actividad de transporte ni aseguradora podría llevarse a cabo lo que obliga a abordar esta temática desde una perspectiva de Derecho comparado.

PALABRAS CLAVE: riesgo; interés; seguro; reaseguro; derecho marítimo.

ABSTRACT: *Reinsurance lacks specific attention from doctrine and a detailed regulation in most legal systems. Therefore, the following study aims to analyze two essential elements of maritime reinsurance to describe the structure of the contract and its nature. Its relevance is explained by its usefulness in international trade, since without this contract, no transport or insurance activity could be carried out. Hence, it is necessary to approach this issue from a comparative law perspective.*

KEY WORDS: *risk; interest; insurance; reinsurance; maritime law.*

SUMARIO.- I. CONSIDERACIONES GENERALES.- II. EL OBJETO DEL REASEGURO MARÍTIMO.- 1. Premisa.- 2. El objeto del contrato: el interés.- *A) Interés asegurado.- B) Interés reasegurado.*- 3. Los requisitos del interés.- III. LA CAUSA DEL REASEGURO MARÍTIMO.- 1. Premisa.- 2. La causa del contrato: el riesgo.- *A) Riesgo asegurado.- B) Riesgo reasegurado.*- 3. Los requisitos del riesgo.- IV. EL SINIESTRO EN EL REASEGURO MARÍTIMO.- V. CONCLUSIÓN.

I. CONSIDERACIONES GENERALES.

La historia del reaseguro no puede explicarse sin referencia al seguro y al específico contexto marítimo en el que se desarrolló por primera vez. Tampoco hoy puede prescindirse de dicha remisión en la exposición del reaseguro marítimo ya que éste se enraíza en el seguro marítimo desde un punto de vista funcional. La referencia al contrato de seguro marítimo viene haciéndose obligada a lo largo del presente trabajo puesto que lo contrario llevaría abordar de una manera fragmentaria e incompleta la temática seleccionada y su problemática jurídica.

La presencia del riesgo y del interés es necesaria en todos los tipos de seguros -el reaseguro participa la naturaleza del seguro- pues la ausencia de esos dos elementos esenciales conllevaría la inexistencia del propio contrato. La interdependencia existente entre riesgo e interés viene exponiéndose desde hace siglos ("*principale fundamentum assecurationis est risicum, seu interesse assecuratorum, sine quo non potest subsistere assecuratio*"[1]) y es tan estrecha que repercute sobre la definición, la naturaleza y la validez del propio contrato de seguro. Sin embargo, dicha relación entre el riesgo y el interés no pueden llevar a una confusión de los mismos e inmiscuirlos en una misma concepción sino que su deslinde obliga a un indagación pormenorizada de ambos por separado.

La elección del ordenamiento jurídico español e italiano no obedece a razones arbitrarias sino que es consecuencia de una reflexión atenta y detenida de los vínculos históricos y comerciales que han unido -y hoy continúan haciéndolo- a España y a Italia. La elección del método de derecho comparado ha perseguido, en todo momento, analizar con detalle y sistematizar la experiencia suscitada principalmente en dos ordenamientos con una consolidada trayectoria en el Derecho marítimo y confrontar las singulares divergencias y similitudes entre la normativa, la doctrina y la jurisprudencia española e italiana sobre la institución del

1 Casaregis, G. L. M.: *Discursus legales de commercio*, Vol. IV, Venezia, 1740, p. 1.

• Gabriel Ballesta Luque
Investigador del Departamento de Derecho Mercantil. Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Melilla (Universidad de Granada). Correo electrónico: ballesta@ugr.es.

reaseguro en este ámbito. El predominio de la *Marine Insurance Act* ha impedido que podamos desatenderlo y ha convertido en obligada la mención al mismo.

En último lugar, dejamos señalado que, ante la ausencia de una previsión contractual específica y la necesidad de integrar las lagunas jurídicas, al reaseguro le resultará de aplicación las disposiciones generales de los seguros de daños. En España, una vez que la regulación de la LCS acerca del reaseguro se agota, las disposiciones generales del seguro marítimo contenidas en la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima (en adelante, LNM) deben regir necesariamente con preferencia sobre las disposiciones generales de los seguros contra daños formuladas por la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (en lo sucesivo, LCS). En Italia, el reaseguro marítimo quedará sujeto a las normas del Codice Civile y sólo cuando éstas se agoten entrarán en juego los preceptos del seguro para la navegación marítima contenidos en el Codice Navigazione; lo anterior no impide la aplicación analógica de alguno de los preceptos del seguro de daños.

II. EL OBJETO DEL REASEGURO MARÍTIMO.

1. Premisa.

Sin la presencia de un interés, no puede existir válidamente un contrato de seguro y, en el reaseguro, ese concurso forzoso no constituye una excepción.

En España, el art. 408 LNM (supletoriamente también el art. 25 LCS) dispone que "la inexistencia de interés determinará la nulidad del contrato" y, en el inciso final del precepto, remite a lo dispuesto sobre la existencia del riesgo en el art. 422 LNM. Esta disposición se configura como "clave de bóveda"[2] de todo el seguro marítimo porque no solo se requiere su presencia para la existencia del riesgo sino que también confirma la naturaleza resarcitoria del seguro marítimo y posibilita el aseguramiento de intereses futuros, en línea con lo dispuesto en el art. 1271 Código Civil. En Italia, empero, el Codice Navigazione no contiene ninguna sección especial para el interés sino algunas referencias a los objetos que pueden constituirlo entre los preceptos dedicados al seguro marítimo. Tampoco resulta posible encontrar en el Codice Civile una regulación detallada acerca del interés en el contrato de seguro más allá de la del art. 1904. La norma anterior contiene

2 Pulido Begines, J. L.: *Curso de Derecho de la navegación marítima*, Tecnos, Madrid, 2015, p. 481. Igualmente, Veiga Copo, A. B.: *El interés en el contrato de seguro. Ensayo dogmático sobre el interés*, Civitas, Navarra, 2018, p. 153.
El Derecho inglés sigue la tradición legislativa del siglo XVIII que buscaba evitar los abusos y ofuscar la naturaleza indemnizatoria del seguro convirtiéndola en una puramente especulativa. En la actualidad, la Sección 4 de la *Marine Insurance Act* también declara que si el contrato está privado de un interés asegurable, se equipararía a un contrato de apuesta (*gambling or wagering*) el seguro será nulo y el daño no indemnizable. En la tradición jurídica anglosajona, el ejemplo típico de invalidez de un contrato de seguro marítimo es ofrecido por la póliza *proof of interest*, estipulada en ausencia de un válido *insurable interest*, que se convierte en un contrato de apuesta siendo contraria a la Ley.

una referencia implícita a la esencialidad del interés al expresar que el seguro contra daños es nulo si, en el momento en el que el contrato debe tener inicio, no existe un interés del asegurado al resarcimiento del daño.

De igual modo la jurisprudencia[3] ha confirmado la indispensabilidad de este elemento al sancionar la nulidad de los seguros contra daños en los que no existe el interés o, existiendo al inicio, ha desaparecido. Una vez determinada la nulidad de pleno derecho del contrato de seguro marítimo originario, se proclamará la misma tipología de ineficacia en el contrato de reaseguro pero no viceversa.

2. El objeto del contrato: el interés.

En la teoría general del contrato, el empleo del término "objeto" designa la obligación o la "prestazione" que constituye el contenido del negocio jurídico (art. 1261 Código Civil y art. 1174 Codice Civile). En la teoría general del seguro y ligándolo siempre al riesgo, el objeto del seguro se hace recaer sobre el interés e incluso hay quienes llegan a reclamar y visibilizar una distinción entre objeto del seguro (interés) y objeto asegurado (elemento expuesto al riesgo) pese a la indiferencia que para otros tiene en la práctica.

La consideración del interés como objeto del contrato de seguro no se encuentra recogida de manera explícita ni en la LCS ni en el Codice Civile. Ambas legislaciones nacionales han relegado su calificación y no ofrecen una definición[4] del mismo. No obstante, su consideración como objeto puede deducirse de la lectura de algunos preceptos legales del ordenamiento jurídico español e italiano.

En el Derecho español, el interés no puede ser considerado la causa contractual porque el art. 1274 Código Civil prescribe que, en los contratos onerosos, la causa se identifica con la prestación de la parte contratante. En el seguro y en el reaseguro, la prestación del asegurador y del reasegurador es coincidente: asumir patrimonialmente las consecuencias económicas negativas del siniestro. En todos los seguros contra daños, la causa consistirá en la promesa del asegurador de proveer la correspondiente reparación del daño sufrido por el asegurado en caso

3 En este sentido, pueden citarse las Sentencias del Tribunal Supremo (en adelante, SSTS) 23 marzo 2006 (RJ 2006, 6292) y 31 diciembre 1996 (RJ 1996, 9483), y las Sentenze Corte di Cassazione (ulteriormente, Cass.) 17 giugno 2013, numero 15107, y 13 marzo 2013, numero 6293.

4 La Ley inglesa si parece contener una definición muy amplia de interés y configurar una categoría muy dilatada en la que pudiesen encuadrarse, por ejemplo, las deudas. En concreto, el primer apartado de la Sección 5 de la *Marine Insurance Act* lo define como *a interest in a marine adventure* y el segundo apartado de esa misma Sección expresa que una persona tiene interés cuando se encuentra en relación con la expedición marítima o con cualquier bien asegurable en riesgo de la misma y como consecuencia de ella puede verse beneficiada por la llegada de los bienes asegurables o perjudicada por su pérdida, por los daños sufridos, por la detención de los mismos o por la responsabilidad con respecto a ellos. La Sentencia *Lucena v. Craufurf* (1806) describió el interés asegurable como "a right in a property, or a right derivable out of some contract about the property, which in either case may be lost upon some contingency affecting the possession or enjoyment of the party".

de que llegue a materializarse el siniestro, es decir, el compromiso de indemnización o de restitución del valor económico negativo. En España, la concepción del interés como objeto del seguro late en aquellas disposiciones que admiten el seguro de una parte alícuota o ideal del valor de una cosa y es reconocido inequívocamente como tal por la doctrina[5] y por la jurisprudencia[6]. Lo expresado anteriormente nos lleva a admitir que no es la cosa en sí misma sino el interés que representa dicha parte alícuota para el asegurado lo que constituye el verdadero objeto del contrato de seguro.

Aunque la doctrina italiana declara categóricamente la esencialidad del interés[7], la práctica totalidad de estudios acerca del mismo lo han tratado en correlación estrecha al riesgo y la gran mayoría de autores especializados se refiere al mismo como la causa de cualquier contrato de seguro y de reaseguro[8]; tan solo muy pocos afirman de manera indubitada que el interés sea el objeto del seguro[9]. No faltan opiniones que niegan al interés la consideración de objeto del contrato en atención a su consideración como presupuesto del mismo[10] ni tampoco juicios

5 Garrigues, J.: "Alcune idee sull'interesse nell'assicurazione contro i danni", *Assicurazioni*, Anno XXXVII, Parte Prima, 1970, p. 330; Veiga Copo, A. B.: *El seguro. Hacia una reconfiguración del contrato*, Aranzadi, Navarra, 2018, p. 114; Arroyo Martínez, I.: "Capítulo 111. Los seguros marítimo y aéreo. El préstamo a la gruesa", en AA.VV.: *Curso de Derecho Mercantil* (R. Uría y A. Menéndez), Civitas, Madrid, 2001, p. 1141; Rodríguez Carrión, J. L.: *Los seguros marítimos y aéreos*, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 57. Igualmente en la doctrina francesa, Picard M. et Besson, A.: *Traité général des assurances terrestres en Droit français*, Tome II, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1940, p. 9.
En contra, Benítez De Lugo y Reymundo, L.: *El riesgo jurídico*, Viuda Galo Sáez, Madrid, 1961, p. 16 y Broseta Pont, M.: *El contrato de reaseguro*, Aguilar, Madrid, 1961, p. 102.

6 Las SSTS 31 diciembre 1996 (RJ\1996\9483) y 17 junio 1982 (RJ 1982, 4037) definieron el interés como "la ventaja que la no producción del resultado dañoso representa para el asegurado". La STS 26 octubre 2006 (RJ 2006, 9359) también afirma categóricamente que "el objeto del contrato de seguro marítimo es el interés asegurado respecto de los riesgos de la navegación".

7 Buttaro, L.: *L'interesse nell'assicurazione*, Giuffrè, Milano, 1954, p. 66; Rossetti, M.: *Il diritto delle assicurazioni*, volumen II, CEDAM, Padova, 1965, p. 24; Moliterni, F.: "Assicurazione marittima ed assicurabilità del rischio pirateria", *Banca borsa e titoli di credito*, 2011, fasc. 4, pt. I, p. 466; Pirilli, D.: *Il contratto di assicurazione per conto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013, p. 69 señala que el interés es el "nodo cruciale" de la disciplina asegurativa.

8 Brunetti, A.: "La teoria giuridica del contratto di assicurazione", *Assicurazioni*, XIII-XIV, Anno II, Parte Prima, 1935, p. 431; Buttaro, L.: *L'interesse*, cit., p. 6; Santoro Pasarelli, F.: "La causa del contratto di assicurazione", en AA.VV.: *Studi sulle assicurazioni. Raccolti in occasione del cinquantenario dell'Istituto Nazionale delle Assicurazioni*, Edizione dell'Istituto Nazionale delle Assicurazione - Giuffrè, Roma - Milano, 1963; La Torre, A.: *L'assicurazione nella storia delle idee*, Istituto nazionale delle assicurazioni, Roma, 1995, p. 973; Boglione, G.: "Note in tema di interesse all'assicurazione", *Diritto e Fiscalità dell'assicurazione*, 2012, fasc. 3, pp. 557 y ss. interpreta la Sentenza Cass., 22 dicembre 2011, numero 28284 y concluye que "el interés del asegurado pertenece a la causa del contrato de seguro, formando parte de la función económica protegida por el Legislador".

9 Entre ellos, Mossa, L.: *Saggio legislativo sul contratto di assicurazione*, Industrie grafiche V. Lischi & Figli, Pisa, 1931, pp. 24-25 y Ferrarini, S.: "L'interesse di assicurazione", *Assicurazioni*, XIII-XIV, Anno II, Parte Prima, 1935, p. 641.

10 Prosperetti, M. y Apicella, E. A.: *La riassicurazione*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 146. En igual sentido, Vivante, C.: *Il contrato di assicurazione*, Hoepli, Milano, 1885, p. 9 señala que "i rischi della navigazione formano l'oggetto del contratto"; Navarrini, U.: *Trattato teorico-pratico di Diritto commerciale*, Vol. IV, Fratelli Bocca, Torino, 1920, p. 263; Ferrarini, S.: "L'interesse", cit., p. 624; Salandra, V.: "Il trasferimento del rischio come oggetto dell'assicurazione", *Assicurazioni*, XVII-XVIII, Anno VI, Parte Prima, 1939, p. 11, defiende que el riesgo, o más propiamente, la transferencia del riesgo (*susceptio periculi*) constituye el objeto del contrato de seguro hasta el punto de afirmar que constituye todavía el "caposaldo" del seguro; Ferri, G.: "L'interesse nell'assicurazione danni", *Assicurazioni*, 1941, XIX-XX, Anno VIII, Parte Prima, p. 208 afirma que, en la tradición italiana, la noción de interés responde a una relación económica y ésta no puede nunca

que afirman que el riesgo no puede coincidir o identificarse con el objeto del contrato de seguro porque el riesgo del asegurador y el riesgo del asegurado son totalmente distintos[11].

Al igual que ocurre con el riesgo reasegurado, el interés reasegurado deriva del contrato de seguro originario; esa relación de dependencia trae causa de la estipulación contractual en virtud de la cual el reaseguro se contrata según "las condiciones y cláusulas del seguro principal" y es la que ha llevado a la afirmación de que el interés que justifica el reaseguro es el interés del asegurador.

A) Interés asegurado.

En el seguro marítimo, el interés asegurado es "la relación económica de un sujeto con una cosa, por lo que el objeto del seguro marítimo no se identifica con las cosas (buque, flete o mercancías), sino con las distintas relaciones en que el sujeto interesado puede encontrarse con dichas cosas"[12] cuando existe posibilidad de su destrucción o disminución por la realización de un siniestro.

La peculiaridad del interés marítimo viene determinada principalmente por la naturaleza de las cosas objeto de tal interés y por los sujetos que pueden ser titulares del mismo, pero también por la peculiar relación que une a los bienes asegurados.

En el seguro marítimo puede constituir el interés asegurable tanto los bienes materiales (*v.gr.* mercancías) como bienes inmateriales (*v.gr.* flete) con independencia de que tengan existencia real o futura en el momento de celebrar el contrato, pero siempre con la exigencia de que se encuentren expuestos a los riesgos de la navegación marítima (arts. 406.1 y 408 LNM). Así lo expresó -con anterioridad a la LNM- la STS 26 octubre 2006 al afirmar que "el objeto del contrato de seguro marítimo es el interés asegurado respecto de los riesgos de la navegación, el cual

ser objeto del seguro; Donati, A.: "L'interesse nel contrato di assicurazione", *Assicurazioni*, Anno XVII, Parte Prima, 1950, pp. 342-343 entiende que objeto y causa son dos aspectos (estructural y funcional) de la relación jurídica y que, bajo la doctrina civil, el interés no puede ser objeto del seguro; Buttaro, L.: "Riassicurazione", *Enciclopedia Diritto*, vol. XL, Giuffrè, Milano, 1989, p. 385 identifica el objeto del contrato de reaseguro con el riesgo asegurado.

11 Ferrarini, S.: "L'interesse", cit., p. 15; Brunetti, A.: "La teoria giuridica", cit., p. 412. En el mismo sentido, se ha pronunciado la jurisprudencia italiana; la Sentenza Cass. 9 luglio 1953, numero 2210, expresó que el objeto del contrato de seguro es el riesgo y la Sentenza Cass. 29 aprile 1967, numero 799, refiriéndose al seguro, al reaseguro y a la retrocesión, señaló que el objeto del contrato será, "en cualquier caso, el riesgo del contrato celebrado por el primer asegurador".

12 Arroyo Martínez, I.: "Capítulo III", cit., p. 1441. Con posterioridad, la Sentencia de la Audiencia Provincial (en adelante, SAP) de las Islas Baleares 6 junio 2016 (JUR 2016, 156912) recogió esa misma definición. Afirman también la naturaleza económica del interés Uría, R.: *El Seguro Marítimo*, Bosch, Barcelona, 1940, pp. 76-77 y Di Marco, M.: "La funzione del contratto di assicurazione marittima", *Assicurazioni*, 2004, p. 435. En el ámbito asegurador marítimo frecuentemente se conciertan seguros en condiciones de "interés presunto" bajo los cuales se presume a favor del asegurado la existencia del interés y la validez del contrato, pero el asegurador puede destruir esa presunción mediante la prueba de la inexistencia de la relación económica entre el asegurado y la cosa.

hace referencia a la relación de naturaleza económica de la persona con la cosa, de modo que la destrucción o deterioro de ésta produce a aquélla un perjuicio"[13]. El art. 409 LNM contiene una enumeración de los intereses concretos que pueden ser objeto del seguro marítimo (*v. gr.* buques o cargamentos) pero sin constituir un catálogo cerrado puesto que se contempla que puedan serlo "cualesquiera otros intereses patrimoniales legítimos". Se trata de una cláusula abierta que posibilita la inclusión de otros intereses y es que tanto el seguro como el reaseguro marítimo pueden cubrir intereses patrimoniales "globales" (*v. gr.* intereses que versan sobre la integridad del patrimonio y van referidos al deseo de que el mismo no quede gravado con deudas que incremente su pasivo y disminuya su activo)[14].

Mientras que la LNM aborda de manera específica el tratamiento del interés, el Codice Navigazione se refiere simplemente a los objetos que pueden constituir el interés en el contrato de seguro marítimo y lo hace de forma indirecta al regular el seguro de la nave (art. 515), el seguro de mercancías (arts. 516 y 517), el seguro de ganancias o beneficios esperables por las mercancías (art. 518), el seguro de flete (arts. 519 y 520), las sumas adeudadas por la contribución a la avería común y las sumas debidas a los terceros dañados por abordaje en los seguros de responsabilidad civil (arts. 537 y 538). El elenco anterior es solo indicativo porque no se corresponde con ninguna enumeración cerrada y, aunque no se incluye ninguna referencia genérica o cláusula abierta, Ferrarini extiende la enumeración de los objetos de seguros a las naves en construcción o en desgüace, a los gastos hechos para mantener la nave en condiciones de ejercicio, a los contenedores, a los beneficios esperados sobre las mercancías transportadas o a la responsabilidad de una persona en relación con una cosa[15].

Sin riesgo no puede haber interés, es necesario un riesgo y un daño para vulnerar ese interés. En último lugar, dejamos señalado que la determinación del daño atiende necesariamente al valor del interés y que éste obedece a criterios diferentes en uno y otro ordenamiento[16].

13 STS 26 octubre 2006 (RJ\2006\9359).

14 García-pita Y Lastres, J. L.: *El reaseguro marítimo, entre el Derecho español y el Common Law. Una visión armonizadora*, Aranzadi, Navarra, 2011, p. 280. El patrimonio de un sujeto de la navegación también puede ser objeto del interés marítimo asegurado y, en estos supuestos, el seguro tiende a mantener indemne el patrimonio del asegurado frente a la eventual disminución que pueda sufrir como consecuencia del daño ocasionado en un tercero. El ejemplo típico son los *Protection&Indemnity Insurance* pero son muchos más los seguros marítimos en los que se puede pensar como, por ejemplo, el seguro de responsabilidad civil (art. 463 y siguientes LNM), l'assicurazione per contribuzione in avaria comune (art. 526 Codice Navigazione) o l'assicurazione per danni da urto (art. 527 Codice Navigazione), entre otros.

15 Ferrarini, S.: *Le assicurazioni marittim*e, Giuffrè, Milano, 1991, pp. 81-101.

16 El art. 454 LNM recurre al valor en origen de las cosas para incrementar los gastos de transporte y aduanas y así determinar el valor asegurable final en el seguro de mercancías mientras que el art. 26 LCS repara en el valor de las cosas en el "momento inmediatamente anterior a la realización del siniestro". En cambio, el art. 516 Codice Navigazione acude al criterio del valor en destino de las mercancías sin tener en cuenta las ulteriores consecuencias dañosas y contrariamente al art. 1908 Codice Civile que contiene la regla general de que el valor de la cosa asegurada se calcula en el momento de perpetrarse el siniestro.

B) Interés reasegurado.

Ni en el ordenamiento jurídico español ni en el italiano encontramos una definición legal de interés reasegurado[17] pero en torno al mismo y al de interés asegurado se han creado varias construcciones teóricas. La teoría del interés indirecto[18] y la teoría del patrimonio[19] son las principales formulaciones sobre el interés en el reaseguro y dan buena prueba del carácter propio y particular del mismo.

El reaseguro marítimo es una modalidad que se caracteriza por el interés y por el riesgo cubierto. "La maritimidad del riesgo determina la maritimidad del interés asegurable"[20] por lo que la problemática se circunscribe a la conexión entre la maritimidad -como factor caracterizante- y el interés y riesgo del reaseguro. Tanto el asegurador-reasegurado como el reasegurador no personifican a ningún sujeto de la navegación marítima (*v. gr.* armador, naviero, administrador del condominio naval o remolcador) sino que, por el contrario, revisten necesariamente una cualidad técnica y profesional referida, respectivamente, a la actividad aseguradora y reaseguradora. El Profesor García-Pita señala que el factor de acotación de la maritimidad del reaseguro se encuentra en su objeto y distingue entre el objeto del contrato de reaseguro y el objeto de la relación de cobertura para afirmar que existe un interés reasegurable directo (interés del asegurador-reasegurado en mantener la integridad de su patrimonio) y un interés indirecto (referido a los

17 De una manera algo particular la Ley inglesa expresa "the insurer under a contract of marine insurance has an insurable interest in his risk, and may reinsurer in respect of it".

18 Donati, A.: *Trattato del Diritto delle assicurazioni private*, Volume Terzo, Giuffrè, Milano, 1952, p. 484 entiende que el asegurador-reasegurado asegura un interés que es reflejo de un interés indirecto que adquiere en el bien del asegurado sujeto al riesgo en virtud del contrato de seguro inicial celebrado por él en su calidad de asegurador. En el mismo sentido, Salandra, V.: "I caratteri giuridici del contratto di riassicurazione e la giurisprudenza della Cassazione", *Assicurazioni*, XII-XIII, Anno I, Parte Prima, 1934, p. 322; Benítez De Lugo Y Reymundo, L.: *El riesgo*, cit., p. 14; Uría, R., Menéndez, A. y Alonso Soto, R.: "Capítulo 77. El contrato de seguro en general", en AA.VV.: *Curso de Derecho Mercantil* (R. Uría y A. Menéndez), Civitas, Madrid, 2001, p. 587. Esta teoría también se apoya sobre el hecho de que el reasegurador, al asumir una parte del riesgo, tomase también para sí una parte del mismo interés. La única diferencia radicaría en que el titular del interés recaería sobre el asegurado en el seguro directo y sobre el asegurador-reasegurado en el reaseguro. La expresión "comunidad de intereses" no debe llevar a equívoco ni, mucho menos, a establecer paralelismos con otros elementos del contrato. Siendo el riesgo reasegurado totalmente distinto del riesgo asegurado, nos resulta difícil mantener que el reaseguro cubra el mismo interés que el seguro directo ya que ambos se encuentran en una correlación paralela.

19 Otro importante grupo de autores han defendido que, en los seguros contra el nacimiento de una deuda, el interés asegurado recae sobre el patrimonio del asegurado. Entre otros muchos, Brunetti, A.: "Sulle dichiarazioni dell assicuratore nella conclusione del contratto di riassicurazione", *Assicurazioni*, 1938, Parte Seconda, p. 197; Sotgia, S.: *Diritto delle assicurazioni*, CEDAM, Padova, 1946, p. 203; Buttaro, L.: *L'interesse*, cit., p. 50; Broseta Pont, M.: *El contrato de reaseguro*, Aguilar, Madrid, 1961, pp. 103-104; Prosperetti, M. y Apicella, E. A.: *La riassicurazione*, cit., pp. 146-147; Romero Matute, B.: *El reaseguro*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2001, p. 166; García-pita Y Lastres, J. L.: *El reaseguro*, cit., p. 305. A través del reaseguro, el asegurador-reasegurado trata de tutelar sus recursos patrimoniales contra la posibilidad de que se vean disminuidos por la obligación contractual de indemnizar al asegurado directo cuando se verifica el siniestro. Así, el objeto asegurado es el patrimonio del asegurador-reasegurado y sobre él recae el interés reasegurado. No obstante, a esta teoría no le faltan críticas y, de entre todas ellas, la que se opone con mayor fuerza a la misma es la que duda de que sea posible referirse a un interés sobre la totalidad de un patrimonio, como interés distinto del que recae sobre cada uno de los elementos que lo forman.

20 García-pita Y Lastres, J. L.: *El reaseguro*, cit., p. 281.

bienes y derechos que fueron objeto de la cobertura en el nivel del aseguramiento directo)[21]. La fórmula abierta contenida en la última letra del art. 409 LNM y una interpretación amplia del mismo constituiría el fundamento para el reconocimiento de la figura del reaseguro marítimo como contrato sometido al Derecho del seguro marítimo[22].

En el reaseguro concurren dos riesgos diferentes y dos intereses igualmente diversos. En el caso del interés, mantenemos que, aunque ambos no recaen sobre los mismos sujetos si coinciden en el tiempo y en el contenido: interés a no experimentar un daño e interés a no sufrir una disminución patrimonial. Es la eventual deuda del asegurador-reasegurado la que puede provocar un daño en su patrimonio y de ello se deriva su pretensión de mantener indemne los recursos activos de su propiedad. El asegurador-reasegurado tiene interés propio en preservar la indemnidad e integridad de su patrimonio y ello es lo que le lleva a contratar un reaseguro.

En el reaseguro, el interés consiste en la intención del asegurador-reasegurado de evitar un deterioro patrimonial pero no solo eso ya que el interés "debe y tiene una fuerza expansiva, proyectándose a través de una tríada de elementos jurídicos, económicos y extrapatrimoniales sin que, en definitiva, se ancle en uno solo"[23]. La motivación causal por la que al asegurador-reasegurado "inmuniza" la integridad de su patrimonio de cara al futuro también encuentra su explicación en la decisión propia de continuar llevando a cabo la actividad aseguradora. La voluntad de ejercicio continuado como actor en el mercado del riesgo respalda, junto con la de evitar un detrimento patrimonial (interés economicista), el *animus* de la entidad aseguradora que contrata un reaseguro (interés extrapatrimonial). La especial relación entre el sujeto y la cosa se predica aquí respecto de la empresa también. Si la empresa no opera funcionalmente, no tiene razón de ser. El reaseguro es más que un contrato de resarcimiento y cumple funciones que sobrepasan la de garantía en la reparación del daño.

Al afirmar que el asegurador-reasegurado "tiene interés" queremos significar que toma parte en las eventuales consecuencias económicas del contrato que ha celebrado con anterioridad y que quiere conservar la situación económica patrimonial en la que se encuentra. El motivo por el que se reasegura es el interés personal en que el riesgo de nacimiento de una deuda no se verifique, pero el asegurador-reasegurado también tiene un interés propio en respetar sus planes

21 García-pita y Lastres, J. L.: *El reaseguro*, cit., p. 250.

22 García-pita y Lastres, J. L.: *El reaseguro*, cit., p. 282 no lo hace directamente al precepto señalado, sino que se refiere al art. 438 del texto proyectado y que finalmente ha sido aprobado con el mismo contenido y lo justifica en que "el asegurador directo posee, a su vez, un interés propio -interés reasegurado- que, en cierta medida, recae sobre el interés del asegurado directo mismo".

23 Veiga Copo, A. B.: *El interés*, cit., p. 60.

y capacidad y, de esta forma, cumplir con la técnica aseguradora que permite la homogeneización de los riesgos y la operatividad del mercado.

De la regulación sobre el interés contenida en los preceptos vigentes del ordenamiento jurídico español e italiano, se infiere un significado manifiestamente económico del mismo. La doctrina coincide en señalar que el valor del interés reasegurado será el mismo que el valor de la suma asegurada del seguro originario[24].

3. Los requisitos del interés.

En el contrato de reaseguro marítimo, apreciamos un interés asegurable propio y particular y, siguiendo a Donati -quien sostiene que los elementos constitutivos del interés son el objeto, el sujeto y la relación[25]-, deben precisarse las condiciones que deben formar el interés reasegurable.

En primer lugar, tienen que reunirse las condiciones necesarias para formar un interés asegurable en el contrato de seguro marítimo[26]. La celebración de un seguro de la navegación válido es imprescindible para que pueda existir un interés asegurable en el contrato de reaseguro. La unión de las circunstancias materiales que conforman el interés en todo contrato de seguro y de las circunstancias que determinan la maritimidad del mismo vienen también exigidas por la remisión indirecta del interés reasegurable al interés del contrato que constituye su propio presupuesto. El asegurador-reasegurado no sólo tiene que seguir teniendo un interés en que el siniestro no se verifique, sino que además debe conservar una cuota (interés) del riesgo asumido por él.

En segundo lugar, el patrimonio del asegurador-reasegurado y la protección de éste representan el objeto del interés en el reaseguro. El asegurador-reasegurado preserva la integridad de sus recursos económicos propios a través del reaseguro. El objeto asegurado es el patrimonio del asegurador-reasegurado y sobre él

24 Ehrenberg, V.: *El reaseguro*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1941, p. 168; Donati, A.: *Trattato*, Volume Terzo, cit., p. 486; Broseta Pont, M.: *El contrato*, cit., p. 105.

25 Donati, A.: "L'interesse", cit., p. 311. En relación con el último de ellos, Brunetti, A.: "La teoría", cit., pp. 433-434 reclamó que el interés tuviese un contenido económico (las prestaciones de ambas partes tienen que tener la misma naturaleza), que fuese objetivado (en el sentido de que tiene que ser de la misma naturaleza que el daño que se pretende evitar) y ligado a una cosa específica.

26 Arroyo, I.: *Curso de Derecho marítimo*, Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 820-821 sintetiza y establece cuatro requisitos para que un determinado interés pueda ser objeto de seguro marítimo: un interés amenazado realmente por un riesgo de la navegación marítima, un interés lícito, un interés económico y un interés existente.
En Italia, el art. 1174 Codice Civile se refiere a la susceptibilidad de valoración económica del interés pero el citado precepto también admite que la prestación sea "non patrimoniale" y la jurisprudencia italiana entiende que, a efectos de la validez del seguro contra daños, el interés exigido por el art. 1904 Codice Civile "è ravvisabile non solo in relazione al diritto di proprietà o ad altro diritto reale sulla cosa assicurata ma anche in relazione a qualsiasi ulteriore rapporto economico-giuridico in base al quale il titolare di esso sia tenuto a sopportare il danno patrimoniale derivante da un evento dannoso collegabile alla cosa assicurata", así se pronunciaron -entre otras- las Sentenze Cass. 30 maggio 1981, numero 3541; 12 maggio 2005, numero 10023; 22 diciembre 2011, numero 28284.

recae el interés reasegurado. La transferencia del riesgo mantiene un patrimonio determinado o evita una pérdida irrecuperable.

En cuanto al sujeto del interés reasegurable, indicamos que tendrá que existir necesariamente una persona que pueda verse afectada por el siniestro y que recaerá exclusivamente en el asegurador-reasegurado. Frente a la pluralidad de sujetos sobre los que puede recaer el titular del interés en el seguro marítimo (*v. gr.* naviero, armador o fletador), el asegurador-reasegurado siempre ostentará la condición de titular del interés objeto del reaseguro sin que quepa la participación de ninguna otra persona dada las limitaciones impuestas por las leyes en el acceso al reaseguro.

En lo que se refiere al requisito de la relación, dejamos indicado que la misma tiene que tener principalmente una naturaleza de contenido económico entre el asegurador-reasegurado y su propio patrimonio (objeto asegurado). Ninguna empresa desea padecer una depreciación en su posición o situación económica y, en el reaseguro, el interés consiste en la aversión al riesgo, es decir, en la voluntad del asegurador-reasegurado de no experimentar un daño y en la elección de prevenir una posible disminución patrimonial. En definitiva, un específico interés económico en la conservación de un patrimonio y en la no disminución de sus activos; interés propio en preservar la indemnidad e integridad de patrimonio frente al riesgo de que se produzca un perjuicio económico.

El interés o la relación asegurada y su titular deberá ser descrita y delimitada tanto en la póliza de seguro como en la de reaseguro marítimo y no solamente justificará la propia existencia de ambos contratos, sino que también se convertirán en un recurso que permita, una vez acaecido el siniestro, determinar la exigibilidad de la indemnización y el importe de la misma.

III. LA CAUSA DEL REASEGURO MARÍTIMO.

1. Premisa.

La esencialidad del riesgo deviene de la exigencia de la Ley al requerir su presencia en todo contrato. Las disposiciones legales referidas específicamente al seguro requieren siempre la presencia de un riesgo (causa) en todos los contratos y, por ende, los reaseguros también precisarán la concurrencia de un riesgo (causa, igualmente) en los mismos. Sin causa no puede existir el contrato; sin riesgo no puede haber seguro ni reaseguro. No solamente es necesaria la presencia del riesgo antes de celebrar el contrato sino durante toda la vigencia del mismo. La inexistencia de un riesgo -en sentido estricto y completo- acarrea la nulidad del seguro por falta de causa ya que la exposición al riesgo es lo que justifica la contratación de un seguro.

Los sistemas jurídicos suelen recurrir a la declaración de nulidad del contrato para sancionar la ausencia del riesgo en los seguros. Así sucede en España, con carácter general, en el art. 4 LCS y, con carácter específico para los seguros de daños, en el art. 25 LCS. También ocurre lo mismo en las disposiciones comunes a los distintos tipos de seguro marítimo recogidas en la LNM. El art. 408 de la Ley marítima señala que "la inexistencia de interés determinará la nulidad del contrato" y en ese mismo precepto se remite al art. 422 del mismo texto legal para sentar la exigencia de que el riesgo se encuentre presente y presumir conocida esta circunstancia. La íntima unión entre riesgo e interés también está representada en la Ley y sólo se exceptúa la ausencia del riesgo en dos supuestos (en el seguro marítimo sobre buenas o malas noticias y en el seguro marítimo celebrado ulteriormente al siniestro o a la cesación del riesgo) pero condicionándolos al estado subjetivo de conocimiento de las partes sobre la inexistencia del riesgo.

Igualmente, en Italia, el art. 1895 Codice Civile -entre las disposiciones generales del seguro- y el art. 1904 Codice Civile -entre las disposiciones particulares para los seguros de daños- declaran la nulidad del contrato si el riesgo nunca ha existido o ha dejado de existir antes de la conclusión del contrato. El Título quinto (dedicado a los seguros) del Codice Navigazione comienza reclamando, en su art. 514, la presencia del riesgo al señalar que, si el riesgo nunca ha existido, ha dejado de existir o si el accidente ha ocurrido antes de la conclusión del contrato, el seguro de la navegación marítima es nulo si se recibe la noticia de la inexistencia, del cese del riesgo o de la ocurrencia del accidente, antes de la conclusión del contrato[27].

2. La causa del contrato: el riesgo.

La expresión "causa del contrato" es empleada aquí para hacer referencia al propósito o a la función que el contrato va a desarrollar y alcanzar. La causa de cualquier contrato de seguro está integrada por dos elementos: el riesgo y el interés. Todo contrato de seguro y de reaseguro, marítimo o no, gira en torno a ambos.

El contrato de seguro marítimo cumple una función de tutela que puede llegar a transformarse en reparadora bajo determinadas circunstancias. Ante la posibilidad de que pueda producirse un siniestro marítimo (peligro) y de que

27 El citado art. 514 Codice Navigazione se refiere al riesgo putativo. La STS 30 julio 2007 (RJ\2007\4962) tuvo la ocasión de referirse a ésta tipología de riesgos y declaró que "los contratos de seguros que atienden a la reclamación aseguran el pasado desconocido y si el asegurado tiene conocimiento del hecho (error profesional), y de sus consecuencias, el supuesto no puede encontrar nunca cobertura en dicho contrato, lo contrario supondría como afirma la doctrina un fraude al seguro, romper con la aleatoriedad que caracteriza a este tipo de contratos e iría en contra del Artículo 4 LCS". En definitiva, se trata de una salvedad prevista por la Ley en el sentido de que no es una causa de nulidad del contrato de seguro marítimo sino una quiebra del principio de realidad del riesgo que los Legisladores admiten y reconocen como válida. También la Sentenza Cass. 24 aprile 1961, número 919, afirmó que la asegurabilidad del riesgo putativo es admitida en vía excepcional en el campo de la navegación.

el mismo pueda tener una repercusión negativa (daño), el contrato otorgará -independientemente de que el riesgo se concretice o no- al asegurado una tutela contra aquellos eventos a cambio de un precio (prima) para que su patrimonio permanezca sin daño ni perjuicio alguno. El seguro marítimo es celebrado por el asegurado con el interés de no asumir en exclusiva las consecuencias negativas del evento (natural o humano) de la navegación marítima y es destinado a proteger la conservación del patrimonio del asegurado frente a un riesgo.

Al igual que ocurre en el seguro, la causa en el reaseguro se identifica con la garantía o tutela que el reasegurador presta contra la posibilidad de que el riesgo se materialice en un daño susceptible de valoración y cuantificación económica en el patrimonio del asegurador-reasegurado tras el abono por parte de éste último al asegurado directo. Así lo señala la doctrina[28] y también la Ley. Sin poder ofrecer una justificación de la afirmación en el Derecho italiano por la escueta regulación legal del reaseguro en el Codice Civile, si dejamos apuntado que el art. 77 LCS describe la obligación legal de "reparar (...) la deuda que nace en el patrimonio del reasegurado a consecuencia de la obligación por éste asumida como asegurador en un contrato de seguro".

La causa del contrato de seguro y de reaseguro es la eliminación de un daño eventual que soporta un interés del asegurado, a cambio del pago de una prima[29]. Para el asegurador-reasegurado, la función esencial y la causa del contrato es la transferencia al reasegurador del riesgo -o una parte del mismo- que amenaza el interés asegurable sobre su patrimonio de tal modo que, si el riesgo se verifica y deviene en siniestro, tiene derecho a recibir una indemnización del reasegurador[30]. Y, para el reasegurador, la causa final del contrato es percibir la prima que tiene derecho a cobrar a cambio de asumir el riesgo trasferido por el asegurador-

28 Broseta Pont, M.: *El contrato*, cit., pp. 74-75 el autor concluye que el reaseguro es un seguro que protege a los aseguradores contra el nacimiento de una deuda y sentencia que "la causa del contrato de reaseguro será buscar cobertura para el riesgo de que surja una deuda en el patrimonio del asegurador como consecuencia de un riesgo anteriormente asumido por él a través de un contrato de seguro". En el mismo sentido, Sánchez Calero, F. y Tirado Suárez, F. J.: "Artículos 45 a 79", en AA.VV.: *Comentarios al Código de Comercio y legislación mercantil especial* (M. Motos y M. Albadalejo), Tomo XXIV, Vol. II, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1985, pp. 681-682 y precisan sobre su naturaleza que es una deuda que "tiende al cumplimiento de un contrato, no una deuda que pretenda resarcir las consecuencias de su incumplimiento". Coincidimos también con los autores cuando éstos claman ante la imprecisión del Legislador que emplea el término "reparar" la deuda en lugar de "pagar" la deuda. Por su parte, Veiga Copo, A. B.: *El interés*, cit., p. 587 emplea el término "resarcir". Es posible que con el término "reparar", el Legislador español haya querido significar la función resarcitoria del contrato de reaseguro, pero el verbo utilizado no deja de ser inexacto.

29 Donati, A.: *Trattato del Diritto delle assicurazioni private*, Volume Secondo, Giuffrè, Milano, 1954, p. 27; Broseta Pont, M.: *El contrato*, cit., p. 95; Garrigues, J.: *Contrato de seguro terrestre*, Aguirre, Madrid, 1982, p. 113; Prosperetti, M. y Apicella, E. A.: *La riassicurazion*e, cit., p. 165; Romero Matute, B.: *El reaseguro*, cit., p. 155.

30 En referencia al seguro, De Gregorio, A. e Fanelli, G.: *Le assicurazioni*, Società Editrice Dante Alighieri, Roma, 1951, p. 55; Lasheras-sanz, A.: "Objeto cierto y causa lícita en la relación del seguro. El riesgo", *Revista de Derecho Privado*, 1952, Tomo XXXVI, p. 2, señala que la causa lícita en el seguro es el riesgo. En relación al reaseguro, Prosperetti, M. y Apicella, E. A.: *La riassicurazion*e, cit., p. 157 defienden que la causa en todos los contratos de reaseguro consiste en la asunción del riesgo del asegurador.

reasegurado. En definitiva, "neutralizar el riesgo, diluirlo, minimizarlo, es la médula"[31], función y causa, del seguro y del reaseguro.

A) Riesgo asegurado.

El seguro marítimo no difiere de otros seguros sino por la cualidad del riesgo implícito en la navegación que tiene un carácter multiforme[32] y que permite singularizar al propio contrato de seguro respecto de otras modalidades asegurativas.

En la actualidad, los arts. 406, 408, 409 y 417 LNM hacen mención específica a los riesgos de la navegación marítima. Y, junto a los anteriores preceptos, el vigente art. 521 Codice Navigazione también emplea la expresión "rischi della navigazione" para referirse a los eventos, propicios al entorno en el que tiene lugar la navegación, que pueden dar lugar a daños o pérdidas en los bienes asegurados[33]. Sin embargo, ni la LNM ni el Codice Navigazione contiene una definición explícita del riesgo de la navegación pero ambos se valen de este elemento para imputar la responsabilidad del asegurador. Desde el prisma doctrinal, se incluyen dentro de los riesgos de la navegación "tanto los riesgos cuyo marco típico de actuación es la mar, como aquellos otros riesgos que amenazan a los intereses asegurados en los momentos terrestres que preceden, interrumpen o subsiguen a la expedición marítima"[34].

No todos los eventos que reúnan los requisitos objetivos de un siniestro obligan al asegurador a resarcir el perjuicio producido sino solo aquellos eventos que dependen de una causa que pueda ser reconducida a los riesgos de la navegación. Si existe un daño y hay una relación de causalidad entre el evento (siniestro) y las circunstancias que lo han provocado (riesgos asumidos y no excluidos en el seguro marítimo), el asegurado tiene derecho a reclamar al asegurador la indemnización correspondiente siempre que previamente haya abonado la prima. En el ámbito marítimo, la teoría de la causa próxima, última o mediata (con cualquiera de las tres

31 Veiga Copo, A. B.: *El seguro*, cit., p. 13.

32 Brunetti, A.: "La teoria", cit., p. 425.

33 Donati, A.: "Assicurazione marittime e aeronautiche", *Enciclopedia Diritto*, III, Giuffrè, Milano, 1958, p. 732; Fanara, E.: "Le assicurazione", *Diritto marittimo*, 1987, p. 632; Di Marco, M.: "La funzione", cit., p. 411.

34 Gabaldón García, J. L. y Ruiz Soroa, J. M.: *Manual de Derecho de la Navegación Marítima*, Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 817. Brunetti, A.: "Il rischio di guerra nelle assicurazione marittime. La disciplina giuridica", *Assicurazioni*, XVII-XVIII, Anno VI, Parte Prima, 1939, p. 406, define el riesgo marítimo como "l'esposizione di tutto quanto è destinato a trasportare o ad essere trasportato per via d'acqua all'azione di cause specifiche di danno". García-pita Y Lastres, J. L.: *El reaseguro*, cit., p. 132, señala que la Sentencia *La Reunion Française SA, v. Barnes* (2001) sostuvo que "el seguro será marítimo, siempre que cubra intereses marítimos y riesgos marítimos -no bastando que concurra sólo el segundo de estos factores-, pero sin que el hecho de que las aguas en que se hallen tales intereses no resulten plenamente navegables, o incluso el hecho de que existan tramos o segmentos no marítimos, en los que el asegurador proporciona su cobertura, constituya obstáculo para la plena y total maritimidad del seguro".

denominaciones es posible reconocerla) es la que más acogida ha tenido[35]. Esta formulación teórica está basada en la máxima *in jure non remota sed proxima causa spectatur* y consiste en considerar jurídicamente relevante la causa más cercana al siniestro mismo, es decir, "aquella que directamente lo ha causado"[36] (causa próxima) independientemente de la multitud de causas que han concurrido en la producción del evento (causas remotas). El seguro marítimo no da cobertura a cualquier riesgo que incida sobre los intereses asegurados sino que han de tratarse de eventos que tengan lugar o que acaezcan a consecuencia de la navegación marítima[37]. Este planteamiento es consecuencia del principio de universalidad del riesgo puesto que el seguro marítimo se refiere al conjunto de riesgos complejos que amenazan los intereses asegurados y que no debe confundirse con la cobertura a todo riesgo ya que ésta última engloba de manera indeterminada "cualquier posibilidad de daño, mientras que aquél se refiere solo al riesgo complejo que sea conexo o derivado de una determinada actividad o empresa, en nuestro caso la navegación, pero no aquellos que son absolutamente ajenos a ella"[38].

B) Riesgo reasegurado.

El principio de universalidad de riesgos[39] está presente en el seguro marítimo porque son muchos y diversos los riesgos de la navegación que pueden cubrirse con el contrato y que pueden recaer sobre los buques, las mercancías, los derechos, los patrimonios... etcétera. Sin embargo, en el reaseguro no se recurre a dicho principio sino al de determinación o especialidad del riesgo porque este

35 La mayor acepción de la teoría de la causa próxima o inmediata se ha producido en el ordenamiento jurídico inglés. La Sección 55 de la *Marine Insurance Act* supone el reconocimiento legislativo de dicha regla en el Derecho de seguros inglés. Vivante, C.: *Il contratto di assicurazion*e, Vol. II, Editore-Libraio della Real Casa, Milano, 1890, p. 292 cita la Sentencia *Jonides v. The Universel Marine Ins. Co.* en la que se afirmó que la "*causa proxima non remota spectatur* is necessarily a fundamental rule".

36 Gasperoni, N.: "La causa dell'evento di assicurazione", *Assicurazioni*, XVI-XVII, Anno V, Parte Prima, 1938, p. 32.

37 No siempre es necesaria una correlación entre los riesgos de la navegación y el fenómeno técnico de la navegación. Así, por ejemplo, los contratos de seguros marítimos en los que se incluya la cláusula de almacén a almacén, la cobertura se extiende "desde el momento en que las mercancías abandonan el almacén de origen en el lugar fijado en la póliza hasta que llegan al de destino en el lugar determinado en la póliza» (art. 456 LNM) o, por ejemplo, los seguros marítimos que recaen sobre una nave en construcción (primer apartado del art. 409 LNM) extiende la cobertura aseguradora a riesgos que recaen sobre un plano terrestre.

38 Según han declarado los Tribunales españoles en las SSAP Pontevedra 19 octubre 2006 (JUR 2006, 256815) y Castellón 23 febrero 2007 (JUR 2007, 274309).

39 Es un principio imperante en el Derecho marítimo y una característica primordial del seguro para la navegación marítima. Así lo expresa la doctrina y, entre otras, las SSTS 22 abril 1991 (RJ 1991, 3018) y 23 julio 1998 (RJ 1998, 6200). Se concreta en que al asegurado le basta con demostrar la ocurrencia del siniestro y su conexión con la navegación marítima para gozar de la presunción de cobertura (aunque no pueda demostrar su causa exacta) correspondiendo al asegurador la carga de probar la exclusión del riesgo.
En España, este principio se encuentra recogido en los arts. 406 y 417 LNM. En Italia, el art. 521 Codice Navigazione, tras enumerar una serie de riesgos marítimos específicos, expresa que el asegurador será responsable de los daños y de las pérdidas que sufran las cosas aseguradas como consecuencia de cualquier tipo de accidente marítimo. Este principio de universalidad del riesgo debe atender a las excepciones legales y convencionales, y no debe entenderse nunca en un sentido absoluto sino dentro de los riesgos propios de la navegación marítima.

contrato no cubre una pluralidad de riesgos sino uno concreto y específico que deberá ser individualizado y descrito con exactitud en la póliza de reaseguro junto con el riesgo asegurado.

A pesar de la relación de dependencia entre el reaseguro y el seguro originario y de algunas opiniones doctrinales y judiciales[40], el asegurador-reasegurado no transfiere a su reasegurador el riesgo del seguro originario sino el riesgo consistente en la posibilidad de que nazca una deuda en su propio patrimonio y de que puede verse concretada en una obligación de indemnizar a su asegurado el daño causado dado que el reaseguro es un contrato nuevo y diferente de aquel.

Nos situamos ante un nuevo contrato, una relación distinta, un plano diverso, otros sujetos, unos objetivos diferentes y, en consecuencia, ante un riesgo propio. El riesgo reasegurado es, por tanto, "il debito dell'assicuratore-riassicurato verso il proprio assicurato che può sorgere in conseguenza del verificarsi di rischi coperti con il contratto di assicurazione"[41], es decir, "la posibilidad de una disminución del patrimonio del asegurador-reasegurado por haber tenido que indemnizar a su asegurado como consecuencia de un contrato de seguro"[42].

40 En la conocida Sentencia *Delver v. Barnes* (1807), también considera que el reaseguro es "a new policy on the same risk". La Sentenza Cass., 8 ottobre 1925, afirmó que el riesgo cubierto por el contrato seguro es perfectamente idéntico al cubierto por el de reaseguro. Vivante, C.: "Sentenza Corte di Casazzione di Regno, 8 ottobre 1925", *Il Foro Italiano*, Volumen 51, Parte Prima: Giurisprudenza Civile e Commerciale, 1926, pp. 169-170 señaló -si bien con referencia al antiguo art. 422 Codice Commerciale- que "la suerte del reaseguro está ligado a la del seguro: el siniestro que afecta a este último, afecta a aquel" y también que el riesgo del seguro y el del reaseguro es siempre el mismo y único riesgo. El autor consideró, además de por la naturaleza misma, que la unión entre ambos contratos era debida a la configuración legal que atribuía al asegurado un privilegio sobre las cantidades (suma reasegurada) que el reasegurador adeudaba a la aseguradora en fase de liquidación por ser su "giusta destinazione", con cita a la Relazione presentata dal Governo al Senato del Regno (n. 189) I Sessione 1924-1925, 20 maggio 1925.
En línea con lo anterior, Salandra, V.: "I caratteri", cit., p. 321; Salandra, V.: "Il trasferimento", cit., p. 11 continúa manteniéndolo y precisa que, en el reaseguro, obedece a una relación interna entre ambas partes; Ferrarini, S.: "Sulla descrizione del rischio nella riassicurazione facoltativa", *Assicurazioni*, 1959, Parte Seconda, p. 317 señala que el reaseguro tiene por objeto "lo stesso rischio coperto dal primo contratto di assicurazione"; Fanelli, G.: "Pluralità di assicurazioni e pluralità di assicuratori", *Saggi di Diritto delle assicurazioni*, Giuffrè, Milano, 1971, p. 483 quien arguye que el riesgo "es único e inseparable y, en última instancia, es siempre el mismo para todas las empresas". Más recientemente Gerathewohl, K.: *Reaseguro. Teoría y práctica*, Reaseguros Gil y Carvajal, Madrid, 1993, p. 518 entiende que "la parte del riesgo a soportar por el reasegurador es idéntica a aquella soportada por el asegurador" y Boglione, G.: *La riassicurazione*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 90 afirma que, desde un punto de vista jurídico, el seguro y el reaseguro presentan una unión objetiva porque el riesgo asegurado tiene afinidades tipológicas cercanas con el riesgo reasegurado.

41 Boglione, G.: *La riassicurazione*, cit., p. 90. Afirman también que el reasegurador asume un riesgo distinto del riesgo del asegurador-reasegurado, Emerigon, B-M.: *Traité des assurances et des contrats a la grosse*, Tome Premier, Jean Mossy, Marseille, 1783, Chapitre VIII, Section XIV, p. 248; Vivante, C.: *Trattato di diritto commerciale*, III, Fratelli Bocca Editori, Torino, 1899, p. 343; Ferrarini, S.: *L'interesse nell'assicurazione*, Nistri-Lischi, Pisa, 1935, p. 628; Bufano, G. e Pasanisi, E.: "Riassicurazione", en AA.VV.: *Nuovo Digesto Italiano* (M. D'amelio e A. Azara), Volume XI, Unione Tipografico - Editrice Torinese, Torino, 1939, p. 575; Benítez De Lugo Reymundo, L.: *Tratado de seguros*, Volumen III, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1955, p. 331; Garrigues, J.: *Contrato*, cit., p. 466; Buttaro, L.: "Riassicurazione", cit., p. 383; Ferrarini, S.: *L'interesse*, cit., pp. 60-61; Prosperetti, M. y Apicella, E. A.: *La riassicurazione*, cit., p. 28; Sánchez Calero, F.: "El reaseguro en la Ley española de contrato de seguro", en AA.VV.: *Estudios sobre el contrato de reaseguro*, Musini y Editorial Española de Seguros, Madrid, 1997, pp. 83-84.

42 Broseta Pont, M.: *El contrato*, cit., p. 97. Entre otros autores españoles que dan continuidad al pronunciamiento anterior citamos a Olivencia, M.: "Seguros de caución, crédito, responsabilidad civil y reaseguro (Arts. 68 a 79)", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de contrato de seguro* (E. Verdera Y Tuells), Colegio Universitario de

El riesgo reasegurado y el asegurado son distintos pero el reasegurador y el asegurador-reasegurado se encuentran sujetos a la posibilidad de nacimiento de una deuda patrimonial como consecuencia de una obligación asumida en un contrato. Si el seguro marítimo no existe o es nulo o se extingue por cualquier causa, el reaseguro no existirá, será nulo o se extinguirá por la falta de riesgo.

El riesgo reasegurado es, con independencia de la modalidad que revista o del ramo al que atienda, siempre el mismo en todos los contratos y se identifica con la posibilidad de que nazca una deuda en el patrimonio del asegurador-reasegurado. Así lo defiende una gran parte de la doctrina científica e igualmente nosotros nos sumamos a dicha posición puntualizando que ello es precisamente lo que particulariza al reaseguro como contrato de seguro. Además, la diferencia entre el riesgo asegurado y el riesgo reasegurado no solamente recae sobre la propia naturaleza de la cobertura sino que la desemejanza también viene justificada en razón del elemento personal sobre los que recaen ambos.

Sin embargo, si el riesgo reasegurado no tiene una naturaleza marítima ¿existe alguna especialidad que caracterice el contrato de reaseguro para que pueda existir como una submodalidad propia del reaseguro? Con independencia del ordenamiento jurídico en el que se celebre el contrato de reaseguro, ¿la maritimidad es el criterio común a todos los negocios jurídicos que determina la particularidad de los mismos? En opinión de García-Pita, si pueden existir instituciones (*v.gr.* reaseguro) que, siendo marítimas o terrestres, modifican su condición en función de determinadas circunstancias sobrevenidas asociadas al ejercicio de la autonomía privada hasta tal punto que pueden aproximarse gradualmente a la maritimidad por elección de los operadores del comercio marítimo[43]. Igualmente lo compartimos nosotros y defendemos que sí existe un tipo de reaseguro para cada clase o tipo de seguro que se reasegura o, en otras palabras, el reaseguro pertenece al mismo tipo, ramo o clase que el seguro que se reasegura[44]. El núcleo del Derecho marítimo siempre ha permanecido estrechamente vinculado al transporte marítimo y éste

Estudios Financieros, Madrid, 1982, p. 910; Sánchez Calero, F.: *Instituciones de Derecho mercantil*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1990, p. 587; Hill Prados, M. C.: *Los Clubs de Protección e Indemnización en el campo del seguro marítimo*, José María Bosch, Barcelona, 1992, p. 211; Muñoz, A.: "El reaseguro de los grandes riesgos", en AA.VV.: *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa* (F. Sánchez Calero), Musini, Madrid, 1994, p. 507; Angulo Rodríguez, L.: *La desnaturalización del reaseguro tradicional*, Real Academia sevillana de legislación y jurisprudencia, Sevilla, 1996, p. 13; Romero Matute, B.: *El reaseguro*, cit., pp. 74-75; Martínez Sanz, F.: "Sección 10. Reaseguro", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de contrato de seguro* (J. Boquera Matarredonda, J. Bataller Grau, J. Olavarría Iglesia), Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 327.

43 García-pita Y Lastres, J. L.: *El reaseguro*, cit., p. 100.

44 Broseta Pont, M.: *El contrato*, cit., p. 71 especifica que, si el seguro principal produce en el asegurador la necesidad de reasegurarse sobre un riesgo marítimo, el reaseguro seguirá su misma naturaleza y será un reaseguro sobre riesgos marítimos ya que estima que el reasegurador se limita a asumir el riesgo que soportan los asegurados exactamente como si hubiesen contratado con ellos. También Angulo Rodríguez, L.: "Consideraciones preliminares sobre el reaseguro", en AA.VV.: *Estudios sobre el contrato de reaseguro*, Musini y Editorial Española de Seguros, Madrid, 1997, p. 53 considera que el riesgo cuya cobertura garantiza el reasegurador no responde a una única tipología, sino que será diferente según la clase o modalidad de reaseguro concertado.

siempre se ha visto sometido a los riesgos del mar[45]. La naturaleza e intensidad de éstos riesgos son precisamente los elementos que han caracterizado al contrato de seguro y de reaseguro marítimo a lo largo de toda su historia y, en la actualidad, continúan haciéndolo. La cobertura reasegurativa de los riesgos presenta algunas particularidades en el ámbito marítimo[46] y de todo lo anterior parte la justificación de llevar a cabo un estudio centrado en la condición de maritimidad del riesgo como elemento que define y particulariza el contrato de reaseguro en general hasta crear una submodalidad (especial) del mismo frente a la posición defendida por quienes creen que los reaseguros concertados sobre seguros marítimos no pueden recibir la calificación de reaseguros marítimos sino solo la de reaseguros ordinarios o comunes. La existencia de un reaseguro particularizado con la nota de maritimidad deviene de la presencia de una condición especial que singulariza su régimen jurídico. Esa condición recae sobre el riesgo de la navegación marítima y, si bien no forma parte integrante del riesgo reasegurado, es el elemento que permite distinguirlo respecto de otras modalidades de reaseguro porque incide en la propia causa del contrato.

3. Los requisitos del riesgo.

Una vez definido el riesgo marítimo en el contrato y producido el siniestro, será necesario prestar atención a si éste último encaja o no en el enunciado sobre el riesgo que las partes determinaron negocialmente. El riesgo debe manifestarse dentro del espacio temporal y geográfico delimitado en la póliza. Además, el riesgo debe reunir las notas de realidad, posibilidad, legalidad e incertidumbre (objetiva o subjetiva, absoluta o relativa) y, como señala el Profesor Pérez-Serrabona, el azar y la necesidad pecuniaria[47].

El riesgo asegurado es completamente distinto del riesgo reasegurado pero la probabilidad de que tenga lugar el riesgo reasegurado coincide exactamente con la del riesgo asegurado. Sin embargo, no es la única coincidencia entre ellos. Otra parte común es la reunión en ambos de las circunstancias necesarias para que puedan tener lugar ambos riesgos puesto que no todos los riesgos pueden ser garantizados por el contrato de seguro: la "inasegurabilidad puede ser técnica o jurídica"[48].

45 Sánchez Calero, F. y Sánchez-Calero Guilarte, J.: *Instituciones de Derecho mercantil*, Tomo II, Aranzadi, Navarra, 2006, p. 629.

46 Ferrarini, S.: *Le assicurazioni*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 61. No obstante, las especialidades a las que se refiere el autor tienen un carácter técnico pues van referidas a la contratación de reaseguros por tratados en abono y a una cobertura parcial y automática, en función de que el tratado sea obligatorio (la cobertura reasegurativa surge simultáneamente con la asunción del riesgo por parte del asegurador) para ambos contratantes o facultativo para uno (existe libertad para que el asegurador coloque el riesgo o para que el reasegurador lo acepte) o para ambos (libertad en los dos supuestos).

47 Pérez-Serrabona González, J. L.: *El contrato de seguro. Interpretación de las condiciones generales*, Comares, Granada, 1993, p. 67.

48 Uría, R., Menéndez, A. y Alonso Soto, R.: "Capítulo 77", cit., p. 586.

En cuanto a los requisitos jurídicos del riesgo (asegurado y reasegurado), es necesaria la concurrencia de las siguientes circunstancias:

i) El riesgo debe referirse a un objeto cierto y concreto de existencia real en cuanto su acontecimiento futuro e incierto es imprevisible. Aunque la realidad del riesgo se ve atenuada en el ámbito del seguro marítimo debido a la incertidumbre subjetiva, la incerteza del riesgo tiene que referirse tanto a la realización como al momento en que pueda producirse.

ii) El riesgo debe hacer referencia a los supuestos en los que el acontecimiento dañoso no se ha producido pero, siendo inciertos, puedan provocar un daño o necesidad económica[49]. La propia idea de riesgo engendra la generación de una necesidad económica con la realización de aquel.

iii) El riesgo debe estar determinado específica y concretamente. Asegurar un riesgo inexistente sería una contradicción de los propios términos porque significaría la posibilidad de un lucro indebido para el asegurado cuando es consciente del daño ya ocurrido y una ganancia igualmente indebida de la prima para la aseguradora, en el caso de un riesgo ya terminado[50].

iv) El riesgo no debe depender directamente de la voluntad exclusiva de las partes, sino que debe presentarse un carácter fortuito. No será asegurable ni indemnizable el evento provocado dolosamente sino que debe responder a la aleatoriedad. El art. 419 LNM y el art. 19 LCS responde a las exigencias anteriores, declarando que el asegurador quedará liberado del pago de la prestación cuando el siniestro haya sido causado por mala fe, dolo o culpa grave del asegurado y sus dependientes. Sin embargo, en Italia, el art. 524 Codice Navigazione extiende su cobertura a los siniestros causados por culpa grave o leve del asegurado, ya sea de manera directa o indirecta.

v) El riesgo esté supeditado a su ordenación estadística. La asegurabilidad del riesgo dependerá de la regularidad estadística con la que se presente y de la posibilidad de su medición.

vi) El riesgo no sea contrario a la moral, a las Leyes o a las buenas costumbres (art. 1275 Código Civil y art. 1343 Codice Civile).

49 Garrigues, J.: *Curso de Derecho mercantil*, Volumen III, S. Aguirre, Madrid, 1936, pp. 804-805, precisaba la concurrencia de verdaderos riesgos de la navegación (*v.gr.* temporal, guerra...) que crean un estado de riesgo y de auténticos siniestros (*v. gr.* varada, naufragio...) en los que se concreta y realiza un estado de riesgo.

50 Brunetti, A.: "Le dichiarazioni dell'assicurato particolarmente nell'assicurazione marittima", *Assicurazioni*, XV-XVI, Anno IV, Parte Prima, 1937, p. 598.

vii) El riesgo sea posible, actual o futuro[51] y técnicamente asegurable. No es admisible el seguro contra riesgos imposibles ya que, si el riesgo no pudiese realizarse, el asegurado no pretendería conseguir la protección del seguro y el contrato no podría existir por falta de un requisito esencial.

En cuanto a los requisitos técnicos del riesgo (asegurado y reasegurado) y, siguiendo a Benítez de Lugo[52], precisamos que son necesarios los siguientes:

i) Es necesario determinar y calcular la frecuencia, homogeneidad, dispersión e intensidad del riesgo para concertar su asegurabilidad. La base estadística de los riesgos permite el cálculo de la prima y ello ha llevado a excluir riesgos catastróficos (guerras, terremotos, etcétera).

ii) Los elementos técnicos del riesgo son la suma asegurada, la duración del seguro, la mayor o menor probabilidad del siniestro y el grado probable de intensidad del mismo.

IV. EL SINIESTRO EN EL REASEGURO MARÍTIMO.

Sin poder identificar el siniestro del seguro marítimo con el siniestro del reaseguro, la verificación del primero comportará inexorablemente el nacimiento del segundo. El acaecimiento de un siniestro no supondrá automáticamente el nacimiento de la obligación de indemnizar, sino que será necesario atender conjuntamente a los hechos y a lo estipulado en el seguro y en el reaseguro para determinar si el riesgo que se ha materializado estaba cubierto en ambos contratos y consecuentemente puede derivarse una responsabilidad. Si el daño tiene su origen en un riesgo excluido del contrato de seguro marítimo, no habrá lugar a la indemnización ni en el seguro originario ni en el reaseguro marítimo ya que si el asegurador no tiene que efectuar el pago de la indemnización no podrá reclamar cuantía económica alguna al reasegurador.

Una vez acaecido el siniestro marítimo, el asegurador-reasegurado tiene el deber de comunicar ese hecho al reasegurador pero la gestión[53] directa del riesgo y la liquidación[54] del siniestro corresponderá al asegurador-reasegurado. La doctrina se muestra pacífica con la atribución de esta obligación al asegurador-reasegurado, quien debe tramitarlos de manera ágil, profesional, imparcial, sin

51 Pérez-Serrabona González, J. L.: *El contrato*, cit., p. 129.

52 Benítez De Lugo Y Reymundo, L.: *El riesgo*, cit., p. 21.

53 Bufano, G. e Pasanisi, E.: "Riassicurazione", cit., p. 573; Ehrenberg, V.: *El reaseguro*, cit., pp. 53 a 55; Broseta Pont, M.: *El contrato*, cit., p. 31; Sánchez Calero, F. y Tirado Suárez, F. J.: "Artículos 45 a 79", cit., p. 697; Buttaro, L.: "Riassicurazione", *cit.*, p. 379; Prosperetti, M. y Apicella, E. A.: *La riassicurazione*, cit., p. 72.

54 Vivante, C.: *Il contrato*, cit., p. 124 atribuye al asegurador-reasegurado la facultad de liquidar los daños y sitúa al reasegurador con "los ojos cerrados" en dicha operación ya que esa liquidación está inspirada por la "confianza mutua". También Navarrini, U.: *Trattato*, cit., p. 312, se apoya en la confianza entre las dos entidades para justificar que la liquidación sea practicada por el asegurador-reasegurado.

dejarse influenciar por situaciones fuera de cobertura y llevando la gestión como si no hubiese reaseguro y respetando el principio de no enriquecimiento. El correcto funcionamiento de la institución del reaseguro pasa por el reconocimiento de la dirección o gestión directa -sin que ello implique libertad absoluta y dejación total de los intereses del reasegurador- por parte del asegurador-reasegurado y ello obedece no sólo a razones de proximidad (fáctica u objetiva) al riesgo del seguro originario sino también al conocimiento que tiene del mismo en su condición de profesional idóneo para administrarlo y monitorearlo tras su valoración y aceptación[55], y su condición única que le permite el acceso a toda la documentación e información necesaria para la determinación del *quantum* indemnizatorio. Este derecho del asegurador-reasegurado a la dirección de los negocios representa una costumbre del reaseguro internacional[56].

La actuación del asegurador-reasegurador tiene una trascendencia en el reasegurador, quien no puede -en ningún momento ni de ninguna forma- intervenir en la liquidación del siniestro asegurado puesto que es un sujeto totalmente ajeno al contrato de seguro y al siniestro previsto en el mismo. Con carácter general, a los reaseguradores se les exige "obrar de acuerdo con justos motivos y sin arbitrariedad, sin oponerse a ninguna liquidación del siniestro directo por ningún otro motivo que no se basase en la corrección de la liquidación misma"[57]. Frente a aquellos reaseguros que reconocen al asegurador-reasegurado la competencia exclusiva para la liquidación del siniestro, es posible también encontrar otros escenarios en la práctica[58].

La prestación fundamental del reasegurador frente al asegurador-reasegurado es el pago de la indemnización por el daño sufrido. Esta obligación principal del reasegurador tiene como presupuesto necesario el nacimiento de la obligación del

55 Jaramillo Jaramillo, C. I.: *Distorsión funcional del contrato de reaseguro tradicional*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2005, p. 71.

56 Somacarrera, M.: "El derecho de asistencia y las cláusulas de cooperación en los contratos y aceptaciones facultativas del reaseguro", *Cuaderno SEAIDA*, núm. 3, 2003, p. 48. En igual sentido, Gerathewohl, K.: *Reaseguro*, cit., p. 523 quien, además de reconocer su valor como costumbre internacional, precisa que dicha costumbre conlleva la selección de riesgos, la emisión y administración de la póliza original y el manejo de las reclamaciones.

57 García-pita y Lastres, J. L.: *El reaseguro*, cit., p. 657, con cita a la Sentencia *Gan Insurance Company Ltd v. Tai Ping Insurance Company Ltd.* (2001).

58 En virtud de las clausulas de control de siniestros o también denominadas *claims control clauses*, el reasegurador se reserva la facultad de intervenir tanto en la gestión como en la liquidación del siniestro asegurado a través de su aprobación o consentimiento antes de que el asegurador-reasegurado efectúe un pago por dicho concepto o llegue a un acuerdo final con el asegurado.
Pese a la independencia contractual entre el seguro y el reaseguro, pueden pactarse otras tipologías de cláusulas en virtud de las cuales se pretende llevar a cabo una cooperación estrecha entre el asegurador-reasegurado y el reasegurador una vez acaecido el siniestro y se permite a éste último inmiscuirse en la liquidación del siniestro. El objetivo de éstas cláusulas (*claims co-operation clauses*) es, a diferencia de las anteriores, consentir conjuntamente y de forma única todas aquellas actuaciones que necesariamente se ven incluidas en el proceso de gestión y liquidación del siniestro hasta la extinción del contrato sin que conlleve la derogación del poder de gestión del asegurador-reasegurado.

asegurador-reasegurado o un contrato de seguro marítimo válido y un siniestro ocasionado por un riesgo de la navegación marítima y previsto en dicho seguro.

El momento en que resulta exigible la indemnización deberá reflejarse en el contrato de reaseguro pero, a falta de ella, se entiende que el siniestro tiene lugar en "el momento en que surge para el reasegurador la obligación de reparar la deuda que nace en el patrimonio del asegurador"[59] sin que ello signifique el vencimiento de la misma porque la deuda solo será exigible cuando se practique la oportuna liquidación del siniestro y se determine su cuantía, solo entonces se deberá hacer efectiva la indemnización y se producirá un daño concreto.

El objeto del reaseguro no es lo que el asegurador-reasegurado efectivamente paga, sino lo que éste se obligó a pagar en el contrato de seguro principal[60] por lo que resultará indiferente que el asegurador-reasegurado no haya pagado o lo haya hecho parcialmente. La práctica reaseguradora conoce generalmente dos sistemas:

i) La liquidación del siniestro reasegurado por "cuenta corriente periódica" implica hacer efectiva la obligación indemnizatoria en un plazo generalmente trimestral contado a partir del momento en que el asegurador-reasegurado abona la indemnización del daño. El plazo temporal de noventa días suele ser el más extendido.

ii) La liquidación del siniestro reasegurado "al contado"[61] conlleva la obligación del reasegurador de abonar los daños en un lapso de tiempo no superior a quince días contados desde el momento en que el asegurador-reasegurado efectúa el pago a los asegurados directos marítimos. Es un sistema frecuente en los clausulados de las pólizas de reaseguro que trata de reducir el cumplimiento de la obligación pero no es el único (*v.gr. cut-through clauses*[62]).

59 Somacarrera, M.: "El momento del siniestro en el reaseguro", *Revista española de seguros*, Número 123-124, 2005, p. 762. La autora opta por identificar el siniestro con el momento de la reclamación. Igualmente, Sánchez Calero, F. y Tirado Suárez, F. J.: "Artículos 45 a 79", cit., p. 701; Angulo Rodríguez, L.: "Régimen de liquidación de las cuentas de siniestros y provisiones técnicas al término del reaseguro. Trascendencia en los seguros de responsabilidad civil", en AA.VV.: *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa* (F. Sánchez Calero), Musini, Madrid, 1994, p. 544; Angulo Rodríguez, L.: *La desnaturalización*, cit., p. 36; Arguelles, J.: "Cláusulas «cut-trough put» y «simultaneous payment clause»", *Cuaderno SEAIDA*, núm. 3, 2003, p. 55.

60 Romero Matute, B.: *El reaseguro*, cit., p. 607. Así lo mantiene la autora con cita a los pronunciamientos de los tribunales ingleses. *Vid*., al respecto, la Sentencia *Home & Overseas Co. Ltd. v. Mentor Insurance Co. (UK) Ltd.* (1989) o *Charter Reinsurance Co. Ltd. v. Patrick Feltrim Fagan and others* (1996).

61 Sotgia, S.: *Diritto delle assicurazioni*, cit., p. 195; Guardiola Lozano, A.: *Manual de introducción al seguro*, Mapfre, Madrid, 2001, p. 168; Hill Prados, M. C.: *El reaseguro*, José María Bosch, Barcelona, 1995, p. 120. Puede consultarse una cláusula contractual sobre ese particular en Benito Rivero, J. A.: *El reaseguro*, Mapfre, Madrid, 2001, p. 223.

62 Peccenini, F.: "Dell'assicurazione. Art. 1882-1932", en AA.VV.: *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca* (F. Galgano), Zanichelli, Bologna, 2011, p. 283 señala que, en la *praxis* operativa, son frecuentes las cláusulas *cut-through*, mediante las cuales el reasegurador se obliga con el asegurador-reasegurado a pagar directamente a los asegurados la indemnización debida cuando el asegurador no pueda pagar a causa de su

La tradición ha mantenido distintos procedimientos especiales de liquidación y la configuración de algunos plantea no pocos conflictos con la naturaleza y esencia del contrato de reaseguro. La liquidación del reaseguro se presenta, cuanto menos, como una cuestión problemática que adquiere una dificultad mayor cuando se sitúa sobre el ámbito marítimo.

En el seguro marítimo, la liquidación del siniestro puede operar a través de una doble vía: la acción de avería o la acción de abandono. El abandono es un procedimiento de liquidación propio, excepcional y característico del seguro marítimo en el que el asegurado puede cobrar la totalidad del importe de la indemnización fijada en la póliza a cambio de la entrega al asegurador de las cosas aseguradas. Sin embargo, la doctrina no se muestra terminantemente unánime sobre si al asegurador-reasegurado le compete el derecho de abandono frente al reasegurador y son varias las posturas que defienden su admisibilidad[63] o su inadmisibilidad[64] en el reaseguro junto con la aplicación analógica de las normas marítimas o la inaplicabilidad de las mismas.

En nuestra opinión, debe exceptuarse la aplicabilidad del instituto del abandono en el reaseguro marítimo de la costumbre internacional en virtud de la cual, el reasegurador está obligado a seguir al asegurador-reasegurado en todas las acciones que éste lleve a cabo en relación con la liquidación del siniestro[65] por las siguientes razones:

i) el abandono suele recaer sobre el objeto material asegurado en el seguro marítimo mientras que, en el reaseguro, es un objeto totalmente diferente. El asegurador-reasegurado no puede ejercer la facultad de abandono sobre su patrimonio.

---

insolvencia u otros eventos impeditivos. Aunque referida al ámbito aéreo, puede examinarse un ejemplo de dicha cláusula en Guerrero Lebrón, M. J.: *Los seguros aéreos. Los seguros de aerolíneas y operadores aéreos*, CEDIT y Marcial Pons, Madrid, 2009, p.100.

63 Luzzati, A.: *Il contratto di assicurazione marittima e la liquidazione per abbandono nella legge e nelle polizze*, Unione Tipografico Editrice Torinese, Torino, 1912, p. 349 y ss.; Bufano, G. e Pasanisi, E.: "Riassicurazione", cit., p. 574 admiten, pese a reconocer que la práctica desconoce el abandono al reasegurador, tal posibilidad; Ehrenberg, V.: *El reaseguro*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1941, p. 179 lo admite con base en el Código de Comercio alemán; Benítez De Lugo Reymundo, L.: *Tratado de seguros*, Volumen II, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1955, p. 480 parece alinearse con la tesis afirmativa que reconoce el abandono en el reaseguro.

64 Moraglia, G. B.: "Sulla natura giuridica della riassicurazione", *Assicurazioni*, 1925, Fascicolo 11-12, Parte Seconda, p. 662 responde negativamente al cuestionamiento de si le compete al asegurador-reasegurado el derecho de abandono pues no se encuentra en las condiciones necesarias para ello; Persico, C.: *La riassicurazione*, Tipografia dell'Unione Arti Grafiche, Città di Castello, 1926, p. 154; Salandra, V.: "I caratteri", cit., p. 329 concluye que "en caso de abandono por el asegurado original de los bienes asegurados, en el seguro marítimo, el concepto de contrato de daños no permite reconocer al reasegurado el derecho de abandono en favor del reasegurador"; Brunetti, A.: *Diritto marittimo privato italiano*, Vol. III, Parte Seconda, Unione Tipografico Editrice Torinese, Torino, 1938, p. 361; Donati, A., *Trattato*, Volume Secondo, cit., p. 499; ROMERO MATUTE B., *El reaseguro*, Tomo I, *op. cit*., pp. 141-142; Romero Matute, B.: *El reaseguro*, cit., p. 615; García-pita Y Lastres, J. L.: *El reaseguro*, cit., pp. 704-705; Boglione, G.: *La riassicurazione*, cit., p. 634.

65 Angeli, G.: *La riassicurazione*, Giuffrè, Milano, 1966, p. 23. Gerathewohl, K.: *Reaseguro*, cit., p. 525.

ii) el efecto traslativo que conlleva la propiedad de los bienes asegurados es inconcebible con los fines perseguidos por el contrato de reaseguro.

iii) la propia naturaleza del reaseguro conlleva el abono de una deuda económica, no la asunción de ninguna propiedad indeseada (y, en ocasiones, problemática para el desarrollo de la actividad reaseguradora) en el patrimonio del reasegurador.

iv) la naturaleza indemnizatoria de la prestación a cargo del reasegurador y el carácter pecuniario del daño a reparar llevan a una admisión forzada del abandono en el reaseguro que no termina de encajar con la función tradicionalmente resarcitoria del reaseguro. La inadmisibilidad debe fundarse en esta desnaturalización del contrato de reaseguro marítimo y en la distorsión de los efectos contractuales que conllevaría el mismo.

v) el carácter excepcional del abandono. Ni el ordenamiento jurídico español ni el italiano contemplan al abandono entre los supuestos tasados[66] del reaseguro por lo que su admisión en ese ámbito podría comportar la pérdida de su originario carácter excepcional.

vi) en atención a la calificación del abandono como negocio jurídico unilateral y ante la posibilidad de pactar válidamente en la póliza el derecho del asegurador a renunciar a la transmisión de la propiedad de las cosas aseguradas, fundamos nuestra negativa a que el abandono pueda operar en el reaseguro de forma convencional. En caso de que no se haya pactado y el asegurador haya pagado el importe máximo de la indemnización estipulada en la póliza de seguro marítimo, deberá iniciarse el procedimiento para determinar el daño que no se tramitó previamente y así deducirlo de la cuantía abonada al asegurado con el fin de que no opere el abandono al reasegurador. El resultado representará la disminución patrimonial real del asegurador-reasegurado que podrá ser reclamada al reasegurador y abonada por éste.

Finalmente, en cuanto al inicio del cómputo de la prescripción de las acciones derivadas del contrato de reaseguro, la jurisprudencia italiana ha venido reiterando que el término no tiene lugar desde el día del siniestro sino desde aquel en el que se produce la liquidación de la indemnización debida por el asegurador-reasegurado.

66 El Legislador británico sí contempla una referencia al abandono en el ámbito marítimo y en el del reaseguro. El apartado noveno de la Sección 62 de *Marine Insurance Act* se expresa en los siguientes términos: "where an insurer has re-insured his risk, no notice of abandonment need be given by him". Brown, R. H. y Reed, P. B.: *Marine Reinsurance*, London Witherby & Co Ltd., London, 1981, p. 32 señalan que, pese a la esencialidad de la notificación de la declaración de abandono, el asegurador-reasegurado no está obligado a comunicar al reasegurador la aceptación del mismo.

V. CONCLUSIÓN.

La calificación marítima de las instituciones de Derecho comporta la agregación a las mismas de un conjunto de especialidades. En el reaseguro marítimo, esas adiciones no parecen evidenciarse con una intensidad destacable y manifiestamente perceptible. Así, por ejemplo, una institución típica como la del abandono en la liquidación de los siniestros marítimos no tendría cabida en este reaseguro en particular.

Es cierto que el reaseguro no cubre de forma directa un interés o un riesgo de la navegación marítima. Tampoco el lugar en el que se produce el siniestro tiene una identidad marítima. Sin embargo, el riesgo de la navegación es el que origina la obligación de indemnización del reasegurador al asegurador-reasegurado cuando se ha producido el siniestro en el seguro y el asegurado directo ha sido correctamente resarcido del perjuicio que ha sufrido. El seguro que cubre los riesgos de la navegación marítima es el presupuesto necesario del reaseguro marítimo y, en caso contrario, perdería su condición especial.

En cuanto al interés asegurado, éste es marítimo si la relación de contenido económico sobre la que recae se encuentra expuesta a uno o varios riesgos de la navegación marítima. En el reaseguro, el interés no puede identificarse con la indemnización o con una prestación de seguridad jurídica y económica que conlleva la protección aseguradora pues éstos son efectos ulteriores a la estipulación del contrato. El interés recae en el ánimo de que el patrimonio del asegurado marítimo no resulte perjudicado.

Tras el examen afrontado, podemos concluir que no son ni tantas ni tan acusadas las singularidades que se presentan en el reaseguro marítimo, pero ello no debe llevar a una apreciación equívoca y a una negación de la naturaleza marítima del reaseguro.

A nuestro juicio, la "maritimidad" del reaseguro deriva de la condición que desempeña como seguro indirecto de unos riesgos e intereses marítimos. El significado preciso del reaseguro marítimo individualiza el propio contrato al hacer referencia a los particulares riesgos de la navegación del que trae causa. La esencia y existencia del reaseguro marítimo se sitúa en su precedente: el seguro de la navegación marítima.

En los dos contratos existe una concatenación funcional pero no formal, tendente principalmente a fraccionar y repartir el exceso de los riesgos de naturaleza marítima de los aseguradores. El reaseguro marítimo sirve de enlace y complemento jurídico del seguro marítimo. Ambos contratos conviven negocialmente.

La configuración jurídica del reaseguro marítimo queda relegada a una organización *inter partes* y su invisibilidad legal no debe conllevar la impugnación de la singularidad del instituto porque es la realidad contractual la que asigna fuertemente al reaseguro una sustantividad propia y una estructura jurídica peculiar que no permite identificarla con ninguna otra figura jurídica. La sujeción del contrato a una regulación propia es la que lo convierte en un reaseguro especial (marítimo). No se trata de una regulación legal sino estrictamente contractual, distinta de la contenida en la Ley y de las de las restantes modalidades de seguro. La intensa vinculación jurídica que las partes pueden establecer entre el reaseguro y el seguro marítimo a través de determinadas cláusulas (*v. gr. follow the fortune*) permite la atribución del carácter marítimo al reaseguro. No resulta posible negar la individualidad auténtica del mismo y, en consecuencia, no dudamos en afirmar que se trata de un contrato de Derecho marítimo. El reaseguro marítimo es una categoría propia del contrato de reaseguro y, además, es la primera que conoció el mundo de los negocios.

La distinción entre la particular naturaleza jurídica del reaseguro en general y la del reaseguro marítimo no debe ser solamente apreciada sino también proclamada a fin de evitar que se produzcan prácticas contractuales que desmerezcan sus propósitos o desnaturalicen su autonomía contractual.

BIBLIOGRAFÍA

ANGELI, G.: *La riassicurazione*, Giuffrè, Milano, 1966.

ANGULO RODRÍGUEZ, L.:

- "Consideraciones preliminares sobre el reaseguro", en AA.VV.: *Estudios sobre el contrato de reaseguro*, Musini y Editorial Española de Seguros, Madrid, 1997.

- *La desnaturalización del reaseguro tradicional*, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla, 1996.

- "Régimen de liquidación de las cuentas de siniestros y provisiones técnicas al término del reaseguro. Trascendencia en los seguros de responsabilidad civil", en AA.VV.: *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa* (F. SÁNCHEZ CALERO), Musini, Madrid, 1994.

ARGUELLES, J.: "Cláusulas «cut-trough put» y «simultaneous payment clause»", *Cuaderno SEAIDA*, núm. 3, 2003.

ARROYO MARTÍNEZ, I.:

- *Curso de Derecho marítimo*, Aranzadi, Navarra, 2015.

- "Capítulo 111. Los seguros marítimo y aéreo. El préstamo a la gruesa", en AA.VV.: *Curso de Derecho Mercantil* (R. URÍA y A. MENÉNDEZ), Civitas, Madrid, 2001.

BENÍTEZ DE LUGO Y REYMUNDO, L.:

- *El riesgo jurídico*, Viuda Galo Sáez, Madrid, 1961.

- *Tratado de seguros*, Volumen II y III, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1955.

BENITO RIVERO, J. A.: *El reaseguro*, Mapfre, Madrid, 2001.

BOGLIONE, G.:

- *La riassicurazione*, Giuffrè, Milano, 2012.

- "Note in tema di interesse all'assicurazione", *Diritto* e *Fiscalità dell'assicurazione*, 2012, fasc. 3.

BROSETA PONT, M.: *El contrato de reaseguro*, Aguilar, Madrid, 1961.

Brown, R. H. y Reed, P. B.: *Marine Reinsurance*, London Witherby & Co Ltd., London, 1981.

Brunetti, A.:

- "Il rischio di guerra nelle assicurazione marittime. La disciplina giuridica", *Assicurazioni*, 1939, XVII-XVIII, Anno VI, Parte Prima.

- *Diritto marittimo privato italiano*, Vol. III, Parte Seconda, Unione Tipografico Editrice Torinese, Torino, 1938.

- "Sulle dichiarazioni dell assicuratore nella conclusione del contratto di riassicurazione", *Assicurazioni*, 1938, Parte Seconda.

- "Le dichiarazioni dell'assicurato particolarmente nell'assicurazione marittima", *Assicurazioni*, 1937, XV-XVI, Anno IV, Parte Prima.

- "La teoria giuridica del contratto di assicurazione", *Assicurazioni*, 1935, XIII-XIV, Anno II, Parte Prima.

Bufano, G. e Pasanisi, E.: "Riassicurazione", en AA.VV.: *Nuovo Digesto Italiano* (M. D'amelio e A. Azara), Volume XI, Unione Tipografico - Editrice Torinese, Torino, 1939.

Buttaro, L.: "Riassicurazione", *Enciclopedia Diritto*, vol. XL, Giuffrè, Milano, 1989.

- *L'interesse nell'assicurazione*, Giuffrè, Milano, 1954.

Casaregis, G. L. M.: *Discursus legales de commercio*, Vol. IV, Venezia, 1740.

De Gregorio, A. e Fanelli, G.: *Le assicurazioni*, Società Editrice Dante Alighieri, Roma, 1951.

Di Marco, M.: "La funzione del contratto di assicurazione marittima", *Assicurazioni*, 2004.

Donati, A.:

- "Assicurazione marittime e aeronautiche", *Enciclopedia Diritto*, III, Giuffrè, Milano, 1958.

- *Trattato del Diritto delle assicurazioni private*, Volume Secondo, Giuffrè, Milano, 1954.

- *Trattato del Diritto delle assicurazioni private*, Volume Terzo, Giuffrè, Milano, 1952.

- "L'interesse nel contrato di assicurazione", *Assicurazioni*, Anno XVII, Parte Prima, 1950.

EHRENBERG, V.: *El reaseguro*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1941.

EMERIGON, B-M.: *Traité des assurances et des contrats a la grosse*, Tome Premier, Jean Mossy, Marseille, 1783.

FANARA, E.: "Le assicurazione", *Diritto marittimo*, 1987.

FANELLI, G.: "Pluralità di assicurazioni e pluralità di assicuratori", *Saggi di Diritto delle assicurazioni*, Giuffrè, Milano, 1971.

FERRARINI, S.:

- *Le assicurazioni marittime*, Giuffrè, Milano, 1991.

- "Sulla descrizione del rischio nella riassicurazione facoltativa", *Assicurazioni*, 1959, Parte Seconda.

- "L'interesse di assicurazione", *Assicurazioni*, XIII-XIV, Anno II, Parte Prima, 1935.

- *L'interesse nell'assicurazione*, Nistri-Lischi, Pisa, 1935.

FERRI, G.: "L'interesse nell'assicurazione danni", *Assicurazioni*, XIX-XX, Anno VIII, Parte Prima, 1941.

GABALDÓN GARCÍA, J. L. y RUIZ SOROA, J. M.: *Manual de Derecho de la Navegación Marítima*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L.: *El reaseguro marítimo, entre el Derecho español y el "Common Law". Una visión armonizadora*, Aranzadi, Navarra, 2011.

GARRIGUES, J.:

- *Contrato de seguro terrestre*, Aguirre, Madrid, 1982.

- "Alcune idee sull'interesse nell'assicurazione contro i danni", *Assicurazioni*, Anno XXXVII, Parte Prima, 1970.

- *Curso de Derecho mercantil*, Volumen III, S. Aguirre, Madrid, 1936.

Gasperoni, N.: "La causa dell'evento di assicurazione", *Assicurazioni*, XVI-XVII, Anno V, Parte Prima, 1938.

Gerathewohl, K.: *Reaseguro. Teoría y práctica*, Reaseguros Gil y Carvajal, Madrid, 1993.

Guardiola Lozano, A.: *Manual de introducción al seguro*, Mapfre, Madrid, 2001.

Guerrero Lebrón, M. J.: *Los seguros aéreos. Los seguros de aerolíneas y operadores aéreos*, CEDIT y Marcial Pons, Madrid, 2009.

Hill Prados, M. C.:

- *El reaseguro*, José María Bosch, Barcelona, 1995.

- *Los Clubs de Protección e Indemnización en el campo del seguro marítimo*, José María Bosch, Barcelona, 1992.

Jaramillo Jaramillo, C. I.: *Distorsión funcional del contrato de reaseguro tradicional*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2005.

Lasheras-sanz, A.: "Objeto cierto y causa lícita en la relación del seguro. El riesgo", *Revista de Derecho Privado*, 1952, Tomo XXXVI.

La Torre, A.: *L'assicurazione nella storia delle idee*, Istituto nazionale delle assicurazioni, Roma, 1995.

Luzzati, A.: *Il contratto di assicurazione marittima e la liquidazione per abbandono nella legge e nelle polizze*, Unione Tipografico Editrice Torinese, Torino, 1912.

Moliterni, F.: "Assicurazione marittima ed assicurabilità del rischio pirateria", *Banca borsa e titoli di credito*, fasc. 4, pt. 1, 2011.

Mossa, L.: *Saggio legislativo sul contratto di assicurazione*, Industrie grafiche V. Lischi & Figli, Pisa, 1931.

Muñoz, A.: "El reaseguro de los grandes riesgos", en AA.VV.: *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa* (F. Sánchez Calero), Musini, Madrid, 1994.

Navarrini, U.: *Trattato teorico-pratico di Diritto commerciale*, Vol. IV, Fratelli Bocca, Torino, 1920.

Olivencia, M.: "Seguros de caución, crédito, responsabilidad civil y reaseguro (Arts. 68 a 79)", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de contrato de seguro* (E. Verdera Y Tuells), Colegio Universitario de Estudios Financieros, Madrid, 1982.

Peccenini, F.: "Dell'assicurazione. Art. 1882-1932", en AA.VV.: *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca* (F. Galgano), Zanichelli, Bologna, 2011.

Pérez-Serrabona González, J. L.: *El contrato de seguro. Interpretación de las condiciones generales*, Comares, Granada, 1993.

Persico, C.: *La riassicurazione*, Tipografia dell'Unione Arti Grafiche, Città di Castello, 1926.

Picard M. et Besson, A.: *Traité général des assurances terrestres en Droit français*, Tome II, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1940.

Pirilli, D.: *Il contratto di assicurazione per conto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013.

Prosperetti, M. y Apicella, E. A.: *La riassicurazione*, Giuffrè, Milano, 1994.

Pulido Begines, J. L.: *Curso de Derecho de la navegación marítima*, Tecnos, Madrid, 2015.

Rodríguez Carrión, J. L.: *Los seguros marítimos y aéreos*, Marcial Pons, Madrid, 2003.

Romero Matute, B.: *El reaseguro*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2001.

Rossetti, M.: *Il diritto delle assicurazioni*, volumen II, CEDAM, Padova, 1965.

Salandra, V.:

- "Il trasferimento del rischio come oggetto dell'assicurazione", *Assicurazioni*, XVII-XVIII, Anno VI, Parte Prima, 1939.

- "I caratteri giuridici del contratto di riassicurazione e la giurisprudenza della Cassazione", *Assicurazioni*, XII-XIII, Anno I, Parte Prima, 1934.

Sánchez Calero, F.:

- "El reaseguro en la Ley española de contrato de seguro", en AA.VV.: *Estudios sobre el contrato de reaseguro*, Musini y Editorial Española de Seguros, Madrid, 1997.

- *Instituciones de Derecho mercantil*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1990.

SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: *Instituciones de Derecho mercantil*, Tomo II, Aranzadi, Navarra, 2006.

SÁNCHEZ CALERO, F. y TIRADO SUÁREZ, F. J.: "Artículos 45 a 79", en AA.VV.: *Comentarios al Código de Comercio y legislación mercantil especial* (M. MOTOS y M. ALBADALEJO), Tomo XXIV, Vol. II, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1985.

SANTORO PASARELLI, F.: "La causa del contratto di assicurazione", en AA.VV.: *Studi sulle assicurazioni. Raccolti in occasione del cinquantenario dell'Istituto Nazionale delle Assicurazioni*, Edizione dell'Istituto Nazionale delle Assicurazione - Giuffrè, Roma - Milano, 1963.

SOMACARRERA, M.:

- "El momento del siniestro en el reaseguro", *Revista española de seguros*, Número 123-124, 2005.

- "El derecho de asistencia y las cláusulas de cooperación en los contratos y aceptaciones facultativas del reaseguro", *Cuaderno SEAIDA*, núm. 3, 2003.

SOTGIA, S.: *Diritto delle assicurazioni*, CEDAM, Padova, 1946.

URÍA, R.: *El Seguro Marítimo*, Bosch, Barcelona, 1940.

URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y ALONSO SOTO, R.: "Capítulo 77. El contrato de seguro en general", en AA.VV.: *Curso de Derecho Mercantil* (R. URÍA y A. MENÉNDEZ), Civitas, Madrid, 2001.

VEIGA COPO, A. B.: *El interés en el contrato de seguro. Ensayo dogmático sobre el interés*, Civitas, Navarra, 2018.

- *El seguro. Hacia una reconfiguración del contrato*, Aranzadi, Navarra, 2018.

VIVANTE, C.:

- "Sentenza Corte di Casazzione di Regno, 8 ottobre 1925", *Il Foro Italiano*, Volumen 51, Parte Prima: Giurisprudenza Civile e Commerciale, 1926.

- *Trattato di diritto commerciale*, III, Fratelli Bocca Editori, Torino, 1899.

- *Il contratto di assicurazione*, Vol. II, Editore-Libraio della Real Casa, Milano, 1890.

- *Il contrato di assicurazione*, Hoepli, Milano, 1885.

LA APLICACIÓN DEL NUEVO RÉGIMEN DE MEDIDAS RESTRICTIVAS CONTRA VIOLACIONES Y ABUSOS GRAVES DE LOS DERECHOS HUMANOS POR LA UNIÓN EUROPEA

THE APPLICATION OF THE NEW RESTRICTIVE MEASURES REGIME AGAINST SERIOUS VIOLATIONS AND ABUSES OF HUMAN RIGHTS BY THE EUROPEAN UNION

Rev. Boliv. de Derecho Nº 33, enero 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 436-453

María TORRES PÉREZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de diciembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 15 de diciembre de 2021

RESUMEN: El Régimen de Medidas Restrictivas contra Violaciones y Abusos Graves de los Derechos Humanos puesto en marcha a finales de 2020 por la Unión Europea se enmarca en el objetivo de la Comisión de reafirmar el firme compromiso de la Unión con la promoción de los valores universales y el fortalecimiento de su liderazgo en este ámbito. Sin embargo, el primer año de aplicación del régimen pone en duda su efectividad, ante la existencia de lagunas jurídicas que la empañan.

PALABRAS CLAVE: medidas restrictivas; violaciones y abusos graves; Derechos Humanos; Unión Europea.

ABSTRACT: *The Regime of Restrictive Measures against Serious Violations and Abuses of Human Rights launched at the end of 2020 by the European Union is part of the Commission's objective to reaffirm the Union's firm commitment to promoting universal values and strengthening its leadership in this field. However, the first year of implementation of the regime casts doubt on its effectiveness, given the existence of legal loopholes that tarnish it.*

KEY WORDS: *restrictive measures; serious violations and abuses; Human Rights; European Union.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL RÉGIMEN DE MEDIDAS RESTRICTIVAS CONTRA VIOLACIONES Y ABUSOS GRAVES DE LOS DERECHOS HUMANOS.- 1. El soporte legal del Régimen de Medidas Restrictivas.- 2. Ámbito de aplicación del Régimen.- *A) Los sujetos sancionables.- B) Las "violaciones y abusos graves de los Derechos Humanos".- C) Las medidas restrictivas aplicable*s.- 3. El procedimiento de adopción y modificación de las medidas.- III. LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DURANTE EL AÑO 2021.- IV. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN.

En 2012 la Unión Europea (en adelante, UE) adoptó el Marco Estratégico para los Derechos Humanos y la Democracia[1], que establecía los principios, objetivos y prioridades destinados a mejorar la eficacia y la coherencia de la política de la UE en estos ámbitos. Para aplicar este Marco Estratégico, la UE ha aprobado hasta el día de hoy tres Planes de Acción (2012-2014[2], 2015-2019[3] y 2020-2024[4]).

La Comisión Europea elegida en 2019 comenzó sus labores promulgando las prioridades de la institución y de la UE para el nuevo período que comenzaba y que engloba los años 2019-2024[5], procediendo a desarrollar tal documento durante el año 2020. Entre las prioridades destacan dos que pretenden subrayar la labor de la UE como organización internacional y el papel que la misma debería llegar a tener en el mundo globalizado en el que vivimos, interrelacionando el bienestar interior de los ciudadanos europeos con el bienestar del resto de naciones y del resto de

1 Trabajo realizado en el marco del Proyecto I+D+i, código DER2017-85443-P (MINECO/AEI/FEDER, UE). Todos los hipervínculos citados han sido revisados con fecha 9 de diciembre de 2021.
Marco Estratégico para los Derechos Humanos y la Democracia, Consejo de la Unión Europea, 11855/12, de 25 de junio de 2012. Disponible en https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11855-2012-INIT/es/pdf.

2 Incluido como Anexo III junto con el Marco Estratégico.

3 Comunicación Conjunta al Parlamento Europeo y al Consejo: Plan de Acción sobre derechos humanos y democracia (2015-2019) «Mantener los derechos humanos entre las prioridades de la agenda de la UE». JOIN(2015) 16 final, de 28 de abril de 2015. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A52015JC0016.

4 Comunicación conjunta al Parlamento Europeo y al Consejo: Plan de Acción de la UE para los Derechos Humanos y la Democracia 2020-2024. JOIN/2020/5 final, de 25 de marzo de 2020. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52020JC0005. Adoptado por el Consejo el 17 de noviembre de 2020.

5 https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/political-guidelines-next-commission_es_1.pdf.

• María Torres Pérez
Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la Universitat de València (España), Departamento de Derecho Internacional "Adolfo Miaja de la Muela". Sus principales líneas de investigación abarcan el Derecho Internacional Penal, el Derecho Internacional Humanitario, la Protección Internacional del Patrimonio Cultural, el Derecho de la Unión Europea y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Forma parte del Grupo de investigación "Desarrollo sostenible, gobernanza mundial y regional, orden internacional y europeo contemporáneos" GIUV2016-269 de la Universitat de València, dirigido por el Profesor Valentín Bou Franch y es la coordinadora local del Lab "Experiencing Europe" del Proyecto FORTHEM. Correo electrónico: maria.torres@uv.es.

personas. Estas dos prioridades se refieren a lograr una Europa más fuerte en el mundo y a la promoción de nuestro modo de vida europeo.

Dentro de dicha promoción, se sitúa el desarrollo de los Derechos Humanos y la Democracia en los que una Europa que proteja debe defender la justicia y los valores fundamentales de la UE no solo en el interior de la UE, sino también en su política exterior a través de distintas acciones como la modernización del sistema de asilo de la UE y la cooperación con los países socios, y el desarrollo de un nuevo plan para el avance de los Derechos Humanos y la Democracia en el mundo.

La presidenta de la Comisión Europea, Sra. *Ursula von der Leyen*, presentó el 18 de noviembre de 2020 el Nuevo Plan de Acción de la UE sobre Derechos Humanos y Democracia[6] que contiene el programa de medidas que la Comisión Europea se propone desarrollar en este ámbito durante el período señalado.

Este Nuevo Plan de Acción se basa en los planes de acción anteriores y continua centrándose en prioridades a largo plazo mediante la identificación de cinco áreas prioritarias generales: 1) proteger y empoderar a las personas; 2) construir sociedades resistentes, inclusivas y democráticas; 3) promover un sistema mundial de Derechos Humanos y Democracia; 4) nuevas tecnologías: aprovechar las oportunidades y hacer frente a los desafíos; y 5) cumplir con los objetivos mediante la colaboración, el Plan de Acción también refleja el contexto cambiante prestando atención a las nuevas tecnologías y al vínculo entre los problemas ambientales mundiales y los Derechos Humanos.

El Nuevo Plan de Acción pretende, por tanto, reafirmar el firme compromiso de la UE en la promoción de los valores universales. Respeto por la dignidad humana, la libertad, la Democracia, la Igualdad, el Estado de Derecho y el respeto de los Derechos Humanos seguirán sustentando todos los aspectos de las políticas internas y externas de la UE. Según se destaca por parte de la Comisión Europea, el panorama mundial de los Derechos Humanos y la Democracia es mixto. Mientras que ha habido avances, el retroceso contra la universalidad e indivisibilidad de los Derechos Humanos, el cierre del espacio cívico y el retroceso de la Democracia debe ser abordado. Han surgido nuevas oportunidades y también riesgos, especialmente relacionados con los avances tecnológicos y el medio ambiente mundial.

El Nuevo Plan de Acción sobre Derechos Humanos y Democracia establece también las ambiciones y prioridades de acción concreta en el campo de las relaciones de la UE y los terceros Estados y Organizaciones Internacionales. Para ello, se prevé que la UE y sus Estados miembros utilicen toda la gama de sus

6 Vide nota 4.

instrumentos, en todas las áreas de acción exterior, para centrar y fortalecer aún más el liderazgo mundial de la UE en las prioridades generales.

Pero la aplicación efectiva del Plan de Acción requiere no solo una acción coordinada de la UE y de sus Estados miembros, respetando las distintas funciones y competencias institucionales, sino también la puesta en marcha de toda una serie de mecanismos de ejecución, que demuestren un enfoque común de la UE. En este marco se pretende englobar el nuevo Régimen de sanciones en los casos de graves violaciones de los Derechos Humanos cuyo estudio acometeremos a continuación.

Este nuevo Régimen dio sus primeros pasos con la presentación por parte de la presidenta de la Comisión Europea, *Ursula von der Leyen*, y el Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, Josep Borrell, de una propuesta conjunta de Reglamento del Consejo correspondiente a la aplicación de medidas restrictivas (sanciones) ante violaciones y abusos graves de los derechos humanos el 19 de octubre 2020[7].

Tras la propuesta conjunta, el Consejo aprobó el 7 de diciembre de 2020 una Decisión[8] y un Reglamento[9] por los que se establecía este régimen global de medidas restrictivas (o sanciones) en materia de Derechos Humanos, presentando la Comisión Europea una Nota interpretativa [10] para abordar las cuestiones que, con toda probabilidad, iban a ir surgiendo en la aplicación de la nueva normativa. Este nuevo régimen no sustituirá a los regímenes de sanciones geográficas existentes[11], algunos de los cuales ya abordan violaciones y abusos de

7 https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_20_1939.

8 Decisión (PESC) 2020/1999 del Consejo de 7 de diciembre de 2020 relativa a medidas restrictivas contra violaciones y abusos graves de los derechos humanos, DOUE L 410I, 7.12.2020, p.13. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.LI.2020.410.01.0013.01.SPA&toc=OJ%3AL%3A2020%3A410I%3ATOC

9 Reglamento (UE) 2020/1998 del Consejo de 7 de diciembre de 2020 relativo a medidas restrictivas contra violaciones y abusos graves de los derechos humanos, DOUE L 410I, 7.12.2020, p. 1. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.LI.2020.410.01.0013.01.SPA&toc=OJ%3AL%3A2020%3A410I%3ATOC.

10 Nota Interpretativa de la Comisión sobre la Aplicación de Determinadas disposiciones del Reglamento (UE) 2020/1998 del Consejo, Bruselas, C(2020) 9432 final, de 17 de diciembre de 2020.

11 Sobre los regímenes de sanciones ya existentes, véase: Hölbert, C.: "A comparative study: where and why does the EU impose sanctions", *Revista UNISCI*, núm. 43, 2017, pp. 53-71; Portela, C.: "Where and why does the EU impose sanctions?", *Politique Européenne*, núm. 17/3, 2005, pp. 83-111; Portela, C.: "Horizontal sanctions regimes: targeted sanctions reconfigured?", en: AA.VV.: *Research Handbook on Unilateral and Extraterritorial Sanctions,* (coord. por C. Beaucillon), Edward Elgar, Cheltenham, 2021.

derechos humanos en Siria[12], Bielorrusia[13], Venezuela[14] o Yemen[15], ni a aquellos regímenes desarrollados para los supuestos específicos de las armas químicas[16] o los ciberataques[17].

En cualquier caso, el presente estudio presenta una reflexión tras el primer año de aplicación del régimen no solo respecto a la conveniencia del instrumento jurídico publicado al efecto, sino también sobre su eficacia respecto a sus objetivos señalados en el momento de su publicación.

II. EL RÉGIMEN DE MEDIDAS RESTRICTIVAS CONTRA VIOLACIONES Y ABUSOS GRAVES DE LOS DERECHOS HUMANOS.

1. El soporte legal del Régimen de Medidas Restrictivas.

Como hemos comentado, el soporte jurídico a este nuevo régimen se compone de dos instrumentos conjuntos adoptados el 7 de diciembre de 2020, la Decisión (PESC) 2020/1999 del Consejo[18] y el Reglamento (UE) 2020/1998[19]. Tal conjunción normativa base para la adopción de medidas restrictivas se completa con tres instrumentos no normativos que servirán como guías en su aplicación: dos de ellos anteriores a este régimen y la nota interpretativa mencionada anteriormente[20].

Estas guías aplicables de forma analógica por parte de los Estados miembros al nuevo Régimen son las "Orientaciones sobre la aplicación y evaluación de las medidas restrictivas (sanciones) en el marco de la política exterior y de seguridad

12 Reglamento de Ejecución (UE) 2021/848 del Consejo, de 27 de mayo de 2021, por el que se aplica el Reglamento (UE) 36/2012 relativo a las medidas restrictivas habida cuenta de la situación en Siria, DOUE L 188/18, 28.5.2021. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32021R0848&from=ES.

13 Reglamento (UE) 2021/1030 del Consejo de 24 de junio de 2021 por el que se modifica el Reglamento (CE) 765/2006 relativo a la adopción de medidas restrictivas con respecto a Bielorrusia, DOUE L 224I, 24.6.2021. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2021:224I:FULL&from=ES.

14 Reglamento de Ejecución (UE) 2021/275 del Consejo de 22 de febrero de 2021 por el que se aplica el Reglamento (UE) 2017/2063 relativo a medidas restrictivas habida cuenta de la situación en Venezuela, DOUE L 60 I/1, 22.2.2021. Disponible https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32021R0275&from=ES.

15 Reglamento de Ejecución (UE) 2021/2015 del Consejo de 18 de noviembre de 2021 por el que se aplica el Reglamento (UE) 1352/2014 relativo a medidas restrictivas en vista de la situación en Yemen, DOUE L 410 I/1, 18.11.2021. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32021R2015&from=ES.

16 Reglamento (UE) 2018/1542 del Consejo, de 15 de octubre de 2018, relativo a la adopción de medidas restrictivas contra la proliferación y el uso de las armas químicas, DOUE L 259, 16.10.2018, p. 12-21, en su versión consolidada de 15 de octubre de 2020. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:02018R1542-20201015&from=EN

17 Decisión (PESC) 2019/797 DEL CONSEJO de 17 de mayo de 2019 relativa a medidas restrictivas contra los ciberataques que amenacen a la Unión o a sus Estados miembros, DOUE L 129, 17.5.2019, p. 13., en su versión consolidada de 19 de mayo de 2021. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019D0797&qid=1638295151707&from=EN

18 Op. cit., nota 8.

19 Op. cit., nota 9.

20 Op. cit., nota 10.

común de la UE"[21] y las "Prácticas recomendadas de la UE para la aplicación eficaz de medidas restrictivas"[22]. Sin embargo, ninguno de estos textos establece un régimen común de contestación de las medidas por parte de los sujetos sancionados por ellas, dejando tal mecanismo al ejercicio de las autoridades nacionales en conjunción con el control que de las mismas podrá realizar el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en virtud del art. 275.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea[23].

2. Ámbito de aplicación del Régimen de Medidas Restrictivas.

A) Los sujetos "sancionables".

El régimen permite a la UE imponer las medidas contenidas en el régimen no sólo a personas físicas, sino también a entidades y organismos -incluyendo agentes estatales y no estatales- responsables de violaciones y abusos graves de los derechos humanos en todo el mundo, implicados en ellos o asociados a ellos, independientemente del lugar en que se hayan producido.

En concreto, el art. 1.3. de la Decisión (PESC) 2020/1999 establece que "a efectos de la presente Decisión, las personas físicas o jurídicas, entidades u organismos podrán incluir: a) agentes estatales; b) otros agentes que ejerzan el control o la autoridad efectivos sobre un territorio; c) Otros agentes no estatales".

Para la determinación de cada uno de los tipos que aquí se establecen, la Decisión no incluye ninguna definición, especificando el Reglamento que, respecto a los "agentes no estatales", se referirá a "otros agentes no estatales a los que se aplique el art. 1, apartado 4, de la Decisión (PESC) 2020/1999"[24], es decir, los que figuren en el anexo[25].

Tan vaga determinación no es extraña a este tipo de instrumentos. Sin embargo, sí que resulta criticable si se relaciona con el necesario respeto a una serie de derechos procesales que figuran en los tratados de Derechos Humanos y en otros instrumentos europeos de cooperación judicial. Así, nos planteamos qué se va a considerar como "responsable" al efecto de la determinación de la sanción. "Responsable" implica, obviamente, una determinación de responsabilidad que, sin

21 Orientaciones sobre la aplicación y evaluación de las medidas restrictivas (sanciones) en el marco de la política exterior y de seguridad común de la UE, 15598/17, 8 de diciembre de 2017. Disponible en https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15598-2017-INIT/es/pdf.

22 Prácticas recomendadas de la UE para la aplicación eficaz de medidas restrictivas, 8519/18, de 4 de mayo de 2018. Disponible en https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8519-2018-INIT/es/pdf.

23 Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE). DOUE C 83/47, 30.3.2010 Disponible en https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf.

24 Art. 2.3 del Reglamento (UE) 2020/1998, del Consejo.

25 Sin embargo, el Anexo en el momento de publicación de los textos estaba vacío de contenido.

embargo, no se lleva a cabo a través de un procedimiento contradictorio previo, sino a través de una reacción política de la Unión ante una serie de actos que se definen como sancionables. Sin discutir la gravedad de éstos, sí que es cierto que la exigencia de respetar estos principios -no solo derivados del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sino también de las leyes procesales nacionales- hace plantearnos dudas respecto a la legalidad de la adopción de estas sanciones tanto en el plano interno como internacional, más si cabe cuando se alejan del marco de la responsabilidad internacional o la aplicación de medidas de retorsión[26]. Más aún cuando los actos a los que se refieren la Decisión (PESC) y el Reglamento son actos estrechamente unidos a una definición penal.

Con el ánimo de limitar tal discrecionalidad, las Orientaciones y Mejores Prácticas mencionan la necesidad no sólo de respetar el Derecho Internacional aplicable al efecto, sino también las obligaciones dimanantes del Tratado de la Unión Europea o la Carta de Derechos Fundamentales, pero sin establecer qué mecanismo claro va a permitir tal respeto. Se especifica que "en las propuestas de inclusión autónoma en listas deberán constar los motivos individuales y particulares de cada inclusión en la lista. El objeto de los motivos es exponer, lo más concretamente posible, los motivos que llevan al Consejo a considerar, en el ejercicio de su discrecionalidad, que la persona, grupo o entidad reúne los criterios definidos por el acto jurídico base, teniendo en cuenta los objetivos de las medidas"[27]. Pero los motivos y debates confidenciales nunca han casado bien con los principios que regulan los procesos penales ni los regímenes sancionadores.

B) Las "violaciones y abusos graves de los derechos humanos" contemplados.

Según determina el art. 1 de la Decisión (PESC) 2020/1999[28], las violaciones y abusos graves de los derechos humanos a los que se pretende responder a través del régimen de medidas restrictivas es:

"a) el genocidio;

b) los crímenes de lesa humanidad;

c) las siguientes violaciones o abusos graves de los derechos humanos:

(i) tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes,

(ii) esclavitud,

26 Rosas, A.: "Restrictive measures against third states: value imperialism, futile gesture politics or extravaganza of judicial control?", *Il diritto dell´Unione europea,* vol. 4, 2016, pp. 639-640.

27 Párr. 11 del Documento de Recomendaciones de métodos de trabajo para las sanciones autónomas de la UE, Anexo I a las Orientaciones sobre la aplicación y evaluación de las medidas restrictivas, op. cit., nota 20.

28 Cuya enumeración reproduce literalmente el art. 2 del Reglamento (UE) 2020/1998 del Consejo.

(iii) ejecuciones y homicidios extrajudiciales, sumarios o arbitrarios,

(iv) desaparición forzada de personas,

(v) arrestos o detenciones arbitrarios;

d) otras violaciones o abusos de los derechos humanos, incluidos, entre otros los siguientes, siempre que dichas violaciones o abusos sean generalizados, sistemáticos o revistan otro tipo de gravedad respecto de los objetivos de la política exterior y de seguridad común establecidos en el artículo 21 del TUE:

(i) trata de seres humanos y abusos de derechos humanos por traficantes de migrantes a que se refiere el presente artículo,

(ii) violencia sexual y de género,

(iii) violaciones o abusos de la libertad de reunión pacífica y de asociación,

(iv) violaciones o abusos de la libertad de opinión y de expresión,

(v) violaciones o abusos de la libertad de religión o creencias".

Esta relación que comienza siendo una lista cerrada de "violaciones" -aunque posteriormente incluya un tipo ejemplificativo- resulta criticable desde el punto de vista del Derecho internacional penal en el que se inspira, al introducir cierta confusión entre los apartados b), c) y d), y suprimir de la misma los crímenes de guerra, abusos igualmente graves de los derechos humanos que no entran en tal consideración.

Tal y como viene entendiendo la doctrina especializada[29], los crímenes de lesa humanidad son una serie de conductas producidas en el marco de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil. Por ejemplo, el art. 2 del Proyecto de Artículos sobre la Prevención y Castigo de los Crímenes de Lesa Humanidad preparado por la Comisión de Derecho Internacional[30] define los Crímenes de Lesa Humanidad como "cualquiera de los actos siguientes cuando se

29 Sobre la definición de los crímenes de lesa humanidad, pueden verse, entre otras: Bassiouni, M.C.: *Crimes against Humanity in International Criminal Law,* Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1999, p. 610.; Bassiouni, M.C.: *Crimes against Humanity: Historical evolution and Contemporary Application,* Cambridge University Press, New York, 2011, p. 444; Bou Franch, V.: "Crimes against Humanity in Contemporary International Law", en AA.VV., The diversity of International Law. Essays in Honour of Professor Kalliopi K. Kaoufa (coord. N. Zaikos), Martinus Nijhoff Publishers, 2009, pp. 547-580; Capellà i Roig, M.: *La tipificación internacional de los crímenes contra la Humanidad,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, p. 438.; Torres Pérez, M.: *La responsabilidad internacional del individuo por la comisión de Crímenes de Lesa Humanidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 349.

30 Proyecto de Artículos sobre la Prevención y Castigo de los Crímenes de Lesa Humanidad, aprobados por la Comisión en segunda lectura, en su 71er período de sesiones, A/74/10, 2019 (en adelante, Proyecto CLH 2019). Disponible en https://undocs.org/es/A/74/10.

cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque", incluyendo en el listado de conductas prohibidas los asesinatos, el exterminio, la esclavitud, la deportación o el traslado forzoso de población, la encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de Derecho internacional; la tortura; la violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; la persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables por el Derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo; la desaparición forzada de personas; el crimen de apartheid; y otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

Ante tal definición, reflejo del Derecho Internacional Consuetudinario en la materia, podríamos llegar a considerar que el apartado b) del art. I referido anteriormente pretende ampliar las situaciones que podrán considerarse como abusivas cuanto no cumplan con el nivel de generalidad o sistematicidad exigidos por los crímenes de lesa humanidad o incluso para dar entrada a las definiciones que de estas conductas se contienen en los instrumentos de protección de los derechos humanos que menciona el artículo a continuación y que, en ocasiones, no coinciden plenamente con su tipificación como crimen de lesa humanidad[31]. Aunque la definición contenida en el tipo general sigue dando cabida a los tipos más específicos de los tratados.

Sin embargo, la referencia que en el apartado d) se realiza a "otras violaciones o abusos de los derechos humanos, incluidos, entre otros los siguientes, siempre que dichas violaciones o abusos sean generalizados, sistemáticos (…)" no encuentra explicación alguna, más aún al considerarse todas ellas, con excepción del apartado (i), como conductas subsumibles en los crímenes de lesa humanidad antes expuestos. Tal reiteración nada aporta a la figura, habiendo resultado más

31 Así, por ejemplo, el Proyecto CLH 2019, define como tortura el "causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas", mientras que la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes establece que se entenderá como tal "todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas". Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984.

ajustado el incluir en dicho apartado d) únicamente la referencia a aquéllas otras violaciones o abusos de los derechos humanos que revistan otro tipo de gravedad respecto de los objetivos de la política exterior y de seguridad común establecidos en el art. 21 TUE.

C) Las medidas restrictivas aplicables.

Según establece la Decisión (PESC) 2020/1999, las medidas restrictivas aplicables serían dos: la prohibición de viajar al territorio de la Unión (para las personas físicas) y la congelación de fondos (para las personas físicas y jurídicas, y entidades). Junto con ello, se prohibiría a las personas y entidades de la UE poner fondos a disposición de las personas incluidas en la lista, ya fuera directa o indirectamente.

Sin embargo, tal propuesta de medidas no ha sido trasladada de forma completa al Reglamento, que sólo recoge la congelación de fondos y su prohibición de puesta a disposición, dada la complejidad de asegurar la uniformidad en una competencia que no pertenece a la Unión, sino a los Estados miembros. Tal circunstancia pone en duda si el objetivo de estas sanciones, que tal y como recordaba el Parlamento Europeo debería ser el enjuiciamiento penal de sus autores a través de jurisdicciones nacionales o internacionales con el fin de combatir la impunidad, es realmente accesible a través de la congelación de fondos, o simplemente servirá como una medida que evite el flujo de capitales y financiación hacia entidades no estatales o individuos no protegidos por inmunidades de jurisdicción.

Debemos recordar en este punto que, a pesar de la dicción del Reglamento, la regla de la inmunidad de jurisdicción y ejecución de ciertos agentes estatales y entidades, por la comisión de los crímenes señalados, únicamente decae cuando la persecución se realiza por el propio Estado del agente o por una Corte Penal Internacional. Así, como afirmaba la Corte Internacional de Justicia en 2002 en el asunto de la Orden de Arresto entre Bélgica y la República Democrática del Congo, "la Corte ha examinado detenidamente la práctica de los Estados, incluida la legislación nacional y las pocas decisiones de los tribunales superiores nacionales, como la Cámara de los Lores o el Tribunal de Casación francés. No ha podido deducir de esta práctica que exista en el Derecho internacional consuetudinario ninguna forma de excepción a la regla de la inmunidad de la jurisdicción penal y de la inviolabilidad de los Ministros de Asuntos Exteriores en ejercicio, cuando sean sospechosos de haber cometido crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad"[32], con las excepciones señaladas de persecución nacional, persecución

32 Párr. 58 del Judgment of 14 February 2002, Case concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium). La traducción es propia. Sobre este asunto, puede consultarse: Torres Pérez, Mª.: "Inmunidad de Jurisdicción Penal e Impunidad: el fallo de la Corte Internacional de Justicia de 14 de Febrero de 2002)", *Tribunales de Justicia,* núm. 11, 2002, pp. 97-100.

por Corte Internacional y retirada o renuncia a la misma. Conjugar tal regla con la sanción a agentes nacionales resultará, por mucho que la Unión no lo pretenda, un encaje complejo.

3. El procedimiento de adopción y modificación de las medidas.

Como subrayaba el Parlamento Europeo de forma previa a la adopción del régimen, "(…) la credibilidad y la legitimidad de este régimen dependen de que cumpla plenamente las normas más exigentes en materia de protección y respeto de los derechos procesales de las personas o entidades afectadas; insiste, a este respecto, en que las decisiones de incluir a personas o entidades en las listas o de suprimirlas deben basarse en criterios claros, transparentes y precisos y en un vínculo directo con el delito cometido, con el fin de garantizar una revisión judicial exhaustiva y derechos de recurso; pide la inclusión sistemática de unos parámetros de referencia claros y específicos y de una metodología para el levantamiento de las sanciones y la supresión de nombres de las listas"[33]. Sin embargo, tal preocupación clave no se ha visto reflejada en el instrumento de su adopción.

Según se deduce de los instrumentos orientadores, la decisión de inclusión en el listado provendrá del Consejo, siendo una decisión política en la que se deberá tener en cuenta los elementos señalados en el art. 1.4 en el caso de los agentes no estatales; a saber, "los objetivos de la política exterior y de seguridad común enunciados en el art. 21 TUE, y b) la gravedad o las repercusiones de los abusos". El proceso de inclusión en la lista sigue las Orientaciones generales de otro tipo de medidas restrictivas reflejadas en los documentos de guía y orientación[34].

Así, se establece que la propuesta de inclusión deberá porvenir de cualquier Estado miembro o del Servicio Europeo de Acción Exterior[35] y que, una vez notificada a través del sistema COREU[36], será debatida en el grupo regional pertinente, con la participación de los expertos en sanciones del SEAE y de la Comisión, junto con el Servicio Jurídico del Consejo, pudiendo invitarse a otros actores a dichos debates con el fin de mejorar el entendimiento sobre la pertinencia de las medidas en cuestión. Todos los aspectos se debatirán en el Grupo de Consejeros de Relaciones Exteriores quien estudiará la propuesta de sanción, junto con el SEAE y la Comisión, previa la adopción de la Decisión PESC por el Consejo que deberá tomarse por unanimidad, circunstancia ésta que ha

33 Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de marzo de 2019, sobre un régimen europeo de sanciones para las violaciones de los derechos humanos (2019/2580(RSP)). Disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0215_ES.html

34 Vide, op. cit., notas 20 y 21.

35 En adelante, SEAE.

36 El COREU es un sistema de comunicación abierto entre los Estados miembros de la UE, el Consejo, el SEAE y la Comisión Europea que permite un flujo regular de información con el objetivo de facilitar las comunicaciones en asuntos de la PESC.

lamentado profundamente el Parlamento Europeo[37]. Todas las deliberaciones serán confidenciales.

La publicidad de las medidas se establece mediante notificación individual (compleja de llevar a cabo, más aún si se trata de entidades no estatales o individuos protegidos en los Estados) y publicación en el DOUE, informándose en ese momento del proceso para realizar observaciones, solicitar la revisión de las medidas o impugnarlas ante el TJUE.

Para la modificación de las medidas (más allá de posibles correcciones por errores en la identificación de los sujetos), se consultará de nuevo a todos los participantes, llevándose a cabo una revisión periódica con el objetivo de valorar su ajuste o posible evolución. Las solicitudes de supresión se dirigirán a la Secretaría General del Consejo, quien deberá remitirlas al Consejo de la Unión Europea, al grupo regional pertinente, al Servicio Jurídico del Consejo y al Grupo de Consejeros de Relaciones Exteriores, para debatir tal posibilidad.

Como se advierte y de forma lógica para asegurar su efectividad, la medida sólo resulta notificada al sujeto directamente perjudicado una vez ha sido adoptada. Dada su aplicación en cada uno de los territorios de los Estados miembros, su contestación individualizada (si así lo desea el particular) sería extremamente costosa y perjudicial para su derecho a la defensa y contradicción. Es más, siendo un presunto responsable de la comisión de crímenes que llevan aparejada la obligación de persecución para los Estados miembros, dudosa es la posibilidad de querer comparecer ante ninguna autoridad para poder defender sus derechos. De nuevo, volvemos a plantear la duda inicial de si este tipo de medidas favorece el objetivo primordial de fin de la impunidad o enroca a sus presuntos responsables en los territorios que ya controla y sobre cuya población realiza los abusos que se pretende eliminar mediante la presión a su autor.

III. APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE MEDIDAS RESTRICTIVAS DURANTE EL AÑO 2021.

Tras la entrada en vigor de los instrumentos citados (Decisión y Reglamento), el Consejo ha procedido en tres ocasiones a la inclusión de sujetos o modificación del régimen.

La primera Decisión al respecto se produjo el 2 de marzo de 2021[38], en la que se justificaba la adopción de éstas en la detención del político opositor ruso

37 Punto 1 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de julio de 2021, sobre el régimen general de sanciones de la UE en materia de derechos humanos (Ley Magnitski de la UE) (2021/2563(RSP)). Disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0349_ES.pdf.

38 Decisión (PESC) 2021/372 del Consejo de 2 de marzo de 2021, por la que se modifica la Decisión (PESC) 2020/1999 relativa a medidas restrictivas contra violaciones y abusos graves de los derechos humanos,

Alexei Navalny y se denunciaba "el carácter continuo y grave de las violaciones de derechos humanos en Rusia"[39]. Según la Decisión, se incluía a las primeras cuatro personas en la lista de medidas restrictivas, todos ellos agentes del Estado ruso (el director del Servicio Penitenciario Federal Ruso; el presidente del Comité de Investigación de la Federación de Rusia; el Fiscal general; y el director del Servicio Federal de las Tropas de la Guardia Nacional de la Federación de Rusia), acusados de los graves abusos y violaciones de derechos humanos cometidas por la detención y encarcelamiento del Sr. Navalny, y en las que se derivaron de forma posterior en Rusia, "incluidos arrestos y detenciones arbitrarios y violaciones sistemáticas y generalizadas de la libertad de reunión pacífica y de asociación, en particular mediante la represión violenta de protestas y manifestaciones".

La segunda Decisión tuvo lugar el 22 de marzo de 2021[40]. En ella, el Consejo recordaba que la función principal de este nuevo Régimen se concretaba en "la determinación de la Unión de reforzar su papel a la hora de hacer frente a violaciones y abusos graves de los derechos humanos en todo el mundo. Hacer realidad el disfrute efectivo de los derechos humanos por parte de todos es un objetivo estratégico de la Unión. El respeto de la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad y el Estado de Derecho y el respeto de los derechos humanos son valores fundamentales de la Unión y de su política exterior y de seguridad común" y que por ello, mostraba su preocupación por "las violaciones y abusos graves de los derechos humanos en distintas partes del mundo, tales como torturas, ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas o el uso sistemático de trabajos forzados cometidos por personas y entidades en China, la República Popular Democrática de Corea, Libia, Eritrea, Sudán del Sur y Rusia". Por ello, incluía no solo individuos vinculados con estructuras estatales abusivas, sino también tres organismos estatales y una milicia no estatal (la Milicia Kaniyat en Libia), e incluso individuos al frente de entidades no estatales e inmersas en situaciones de conflictos armados de carácter interno, tales como el jefe de la Milicia Kaniyat en Libia o el General de división del ejército de las Fuerzas de Defensa del Pueblo de Sudán del Sur (FDPSS).

La última modificación de la lista ha tenido lugar el pasado 6 de diciembre de 2021[41]. Esta última modificación ha supuesto la supresión de uno de los individuos por su fallecimiento y la modificación de algunas de las entradas que constaban ya

DOUE LI 71/6, 2.3.2021. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/eli/dec/2021/372/oj/spa.

39 Ibíd, punto 4 del Considerando de la Decisión.

40 Decisión (PESC) 2021/481 del Consejo de 22 de marzo de 2021 por la que se modifica la Decisión (PESC) 2020/1999 relativa a medidas restrictivas contra violaciones y abusos graves de los derechos humanos, DOUE LI 99/25, 22.3.2021. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/eli/dec/2021/481/oj/spa.

41 Reglamento de Ejecución (UE) 2021/2151 del Consejo de 6 de diciembre de 2021 por el que se aplica el Reglamento (UE) 2020/1998 relativo a medidas restrictivas contra violaciones y abusos graves de los derechos humanos, DOUE L 436/1, 7.12.2021. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32021R2151&qid=1638877047459&from=EN.

referidas a los individuos basándose en la inclusión de más información sobre los motivos de la medida.

En cualquier caso, la persecución penal de la mayoría de los individuos señalados ante jurisdicciones internacionales penales parece no sólo compleja (por la falta de colaboración que se asume de los Estados de la nacionalidad), sino también por la ausencia de parte de los elementos que configuran los crímenes internacionales señalados.

IV. CONCLUSIÓN.

Las críticas al régimen no se han hecho esperar. Pero sobre todo por su marcado carácter político[42] o su falta de eficacia demostrada a la hora de lograr el objetivo primordial de favorecer el fin de la impunidad[43].

Aunque es indudable que el objetivo de contar con un régimen semejante al regulado por la Ley Magnitski de los EE. UU.[44] se ha conseguido, también es cierto que el régimen resulta insuficiente ante la magnitud del objetivo propuesto. No cabe duda en que la Unión Europea, interesada en expandir su influencia a nivel internacional, debe contar con un instrumento que le permita reaccionar en aquellos casos en los que la acción coordinada desde el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas se muestre insuficiente, pero los mecanismos puestos en marcha se alejan del fin de tales medidas: la represión de las conductas. Ante el alejamiento de estos sujetos de los territorios de la Unión, es dudoso que las prohibiciones les afecten en ningún modo.

Tal vez sería más efectivo, sí el fin de la impunidad ante las violaciones y abusos graves de los Derechos Humanos es el verdadero objetivo y no otro, el promover una aplicación amplia del principio de jurisdicción universal en el territorio de la Unión Europea y favorecer la cooperación a tal efecto, promoviendo activamente la ratificación del Estatuto de Roma y realizando la labor de supervisión del cumplimiento de los Derechos Humanos en el marco de las políticas bilaterales o multilaterales de asociación o vecindad que la Unión promueve con otras áreas del mundo.

42 A este respecto, puede verse: Youngs, R.: "The New EU Global Human Rights Sanctions Regime: Breakthrough or Distraction?", *Carnegie Europe*, 2020. Disponible en https://carnegieeurope.eu/2020/12/14/new-eu-global-human-rights-sanctions-regime-breakthrough-or-distraction-pub-83415.

43 Portela, C.: "The EU Human Rights sanctions regime: unfinished business?", *Revista General de Derecho Europeo,* núm. 54, 2021, pp. 19-44.

44 La información gubernamental puede consultarse en https://www.state.gov/global-magnitsky-act/. Infografía sobre la Ley Magnitski disponible en https://www.state.gov/wp-content/uploads/2020/12/Infographic_v1.8-508.pdf.

En cualquier caso, la UE es nueva en la aplicación de sanciones a individuos en el contexto de la Decisión (PESC) 2020/1999 y el Reglamento (UE) 2020/1998, por lo que solo el tiempo permitirá ser justo con su valoración. Solo del Consejo depende que la sociedad europea vea en su acción un verdadero mecanismo de implicación con los Derechos Humanos y no un juego político que sólo se aplica contra aquellos Estados (y sus agentes) que no sean de interés para la UE y sus relaciones.

BIBLIOGRAFÍA

BASSIOUNI, M.C.: *Crimes against Humanity in International Criminal Law,* Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1999.

BASSIOUNI, M.C.: *Crimes against Humanity: Historical evolution and Contemporary Application,* Cambridge University Press, New York, 2011.

BOU FRANCH, V.: "Crimes against Humanity in Contemporary International Law", en AA.VV., The diversity of International Law. Essays in Honour of Professor Kalliopi K. Kaoufa (coord. N. ZAIKOS), Martinus Nijhoff Publishers, 2009.

CAPELLÀ I ROIG, M.: *La tipificación internacional de los crímenes contra la Humanidad,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

HÖLBERT, C.: "A comparative study: where and why does the EU impose sanctions", *Revista UNISCI,* núm. 43, 2017.

PORTELA, C.:

- "Horizontal sanctions regimes: targeted sanctions reconfigured?", en: AA.VV.: *Research Handbook on Unilateral and Extraterritorial Sanctions,* (coord. por C. BEAUCILLON), Edward Elgar, Cheltenham, 2021.

- "The EU Human Rights sanctions regime: unfinished business?", *Revista General de Derecho Europeo,* núm. 54, 2021.

- "Where and why does the EU impose sanctions?", *Politique Européenne*, núm. 17/3, 2005.

ROSAS, A.: "Restrictive measures against third states: value imperialism, futile gesture politics or extravaganza of judicial control?", *Il diritto dell´Unione europea,* vol. 4, 2016.

TORRES PÉREZ, Mª.:

- "Inmunidad de Jurisdicción Penal e Impunidad: el fallo de la Corte Internacional de Justicia de 14 de febrero de 2002)", *Tribunales de Justicia,* núm. 11, 2002.

- *La responsabilidad internacional del individuo por la comisión de Crímenes de Lesa Humanidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

YOUNGS, R.: "The New EU Global Human Rights Sanctions Regime: Breakthrough or Distraction?", *Carnegie Europe*, 2020.

LA TRANSFORMACIÓN DEL SECTOR ENERGÉTICO A LA LUZ DEL PACTO VERDE EUROPEO: LAS ESTRATEGIAS DE LA COMISIÓN EUROPEA PARA ALCANZAR EL OBJETIVO 55 Y LA NEUTRALIDAD CLIMÁTICA

THE TRANSFORMATION OF THE ENERGY SECTOR IN THE CONTEXT OF THE EUROPEAN GREEN DEAL: THE STRATEGIES OF THE EUROPEAN COMMISSION FOR THE FIT FOR 55 AND TO ACHIEVE THE CLIMATE NEUTRALITY

Rev. Boliv. de Derecho Nº 33, enero 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 454-481

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto I+D+i, código DER2017-85443-P (MINECO/AEI/FEDER, UE).

Karla
ZAMBRANO
GONZÁLEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 25 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 30 de noviembre de 2021

RESUMEN: La transición energética y ecológica propuesta por el Pacto Verde Europeo (PVE) ha dejado constancia de la necesidad de intervenir en múltiples sectores clave con motivo de adoptar medidas que garanticen el cumplimiento de objetivos acordes a los compromisos internacionales asumidos en el Acuerdo de París. Por este motivo, el presente trabajo, se centrará en abordar el conjunto de propuestas para el sector de la Energía como uno de los ámbitos prioritarios del PVE.

PALABRAS CLAVE: Unión Europea; política climática europea; sector energético; Pacto Verde Europeo; energías renovables; transición energética.

ABSTRACT: *The energy and ecological transition proposed by the European Green Deal (EGD) has shown the need to intervene in multiple key sectors in order to adopt measures that guarantee the fulfilment of objectives in line with the international commitments assumed in the Paris Agreement. For this reason, this paper will focus on addressing the set of proposals for the Energy sector as one of the priority areas of the EGD.*

KEY WORDS: *European Union; European climate policy; energy sector; European Green Deal; renewal energies; energy transition.*

SUMARIO.- I. OBSERVACIONES PRELIMINARES.- II. HACIA UNA ENERGÍA LIMPIA, ASEQUIBLE Y SEGURA.- 1. La importancia de introducir propuestas en el sector de la energía.- 2. ¿Cuál es la ruta establecida por el Pacto Verde Europeo para el sector de la energía?- *A) La estrategia de la UE para la integración del sistema energético.- B) La estrategia de la UE sobre el hidrógeno.- C) Objetivo 300-40 GW: la estrategia de la UE para aprovechar el potencial de la energía renovable marina.- D) La estrategia de la UE para reducir las emisiones de metano en el sector energético.- E) La Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a las orientaciones sobre las infraestructuras energéticas transeuropeas y por el que se deroga el Reglamento (UE) nº 347/2013*.- III. CONSIDERACIONES FINALES.

I. OBSERVACIONES PRELIMINARES.

Aunque parecía un asunto del futuro, el cambio climático es el gran reto de nuestro tiempo y ahora más que nunca, es un asunto del presente. Los fenómenos meteorológicos extremos nos han dado continuamente muestras claras de la vulnerabilidad de nuestro entorno y la pandemia de la COVID-19, ha evidenciado nuestra fragilidad como especie.

Desde el primer informe de evaluación presentado por el IPCC ha existido un gran consenso sobre la incidencia de las actividades humanas en el sistema climático. Sin embargo, a día de hoy, tras el sexto informe de evaluación del IPCC, ese consenso científico es más que contundente y no deja lugar a dudas de que la intervención humana ha acelerado el calentamiento global.

Por otra parte y paralelamente al avance de la investigación científica, la Unión Europea se ha erigido como la líder de las negociaciones climáticas en la comunidad internacional, aunque, desde la vuelta de Estados Unidos al Acuerdo de París y la salida de Reino Unido de la Unión, se ha visto nuevamente en la posición de compartir cartel. Ahora bien, indiscutiblemente, la reciente presentación del Pacto Verde Europeo (PVE), del que están emergiendo múltiples estrategias intersectoriales e interconectadas, es la gran apuesta de la Unión para conseguir la neutralidad climática en 2050.

Como he indicado, el PVE está llamado a ser la hoja de ruta de la «nueva estrategia de crecimiento destinada a transformar la UE en una sociedad equitativa y próspera»[1] y responder al desafío que supone el cambio climático, el colapso

1 Comisión Europea: *El Pacto Verde Europeo.* En: Doc. COM(2019) 640 final de 11 de diciembre de 2019. 2. [Última consulta, 1 de noviembre de 2021].

• Karla Zambrano González
Profesora contratada predoctoral del Departamento de Derecho Internacional "Adolfo Miaja de la Muela" de la Universidad de Valencia. Correo electrónico: Karla.zambrano@uv.es

de la biodiversidad y la escasez de recursos naturales. Su adopción en diciembre del año 2019, encaja a la perfección con la «Agenda Estratégica de la Unión para 2019-2024» adoptada previamente por el Consejo Europeo el 20 de junio de 2019[2]. El principal objetivo del PVE es reducir las emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) en un 55% hacia 2030 y lograr la neutralidad climática en 2050, segregando la utilización de los recursos naturales del crecimiento económico de la Unión a través de una profunda transición socioeconómica. Esta transición afecta directamente a siete sectores estratégicos, entre los que se encuentra el sector energético.

Tras la presentación del PVE y en plena pandemia, a la Comisión Europea no le ha temblado el pulso y ha presentado con determinación las diferentes estrategias que afectarán al sector de la energía y que, básicamente, fomentan el despliegue de las energías renovables, buscando soluciones basadas en un único sistema energético, a la vez, que promueve la inversión en infraestructura.

II. HACIA UNA ENERGÍA LIMPIA, ASEQUIBLE Y SEGURA.

El art. 4.2.i) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) da cuenta de la existencia de competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros en el ámbito de la energía. De hecho, el mismo TFUE regula cómo debe ejercerse esta competencia en su Título XXI, cuyo único precepto, el art. 194, cumple con una doble función. Por un lado, establece los cuatro objetivos principales de la política energética de la UE, a saber: (i) garantizar el funcionamiento del mercado energético; (ii) garantizar la seguridad del abastecimiento energético en la Unión; (iii) promover la eficiencia energética y el ahorro de energía y el desarrollo de formas de energía nuevas y renovables; y (iv) fomentar la interconexión de las redes energéticas. Por otro lado, delimita el radio de actuación a nivel de la UE, estableciendo que las medidas de la UE no «afectarán significativamente a la elección de un Estado miembro a determinar las condiciones de explotación de sus recursos energéticos, sus posibilidades de elegir entre diferentes fuentes de energía y a la estructura general de su abastecimiento energético»[3].

Ahora bien, con el objetivo puesto en la descarbonización de la UE hasta alcanzar la neutralidad climática en el año 2050, la política energética debe tornarse más ambiciosa y, a tal efecto, los actuales objetivos en materia de clima y energía deben ser replanteados y adaptados al «Objetivo 55». Así, el nuevo plan de energía y clima girará entorno a seis acciones fundamentales: (i) la integración del sistema energético; (ii) la estrategia sobre el hidrógeno; (iii) la estrategia sobre las energías

2 Consejo Europeo: *Reunión del Consejo Europeo de 20 de junio de 2019. Conclusiones*. En Doc. EUCO 9/19 CO EUR 12 CONL 5, de 20 de junio de 2019. [Última consulta, 06 de septiembre de 2021].

3 Art. 194.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

renovables –marinas–; (iv) la oleada de renovación; (v) la estrategia sobre el metano; y (vi) las redes transeuropeas de energía. Ello, indiscutiblemente teniendo en cuenta la revisión de los planes en materia de clima y energía que deberán presentar los Estados miembros, en consonancia con el Reglamento relativo a la gobernanza de la Unión de la Energía y la Acción por el Clima (Reglamento sobre la gobernanza)[4].

Los próximos párrafos tendrán por objeto despejar las incógnitas que se ciernen sobre la ejecución de este plan energético, si bien, antes abordaré cuestiones esenciales que servirán de base para contextualizar el estado de la cuestión.

1. La importancia de introducir propuestas en el sector de la energía.

La energía ha desempeñado un rol determinante en todos los aspectos de la vida contemporánea. Su acceso es, además, una condición fundamental e indispensable para la supervivencia y la dignidad humana. De hecho, el art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) hace alusión al derecho de toda persona a «un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (…)». En esta misma línea, se pronuncia el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)[5], si bien ninguno de estos preceptos hace una alusión específica a la garantía del acceso a la energía, ésta forma parte de los elementos considerados como condiciones del derecho a un nivel de vida y vivienda adecuados. Ahora bien, los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)[6] acordados mundialmente como parte de la Agenda 2030, sí hacen una mención

4 Reglamento (UE) 2018/1999 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, sobre la gobernanza de la Unión de la Energía y de la Acción por el Clima, y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.° 663/2009 y (CE) n.° 715/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, las Directivas 94/22/CE, 98/70/CE, 2009/31/CE, 2009/73/CE, 2010/31/UE, 2012/27/UE y 2013/30/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y las Directivas 2009/119/CE y (UE) 2015/652 del Consejo, y se deroga el Reglamento (UE) n.° 525/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo. DOUE L 328/1, de 21 de diciembre de 2018.

5 El art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, señala que los Estados Partes reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Asimismo, indica que los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento. Este precepto indica, además, que los Estados Partes reconocen el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre, y que deberán adoptar medidas para mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos, la divulgación de principios sobre nutrición y el perfeccionamiento o la reforma de los regímenes agrarios de modo que se logren la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas naturales; y asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades, teniendo en cuenta los problemas que se plantean tanto a los países que importan productos alimenticios como a los que los exportan. Dichas medidas serán individuales o colectivas.

6 Véase la Resolución aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015, en su septuagésimo período de sesiones: *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible.* En NU doc.: A/RES/70/1, de 21 de octubre de 2015.

expresa a la energía en su ODS 7: «Energía asequible y no contaminante»[7], aunque dada su naturaleza jurídica no vinculante, es imposible instar su cumplimiento.

Entonces, ¿de dónde emerge la necesidad de intervenir en el sector energético? Bien, pues, según ha puesto de manifiesto el IPCC, este sector es responsable directa o indirectamente de la mayoría de las emisiones antropogénicas de GEI[8], representando la producción y utilización de la energía, más del 75%, de emisiones de GEI sólo en la UE[9]. En concreto, la calefacción y la refrigeración de espacios son responsables de una gran parte del consumo energético europeo[10] y precisamente por ello, el PVE hace hincapié en mejorar la eficiencia energética de los edificios, sobre lo que profundizaré más adelante.

Como vemos, la introducción de nuevas medidas que supongan un cambio en el modelo energético tradicional, basado en la quema de combustibles fósiles, responde básicamente a la necesidad de mitigar el nivel de GEI procedente del conjunto de actividades humanas que se está liberando a la atmósfera, desde la Revolución Industrial. Por este motivo, el PVE dibuja las líneas sobre las que debe trazarse el plan de energía y clima para los próximos años.

2. ¿Cuál es la ruta establecida por el Pacto Verde Europeo para el sector de la energía?

Siguiendo a Monti y Martínez Romera (2020)[11], «el fomento de las energías renovables es un objetivo fundamental de la política energética y climática de la UE, que sólo va a cobrar mayor relevancia a la luz del Pacto Verde Europeo», ya que el paquete de clima y energía 2030 dio paso a una serie de actos legislativos entre los que destacan la Directiva relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables[12] y el Reglamento sobre la gobernanza, si bien vista su

7 Entre las metas principales del ODS 7 se hallan: (i) garantizar el acceso universal a los servicios; (ii) aumentar considerablemente la proporción de energía renovable en el conjunto de fuentes energéticas; (iii) aumentar la cooperación internacional para la transferencia de tecnología relativa a la energía limpia, la eficiencia energética y tecnologías avanzadas y menos contaminantes; (iv) promover la inversión en infraestructura energética y tecnologías limpias; (v) ampliar la infraestructura y mejorar la tecnología para prestar servicios energéticos modernos para todos los países en desarrollo.

8 Edenhofer, O., Pichs-Madruga, R., Sokona, Y. et al.: *Climate change 2014: Mitigation of climate change. Contribution of Working Group III to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*. Cambridge University Press, Cambridge, 2014, p.7. Véase, también, European Environment Agency. *Climate change, impacts and vulnerability in Europe 2016*. Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2017, p. 246.

9 Comisión Europea: *El Pacto Verde (…),* cit., p. 6.

10 European Environment Agency: *Climate change, impacts (…), cit.,* p. 248.

11 Monti, A. et. Martínez Romera, B.: "Fifty shades of binding: Appraising the enforcement toolkit for the EU's 2030 renewable energy targets". *RECIEL,* 2020, núm. 29, pp. 221-231.

12 Directiva (UE) 2018/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2018 relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables. DOUE L 328/82, de 21 de diciembre de 2018.

insuficiencia ante los compromisos del Acuerdo de París, el PVE podría ser la clave para su revisión[13].

Contextualizada la situación y la necesidad de intervenir en el ámbito de la energía, la comunicación de la Comisión sobre el PVE, pone de relevancia varias cuestiones. La primera, que la transición hacia una energía limpia debe plantearse desde el beneficio tanto de los consumidores como de las empresas, garantizando la asequibilidad y el acceso a la energía y evitando el riesgo de pobreza energética[14]. En segundo lugar, el PVE indica que la prioridad de la transición es la eficiencia energética y pone de relevancia la necesidad de desarrollar el sector eléctrico mediante la utilización de energías renovables que aceleren el proceso de descarbonización, teniendo en cuenta el aumento debido de la producción de energía eólica marina, todo ello en consonancia con la integración, interconexión y digitalización del mercado energético europeo que garanticen la asequibilidad de la energía. Precisamente por ello, la Comisión ha presentado tanto la estrategia de la UE para la integración del Sistema Energético a mediados del año 2020[15], como la estrategia de la UE para aprovechar el potencial de la energía renovable marina, a las que dedicaré análisis posterior.

Pero no sólo las renovables tienen un papel importante en la transición, pues el gas también cumplirá con una función crucial. Sin embargo, la UE parece apostar por cambios esenciales en su política de suministro de energía contemplando peligrosamente al gas descarbonizado, incluido el gas natural licuado (GNL),

13 La Directiva tiene por objeto actualizar el marco normativo para el fomento de las energías renovables, mientras que el Reglamento desarrolla los instrumentos procedimentales para garantizar la consecución de todo el conjunto de objetivos y metas correspondientes al objetivo 2030 y a la denominada Unión de la Energía.

14 Según los Prof. Bouzarovski y Petrova, el término «pobreza energética» se ha utilizado tradicionalmente para englobar los problemas de acceso inadecuado a la energía en los países en desarrollo, lo que implica una serie de problemas económicos, de infraestructura, de equidad social, de educación y de salud (…). Al mismo tiempo, señalan la asimilación de marcos de pobreza energética para encuadrar los problemas del mundo desarrollado en el nexo de la eficiencia energética y la asequibilidad, utilizándose este término ampliamente para describir los problemas de privación de energía doméstica en muchos países europeos, como Alemania, Bélgica, Grecia, España, Polonia y Eslovaquia, mientras que la noción de «precariedad energética» se ha consagrado en las políticas y discursos oficiales en Francia. El término «pobreza energética» también está incorporado en el «Tercer Paquete Energético» de la Unión Europea, así como en el Observatorio de Pobreza Energética de la Comisión Europea que la describe como «una forma distinta de pobreza asociada a una serie de consecuencias adversas para la salud y el bienestar de las personas, con enfermedades respiratorias y cardíacas, y la salud mental, exacerbada debido a las bajas temperaturas y al estrés asociado a las facturas energéticas inasequibles. De hecho, la pobreza energética tiene un efecto indirecto en muchos ámbitos políticos, como la salud, el medio ambiente y la productividad». Con base en la Recomendación de la Comisión sobre la pobreza energética, se define a esta situación como «la situación en la que los hogares no pueden acceder a los servicios energéticos esenciales». Véase, Bouzarovski, S. et. Petrova, S.: "A global perspective on domestic energy deprivation: Overcoming the energy poverty–fuel poverty binary". *Energy Research & Social Science,* 2015, núm. 10(2015), pp. 31– 40; EU Energy Poverty Observatory. *What is energy poverty?* Disponible en: https://www.energypoverty.eu/about/what-energy-poverty; Recomendación (UE) 2020/1563 de la Comisión, de 14 de octubre de 2020, sobre la pobreza energética. DOUE L 357/35, de 27 de octubre de 2020. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32020H1563&from=ES. [Última consulta 10 de septiembre de 2021].

15 Véase, Comisión Europea: *Impulsar una economía climáticamente neutra: Una Estrategia de la UE para la Integración del Sistema Energético*. En Doc. COM(2020) 299 final, de 8 de julio de 2020.

mezclado con hidrógeno o electrometano[16] como fuente de energía para la consecución de la Agenda climática 2030 y 2050.

Ahora bien, sobre las medidas tener en cuenta para la consecución de los objetivos energéticos, el 15 de enero de 2020, el PE emitió una resolución[17] solicitando expresamente: (i) la revisión de la Directiva sobre energías renovables (DER); (ii) la revisión de la Directiva relativa a la eficiencia energética (DEE)[18]; y (iii) la revisión de la Directiva de la eficiencia energética de los edificios (DEEF)[19], todo ello en relación con el nuevo y ambicioso objetivo de reducción de GEI. Además, el PE explícitamente insta a la Comisión y a los Estados Miembros de la UE a que se refuerce la aplicación de dichos instrumentos mediante objetivos nacionales vinculantes, atendiendo especialmente a los colectivos más vulnerables y «teniendo también en cuenta la necesidad de previsibilidad económica para los sectores afectados»[20].

En tercer lugar, el PVE contempla que los planes nacionales en materia de clima y energía (PNEC) de los Estados miembros deberán fijar contribuciones nacionales a los objetivos del conjunto de la UE que sean ambiciosas a más tardar en 2019 y en efecto, así los han presentado los 27 Estados miembros[21]. Estos

16 Tanto en la visión estratégica a largo plazo para alcanzar la neutralidad climática, como en la comunicación sobre el PVE, la Comisión Europea contempla la utilización del gas como un elemento clave de la transición energética. Sin embargo, según el reciente informe de Greenpeace, «el gas natural (…) es en realidad un combustible fósil compuesto aproximadamente en un 80% de gas metano, un potente generador de cambio climático, por lo que se trata de un gas fósil (…) El problema es que el gas todavía goza de una amplia aceptación social, política y económica, pero su futuro depende de si recibe apoyo político y económico (…)». El mismo informe señala que la utilización de este gas no sólo genera un detrimento en el medio ambiente, sino que, además, «las consecuencias del uso de gas fósil también se sienten en las personas» pudiendo comprobarse a través de un estudio externo la injerencia en la salud de las personas como causa de muerte prematura ya que la combustión de este gas está asociado a la contaminación del aire por partículas. Véase, Greenpeace et. Fundación Renovables: *Por qué lo llaman gas natural cuando quieren decir gas fósil. Radiografía del gas en España.* Greenpeace, Madrid, 2021, pp. 4-5.

17 Véase, Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de enero de 2020, sobre el Pacto Verde Europeo (2019/2956(RSP)). par. 22.

18 Directiva (UE) 2018/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de noviembre de 2018, por la que se modifica la Directiva 2012/27/UE relativa a la eficiencia energética. DOUE L328/210 de 21 de diciembre de 2018.

19 Directiva 2010/31/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 2010, relativa a la eficiencia energética de los edificios. DO L 153 de 18 de junio de 2010. Modificada por la Directiva (UE) 2018/844 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018. DOUE L 156/75 de 19 de junio de 2018.

20 *Ibídem.*

21 La Comisión sostiene que los veintisiete PNEC «ofrecen una visión global del modo en que están abordando los Estados miembros la primera fase de la transición hacia la neutralidad climática, y de lo que pretenden alcanzar en el período 2021-2030 en cinco ámbitos: descarbonización; eficiencia energética; seguridad energética; mercado interior de la energía; investigación, innovación y competitividad». Asimismo, afirma que los PNEC han tenido en cuenta la incidencia de la pandemia de la COVID-19 en el contexto de la recuperación y constituyen una base sólida «para que los Estados miembros diseñen sus estrategias de recuperación ecológica y resiliencia y alcancen los objetivos más amplios del Pacto Verde Europeo, desde una economía limpia y circular hasta el objetivo cero en materia de contaminación». En lo concerniente a la cuota de implantación de las energías renovables, se estima que ésta oscile entre el 33,1% y el 33,7%, superando así el objetivo inicial marcado en una cuota del 32%, lo que proporciona a las renovables un papel significativo en la transición hacia la neutralidad climática. No obstante, los PNEC se quedan cortos a la hora de señalar el potencial de las energías renovables marinas que tienen a su disposición y los desafíos conexos, situación que será abordada estratégicamente por la Comisión. Para mayores detalles, véase,

objetivos guardan relación íntimamente con las NDC's previstas en el Acuerdo de París que fueron remitidas por la UE en diciembre de 2020.

Por último, la Comisión es consciente de que el camino a la neutralidad climática exige unas infraestructuras inteligentes acordes a la transición hacia la energía limpia. Por ello, contempla como estrategia la revisión del Reglamento sobre las Redes Transeuropeas (RTE-E)[22] para garantizar la coherencia con los objetivos planteados, tanto el intermedio como el de la neutralidad climática.

A) La estrategia de la UE para la integración del sistema energético.

No cabe la menor duda de que una profunda descarbonización de la electricidad, del transporte, la industria y de los edificios es un imperativo medioambiental para Europa y una oportunidad económica única[23]. En la actualidad, nuestro sistema energético se basa en diferentes cadenas de valor energéticas paralelas y verticales, relacionadas con distintos sectores específicos de uso final. En el caso del transporte, por ejemplo, es muy frecuente hallar productos petrolíferos como fuente de energía; mientras que el carbón y el gas natural son utilizados generalmente para producir electricidad y calefacción. Bien, pues además de contemplar distintos sectores, debemos añadir que la normativa reguladora de cada sector y de cada fuente de energía es distinta y claramente esta disparidad de factores es incapaz de generar una economía climáticamente neutra[24].

La integración del sistema energético no es más que la planificación y funcionamiento del sistema de forma única «en su conjunto», es decir, de manera total, vinculando los diversos vectores energéticos[25], infraestructuras y sectores de consumo, creando vínculos más sólidos, entre ellos, con el objetivo de ofrecer servicios energéticos con bajas emisiones de carbono, fiables y eficientes en el uso

Comisión Europea: *Evaluación, a escala de la UE, de los planes nacionales de energía y clima. Impulsar la transición ecológica y promover la recuperación económica mediante una planificación integrada en materia de energía y clima*. En Doc. COM(2020) 564 final, de 17 de septiembre 2020, p. 3. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0564&from=EN. [Última consulta, 11 de septiembre de 2021].

22 Reglamento (UE) n ° 347/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2013 , relativo a las orientaciones sobre las infraestructuras energéticas transeuropeas y por el que se deroga la Decisión n ° 1364/2006/CE y se modifican los Reglamentos (CE) n° 713/2009, (CE) n° 714/2009 y (CE) n° 715/2009. DO L 115, de 25 de abril de 2013.

23 Glachant, J., Linares, P., Loeschel, A. et al.: "The European Union Energy Transition: Key priorities for the next five years". *European Energy & Climate Journal,* 2020, núm.9(1), pp. 5-14.

24 Comisión Europea: *Impulsar una economía climáticamente neutra: Una Estrategia de la UE para la Integración del Sistema Energético*. En Doc. COM(2020) 299 final, de 08 de julio de 2020. p. 1. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0299&from=EN. [Última consulta, 13 de septiembre de 2021].

25 Se considera vector energético a las sustancias o dispositivos capaces de almacenar energía de tal manera que esta pueda ser liberada en otro lugar o momento posterior de forma controlada. Su principal diferencia con respecto a las fuentes de energía primarias es que se trata de sustancias o dispositivos en los que previamente se ha invertido para su elaboración una cantidad de energía mayor.

de los recursos, con el menor coste posible para la sociedad[26]. Lograr este sistema energético integrado requiere de tres elementos complementarios entre sí:

1. La transición hacia un sistema energético circular. La energía también es susceptible de ser desaprovechada, motivo por el que ha de facilitarse la reutilización del calor residual procedente de instalaciones industriales y centros de datos, así como ha promoverse el aprovechamiento de los flujos residuales entre sectores.

2. Lograr una mayor electrificación de los sectores de uso final. Con el incremento y la competitividad de los costes de producción de la electricidad renovable se podrá cubrir una cuota mayor de la demanda energética.

3. Subsidiariamente utilizar combustibles renovables y con baja emisión de carbono, incluido el hidrógeno en los casos en los que la electrificación o calefacción sean inviables.

Según la Comisión Europea, el camino hacia la integración del sistema energético no sólo permitirá alcanzar los objetivos planteados de aquí a 2050, sino que además, podría minimizar los costes de la transición para los consumidores y ser clave para la recuperación económica de la COVID-19[27]. Por otra parte, y más allá del ahorro energético y de la mitigación de GEI, este sistema integrado podría reducir los índices de contaminación atmosférica y la huella hídrica energética, necesarias tanto para la conservación de los recursos naturales y la protección de la biodiversidad como para mejorar la salud humana.

La estrategia establece un plan de acción que contempla cerca de cuarenta medidas[28] destinadas a crear un sistema energético más integrado. Entre las más destacables se incluyen la revisión de la DEE, la DEEF, las medidas de apoyo económico-financiero, el soporte a la investigación, el despliegue de nuevas tecnologías y herramientas digitales y la adopción de medidas adicionales para apoyar los combustibles renovables y con bajas emisiones de carbono. Más allá de esto, es indispensable una eliminación progresiva de las subvenciones a los

26 Véase, Comisión Europea: *Impulsar una economía climáticamente neutra (…), cit. supra,* 2.

27 Comisión Europea: *El momento de Europa: reparar los daños y preparar el futuro para la próxima generación*. En Doc. COM(2020) 456 final, de 27 de mayo de 2020. pp. 1-20. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0456&from=ES. [Última consulta, 15 de septiembre de 2021].

28 Las medidas clave pueden agruparse en: (i) medidas de eficiencia energética, priorización e implementación en la legislación nacional y la normativa europea; (ii) medidas tendentes a construir un sistema energético más circular; (iii) medidas que garanticen un crecimiento continuo del suministro de electricidad renovable en todos los sectores; (iv) medidas que promuevan los combustibles renovables y con bajas emisiones de carbono incluido el hidrógeno, para sectores de difícil descarbonización; (v) medidas de adaptación de los mercados de la energía a la descarbonización y a la distribución de recursos; (vi) medidas de planificación de la infraestructura que facilite la integración de los distintos vectores energéticos. Para mayores detalles, véase Comisión Europea. *Impulsar una economía climáticamente neutra (…),* cit., pp. 1-22.

combustibles fósiles y la planificación de nuevas infraestructuras que consoliden la transición energética.

B) La estrategia de la UE sobre el hidrógeno.

Tal y como señala Borning (2021)[29], «el hidrógeno parece ser una solución para sustituir a los combustibles fósiles y descarbonizar las economías nacionales con el fin de alcanzar los ambiciosos objetivos de emisiones de GEI necesarios para frenar y finalmente detener el calentamiento global». Se trata del elemento más simple y abundante de la Tierra, ya que está formado por un solo protón y un electrón. En este sentido, una molécula de hidrógeno (H_2) puede almacenar y suministrar energía utilizable. Sin embargo, no se encuentra de forma aislada en la naturaleza, debiendo generarse a partir de otras moléculas. En la actualidad, la mayor parte del hidrógeno se produce a partir de la electrólisis del agua[30], utilizando como fuente de energía bien combustibles fósiles, como el gas natural, bien fuentes de energía más sostenibles, como la energía solar o eólica.

Estratégicamente y de cara a alcanzar los objetivos de neutralidad climática, el tipo de hidrógeno que más interesa a la UE es el hidrógeno renovable o «verde». Ahora bien, lo más importante es determinar, ¿qué ventajas e inconvenientes plantea la producción de este tipo de hidrógeno particularmente? O si realmente reúne los requisitos como energía limpia, segura y asequible como requiere el PVE.

A nivel general, el hidrógeno parece ser la estrella de los combustibles alternativos a los fósiles, pudiendo utilizarse en múltiples sectores como la industria, el transporte, la electricidad y la construcción, si bien, no es una excepción a los inconvenientes. De hecho, pese a ser –aparentemente– un combustible limpio o bajo en carbono, presenta dificultades de producción, de distribución y, actualmente, de costes que dependerán de diferentes factores como la tecnología utilizada, la fuente de energía de origen, entre otros.

Respecto a su producción, como he mencionado, el hidrógeno se obtiene a partir de la electrólisis del agua (en un electrolizador alimentado por electricidad).

29 Borning, M.: "The hydrogen revolution in europe: Opportunities and challenges". *European Energy & Climate Journal,* núm. 9 (4), 2021, pp. 22-34.

30 La electrólisis del agua produce hidrógeno de gran pureza utilizando la electricidad para dividir el agua. La electrólisis alcalina es la tecnología más consolidada en la actualidad, mientras que la electrólisis del agua con membranas de intercambio de protones (PEM) tiene un mayor potencial de mejora. Si se utiliza la electrólisis a partir de fuentes de energía renovables, se trata de un método de producción de hidrógeno sin emisiones de carbono, siendo un método de producción de hidrógeno libre de carbono y, por tanto, es posible la producción de hidrógeno tanto central como descentralizada. Esto hace que la electrólisis del agua en combinación con energía eólica o solar una tecnología muy adecuada para impulsar la descarbonización. Para mayores detalles, véase, Fuel Cells and Hydrogen 2 Joint Undertaking: *Hydrogen Roadmap Europe. A sustainable pathway for the European Energy Transition*. Publication Office of the European Union, Luxembourg, 2019, p. 51.

Esta electricidad puede provenir de fuentes de energía renovable o no, ya que el hidrógeno también puede obtenerse a partir de combustibles fósiles como el carbón y el gas natural a través de un proceso químico denominado «reformado con vapor de agua o reformado de metano», pasando a ser «hidrógeno azul o bajo en carbono». Este proceso conlleva implícitamente un proceso de «captura y almacenamiento de carbono» tratándose de una técnica que inyecta en el suelo el remanente de los hidrocarburos.

Evidentemente, este hidrógeno azul continúa presentando una gran dependencia de fuentes de energía no renovables y, a pesar del abaratamiento de costes de su producción, ello implicaría, por una parte, una mitigación a un ritmo menor que el que requiere la situación de emergencia climática; mientras que, por otra parte, la inyección de carbono en el suelo podría ser contraproducente y a largo plazo, dichos lixiviados podrían suponer una degradación medioambiental de los suelos bastante considerable. Con todo, interesa destacar que, dentro de la UE, los 300 electrolizadores actualmente en funcionamiento producen menos del 4 % de la producción total de hidrógeno[31], por lo que su arraigo aún está por verse en los años venideros, si bien, la Comisión está revisando ocho proyectos de hidrógeno verde y se espera que las decisiones se tomen este año en el marco de los Proyectos Importantes de Interés Común Europeo (PIICE).

Vistas las dificultades de producción y costes, queda la evaluación de los métodos de distribución. Al parecer, el transporte del hidrógeno no es una cuestión que debe tomarse a la ligera. El hidrógeno puede ser transportado de forma sólida, líquida o gaseosa. El método más económico de transporte dependerá, lógicamente, tanto de la cantidad transportada como de la distancia en recorrido. El mayor de los problemas es que para transportar el hidrógeno es preciso contar con una adecuación de la red de gaseoductos, debido a la posibilidad de fugas durante el transporte, motivo por el que es necesaria la creación de infraestructuras que soporten su traslado.

Contextualizados los parámetros más técnicos, es preciso poner de relevancia otras cuestiones. En primer término, la ruta diseñada para convertir el hidrógeno limpio en una solución viable y multisectorial dependerá del éxito de la Alianza Europea de Baterías y de la Propuesta de Reglamento relativo a las pilas y baterías y sus residuos[32], ya que es la estrategia complementaria para la integración del sistema energético; en otro término, ni el hidrógeno renovable ni el obtenido desde combustibles fósiles con bajas emisiones en carbono son competitivos en

31 Comisión Europea: *Una estrategia del hidrógeno (…), cit.* p. 12.

32 Véase, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a las pilas y baterías y sus residuos y por el que se deroga la Directiva 2006/66/CE y se modifica el Reglamento (UE) 2019/1020.

términos de costes actualmente[33], pues ambos dependen en gran medida de las fluctuaciones de los precios de las fuentes de energía.

Entonces, ¿en qué consistirá la hoja de ruta del hidrógeno para la UE? Pues bien, la Estrategia del Hidrógeno presentada el 8 de julio de 2020 tiene dos objetivos: (i) la descarbonización de la producción de hidrógeno; y (ii) la expansión del uso del hidrógeno en sectores en los que puede sustituir a los combustibles fósiles[34]. Como indica la Comisión Europea, «la prioridad de la UE es desarrollar el hidrógeno renovable»[35] procedente de la energía eólica y solar de una forma gradual a distinto ritmo entre los diferentes sectores. De hecho, hasta alcanzar la neutralidad climática se ha tenido en cuenta la consecución de objetivos por fases. En la primera fase, de 2020 a 2024, se sitúan, entre otros, los siguientes objetivos:

1. La instalación de al menos 6 GW[36] de electrolizadores de hidrógeno renovable en la UE y la producción de hasta un millón de toneladas de hidrógeno renovable.

2. Un aumento progresivo de la fabricación de electrolizadores que puedan instalarse junto a los centros de demanda existentes en las refinerías de mayor tamaño, acerías y complejos químicos.

3. El establecimiento de un marco regulador del mercado de hidrógeno líquido y operativo para incentiva tanto la oferta como la demanda en los mercados principales.

Como es evidente, la consecución de estos objetivos requiere de la movilización de recursos financieros e inversiones estratégicas que sufraguen los costes de la innovación tecnológica necesaria para la transición energética. Por este motivo, se prevé que dicha implantación de medidas sea soportada por instrumentos de financiación como *NextGenerationEU* o el programa InvestEU y el Fondo de Innovación del RCDE[37].

La segunda fase, desde 2025 a 2030, convierte al hidrógeno renovable en una parte central del sistema energético integrado. Recordemos que la viabilidad de que el sistema energético esté interconectado depende también de que la fuente

33 Comisión Europea: *Una estrategia del hidrógeno (…),* cit. p. 13.

34 Mete, G. et Reins, L.: "Governing new technologies in the energy transition the hydrogen strategy to the rescue?". *Carbon & Climate Law Review (CCLR),* núm. 2020 (3), 2020, pp. 210-231.

35 Entiéndase por «hidrógeno renovable» a aquel producido mediante la electrólisis de agua y con la electricidad procedente de fuentes renovables, a través del biogás o de la conversión bioquímica de biomasa. En estos dos últimos casos si se cumplen los requisitos de sostenibilidad.

36 La abreviatura GW se utiliza para designar a la unidad de medida de potencia «gigavatio». Un gigavatio es mil millones de vatios.

37 Comisión Europea: *Una estrategia del hidrógeno (…),* cit., p. 7.

de energía utilizada como parte del sistema sea válida para todos los sectores. Ciertamente, parece que el hidrógeno podría ser el sustituto perfecto a los combustibles fósiles y la versatilidad de su aplicación lo convierte en una de las piezas claves del sistema energético interconectado. Además, para esta segunda fase, se prevé el desarrollo de agrupaciones de hidrógeno locales y la instalación de al menos, 40 GW de electrolizadores de hidrógeno renovable a más tardar en 2030.

En lo que respecta, la última fase que iría desde 2030 hacia 2050, se prevé que las tecnologías de hidrógeno renovable estén lo suficientemente avanzadas y consolidadas como para llegar a todos los sectores de difícil descarbonización, aunque todo dependerá de la evolución de las dos fases anteriores.

Como vemos, la Estrategia del Hidrógeno de la Comisión Europea es bastante completa. Tiene en cuenta el desarrollo de la tecnología, el soporte financiero a la innovación, la necesidad de priorizar el desarrollo del sistema energético interconectado, la priorización de las fuentes de energía renovables y el diseño de un marco para la infraestructura del hidrógeno. Sin embargo, no es muy concluyente respecto a la regulación del mercado energético existente y a la forma en que los instrumentos jurídicos existentes pueden dar cabida a la aparición de la tecnología del hidrógeno, es decir, la Comisión no llega a indicar con suficiencia cuál será el marco jurídico sobre el que se va a regir la regulación del hidrógeno, teniendo en cuenta, además, que el sector de la energía es una competencia compartida entre la Unión Europea y los Estados miembros.

Ciertamente, varios Estados miembros han incluido el hidrógeno renovable y con bajas emisiones de carbono como elemento estratégico en sus planes nacionales de energía y clima[38], motivo por el que la Comisión abordará la comunicación con los Estados miembros a través del *Hydrogen Energy Network (HyENet)*, si bien, la incorporación del hidrógeno a la estructura energética de los Estados miembros de la Unión requiere de un nuevo examen del panorama normativo del mercado del gas que permita la conexión de la infraestructura del hidrógeno y el acceso al mercado para la producción distribuida de gases renovables. En lo que respecta a la evolución de la demanda y la oferta de hidrógeno, según los datos proporcionados por la Agencia Internacional de la Energía (AIE), se prevé una variación de éstos entre los países de la región norte-oeste de Europa, lo que ofrece la posibilidad de aprovechar los respectivos puntos fuertes de cada país[39].

38 *Ibíd.*, 10.

39 International Energy Agency (IEA) and Clingendael International Energy Programme (CIEP).: *Hydrogen in North-Western Europe. A vision towards 2030.* IEA Publications, France, 2021, p. 7. Disponible en: https://iea.blob.core.windows.net/assets/ccbc3b01-7403-4c15-90a2-af11dfb92c62/Hydrogen_in_North_Western_Europe.pdf. [Última consulta, 20 de septiembre de 2021].

En suma, la arquitectura jurídica actual sobre la que se pretende asentar el hidrógeno no se diseñó teniendo en cuenta ni las tecnologías requeridas de producción, distribución y de conversión de energía en gas, lo que supone un reto competencial entre la UE y los Estados miembros y de creación de un mercado interno para el hidrógeno, así como nuevos mercados líderes.

C) Objetivo 300-40 GW: la estrategia de la UE para aprovechar el potencial de la energía renovable marina.

El desafío que supone la lucha contra el cambio climático es un reto de tal dimensión que, en ocasiones, nos hace perder la perspectiva de la magnitud de determinadas cifras. Como indica Abad Castelos (2015)[40], nuestros océanos cubren alrededor del 71% de la superficie del planeta Tierra; además, cerca de 770 millones de personas carecen de acceso a la electricidad[41]; por otro lado, la humanidad se encuentra en pleno crecimiento, lo que, en un futuro, supondrá una mayor demanda de energía para abastecer la demanda de energía de la población mundial. En este contexto y gracias a la mejora de la tecnología y del apoyo a la investigación, en la actualidad, podemos obtener energía aprovechando las grandes capacidades de nuestros mares y océanos.

Según los datos de la Comisión Europea, «los laboratorios e industrias europeos están desarrollando rápidamente una serie de distintas tecnologías con el fin de aprovechar la potencia de nuestros mares para producir electricidad verde»[42]. Al parecer, este impulso tecnológico ha alumbrado distintas formas de aprovechar el potencial de los mares y océanos. En este sentido, hablamos de energía eólica marina flotante[43], la energía oceánica[44], las instalaciones fotovoltaicas flotantes y el uso de algas para producir biocarburantes.

40 Abad Castelos, M.: *Las energías renovables marinas y la riqueza potencial de los océanos*. J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2013, p. 26.

41 International Energy Agency: *SDG7: Data and Projections*. IEA Publications, Paris, 2020. Disponible en: https://www.iea.org/reports/sdg7-data-and-projections. [Última consulta, 25 de septiembre de 2021].

42 Comisión Europea: *Una estrategia de la UE para aprovechar el potencial de la energía renovable marina para un futuro climáticamente neutro.* En Doc. COM(2020) 741 final, de 19 de noviembre de 2020. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0741&from=EN. [Última consulta, 01 de octubre de 2021].

43 Se define como aquella fuente de energía limpia y renovable que se obtiene al aprovechar la fuerza del viento que se produce en alta mar. Está basada en estructuras flotantes en lugar de fijas. Los parques eólicos flotantes marinos están formados por aerogeneradores instalados sobre plataformas oscilantes que se anclan al fondo marino mediante fondeos flexibles, cadenas o cables de acero. La energía se obtiene de la velocidad del viento que acciona las palas del aerogenerador y esa electricidad se transporta a través de cables submarinos hasta subestaciones marinas y terrestres.

44 La energía oceánica se obtiene a partir de la energía potencial, cinética, térmica o química del agua de mar, que puede ser transformada para suministrar electricidad, energía térmica o agua potable. Podemos encontrar dos tipos: la undimotriz y la maremotriz. La undimotriz obtiene energía a través del movimiento de las olas, mientras que la maremotriz lo hace a partir de las mareas. Intergubernamental Panel on Climate Change (IPCC): *Fuentes de energía renovables y mitigación del cambio climático. Resumen para responsables de políticas y resumen técnico. Informe especial del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático*. p. 9. https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/03/srren_report_es-1.pdf. [Última consulta, 08 de octubre de 2021].

Como indica la Comisión Europea en su comunicación sobre la Estrategia de la energía renovable marina, la Unión Europea cuenta con territorios propicios para acelerar el desarrollo de esta Estrategia, desde el mar del Norte, el mar Báltico y el Mediterráneo, así como los territorios por los que cruza el Atlántico o los territorios de Ultramar.

El gran potencial de las renovables marinas requiere, *a priori,* del 3% del espacio marítimo europeo y por lo tanto, podría ser compatible con los objetivos de la Estrategia de la UE sobre la Biodiversidad[45]. De hecho, la comunidad científica considera que el desarrollo potencial de las renovables marinas podría causar un impacto no sólo sobre la biodiversidad sino que también incluye la pérdida y degradación del hábitat, los riesgos de colisión y otras consecuencias negativos asociadas, entre otros, el ruido, las vibraciones y los campos electromagnéticos[46].

Ahora bien, entre los objetivos planteados para su desarrollo, la Comisión estima la instalación de al menos 60 GW de energía eólica marina y de al menos, 1 GW de energía oceánica para 2030, con vistas a alcanzar los 300 GW y los 40 GW, respectivamente en 2050[47].

Alcanzar estos objetivos implica la sostenibilidad de la energía renovable marina, si bien, ésta dependerá en gran medida de la ausencia de repercusiones negativas en el medio ambiente, la cohesión económica, social y territorial. Tengamos en cuenta, en primer lugar, que todas las estrategias que emanan del PVE como hoja de ruta, deberán estar interconectadas entre sí, por lo que carecería de sentido desarrollar el despliegue de las renovables marinas si éstas chocan con los objetivos de protección a la biodiversidad en el territorio de la Unión y especialmente de los ecosistemas marinos vulnerables. Además, el medio marino es un patrimonio muy valioso que cuenta con el amparo de la Directiva marco sobre la estrategia marina[48], como una gran valedora para alcanzar un buen estado medioambiental de este ecosistema y otros instrumentos jurídicos como la

45 Comisión Europea: *Estrategia de la UE sobre Biodiversidad para 2030. Reintegrar la naturaleza en nuestras vidas.* En Doc. COM(2020) 380 final, de 20 de mayo de 2020. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52020DC0380. [Ultima consulta, 03 de octubre de 2021].

46 Goodale, M. W. et Milman, A.: "Cumulative Adverse Effects of Offshore Wind Energy Development on Wildlife". *Journal of Environmental Planning and Management,* núm. 59 (1), 2016, pp. 1-21.; Inger R.; Attrill, M. J.; Bearhop, S.; Broderick, A. C. et AL.: "Marine Renewable Energy: Potential Benefits to Biodiversity? An Urgent Call for Research". *Journal of Applied Ecology,* núm. 46 (6), 2009, pp. 1145-1153.; Shields, M. A.; Woolf, D. K.; Grist, E. P.M. et AL.: "Marine Renewable Energy: The Ecological Implications of Altering the Hydrodynamics of the Marine Environment", *Ocean and Coastal Management*, núm. 54 (1), 2010, pp. 2–9.

47 Comisión Europea: *Una estrategia de la UE para aprovechar el potencial de la energía renovable marina (…),* cit., p. 2.

48 Directiva 2008/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, por la que se establece un marco de acción comunitaria para la política del medio marino (Directiva sobre la estrategia marina). DOUE L 164/19, de 25 de junio de 2008. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0741&from=EN. [Última consulta, 09 de octubre de 2021].

Directiva sobre hábitats[49] y aves[50], el Convenio OSPAR[51], el Convenio de Helsinki para el Mar Báltico[52], entre otros.

En segundo lugar, el éxito de la planificación a gran escala de la energía renovable marina deberá obedecer a la ordenación del espacio marítimo de los Estados miembros, lo que exige la presentación de sus planes nacionales, como muy tarde el 31 de marzo de 2021. Sin embargo, como frecuentemente ocurre con las estipulaciones emanadas por Directivas comunitarias, sólo seis de los veintisiete Estados miembros han presentado en tiempo sus planes nacionales de ordenación del espacio marítimo en el plazo estipulado[53]. Es evidente que la Estrategia de las renovables marinas no está siendo una prioridad para los 27 en igualdad de condiciones.

En tercer lugar, los espacios designados para la explotación de la energía renovable marina deberán coexistir con otras actividades como la pesca y la acuicultura, el turismo, la defensa o el despliegue de infraestructuras, además de contar con la aceptación ciudadana, particularmente en zonas pobladas.

Por otra parte, entre las acciones clave previstas por la Comisión para la implementación de la Estrategia de las renovables marinas, en 2030, podemos encontrar: (i) la cooperación transfronteriza para integrar los objetivos del desarrollo de las energías renovables marinas en los planes nacionales de ordenación marítima de los Estados miembros; (ii) la elaboración de un informe presentado por la Comisión relativo a la aplicación de la Directiva sobre la ordenación del espacio marítimo; (iii) el desarrollo de proyectos piloto sobre ordenación del espacio marítimo; (iv) la promoción del diálogo sobre la energía renovable marina entre las autoridades públicas, las partes interesadas y la comunidad científica a lo largo del año 2021; (v) la aprobación de proyectos multiuso con los Estados miembros y las organizaciones regionales; y (vi) el establecimiento de una acción conjunta entre la Comisión y la Agencia Europea de Defensa para salvar los escollos del desarrollo de la energía renovable.

49 Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres. DO L 206, de 22 de julio de 1992, p. 7. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:01992L0043-20130701&from=EN [Última consulta, 06 de octubre de 2021].

50 Directiva 2009/147/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, relativa a la conservación de las aves silvestres. DOUE L 20/7de 26 de enero de 2010. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0147&from=ES [Última consulta, 09 de octubre de 2021].

51 Convenio para la protección del medio ambiente marino del Atlántico Nororiental, de 22 de septiembre de 1992.

52 Convenio para la protección del medio marino del mar Báltico, de 6 de octubre de 1996.

53 En este caso, hablamos de Bélgica, Dinamarca, Países Bajos, Finlandia, Letonia y Portugal, incumpliendo sus compromisos: Alemania, Francia, Croacia, Chipre, Estonia, Grecia, Irlanda, Italia, Lituania, Malta, Polonia, Eslovenia, Suecia, Rumanía, Bulgaria y España.

De cara a 2050, el despliegue de las renovables marinas debería adquirir no sólo un grado de madurez a nivel generación de potencia, sino en materia de infraestructura. La Estrategia propuesta por la Comisión Europea incluye el desarrollo de una red mallada, es decir, una red marítima interconectada entre los Estados miembros de la Unión que permita el flujo de la electricidad entre múltiples direcciones. Este tipo de red, podría generar no sólo beneficios por la combinación de interconexión eléctrica de los Estados miembros, sino también un ahorro significativo en términos de costes. Ahora bien, a nivel jurídico, la situación ideal sería adoptar un enfoque coordinado y ambicioso entre los Estados miembros pertinentes –dependiendo de la cuenca marítima de la que se trate– y celebrar además un memorando de entendimiento (MOU) o un acuerdo intergubernamental ellos, al tiempo que la Comisión facilite el proceso de coordinación para alcanzar este acuerdo con motivo de establecer una única dirección con arreglo al Reglamento sobre la gobernanza de la Unión de la Energía y la Acción por el Clima.

Como vemos, el desarrollo de la energía renovable marina parte de un escenario complejo. Para lograr los objetivos previstos hacia 2050 será necesaria una mayor coordinación entre los Gestores de redes de transporte (GRT) que se encarguen de construir interconectores transfronterizos para el comercio de electricidad y de la seguridad del suministro, una hoja de ruta clara sobre la distribución de los costes y el margen de beneficios por parte de los Estados miembros y un marco jurídico regulador que permita inversiones para desarrollar la tecnología o infraestructura. Recordemos que los proyectos innovadores como las islas energéticas, los proyectos híbridos que reúnen la generación y el transporte de energía marina en un contexto transfronterizo y la producción de hidrógeno en el mar se enfrentan a retos específicos, dado que su marco regulador actual no se desarrolló teniéndolos en cuenta, lo que requiere de una revisión y actualización normativa para darles cabida y permitir su expansión.

D) La estrategia de la UE para reducir las emisiones de metano en el sector energético.

El metano (CH_4) es un potente GEI, más aún que el dióxido de carbono, que interfiere no sólo en el sistema climático sino que también despliega sus efectos nocivos en la salud humana, ya que contribuye a la formación de ozono troposférico (O_3)[54] y fomenta la contaminación atmosférica.

54 El ozono (O_3) es un gas incoloro generalmente y de un olor acre, cuya molécula está compuesta por tres átomos de oxígeno. La capa de ozono en los niveles altos de la atmósfera (estratosférico) constituye un filtro de protección contra las radiaciones solares. Sin embargo, el ozono en superficie (troposférico) resulta ser un contaminante que tiene graves impactos sobre la salud pública y los ecosistemas. El ozono troposférico no se emite directamente a la atmósfera. Es un contaminante secundario, esto es que se forma a partir de reacciones fotoquímicas complejas con intensa luz solar entre contaminantes primarios como

Concretamente en el sector de la energía, el metano tiene varios puntos de procedencia, entre los que destacan: (i) las fugas que se producen en los centros de producción de combustibles fósiles; y (ii) el procesamiento, el almacenamiento, la transmisión y la distribución de gas natural. Este gas se libera directamente a la atmósfera incluso mediante un proceso de combustión simple o «en antorcha»[55]. Sin embargo, el sector de la energía no es el único del que proceden las emisiones de metano, ya que este gas se libera en otros sectores como la agricultura y los residuos, si bien, en este apartado únicamente abordaré la estrategia del metano en referencia al sector energético.

En la comunicación del PVE, la Comisión puso de manifiesto que «tratará el problema de las emisiones de metano en el sector de la energía»[56], de manera que las medidas adoptadas contribuirán tanto al Objetivo 55 como a los objetivos específicos relativos a la contaminación para un entorno sin sustancias tóxicas[57].

Pese a que el actual Reglamento de Reparto de Esfuerzos (RRE)[58] ya establece obligaciones para los Estados miembros respecto de sus contribuciones mínimas en el período de 2021 a 2030 para alcanzar el objetivo de la Unión de reducir sus emisiones de GEI en un 30% por debajo de los niveles de 2005 en los sectores de la energía, industria, agricultura y residuos[59] en 2030, es preciso tener en cuenta que estos objetivos han sido modificados por el Reglamento marco para lograr la neutralidad climática que fija un objetivo climático vinculante de la Unión para 2030 que «consistirá en una reducción interna de las emisiones netas de gases de efecto invernadero (emisiones una vez deducidas las absorciones) de, al menos, un 55 % con respecto a los niveles de 1990»[60], motivo por el que la estrategia de

son los óxidos de nitrógeno (NO, NO2) y compuestos orgánicos volátiles (COV). Véase Belmonte, P. et Gutiérrez, E.: "Ozono troposférico". *Ecologista,* núm. 79, 2013, pp. 505-530.

55 «La combustión en antorcha y el venteo se producen en los centros de producción de carbón, petróleo y gas fósil, así como en las instalaciones de biogás y de gases de vertedero. La combustión en antorcha es la combustión controlada de gases producidos o liberados asociada a la extracción y el transporte de combustibles fósiles, y a determinadas prácticas agrícolas y de gestión de residuos. El venteo es la liberación controlada de gases no quemados directamente a la atmósfera. El venteo es presumiblemente más perjudicial para el medio ambiente, ya que el gas liberado contiene generalmente altos niveles de CH_4, mientras que la combustión en antorcha convierte el CH_4 en CO_2, que es menos nocivo. Sin embargo, el proceso de combustión en antorcha puede liberar otras emisiones, como SO_2 y NO_2 que, cuando se combinan con la humedad de la atmósfera, pueden formar lluvia ácida». Véase, Comisión Europea: *Comunicación sobre la estrategia de la UE para reducir las emisiones de metano.* En Doc. COM(2020) 663 final., de 14 de octubre de 2020. p. 3. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0663&from=EN. [Última consulta, 12 de octubre de 2021].

56 Véase, Comisión Europea: *El Pacto Verde (…),* cit., p.12.

57 Véase, Comisión Europea: *Comunicación sobra la estrategia de la UE para reducir las emisiones de metano (…), cit*., 2. [Última consulta, 10 de octubre de 2021].

58 Reglamento (UE) 2018/842 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, sobre reducciones anuales vinculantes de las emisiones de gases de efecto invernadero por parte de los Estados miembros entre 2021 y 2030 que contribuyan a la acción por el clima, con objeto de cumplir los compromisos contraídos en el marco del Acuerdo de París, y por el que se modifica el Reglamento (UE) nº 525/2013. DOUE L 156/26, de 19 de junio de 2018.

59 Véase, arts. 1 y 2 del Reglamento de Reparto de Esfuerzos.

60 Véase, art. 4 del Reglamento marco para lograr la neutralidad climática.

la UE para reducir las emisiones de metano debe aprovechar más las sinergias entre sectores. Evidentemente, el metano entra en el conjunto de los GEI, pero hasta el momento no se había elaborado una estrategia europea específica para promover su reducción concretamente, sino que formaba parte del conjunto de GEI ya contemplados en el Objetivo 55.

Entre las prioridades de la presente Estrategia para el sector de la energía se encuentran:

1. La aplicación de metodologías de medición, notificación y verificación (MNV) de las emisiones de metano más precisas por parte de las empresas de los Estados miembros. Con ello, se pretende abarcar una mayor comprensión del problema y a la vez preparar las medidas de mitigación de las emisiones necesarias para abordarlo. La CMNUCC sentó las bases del actual sistema de notificación de información y que, tras de la COP13 celebrada en Bali, las Partes acordaron revisar las Directrices de la Convención Marco para la presentación de informes sobre los sistemas mundiales de observación del cambio climático[61]. Bien, pues, en el marco de notificación de las emisiones de metano, hallamos tres niveles. El más complejo, es el tercero y será el de aplicación en la UE para el sector de la energía.

2. La creación de un observatorio internacional de emisiones de metano en colaboración con el PNUMA, la Coalición Clima y Aire Limpio (CCAC)[62] y la AIE. Se trata de crear un observatorio internacional independiente, cofinanciado por el programa Horizonte 2020, integrado en el marco de la ONU y basado en proyectos[63] que recopile, concilie, verifique y publique datos sobre las emisiones antropogénicas de metano a escala mundial. Uno de los objetivos previstos por la Comisión respecto al Observatorio consiste en abarcar el carbón, los residuos y las actividades agrícolas, en cuanto se hayan establecido las metodologías de seguimiento y notificación comparables para estos sectores. Asimismo, otra de las funciones del Observatorio será facilitar la comprensión de las emisiones de metano dentro de los distintos sectores.

61 Véase, Decisión 11/CP.13 "Presentación de informes sobre los sistemas mundiales de observación del clima". En NU doc. FCCC/CP/2007/6/Add.2: *Informe de la Conferencia de las Partes sobre su 13º período de sesiones, celebrado en Bali del 3 al 15 de diciembre de 2007.* Adición. Disponible en: https://undocs.org/es/FCCC/CP/2007/6/Add.2. [Última consulta, 7 de noviembre de 2021].

62 La Coalición Clima y Aire Limpio (CCAC) es una asociación voluntaria de gobiernos, organizaciones intergubernamentales, empresas, instituciones científicas y organizaciones de la sociedad civil comprometida con la mejora de la calidad del aire y la protección del clima a través de medidas destinadas a reducir los contaminantes del clima de corta vida. Para mayores detalles, véase el sitio web oficial en https://www.ccacoalition.org/en/content/coalition. [Última consulta, 7 de noviembre de 2021].

63 Por ejemplo, la Asociación CCAC Petróleo y Gas Metano (OGMP), cuyo objetivo consiste en gestionar las emisiones de metano provenientes de la producción de petróleo y gas y encontrar maneras innovadoras de reducir dichas emisiones. Para mayores detalles, puede visitarse el sitio web oficial: http://ogmpartnership.com/. [Última consulta, 7 de noviembre de 2021].

3. Mejora de la Vigilancia atmosférica. El Servicio de Vigilancia Atmosférica Copernicus (SVAC) de la UE para la observación de la Tierra contribuye a una mejor vigilancia atmosférica indirecta y al seguimiento de las emisiones de metano[64]. Concretamente, el SVAC podría contribuir a la capacidad coordinada de la UE para detectar superemisores mundiales y realizar el rastreo de las emisiones y su alcance.

4. Revisión de la normativa europea. El informe de evaluación del Objetivo 55 puso de relevancia la necesidad de continuar reduciendo las emisiones derivadas del metano para alcanzar los objetivos intermedios de la Agenda 2030[65], motivo por el que la Comisión ha considerado la revisión tanto del RRE como del marco normativo del RCDE UE. En este mismo contexto, la Comisión prevé una revisión de la Directiva sobre las emisiones industriales (DEI)[66] con motivo de incluir los sectores emisores de metano aún no incluidos. Por otra parte, la Comisión también ha de evaluar la posibilidad de ampliar el ámbito sectorial del Reglamento sobre el registro europeo de emisiones y transferencias de contaminantes (PRTR) para notificar las emisiones procedentes del metano.

5. Oportunidades estratégicas para la producción del biogás[67]. El biogás es una fuente de energía renovable de gran utilidad y elevada sostenibilidad que tiene múltiples aplicaciones. La visión estratégica europea a largo plazo de una economía climáticamente neutra señaló que «el biogás podría desempeñar un papel clave en los edificios existentes y en muchas aplicaciones industriales»[68], motivo por el que la Comisión Europea prevé el desarrollo de su producción a partir de la recogida

64 Comisión Europea: *Comunicación sobra la estrategia de la UE para reducir las emisiones de metano (…),* cit., p. 6.

65 European Commission: *Commission Staff Working Document Impact Assessment accompanying the document "Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Stepping up Europe's 2030 climate ambition. Investing in a climate-neutral future for the benefit of our people.* En Doc. SWD(2020) 176 final, de 17 de septiembre de 2020. Part 1/2. p. 15. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:749e04bb-f8c5-11ea-991b-01aa75ed71a1.0001.02/DOC_1&format=PDF. [Última consulta, 7 de noviembre de 2021].

66 Directiva 2010/75/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, sobre las emisiones industriales (prevención y control integrados de la contaminación).

67 «El biogás es un gas renovable compuesto principalmente por metano y dióxido de carbono que se produce mediante la degradación bacteriana de la biomasa en condiciones anaeróbicas. Hay tres categorías de biomasa: (1) sustrato de origen agrícola, como estiércol líquido, residuos de piensos, residuos de cosechas y cultivos energéticos; (2) residuos de hogares y municipios, como residuos orgánicos recogidos por separado (en contenedores de residuos orgánicos), residuos de mercados, alimentos caducados o residuos alimentarios; (3) subproductos industriales, como glicerina, subproductos del procesamiento de alimentos o residuos de separadores de grasas. La sustancia orgánica es convertida en biogás por bacterias en varios pasos en digestores herméticos. Al igual que con el gas natural fósil, el principal componente del biogás que determina el contenido energético del gas es el metano inflamable (CH_4). Dependiendo del sustrato digerido en la planta de biogás, el contenido de metano del biogás fluctúa entre el 50% y el 75%. El segundo componente principal del biogás es el dióxido de carbono (CO_2), con una proporción de entre el 25% y el 50%. Otros componentes del biogás son el agua (H_2O), el oxígeno (O_2) y trazas de azufre (S_2) e hidrógeno sulfhídrico (H_2S). Si el biogás se convierte en biometano con aproximadamente un 98% de metano en una planta de tratamiento de biogás, el biometano tendría las mismas propiedades que el gas natural». Da Costa Gómez, C. (2013). Biogas as an energy option: an overview. En Wellinger, A., Murphy, J. et Baxter, D.: *The biogas handbook. Science, Production and Application.* Woodhead Publishing Limited, Cambridge, 2013, p. 1.

68 Comisión Europea: *Un planeta limpio para todos. La visión estratégica a largo plazo de una economía próspera, moderna, competitiva y climáticamente neutra.* En Doc. COM(2018) 773 final, de 28

de residuos orgánicos procedentes de la agricultura, fundamentalmente. Ahora bien, de cara a obtener los desechos procedentes del sector agrícola es necesario que los planes estratégicos nacionales en el marco de la política agrícola común (PAC) se alineen estratégicamente a los objetivos establecidos en los planes de energía y clima, para así fomentar una intervención integrada en la que se apoye a las prácticas agrícolas adecuadas, el uso sostenible del digestato, las inversiones en instalaciones eficientes, etc.

Claramente, la llegada de los biogases puede ser una de las claves para la integración del sistema energético, motivo por el que la Comisión entiende que requiere de un apoyo específico en la aceleración de su mercado. Ahora bien, por muy circular que parezca esta oportunidad de desarrollo, no podemos perder de vista los riesgos inherentes a la producción de biogás, tanto para el medio ambiente como para la salud humana[69].

E) La Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a las orientaciones sobre las infraestructuras energéticas transeuropeas y por el que se deroga el Reglamento (UE) nº 347/2013.

La adopción del Reglamento RTE-E, en 2013, estableció un marco para la planificación de infraestructuras energéticas transfronterizas con el fin de erigir una red interconectada entre los Estados Miembros de la Unión («los Grupos[70]») y

de noviembre de 2018. p. 9. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0773&from=EN, [Última consulta, 7 de noviembre de 2021].

69 Existe una serie de peligros para el medio ambiente en el caso de que se produzca una fuga de biogás en la atmósfera o los materiales de trabajo de la planta que puedan penetrar en medios acuáticos. Esto podría darse como consecuencia de un fallo estructural o un error operativo. Los principales peligros para el medio ambiente que se derivan de las plantas de biogás se pueden dividir en emisiones gaseosas al aire y vertidos en el suelo y el agua El tanque de almacenamiento de digestato constituye una de las principales fuentes de emisiones de metano, especialmente si no se cuenta con una cubierta hermética al gas, motivo por el que entre las recomendaciones para minimizar las emisiones de metano se incluyen: (i) hermetización de todas las obras de construcción para impedir la liberación del gas; (ii) instalación de un sistema de antorcha automático; (iii) la instalación de un dispositivo de seguridad contra sobrepresión de la planta; (iv) cubierta hermética al has de los tanques de almacenamiento de digestato con sistemas de detección de fugas de gas; (v) la unidad combinada de calor y electricidad (CHP) debería ser optimizada para la combustión de biogás. Asimismo, las emisiones de amoniaco procedentes de las plantas de biogás también deben ser minimizadas, ya que la liberación de amoniaco podría causar acidificación del suelo, eutrofización, daños en la vegetación y efectos perjudiciales para la salud. En lo que respecta a los daños sobre el suelo y agua, hay que tener claro que el contenido de los tanques de digestato no puede verterse en el entorno, ni en el marco del funcionamiento normal ni en caso de accidente, ya que, si un tanque tiene una fuga, por ejemplo, se vertirían al entorno grandes cantidades de líquidos contaminados orgánicamente. En caso de verterse en las aguas, podría afectar a la biodiversidad que habita en ella, existiendo un gran riesgo de eutrofización de los medios acuáticos. Al margen de los riesgos medioambientales descritos, las injerencias sobre la salud humana se pueden dividir en cuatro categorías: sustancias peligrosas, peligros eléctricos, peligros mecánicos y de explosión e incendio. Para más detalles, véase, Bontempo, G., Maciejczyk, M. et Wagner, L.: *Biogas. Safety first! Directrices para el uso seguro de la tecnología del biogás*. Fachverband Biogas & Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammanerabeit (GIZ) GmbH, pp. 12-13. Disponible en:

70 Se establecieron doce Grupos Regionales de conformidad con el art. 3 del Reglamento RTE-E, de 17 de abril de 2013, de conformidad con las directrices del anexo III, sección 1 del Reglamento. La pertenencia a cada uno de los Grupos está basada en diferentes corredores energéticos y su respectiva cobertura geográfica, según el anexo I del Reglamento. Por ejemplo, en el Grupo «NSI West Electricity» que tiene por objetivo facilitar interconexiones entre los Estados miembros de la región y con la región mediterránea,

aumentar la integración de las fuentes de energía renovables mediante la ejecución de proyectos de interés común (PIC). Este Reglamento ha permitido a la UE alcanzar los objetivos esenciales del paquete de energía y clima hasta 2020, pero, sin duda alguna, es insuficiente para cumplir con los objetivos fijados de mitigación de emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) de al menos un 55% en 2030 para conseguir la ansiada neutralidad climática, motivo por el que se ha propuesto su revisión.

La actual propuesta de Reglamento relativa a las orientaciones sobre las infraestructuras energéticas transeuropeas, entre otras medidas, propone como solución la ampliación y mejora de redes inteligentes que se han desarrollado considerablemente en los últimos años debido a la aceleración de la transformación digital del sector de la electricidad. Estos sistemas de redes inteligentes, tanto de gas como de energía eléctrica, estarían capacitados para brindar una oportunidad a la descarbonización de una forma más eficiente, por ejemplo, a través de la producción de hidrógeno y otros gases sintéticos a partir de fuentes de energía renovables, evitando dotar la consideración de PIC a aquellas infraestructuras de gas natural y oleoductos.

Como hemos visto anteriormente, la planificación de infraestructuras energéticas interconectadas es la base del desarrollo exponencial de la Estrategia de las fuentes de energía renovable marina de la Unión y la base para reducir los costes y maximizar los beneficios entre los Estados miembros. Lo mismo ocurre con el transporte, la distribución y el almacenamiento del hidrógeno del que se espera una representación de entre el 46% y el 49%, entre los distintos territorios de la UE en 2050. Es evidente pues, que la introducción de cambios en el sistema energético requiere de una preparación de las infraestructuras existentes y, particularmente, de su marco jurídico regulador, ya que el éxito o fracaso de la transición energética dependerá de si la UE cuenta con redes transeuropeas bien interconectadas e integradas y suficientes para garantizar la seguridad del suministro de energía y que reflejen las nuevas ambiciones y objetivos climáticos.

Asimismo, y a diferencia del Reglamento vigente, la Propuesta del Reglamento RTE-E revisado tendrá como objetivo reducir las obligaciones de elaboración de informes mediante la búsqueda de sinergias entre la información de las autoridades competentes y de los promotores de los proyectos[71]. Ahora bien, cabe preguntarse si es posible que la reducción de la elaboración de informes abra una brecha en el cumplimiento de las obligaciones de los PIC. Sobre este último punto, la Comisión

incluida la Península Ibérica, son Estados interesados: Alemania, Austria, Bélgica, España, Francia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Portugal y Reino Unido.

71 Comisión Europea: *Reforzar las redes energéticas de Europa*. En Doc. COM(2017) 718 final, de 23 de noviembre de 2017, p. 14. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017DC0718&from=EN [Última consulta, 15 de noviembre de 2021].

entiende que la transparencia y el acceso de los grupos regionales al estado más actualizado podrán ser salvaguardados mediante la elaboración del informe anual de las autoridades competentes integrándolo en el informe de los promotores de los proyectos.

En síntesis, la Propuesta de la Comisión se resume en:

1. La obligatoriedad de que la totalidad de los PIC cumplan con el principio de «no ocasionar daños» establecido en el PVE.

2. Revisión de las categorías de infraestructuras, excluyendo en su totalidad las subvenciones a las infraestructuras de petróleo y gas natural.

3. Refuerzo de la planificación de las redes eléctricas marinas y la infraestructura del hidrógeno.

4. Promoción de redes eléctricas inteligentes a partir de fuentes de energía renovables.

5. Cambios en el panorama del gas, reforzando el papel de los gases renovables e hipocarbónicos y con la creación de una nueva categoría de infraestructuras para las redes de gas inteligentes.

6. Un marco de gobernanza revisado tendente a la mejora de la panificación de infraestructuras que se ajusten a los objetivos climáticos.

7. Refuerzo de las funciones de la Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía (ACER).

8. Simplificación de los procedimientos administrativos que permitan la ejecución de los PIC y eviten retrasos innecesarios.

III. CONSIDERACIONES FINALES.

Como hemos podido ver a lo largo de este trabajo, la transformación del sector de la energía es realmente compleja y parte por integrar el sistema energético las fuentes de energía renovables. Resulta imprescindible evitar el despilfarro de energía y lograr una mayor electrificación de los sectores de uso final. Sin embargo, a mi juicio, la utilización subsidiaria de combustibles con baja emisión de carbono, debería tener una fecha límite.

Asimismo, resulta preocupante el ritmo de desarrollo de la estrategia sobre el hidrógeno, precisamente porque en la actualidad requiere de un coste alto lo que lo deja al margen de la asequibilidad.

Por otra parte, ciertamente el potencial de nuestros océanos favorece el despliegue de las renovables marinas, pero éstas también soportan la carga de ser promotoras de los posibles efectos negativos sobre la biodiversidad marina y la desaparición de hábitats. Indiscutiblemente, la Estrategia de la Unión sobre la Biodiversidad jugará un gran papel en lo referente a dotar de protección al resto de especies.

Cuestión aparte es la estrategia de la Unión sobre el metano. Como he puesto de relevancia el metano es un potente GEI que requiere de una vigilancia más exhaustiva. El problema fundamental radica en que ni a nivel internacional ni europeo se ha determinado con claridad los criterios sobre el sistema de contabilidad de las emisiones de metano. Además, la producción de los biogases o biometano que se obtiene gracias a la biomasa podría desencadenar efectos devastadores sobre el entorno e incluso sobre la salud humana de no realizarse bajo las condiciones de máxima seguridad. Ello supone que las oportunidades estratégicas para la producción de biogás tengan como soporte jurídico medidas reglamentarias comunes en este sentido.

Por último, conviene recordar que todas estas estrategias exigirán de la movilización de grandes inversiones. El principal instrumento de financiación seguirá siendo el presupuesto de la Unión, apoyado por otros instrumentos como *NextGenerationEU,* InvestEU y el Fondo de Innovación del RCDE UE.

BIBLIOGRAFÍA

Belmonte, P. et Gutiérrez, E.: "Ozono troposférico". *Ecologista,* núm. 79, 2013.

Borning, M.: "The hydrogen revolution in Europe: Opportunities and challenges". *European Energy & Climate Journal,* núm. 9 (4), 2021.

Bouzarovski, S. et. Petrova, S.: "A global perspective on domestic energy deprivation: Overcoming the energy poverty–fuel poverty binary". *Energy Research & Social Science,* núm. 10, 2015.

Fuel Cells et Hydrogen 2 Joint Undertaking: *Hydrogen Roadmap Europe. A sustainable pathway for the European Energy Transition.* Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2019.

Glachant, J., Linares, P., Loeschel, A. et AL. : "The European Union Energy Transition: Key priorities for the next five years". *European Energy & Climate Journal,* núm.9 (1), 2020.

Goodale, M. W. et Milman, A.: "Cumulative Adverse Effects of Offshore Wind Energy Development on Wildlife", *Journal of Environmental Planning and Management,* núm. 59 (1), 2016.

Inger R.; Attrill, M. J.; Bearhop, S.; Broderick, A. C. et AL.: "Marine Renewable Energy: Potential Benefits to Biodiversity? An Urgent Call for Research". *Journal of Applied Ecology,* núm. 46 (6), 2009.

International Energy Agency (IEA) and Clingendael International Energy Programme (CIEP). *Hydrogen in North-Western Europe. A vision towards 2030.* IEA Publications, France, 2021.

International Energy Agency. *SDG7: Data and Projections*. IEA Publications, Paris, 2020.

Mete, G. et Reins, L.: "Governing new technologies in the energy transition the hydrogen strategy to the rescue?", *Carbon & Climate Law Review (CCLR),* núm. 2020(3), 2020.

Monti, A. et. Martínez Romera, B.: "Fifty shades of binding: Appraising the enforcement toolkit for the EU's 2030 renewable energy targets". *RECIEL,* núm. 29, 2020.

SHIELDS, M. A.; WOOLF, D. K.; GRIST, E. P.M. ET AL.: "Marine Renewable Energy: The Ecological Implications of Altering the Hydrodynamics of the Marine Environment". *Ocean and Coastal Management*, núm. 54 (1), 2010.

WELLINGER, A., MURPHY, J. ET BAXTER, D.: *The biogas handbook. Science, Production and Application.* Woodhead Publishing Limited, Cambridge, 2013.

LOS IMPUESTOS SOBRE DETERMINADOS SERVICIOS DIGITALES: ¿SON INCOMPATIBLES CON LAS NORMAS SOBRE AYUDAS DE ESTADO DE LA UNIÓN EUROPEA?

DIGITAL SERVICES TAXES: ARE THEY INCOMPATIBLE WITH EU STATE AID RULES?

Rev. Boliv. de Derecho Nº 33, enero 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 482-511

* Trabajo realizado en el marco de la Cátedra Jean Monnet, Project: 101048075 — SEV.

María CARRO PITARCH

ARTÍCULO RECIBIDO: 25 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 30 de noviembre de 2021

RESUMEN: En un contexto de creciente digitalización de la economía, se han adoptado varios Impuestos sobre determinados Servicios Digitales por parte de algunos Estados miembros de la Unión Europea. Este artículo analiza su posible compatibilidad o incompatibilidad con las normas sobre ayudas de Estado, atendiendo a las condiciones de éstas y dando especial importancia a la noción de ventaja selectiva.

PALABRAS CLAVE: Impuesto sobre Servicios Digitales; ayudas de Estado; ventaja selectiva.

ABSTRACT: *In a context of increasing digitalization of the economy, several Taxes on certain Digital Services have been adopted by some EU Member States. This article analyzes their possible compatibility or incompatibility with State aid rules, considering all the conditions of the latter and giving special importance to the notion of selective advantage.*

KEY WORDS: *Digital Services Tax; State aid; selective advantage.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. UN PROBLEMA GLOBAL SIN SOLUCIÓN GLOBAL: LAS PROPUESTAS (FALLIDAS) DE LA OCDE Y LA UE.- 1. Orígenes del debate sobre la fiscalidad de la economía digital en la OCDE.- 2. ¿Una solución regional? Propuesta de la Comisión a nivel de la Unión Europea.- III. ANÁLISIS DE LA POTENCIAL INCOMPATIBILIDAD DE LOS IMPUESTOS SOBRE SERVICIOS DIGITALES Y LAS NORMAS SOBRE AYUDAS DE ESTADO.- 1. Una aproximación al reto principal.- 2. Las condiciones para que los Impuestos sobre Servicios Digitales sean considerados ayudas de Estado.- IV. ACERCAMIENTO A LA NOCIÓN DE "VENTAJA SELECTIVA" PARA LOS IMPUESTOS SOBRE SERVICIOS DIGITALES.- 1. La definición de un sistema "normal" o de referencia.- 2. La posible derogación del sistema de referencia determinado.- 3. Las posibles justificaciones.- V. CONSIDERACIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN.

En la última década, la revolución de la economía digital ha afectado a todos los sectores y ha puesto de manifiesto la necesidad de reformar el "anticuado"[1] sistema fiscal internacional para responder a los nuevos modelos de negocio. Dada la magnitud de los cambios necesarios y los efectos de la globalización que requieren una solución común, el consenso sobre el camino a seguir se buscó, en un primer momento, a nivel internacional, concretamente en la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). En este sentido, cabe destacar el "abrumador consenso sobre la necesidad de remodelar el régimen fiscal internacional"[2], pero también la falta de acuerdo sobre cómo hacerlo.

La ausencia de consenso a nivel internacional y el parón sufrido en las negociaciones en la OCDE con la Administración Trump, desencadenó la adopción de varias "acciones unilaterales y descoordinadas"[3], tanto a nivel regional como nacional, conocidas como los Impuestos sobre determinados Servicios Digitales (ISD).

1 Wilde, M. de; Wisman, C.: "OECD Consultations on the Digital Economy: 'Tax Base reallocation' and I'll Tax if you Don't?", en: Pistone, P.; Weber, D.: *Taxing the Digital Economy: The EU Proposals and other insights*, IBFD, Ámsterdam, 2019, pp. 1-23, p. 5. Las traducciones en el presente artículo son propias tanto de los autores extranjeros como de los documentos de la Comisión publicados únicamente en inglés.

2 Schön, W.: "Ten questions about the Why and How to Tax the Digitalized Economy", *Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance*, núm. 11, 2017, p. 1.

3 OCDE, *Base Erosion and Profit Shifting Project. Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018*, 2018 (en adelante, Informe Provisional 2018).

• María Carro Pitarch
Profesora contratada predoctoral (ACIF 2021) en el Departamento de Derecho Internacional 'Adolfo Miaja de la Muela' de la Universidad de Valencia. Egresada en el Máster de Derecho Europeo (LLM) del Colegio de Europa (Brujas, Bélgica) y del doble grado en Derecho y Administración y Dirección de Empresas de la Universidad de Valencia (Valencia, España). Correo electrónico: maria.carro@uv.es.

Las críticas contra estas medidas han sido múltiples: desde la perspectiva de los posibles riesgos que pueden suponer para la innovación de las empresas, el peligro de que el impuesto se traslade a los consumidores y, sobre todo, su potencial (in) compatibilidad con las libertades fundamentales en la Unión Europea (UE) y las normas sobre ayudas de Estado.

Los Estados miembros de la UE retienen la competencia en esta materia y tienen autonomía para diseñar sus propios sistemas fiscales en tanto en cuanto no creen distorsiones para la competencia ni afecten al comercio intracomunitario. No obstante, las normas sobre ayudas estatales pueden ser aplicables para controlar la fiscalidad, sin ser las mismas "una panacea que pueda utilizarse para subsanar todos los defectos de la legislación fiscal"[4].

Este artículo trata de esclarecer la compatibilidad de los ISD propuestos y adoptados con las normas sobre ayudas de Estado, centrándose especialmente en el criterio de la "ventaja selectiva". El enfoque seguido consiste en examinar paso a paso todas las condiciones requeridas para que un impuesto sea considerado como ayuda de Estado, apoyándose principalmente en la última jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

II. UN PROBLEMA GLOBAL SIN SOLUCIÓN GLOBAL: LAS PROPUESTAS (FALLIDAS) DE LA OCDE Y LA UE.

1. Orígenes del debate sobre la fiscalidad de la economía digital en la OCDE.

La naturaleza expansiva y rápida de la transformación digital ha provocado cambios significativos en la economía y en la sociedad de todo el mundo. Los avances en este campo han derivado en una nueva forma de hacer negocios que tiene grandes implicaciones para los sistemas fiscales de todo el mundo. En particular, la digitalización ha facilitado la internacionalización de las empresas, lo que dificulta la asignación de sus beneficios. Además, ha aumentado la posibilidad de cambiar los beneficios a jurisdicciones de menor imposición, así como ha facilitado que las empresas multinacionales (EMN) vendan sus productos en jurisdicciones en las que tienen una presencia física mínima o nula[5].

Las empresas que más se han beneficiado son las conocidas como los "Gigantes Tecnológicos", que han estado disfrutando de grandes ventajas desde el punto de vista fiscal en comparación con las empresas tradicionales gracias a una intensa planificación fiscal[6], especialmente porque los sistemas fiscales hasta ahora

4 Schön, W.: "Ten questions", cit., p. 23.

5 Devereux, M. P.; Vella, J.: "Implications of digitalization for international corporate tax reform", *Oxford University Centre for Business Taxation,* 2017, pp. 5-7.

6 *Ibíd.,* p. 3.

no habían previsto modelos de negocio con presencia física mínima o nula. Este problema tiene consecuencias globales y, por tanto, requiere una respuesta global que aún no se ha encontrado.

Cuando este problema se planteó por primera vez a nivel internacional, la OCDE trató de llegar a una solución común. Ya en 2013, la OCDE y el G-20 se reunieron con el objetivo de revisar el sistema fiscal internacional y adoptaron un Plan de Acción[7] con 15 acciones clave para hacer frente a la elusión fiscal. El objetivo era evitar las oportunidades existentes en ese momento de Erosión de la Base y Traslado de Beneficios (conocida por sus siglas en inglés, BEPS) a través del proyecto BEPS. Sin embargo, las medidas adoptadas "no supusieron un cambio radical"[8], ya que mantuvieron inalterada la estructura subyacente del sistema fiscal internacional. En septiembre de 2013, desde la Comisión de Asuntos Fiscales, se creó un Grupo de Trabajo sobre la Economía Digital que reunía a países tanto de la OCDE como de fuera de ella para identificar los principales problemas derivados de la economía digital y posibles soluciones.

Su trabajo concluyó en el Informe Final de la Acción 1: 2015[9], en el que se abordó, por un lado, la aplicación de las medidas previamente propuestas y, por otro, los principales retos de la economía digital en el corto plazo, sobre todo porque la economía en su conjunto estaba en proceso de digitalización y tratar de "cercarla" no era una solución viable[10].

Posteriormente, la OCDE y el G-20 publicaron el Informe Provisional 2018[11] para tratar de solventar el malestar que la rápida digitalización estaba generando en la economía. En particular, se destacaron tres características principales de la economía digital que las normas fiscales tradicionales no trataban adecuadamente o no tenían en cuenta: i) la capacidad de algunas empresas para acceder y actuar en jurisdicciones con una presencia física mínima o nula; ii) la dependencia de los activos intangibles (en particular los activos de propiedad intelectual como, por ejemplo, los algoritmos para diversas plataformas); y iii) los datos y la participación de los usuarios, tanto activos como pasivos[12].

Sin embargo, a los efectos de este artículo, es especialmente relevante el capítulo sexto sobre las "Medidas provisionales para hacer frente a los retos fiscales derivados de la digitalización", en el que se destacaba que no se había llegado a un

7 OCDE, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting,* 2013.

8 Devereux, M. P.; Vella, J.: « Implications of digitalization », cit., p. 2.

9 OCDE, *Base Erosion and Profit Shifting Project. Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy. Action 1: 2015 Report,* 2015.

10 *Ibíd.,* p. 56.

11 *Informe provisional de 2018*, cit.

12 *Ibíd.,* p. 24, párrs. 32-35.

consenso ni sobre su conveniencia ni sobre su necesidad[13]. En aquel momento (y todavía en la actualidad), un grupo de países estaba siendo objeto de una enérgica llamada a la acción para hacer frente a la digitalización de la economía, por lo que introdujeron los ISD; mientras que otros países se mostraban bastante inflexibles sobre los posibles riesgos y consecuencias negativas que tendría la inclusión de tales medidas, especialmente en lo que respecta a su impacto en la inversión, la innovación, el crecimiento y el bienestar, entre otros[14].

En cualquier caso, parecía haber un entendimiento sobre los requisitos mínimos necesarios para estas medidas provisionales, que debían: (i) ser conformes con las obligaciones internacionales de un país; (ii) ser temporales; (iii) ser específicas; (iv) minimizar el exceso de imposición; (v) minimizar el impacto sobre las nuevas empresas, la creación de empresas y las pequeñas empresas en general; y (vi) minimizar el coste y la complejidad"[15].

Los trabajos continuaron y en 2019[16] se publicó un Programa de Trabajo con el objetivo de establecer la hoja de ruta. Para ello, se introdujeron propuestas bajo dos pilares: el primer pilar relativo a la asignación de los derechos de imposición y, el segundo pilar, centrado en el resto de las cuestiones derivadas de los BEPS[17]. La propuesta destacó, además, el aumento de las medidas fiscales unilaterales de varias jurisdicciones que consideran que los avances internacionales son escasos o lentos, y el correlativo aumento de la preocupación del Marco Inclusivo que estima que estas acciones están socavando el marco fiscal internacional actual y futuro[18].

El G-20 ordenó la elaboración de informes sobre los proyectos del primer y segundo pilar del marco inclusivo, que se publicaron a finales de 2020. En el primero, la OCDE reiteró su compromiso de lograr un sistema de tributación más eficiente y acorde con los nuevos modelos de negocio, fuertemente dependientes de los factores digitales. Además, señaló que los derechos de imposición no deben determinarse únicamente por referencia a la presencia física y, para ello, proponen nuevas normas de nexo[19].

El objetivo era tener una solución global en 2020 pero, en ese momento, Estados Unidos (EE. UU.), bajo la Administración Trump, había estado paralizando

13 *Ibíd.,* p. 180.

14 *Ibíd.,* pp. 180-181.

15 *Ibíd.,* pp. 183-184.

16 OCDE, *Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy,* 2019.

17 OCDE, *Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy - Policy Note, as approved by the Inclusive Framework on BEPS on 23 January 2019,* 2019.

18 OCDE, *Programme of Work*, cit., p. 7.

19 OCDE, *Tax Challenges Arising from Digitalisation - Report on the Pillar One Blueprint,* 2020, pp. 65-70.

las negociaciones durante varios años[20]. Sin embargo, en 2021, 130 países (incluido EE. UU.) llegaron a un acuerdo sobre un impuesto mínimo global del 15%[21]. Este consenso implica a corto plazo que los ISD desaparecerán, como ya han indicado algunos gobiernos europeos. Pero, dada la línea temporal hasta la obtención del acuerdo parece prudente no descartar que los ISD bien continúen, bien entren en vigor durante los próximos años, siendo aún necesario analizar pues las cuestiones que pueden derivar de los mismos.

2. ¿Una solución regional? Propuesta de la Comisión a nivel de la Unión Europea.

Desde 2013, la UE estudia la forma de adaptar el sistema tradicional a la nueva economía digital. En primer lugar, creó el "Grupo de Expertos sobre la Fiscalidad de la Economía Digital"[22], que dio lugar a un informe publicado por la Comisión Europea en 2014[23]. El Parlamento Europeo continuó con esta labor y, en junio de 2016, publicó el "Informe sobre los retos fiscales en la economía digital"[24].

En 2016, además, la UE adoptó la Directiva contra la elusión fiscal como parte del paquete contra la elusión fiscal, como respuesta a las medidas BEPS de la OCDE. Sin embargo, no abordó en su momento todas las cuestiones relevantes relacionadas con la actualización de los sistemas fiscales, especialmente para adaptarlos a la nueva era digital.

La Comisión, en 2017, publicó su Comunicación sobre "Un sistema fiscal justo y eficaz"[25], en la que destacaba el estado poco preparado y débil de las normas fiscales para abordar las nuevas realidades derivadas de la digitalización. Para garantizar la sostenibilidad del sistema fiscal, propuso insertar "la fiscalidad de la economía digital en el marco general del impuesto de sociedades internacional", y encontrar medidas provisionales que protegieran las bases impositivas de los Estados miembros, sin depender de medidas unilaterales que pudieran poner en peligro los resultados futuros de una solución común.

Con la paralización de las negociaciones internacionales en el seno de la OCDE, la Comisión presentó dos propuestas legislativas en 2018. Ambas se plantearon con líneas temporales muy diferentes: mientras que la primera era un plan a largo

20 Thomas, L.: "Wanted: global digital tax push after pandemic, U.S. vote stall talks", *Reuters,* 2020.

21 Haro, J. L.: "130 países blindan el impuesto mínimo global del 15% a las multinacionales", *El economista*, 2021.

22 European Commission, Commission Decision of 22 October 2013 setting up the Commission Expert Group on Taxation of the Digital Economy, C (2013) 7082 final, 22.10.2013.

23 European Commission, Commission Expert Group on Taxation of the Digital Economy Report, 28.05.2014.

24 European Parliament, Tax Challenges in the Digital Economy, PE 579.002, 06.2016.

25 Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo 'Un sistema impositivo justo y eficaz en la Unión Europea para el Mercado Único Digital', COM (2017) 547 final, 21.09.2017.

plazo de reforma del sistema fiscal internacional, la medida provisional era, por su propia naturaleza, una solución a corto plazo para una materia considerada urgente.

La primera pretendía reformar las normas del impuesto sobre sociedades para que se graven los beneficios cuando las empresas tengan una presencia digital significativa en el territorio[26] Los Estados miembros gravarían los beneficios generados en su territorio, lo que supondría un cambio en la asignación de beneficios, ya que permitiría la imposición de un impuesto incluso cuando una empresa no tenga presencia física en el territorio y, por lo tanto, las normas reflejarían en mayor medida cómo crean valor las empresas. El objetivo final, según la Comisión, era integrar esta medida en la Base Imponible Consolidada Común del Impuesto sobre Sociedades (BICCIS) y ampliar su ámbito de aplicación[27].

La segunda propuesta, y principal para este artículo, es la Directiva relativa al impuesto sobre determinados servicios digitales (DISD)[28]. Se adoptó esta medida provisional como respuesta a las acciones descoordinadas de varios Estados miembros que fragmentaban el mercado único y ponían en riesgo la futura adopción de una solución común.

A diferencia de la anterior, la DISD tiene un ámbito de aplicación específico, y sólo se aplicaría a los ingresos que no estaban siendo total o parcialmente gravados en el marco actual, y que se derivan de determinadas actividades digitales[29]. Los ingresos imponibles son: i) la publicidad dirigida al usuario en una interfaz digital; ii) los servicios de intermediación a través de interfaces digitales multifacéticas; y iii) la transmisión de datos recogidos de los usuarios[30].

El sujeto pasivo también es bastante limitado, ya que la entidad para ser gravada tiene que superar dos umbrales en el ejercicio correspondiente: i) tener unos ingresos totales a nivel mundial superiores a 750 millones de euros[31]; y ii) obtener

26 Propuesta de Directiva del Consejo por la que se establecen normas relativas a la fiscalidad de las empresas con una presencia digital significativa, COM (2018) 147 final, 21.03.2018.

27 *Ibíd.,* p. 6.

28 Propuesta de Directiva relativa al sistema común de un impuesto sobre los servicios digitales que grava los ingresos procedentes de la prestación de determinados servicios digitales, COM (2018) 148 final, 21.03.2018.

29 *Ibíd.,* p. 7.

30 *Ibíd.,* art. 3.1.

31 Esta cantidad no es arbitraria, sino que se fija reproduciendo las reglas de otras normas. En particular, es el umbral establecido en la Directiva 2011/16/UE en lo que respecta al intercambio automático obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad, y también el umbral establecido en el art. 2 de la Propuesta de Directiva del Consejo relativa a una BICCIS, Estrasburgo, 25.10.2016, 2016/0336 (CNS); tal y como se establece en Macarro osuna, J. M.: "Los Equalization Levies sobre Servicios Digitales y art. 2 del Modelo de Convenio OCDE: ¿un caso de *Treaty override*?", en: Navarro Faure, A. (dir.), *Retos del Derecho Financiero y Tributario ante los desafíos de la Economía Digital y la Inteligencia Artificial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 69-92, en p. 74; European Commission, Commission Staff Working Document. Impact Assessment, accompanying the document Proposal for a Council Directive laying down rules relating to the corporate

más de 50 millones de euros de éstos dentro de la UE (art. 4.1 DISD). El impuesto se aplicará con un tipo del 3% (art. 8 de la DISD), que se ha estimado generará más de 5.000 millones de euros de ingresos anuales para los Estados miembros.

Sin embargo, en marzo de 2019 el Consejo acordó interrumpir el procedimiento dados los problemas que habían surgido con algunos Estados miembros[32] y propuso una Directiva para un impuesto sobre la publicidad digital[33] (que también fue rechazada más tarde). El Consejo Europeo adelantó la futura introducción de un impuesto digital por parte de la Comisión antes de enero de 2023[34], como parte de sus nuevas medidas para aumentar los recursos propios de la UE.

Durante la espera a la solución global, varios Estados miembros han adoptado impuestos unilaterales con el objetivo de cubrir el vacío legal del sistema fiscal internacional[35]. Estas medidas unilaterales pueden agruparse en tres categorías: i) impuestos sobre los servicios digitales (ISD); ii) impuestos sobre la publicidad digital (DAT); y iii) ajustes unilaterales de la definición de establecimiento permanente en las legislaciones nacionales[36].

Centrando el debate en los ISD, éstos asumen "múltiples modelos de negocio digital", y están muy influenciados por la propuesta de la DISD. Ejemplos de estos impuestos dentro de la UE son el francés, el italiano y el español ya en vigor, el checo en fase de aprobación y, antes de su retirada, el del Reino Unido[37]. Sin embargo, son considerables los problemas que estos impuestos generan, incluyendo posibles incompatibilidades en lo que se refiere a las libertades fundamentales consagradas en la UE y a las normas sobre ayudas estatales dentro de la UE.

---

taxation of a significant digital presence and Proposal for a Council Directive on the common system of a digital services tax on revenues resulting from the provision of certain digital services, SWD (2018) 81 final/2, 21.03.2018 (en adelante, Evaluación de impacto), 1.20.4, p. 67.

32 En concreto, Irlanda, Suecia y Dinamarca expresaron su deseo de esperar a una solución a nivel de la OCDE para evitar posibles demandas y perjudicar a las economías basadas en la exportación. Valero, J.: "The EU's digital tax is dead, long live the OECD's plans", *Euractiv,* 2019.

33 Propuesta de Directiva del Consejo relativa al sistema común del impuesto sobre la publicidad digital que grava los ingresos procedentes de la prestación de servicios de publicidad digital, Expediente Interinstitucional 2018/0073(CNS), 01.03.2019.

34 Consejo Europeo, Reunión especial del Consejo Europeo (17,18,19, 29 y 21 de julio de 2020)- Conclusiones, 21.07.2020, EUCO 10/20, p. 9. Posteriormente se reafirmó en el: Council of the European Union, Council conclusions on fair and effective taxation in times of recovery, on tax challenges linked to digitalisation and on tax good governance in the EU and beyond, 13350/20, 27.11.2020.

35 Entre otros, Francia ha señalado que los acuerdos multilaterales suelen prolongarse durante varios años (poniendo como ejemplo la "Convention multilatérale de l'OECD resultant de l'action nº 15 du projet BEPS" que tardó más de cinco años en mostrar sus efectos). Por lo tanto, Francia consideró que era muy necesario actuar, aunque fuese de forma unilateral. Assemblée Nationale, Rapport fait au nom de la Commission des Finances, de l'Économie Générale et du contrôle budgétaire sur le projet de loi, après engagement de la procédure accéléré, portant création d'une taxe sur les services numériques et modification de la trajectoire de baisse de l'impôt sur les sociétés, nº 1737 (3 April 2019), pp. 29-30.

36 Geringer, S.: "National digital taxes -Lessons from Europe", *South African Journal of Accounting Research*, núm. 35 (1), 2021, p. 4.

37 *Ibíd*. Para una visión general de todas las medidas nacionales presentadas en el mundo, véase: Grondona, V.; Chowdhary, A. M.; Uribe, D.: "Mesures nationales sur l'imposition de l'économie numérique", *South Centre,* núm. 111, 2020, pp. 1-32.

En este artículo pretendo meditar sobre la posible compatibilidad de los futuros ISD dentro de la UE con las normas sobre ayudas de Estado y la posible argumentación para defender su conformidad con el marco legal de la UE.

III. ANÁLISIS DE LA POTENCIAL INCOMPATIBILIDAD DE LOS IMPUESTOS SOBRE SERVICIOS DIGITALES Y LAS NORMAS SOBRE AYUDAS DE ESTADO.

1. Una aproximación al reto principal.

La fiscalidad es una materia compleja en el seno de la UE, principalmente porque los Estados miembros conservan su soberanía para establecer su sistema fiscal preferido. Esto implica que los Estados miembros gozan de una gran discrecionalidad. Sin embargo, esta libertad no está exenta de límites, como ha establecido la jurisprudencia en repetidas ocasiones: también entra en el "ámbito de aplicación de la normativa relativa al control de las ayudas de Estado", por lo que el Estado miembro "debe ejercer su competencia en materia fiscal de conformidad con el Derecho de la Unión", absteniéndose "de adoptar, en ese contexto, cualquier medida, que pueda constituir una ayuda de Estado incompatible con el mercado interior"[38].

Esta obligación se mantiene independientemente de que el impuesto en cuestión sea de naturaleza directa o indirecta. La DISD (con base jurídica en el art. 113 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, TFUE) y los ISD de los Estados miembros se autodenominan impuestos indirectos. Si bien su verdadera naturaleza no está clara, y la doctrina lo ha entendido como directo, indirecto, e incluso híbrido[39]; el impuesto ha de cumplir con la legislación y la jurisprudencia sobre ayudas estatales.

Se han planteado numerosas críticas contra la adopción de los ISD desde su inicio. Entre ellas, la existencia de un gran riesgo de traslado del impuesto a los consumidores[40]. Además, los impuestos unilaterales (de los Estados miembros) o regionales (de la UE) pueden implicar represalias de otros países[41]. Por otra parte, algunos autores han argumentado que centrar la atención en los ISD reduce el interés en las negociaciones de la reforma del sistema fiscal internacional en todo el mundo[42]. Sin embargo, este último argumento no parece del todo cierto, ya que

38 Sentencia de 14 de febrero de 2019, *Reino de Bélgica c. Comisión Europea*, asuntos acumulados T-131/16 y T-263/16, ECLI:EU:T:2019:91, párr. 63.

39 Para más información sobre la discusión de la verdadera naturaleza del impuesto, véase: Macarro Osuna, J. M.: "Los Equalization Levies", cit., p. 81.

40 Bauer, M.: "Digital Service Taxes as Barriers to Trade: Case Study", *International Trade Barrier Index*, 2019, p. 6.

41 Éste fue el caso cuando se introdujo por primera vez la ISD francesa, y Estados Unidos tomó represalias. *Ibíd.,* p. 6.

42 *Ibíd.,* p. 7.

los ISD se han presentado desde el principio como medidas provisionales, dejando la puerta abierta a futuras soluciones a largo plazo.

Por lo tanto, una vez aclarado el origen de las ISD y establecidos los principales problemas en su adopción, así como dejando de lado las posibles deficiencias que puedan derivarse de la redacción de los impuestos tal y como se han presentado, y su posible incompatibilidad con el Derecho de la UE en otras materias, nos centraremos únicamente en su compatibilidad con las normas sobre ayudas estatales.

Para ello es necesario, en primer lugar, recordar el art. 107 del TFUE, que establece que "(...) serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones".

Es indiscutible que cuando un Estado miembro establece algunas exenciones fiscales, éstas pueden proporcionar una ventaja selectiva. Sin embargo, el TJUE también ha constatado que la imposición de un impuesto también puede conferir una ventaja selectiva y, por tanto, estar prohibida en virtud del art. 107 TFUE, cuando dicho impuesto favorece a determinadas empresas o productos al no someterlos a él. En este sentido, la Saga *British Aggregates* confirma que "un impuesto que no se aplica a todos los productos competidores inclina el nivel de competencia a favor de los productos no gravados" [43].

En relación con los ISD, el problema tiene dos vertientes: por un lado, se plantea la cuestión de si la propuesta de DISD puede considerarse una ayuda de Estado y, por otro, si las medidas nacionales adoptadas podrían considerarse como tales, especialmente en tanto en cuanto la mayoría de ellas toman inspiración en la DISD.

Respecto a la primera parte de la problemática, la propuesta de la DISD, de haber sido aprobada, no habría sido considerada como ayuda de Estado según la jurisprudencia del TJUE[44]. En este sentido, el Tribunal General (TG), en la sentencia *Deutsche Bahn*[45] estableció que cuando los Estados miembros transponen disposiciones de la Unión, están cumpliendo su obligación de aplicar

43 Nicolaides, P.: *State Aid Uncovered: Critical Analysis of Developments in State Aid 2019,* Lexxion, Berlín, 2019, p. 141.

44 Moreno González, S.: "Impuestos sobre determinados Servicios Digitales y ayudas de Estado: una reflexión provisional", en: Navarro Faure, A.: "Retos del Derecho Financiero", cit., pp. 93-131, p. 101.

45 Sentencia de 5 de abril de 2006, *Deutsche Bahn*, T-351/02, ECLI:EU:T:2006:104, párr. 102. En este caso, la ley alemana transpuso la Directiva 92/81 que eximía a determinados hidrocarburos del impuesto especial, y Deutsche Bahn (una empresa ferroviaria alemana) alegó que esto constituía una ayuda de Estado.

las normas establecidas en el Tratado y, por tanto, "la disposición controvertida no es imputable al Estado alemán"[46]. Siguiendo el mismo razonamiento, si se hubiera aprobado la DISD (o entrara en vigor la nueva Directiva que se encuentra en fase de preparación por la Comisión), la transposición de esta medida por parte de los Estados miembros nunca podría tener la consideración de ayuda de Estado, ya que "dicha medida no puede ser imputada a los Estados miembros (sino que procede de un acto del legislador de la Unión)" [47].

Además, la vicepresidenta ejecutiva de la Comisión Europea, Margrethe Vestager, apoyó públicamente las medidas adoptadas por algunos Estados miembros (los ISD), aunque admitió que sería preferible una solución conjunta. Lo interesante es que argumentó que los ISD no se considerarán ayudas de Estado, ya que "la Comisión Europea no apoyaría medidas que contravinieran la legislación de la UE" [48]. Por lo tanto, parece poco probable que la Comisión inicie un procedimiento para investigar este tipo de impuestos[49].

Sin embargo, improbable no significa imposible, y siempre puede ocurrir que la cuestión sobre la existencia de incompatibilidad con las normas sobre ayudas estatales provenga de las jurisdicciones nacionales a través de una cuestión prejudicial planteada al TJUE (art. 267 TFUE).

La consecuencia de la imposición de un ISD como los propuestos y adoptados es que, en principio, afectaría de manera favorable a aquellas empresas que no están sujetas al impuesto por no ser empresas digitales; a las que, aunque ofrecen servicios digitales no entran en las categorías que se gravan y, a las que ofrecen los servicios digitales gravados pero cuyos ingresos no alcanzan los umbrales establecidos por las normas[50]. Otro problema radica en este último grupo, ya que se ha afirmado que los ISD favorecen a las Pequeñas y Medianas Empresas (PYMES), creando una diferencia de trato entre ellas y las EMN (extranjeras). Sin embargo, es necesario realizar un análisis más profundo para determinar realmente si las tres supuestas diferencias de trato están probadas.

46 *Ibíd.* Esta posición ha sido ratificada posteriormente por la Sentencia de 23 de abril de 2009, *Sandra Puffer c. Unabhängiger Finanzsenat*, C-460/07, ECLI:EU:C:2009:254; Sentencia de 2 de diciembre de 2009, *Comisión Europea c. Irlanda,* C-89/98 P, ECLI:EU:C:2009:742; Sentencia de 10 de diciembre de 2013, *Comisión Europea c. Irlanda,* C-272/12 P, ECLI:EU:C:2013:812.

47 Kofler, G.; Sinnig, J.: "Equalization Taxes and the 'EU's Digital Service Tax'", *Intertax* núm. 47 (2), 2019, p. 196; Pinto Nogueira, J. F.: "The compatibility of the EU Digital Services Tax with EU and WTO Law: *Requiem Aeternam Donate Nascenti Tributo*", en: Pistone, P.; Weber, D.: "Taxing the digital economy", cit., pp. 254-255.

48 CFE's Tax Top 5: "Key Tax News of the Week, CFE Tax Advisers Europe", 2020.

49 Moreno González, S.: "Impuestos sobre", cit., p. 119.

50 Siota Álvarez, M.: "El Impuesto sobre Servicios Digitales: reflexiones críticas a propósito del modelo italiano", en: Navarro Faure, A.: "Retos del Derecho Financiero", cit., pp. 207-226, p. 223.

2. Las condiciones para que los Impuestos sobre Servicios Digitales sean considerados ayudas de Estado.

Una vez establecida la primera problemática sobre la DISD, es necesario pasar a los ISD unilaterales que se han adoptado y se están adoptando. Para considerar si pueden ser considerados ayudas de Estado y, por tanto, potencialmente prohibidos por la legislación de la UE, debemos establecer si cumplen los criterios determinados en el Tratado y la jurisprudencia. Como cada ISD es diferente, el *test* que aquí se desarrollará tendría que adaptarse a las especificidades de cada uno. No obstante, dado que las características más controvertidas son comunes (herencia de la DISD), las analizaremos en conjunto.

En este sentido, la jurisprudencia se basa en la concurrencia de cuatro condiciones acumulativas[51]: i) la existencia de una intervención del Estado (mediante la concesión directa de la ayuda y a través de recursos estatales); ii) la intervención ha de poder obstaculizar o afectar al comercio entre los Estados miembros; iii) la existencia de una ventaja selectiva para los beneficiarios; y iv) que dicha medida falsee o amenace con falsear la competencia.

En cuanto a la primera condición, una medida tiene que ser financiada "directa o indirectamente mediante recursos estatales"[52] y ser imputable al Estado[53]. La Comisión ha señalado que su transferencia "puede revestir diversas formas" y que, como establece la jurisprudencia, "es suficiente con que el Estado no haya percibido ingresos"[54].

Así, aplicado esto al caso de los ISD, por un lado, la medida es adoptada mediante ley por los Estados miembros, siendo en consecuencia imputable a los mismos; y, por otro lado, el impuesto sólo afectará a las entidades cuya actividad esté comprendida en el ámbito de aplicación anteriormente explicado y que superen los umbrales establecidos, no recaudando los Estados como consecuencia los ingresos de las demás empresas. Como ha considerado anteriormente el TJUE, incluso las medidas que no suponen una transferencia positiva de recursos del Estado, pero que colocan "a los beneficiarios en una situación financiera más favorable que a los restantes contribuyentes constituyen una ayuda de Estado"[55].

51 Sentencia de 7 de noviembre de 2019, *Asociación Española de la Industria Eléctrica (UNESA) y otros c. Administración General del Estado*, asuntos acumulados C-105/18 a C-113/18, ECLI:EU:C:2019:935, párr. 58.

52 Art. 107 (1) TFUE; Comisión Europea, Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, O.J. 2016/C 262/01, 19.07.2016 (en adelante, Comunicación de la Comisión), párr. 38.

53 *Ibíd.*

54 *Ibíd.*, párr. 51.

55 Sentencia de 15 de noviembre de 2011, *Comisión y España c. el Gobierno de Gibraltar y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*, asuntos acumulados C-106/09 P y C-107/09 P, ECLI:EU:C:2011:732, párr. 72.

Por lo tanto, se cumple la primera condición para considerar los ISD como ayudas estatales.

En segundo lugar, es necesario considerar si los efectos del ISD en cuestión dan lugar a una intervención que pueda obstaculizar o afectar al comercio entre los Estados miembros[56]. A este respecto, hay que hacer dos precisiones: por un lado, el TJUE ha admitido que no es necesario que el efecto sea "real", sino que también puede considerarse cuando la medida es susceptible de producir tal efecto sobre el comercio[57]; y, por otro lado, puede considerarse que existe el efecto en cuestión aunque los beneficiarios de la medida no "participen directamente en intercambios comerciales transfronterizos"[58]. Esto ocurre porque las empresas favorecidas pueden aumentar o mantener sus niveles de actividad, dificultando la penetración en el mercado de las no beneficiarias[59]. Así, es obligatorio un examen de "los efectos previsibles sobre la competencia (…) y los efectos reales de la ayuda" [60], que no pueden ser presumidos o hipotéticos.

En relación con los ISD, los ingresos imponibles (especialmente en el caso de la publicidad dirigida al usuario, así como los servicios de intermediación por interfaces digitales) no tienen, por naturaleza, una audiencia restringida localmente. Por lo tanto, defender que no existe un potencial efecto de los ISD en el comercio es bastante improbable que tenga éxito[61].

En tercer lugar, y considerando el último requisito, éste se centra en si dicha medida falsea o amenaza con falsear la competencia[62], dejando la condición más controvertida para ser analizada por separado en el siguiente apartado. Estos dos criterios suelen analizarse en conjunto[63], aunque el TJUE generalmente centra su razonamiento en el criterio relativo a la "ventaja selectiva".

El TJUE considera que el último criterio se cumple cuando la medida "es probable que mejore la posición competitiva del beneficiario frente a otras

56 Art. 107 (1) TFUE.

57 Sentencia de 14 de enero de 2015, *Eventech c. The Parking Adjudicator*, C-518/13, ECLI:EU:C:2015:9, párr. 65; Sentencia de 8 de mayo de 2013, *Libert y otros*, asuntos acumulados C-197/11 y C-203/11, ECLI:EU:C:2013:288, párr. 76.

58 Comunicación de la Comisión, cit., párr. 191.

59 *Eventech*, cit., párr. 67.

60 Sentencia de 6 de julio de 1995, *AITEC y otros c. la Comisión*, asuntos acumulados T-447/93, T-448/93 y T-449/93, ECLI:EU:T:1995:130, párr. 141.

61 En este sentido, la Comisión sólo ha considerado que el efecto en el comercio sería hipotético y, por tanto, no constitutivo de una ayuda de Estado, cuando se trataba de productos culturales que, por razones geográficas o lingüísticas tenían una audiencia restringida (lo cual no es el caso de los ISD). Comunicación de la Comisión, cit., párr. 197 (d).

62 Art. 107 (1) TFUE.

63 Comunicación de la Comisión, cit., párr. 186.

empresas con las que compite"[64]. Así, se incluye cuando la ventaja concedida libera a la empresa de los gastos que normalmente tendría[65].

En el caso de los ISD, podríamos entender que normalmente no hay gastos para las empresas no gravadas y, por tanto, nada cambiaría. Sin embargo, añadir un nuevo impuesto al régimen fiscal de las empresas supone un coste suplementario para las empresas sujetas al ISD, lo que distorsiona la competencia regular y, por tanto, el último criterio también se cumple.

IV. ACERCAMIENTO A LA NOCIÓN DE "VENTAJA SELECTIVA" PARA LOS IMPUESTOS SOBRE SERVICIOS DIGITALES.

No se discute en la doctrina que los dos primeros y el último criterio exigido puedan cumplirse cuando se habla de los ISD; sino el criterio clave de la "ventaja selectiva". El TJUE considera que "una medida mediante la cual las autoridades públicas conceden a determinadas empresas una exención tributaria que, aunque no implique una transferencia de fondos estatales, *coloque a los beneficiarios en una situación financiera más favorable* que los restantes contribuyentes, constituye una ayuda de Estado"[66]. Para establecer la "selectividad" es "preciso examinar si, en el marco de un régimen jurídico concreto, una medida estatal puede favorecer a 'determinadas empresas o producciones' en el sentido del art. 87 CE, apartado 1 [art. 107 TFUE, ap. 1], *en relación con otras que se encuentren en una situación fáctica y jurídica comparable, habida cuenta del objetivo perseguido* por el referido régimen" [67].

Así, cuando existe una ventaja comparativa que favorece a una parte de los contribuyentes (independientemente de si son reales o potenciales), para no situarse en el ámbito de las normas sobre ayudas estatales los Estados miembros están obligados a no tratar con parcialidad a algunas de las empresas[68]. Sin embargo, el único acuerdo alcanzado en relación con este criterio se limita a esta idea porque, fuera de él, hay muchas "ambigüedades terminológicas y diferencias de fondo"[69]. Sobre todo, porque los conceptos de "ventaja" y "selectividad" se confunden a menudo e incluso el TJUE suele analizarlos conjuntamente o centrándose sólo en la selectividad de la medida en cuestión.

64 *Ibíd.*, párr. 187.

65 Sentencia de 3 de marzo de 2005, *Heiser*, C-172/03, ECLI:EU:C:2005:130, párr. 55.

66 Sentencia de 7 de marzo de 2012, *British Aggregates Association c. Comisión Europea*, T-210/02 RENV, ECLI:EU:T:2012:110, párr. 46 (*énfasis añadido*).

67 *Ibíd.*, párr. 47 (*énfasis añadido*).

68 Schön, W.: "Tax Legislation and the Notion of Fiscal Aid: A review of 5 Years of European Jurisprudence", en: Richelle, I.; Schön, W.; Traversa, E.: *State Aid Law and Business Taxation*, Springer, Berlín, 2016, pp. 3-26, p. 7.

69 *Ibíd.*

La acción para determinar una "ventaja" se define como un "ejercicio de evaluación comparativa o de referencia" ("*benchmarking*")[70]. No todas las ventajas son *per se* selectivas, de modo que si se conceden a todas las empresas ("medidas generales"), no hay selectividad y, por lo tanto, el art. 107 TFUE no es aplicable[71]. En relación con los impuestos, el TJCE ha reconocido que la reducción de la carga fiscal de una empresa debe considerarse una ventaja porque deja a esas empresas en una posición más favorable[72]. En el caso de los ISD, podría argumentarse que las empresas que no cumplen los criterios establecidos obtienen una ventaja frente a las que entran en su ámbito de aplicación y están gravadas.

El criterio "más decisivo"[73] para establecer la posible incompatibilidad con las normas sobre ayudas estatales de los ISD es el elemento de la "selectividad". El TJUE, para establecer que un impuesto es selectivo, sigue un *test* de tres pasos. En primer lugar, identifica un "régimen común o 'normal' aplicable en el Estado miembro de que se trate". En segundo lugar, trata de demostrar si existe una excepción a dicho régimen, "en la medida en que introduce diferenciaciones entre operadores económicos que, con respecto al objetivo asignado al sistema fiscal de dicho Estado miembro, se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable"[74]. En tercer lugar, una vez comprobado que el impuesto o la medida en cuestión cumple los requisitos anteriores, el TJUE valora si pueden estar justificados "en la naturaleza o la economía general del sistema en el que se inscriben" [75], al tiempo que examina el cumplimiento del principio de proporcionalidad[76].

1. La definición de un sistema "normal" o de referencia.

No cabe duda de que una exención fiscal suele otorgar una ventaja selectiva que puede justificarse de acuerdo con la lógica o el objetivo del impuesto. Sin embargo, se plantea la cuestión de si también un impuesto puede considerarse selectivo[77].

70 Nicolaides, P.: "State Aid [2019]", cit., p.141.

71 Lang, M.: "State Aid and Taxation: Selectivity and Comparability Analysis", en Richelle, I.; Schön, W.; Traversa, E.: "State Aid Law", cit., pp. 27-37, p. 28.

72 Sentencia de 15 de diciembre de 2005, *República Italiana c. Comisión de las Comunidades Europeas,* C-66/02, EU:C:2005:76, párr. 78; Sentencia de 15 de marzo de 1994, *Banco Exterior de España SA y Ayuntamiento de Valencia,* C-387/92, EU:C:1994:100, párr. 14; y Sentencia de 9 de octubre de 2014, *Ministerio de Defensa y Navantia c. Concello de Ferrol,* C-522/13, EU:C:2014:2262, párr. 23.

73 Conclusiones de la Abogada General Kokott en el asunto C-66/14, *Finanzamt Linz / Bundesfinanzgericht, Außenstelle Linz*, ECLI:EU:C:2015:242, presentadas el 16 de abril de 2015, párr. 114.

74 Sentencia de 8 de septiembre de 2011, *Paint Graphos y otros*, asuntos acumulados C-78/08 a C-80/08, ECLI:EU:C:2011:550, párr. 49.

75 *Ibíd.,* párr. 64.

76 *Ibíd.,* párr. 75.

77 Nicolaides, P.: "State Aid [2019]", cit., p. 141. La respuesta la dio anteriormente el TJCE en el caso *British Aggregates* Saga con la imposición de una tasa medioambiental a determinados áridos.

Según lo establecido por el TJUE, el primer paso consiste en determinar el "sistema normal" o de referencia con el que comparar la nueva medida impuesta. Para ello es necesario comparar la supuesta ventaja con la fiscalidad "normal". Sin embargo ¿qué se considera "normal"? Cuando se trata de una exención fiscal, el parámetro de comparación es el impuesto; pero, cuando se trata de un impuesto *ex novo* con "un alcance excesivamente reducido"[78], el parámetro de comparación es imperceptible o inexistente.

Cuando una situación como ésta se presentó ante el TJUE en el asunto *Kernkraftwerk Lippe-Ems,* el Tribunal razonó que el impuesto sobre el combustible nuclear introducido por Alemania no podía compararse con el sistema fiscal general sobre la producción de energía, sino como una aplicación autónoma del principio "quien contamina paga" para los residuos nucleares[79]. El TJUE entendió que la medida introducida con un objetivo específico e impuesta a un sector concreto no debía compararse con el marco fiscal general.

Pasando a los impuestos sobre el volumen de negocios, el TJUE ha abierto recientemente la puerta a lo que algunos entienden como una posible defensa de los ISD[80]. En el asunto *Hungría c. Comisión Europea*[81], relativo al impuesto húngaro de 2014 sobre el volumen de negocios derivado de la difusión o publicación de anuncios, la Comisión y el TG debatieron ampliamente sobre este asunto, hasta que el TJUE ratificó la decisión de éste último[82].

La Comisión, siguiendo la jurisprudencia de *Gibraltar*, entendió que el impuesto introducido por Hungría se basaba en algunos elementos (a saber, los tipos impositivos progresivos aplicables a una base imponible basada en el volumen de negocios) que habían sido concebidos de forma arbitraria para favorecer a determinadas empresas[83]. El tipo progresivo introducido sometía a las distintas empresas a diferentes niveles de imposición en función de su tamaño (en concreto, pasaba de un tipo del 0% a otro del 50%), dejando de gravar a las empresas con un "menor nivel de volumen de negocios (a las empresas más pequeñas)"[84], en detrimento de las demás (de mayor tamaño).

78 Nicolaides, P.: "State Aid [2019]", cit., p.141.

79 Sentencia de 4 de junio de 2015, *Kernkraftwerk Lippe-Ems,* C-5/14, ECLI:EU:C:2015:354, párrs. 73-79.

80 La noción de ISD se trae a colación más de quince veces para argumentar la defensa del impuesto húngaro contra las consideraciones de la Comisión. Conclusiones de la Abogada General Kokott en el asunto C-596/19 P, *Comisión Europea c. Hungría,* ECLI:EU:C:2020:835, presentadas el 15 de octubre de 2020.

81 Sentencia de 27 de junio de 2019, *Hungría c. Comisión Europea*, T-20/17, ECLI:EU:T:2019:448. A efectos del presente trabajo nos centramos en esta sentencia, pero véase también un razonamiento similar en: Sentencia de 16 de mayo de 2019, *República de Polonia c. Comisión Europea,* asuntos acumulados T836/16 y T-624/17, ECLI:EU:T:2019:338; posteriormente confirmada en: Sentencia de 16 de marzo de 2021, *Comisión Europea c. República de Polonia,* C-562/19 P, ECLI:EU:C:2021:201.

82 Sentencia de 16 de marzo de 2021, *Comisión Europea c. Hungría*, C-596/19 P, ECLI:EU:C:2021:202.

83 *Hungría c. Comisión Europea*, cit., párr. 21.

84 *Ibíd.,* párr. 14.

Sin embargo, el TG no estuvo de acuerdo con el razonamiento, y anuló su decisión, pronunciándose sobre tres errores que supuestamente había cometido la Comisión: la determinación del régimen fiscal "normal", el objetivo del régimen y la existencia de ventajas selectivas en el contexto de una estructura progresiva del impuesto sobre el volumen de negocios[85].

En cuanto a la determinación de un régimen fiscal "normal", el TG señaló que dicho régimen no puede exceder del sector[86] (el cual en el asunto era la difusión y publicación de anuncios). Además, el TJUE delimitó a su vez que será establecido por los Estados miembros, ya que tienen autonomía para determinar, entre otros elementos, el tipo impositivo y la base del hecho imponible, que forman parte del sistema de referencia[87], relegando así la determinación del "sistema normal" al ámbito nacional.

Durante el asunto, la Comisión determinó que el "sistema normal" era un sistema de imposición de tipo único que, según el Tribunal, se desarrolló hipotéticamente. El TG coincide con Hungría al sostener que "el propio impuesto sobre la publicidad, con una estructura que incluye su escala única de tipos progresivos y sus tramos"[88] es el sistema de referencia. La lógica es indiscutible en tanto en cuanto las empresas tradicionales y las digitales del sector de la publicidad no se encuentran en la misma situación jurídica y de hecho ya que las segundas cuentan con unos mecanismos muy sofisticados para segmentar el mercado y enfocar sus estrategias de marketing que las primeras no tienen.

Volviendo al dilema planteado por los ISD, la mayoría de los impuestos unilaterales europeos propuestos se inspiran en gran medida en la propuesta de la Comisión, que tenía un ámbito de aplicación material reducido[89]. Esto significa que sólo grava los "modelos de negocio en los que la contribución del usuario desempeña un papel central en el sentido de que el servicio no existiría si el usuario no contribuyera a él"[90]. Por tanto, y aunque cada impuesto tiene sus características específicas y un ámbito de aplicación concreto, en términos generales, podemos ver como son impuestos sectoriales basados en el valor creado por el usuario[91].

Trasladando el razonamiento presentado por el TG y el TJUE en los asuntos *Hungría c. Comisión* y *Polonia c. Comisión* al caso de los ISD, así como la opinión de la Abogada General Kokott, el sistema fiscal "normal" debería ser el propio

85 *Ibíd.*, párr. 111.

86 *Ibíd.*, párr. 79.

87 *Comisión Europea c. Hungría*, cit., párr. 44-45.

88 *Ibíd.*, párr. 83.

89 Evaluación de impacto, cit., p. 78, punto 9.4.1.

90 *Ibíd.*, p. 58, punto 9.2.1.

91 *Ibíd.*, p. 63, punto 9.3.2.

impuesto[92]. En apoyo de esta idea está el hecho de que el ISD no es un "impuesto general sobre bienes y servicios"[93], sino un impuesto sobre los negocios digitales basados en la creación de valor por el usuario.

Por lo tanto, continuaremos el análisis partiendo de la base de que el sistema de referencia para el ISD será el propio impuesto, ya que parece la opción más razonable basándonos en la reciente jurisprudencia del TJUE y, en particular, dado el alcance específico y novedoso del impuesto.

2. La posible derogación del sistema de referencia determinado.

Una vez establecido el régimen fiscal "normal", para evaluar el carácter selectivo de la ventaja que se deriva de la medida nacional en cuestión (el impuesto), debe valorarse si favorece "a determinadas empresas o producciones"[94] frente a otras que, "se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable, habida cuenta del objetivo perseguido por el referido régimen, y que por lo tanto reciben un trato diferenciado que, en esencia, puede calificarse de 'discriminatorio'"[95].

En el asunto *UNESA*, España había aplicado un impuesto a los productores hidroeléctricos que operaban en varias comunidades, excluyendo a los que la producían dentro de una sola comunidad, así como a los que generaban electricidad a partir de otras fuentes. Del razonamiento del TJUE se pueden extraer dos ideas principales. Por un lado, el TJUE destaca que, para determinar si existe una ventaja selectiva, es necesario, en primer lugar, establecer si se encuentran en situaciones comparables. En el caso no se produce porque los productores hidroeléctricos generan electricidad con recursos hídricos, lo que necesariamente va a suponer "un impacto medioambiental"[96], mientras que las otras empresas no gravadas basan su producción en otras fuentes y, en consecuencia, no se encuentran "habida cuenta del objetivo perseguido por este canon, en una situación fáctica y jurídica comparable"[97]. Y, por otro lado, el TJUE recuerda que en las materias en las que la UE no es competente y no existe regulación, los Estados miembros tienen competencia para "la determinación de las bases imponibles y el reparto de la carga fiscal entre los distintos factores de producción y sectores económicos"[98].

92 Esta conclusión se mantiene incluso cuando el ámbito de aplicación cambia de un impuesto a otro, ya que algunos de ellos sólo gravan los servicios de publicidad, como el húngaro, o gravan dos servicios digitales como el francés, o tres como el español. Kirchmayr, S.; Geringer, S.: "European Union/Austria -State Aid Issues Regarding National Digital Taxes", *European Taxation*, núm. 60 (7), 2020, p. 4.

93 Haslehner, W.: "EU and WTO Law Limits on Digital Business Taxation", en Haslehner, W.; Kofler, G.; Pantazatou, K.; Rust, A.: *Tax and the Digital Economy. Challenges and Proposals for Reform,* Wolters Kluwer, Países Bajos, 2019, pp. 25-48, p. 38.

94 Art. 107 (1) TFUE.

95 *UNESA*, cit., párr. 60.

96 *Ibíd.,* párr. 66.

97 *Ibíd.,* párr. 67.

98 *Ibíd.,* párr. 68.

Por lo tanto, el Tribunal parece cambiar su posición respecto a *Gibraltar* al reconocer una mayor autonomía a los Estados miembros en el ámbito de la fiscalidad, siendo más sensible pues a sus intereses[99]; así como apoya la idea de que la comparabilidad entre empresas debe analizarse en función de los objetivos dispuestos en la medida o impuesto introducido, poniendo dichos objetivos en la parte central del examen.

Volviendo al caso de *Hungría c. Comisión*, aunque el TG juzgó que la Comisión se había equivocado en la determinación del sistema de referencia, continuó el análisis sobre la posible derogación y la compatibilidad del impuesto con sus objetivos. La posición de la Comisión se basaba en que la estructura del impuesto ("con sus tipos progresivos y sus tramos")[100] se oponía a su objetivo (que era aumentar los ingresos del Estado) y, por tanto, tenía "efectos discriminatorios entre las empresas de ese sector"[101]. En cuanto a la estructura fiscal progresiva introducida, el TG aceptó, por el contrario, la presunción de que las empresas con un mayor volumen de negocio pueden incurrir en "costes proporcionalmente inferiores", lo que se traduce en una "renta disponible proporcionalmente más importante" debido, principalmente, a las economías de escala y, por tanto, pueden pagar "proporcionalmente más por un impuesto sobre el volumen de negocios"[102].

Además, en la jurisprudencia anterior ya se había dictaminado que tales estructuras no son *per se* constitutivas de una ventaja selectiva[103]; y que se considera que las empresas se encuentran en situaciones fácticas y jurídicas diferentes cuando algunas de ellas pagan menos impuestos que otras debido a la medida en cuestión[104]. En consecuencia, mientras no se considere que las empresas se encuentran en una situación comparable, la medida que las trata de forma diferente no constituye una ayuda de Estado con arreglo al Derecho de la Unión.

Con los ISD propuestos hay dos potenciales tipos de discriminación. Estos se basan en el tamaño y la actividad (más concretamente, el tipo de servicio que prestan las empresas). En primer lugar, se alega que, debido a los elevados umbrales establecidos, los impuestos sólo afectan a las empresas más grandes, creando una distinción en función del tamaño de las empresas. En segundo lugar, sólo gravan determinados servicios digitales, creando una distinción entre éstos

99 Moreno González, S.: "Impuestos sobre", cit., p. 121.

100 *Hungría c. Comisión Europea,* cit., párr. 85.

101 *Ibíd.*

102 *Ibíd.,* párr. 89

103 *Ibíd.,* párr. 92.

104 *Ibíd.,* párr. 99.

y otros servicios digitales que no entran en el ámbito de aplicación del ISD en cuestión[105].

Además, ha sido también criticado que la distinción por tamaño encubre a su vez una discriminación por nacionalidad, ya que parece que la mayoría de las empresas que cumplen los requisitos de los impuestos son de Estados Unidos[106]. Es interesante extrapolar el razonamiento de la Abogada General Kokott en el caso *Finanzamt Linz*[107], ya que reconoce que el TJUE ha adoptado un enfoque amplio del concepto de selectividad en muchas ocasiones[108], pero que, al analizar la diferencia de trato, es necesario entender el concepto de forma estricta[109].

En este sentido, el hecho de que la mayor parte de las empresas que pueden entrar en el ámbito de aplicación de los ISD sean de carácter extranjero no influye a la hora de valorar si se tratan de ayudas de Estado. No se puede determinar que existe una discriminación simplemente por esta mayor proporción de empresas extranjeras afectadas, ya que únicamente refleja la composición del mercado[110]. En cualquier caso, si alguna de las empresas nacionales superase los umbrales establecidos, también entrarían en el ámbito de aplicación del impuesto[111]. No obstante, este argumento puede ser dejado a un lado del objetivo de este artículo, ya que sería más relevante a la hora de analizar la compatibilidad de los ISD con las libertades fundamentales de la UE.

Para determinar la existencia de una excepción al sistema de "referencia" es necesario examinar tres elementos: i) la relación de competencia entre las empresas que están y no están afectadas por la ISD; ii) los objetivos del propio impuesto; y iii) los efectos que produce[112].

La primera potencial excepción al sistema de referencia basado en el tamaño se produce en el ámbito de los ISD porque, dados los elevados umbrales aplicables, no se grava a todas las empresas por igual, sino que se impone una estructura

105 Moreno González, S.: "Impuestos sobre", cit., p. 102.

106 Office of the United States Trade Representative, *Section 301 Investigation: Report on Spain's Digital Services Tax*, 2021, p. 13.

107 Conclusiones de la AG Kokott en *Finanzamt Linz*, cit.

108 *Ibíd.*, párr. 112.

109 *Ibíd.*, párr. 113 y 115.

110 Para un desarrollo de este razonamiento ver: Sentencia de 3 de marzo de 2020, *Tesco-Global*, C-323/18, ECLI:EU:C:2020:140, párr. 72; Conclusiones de la AG Kokott en el asunto C-232/18, *Tesco-Global, ECLI:EU:*C:2019:567, presentadas el 4 de julio de 2019, párr. 62, 65 y 78.

111 Sin embargo, no todas las empresas afectadas son de Estados Unidos. En enero de 2021, se preveía que, por ejemplo, para la ISD española, el 64% serían empresas de Estados Unidos, pero el resto serían de otros países, incluidas dos empresas españolas. Office of the United States Trade Representative, "Section 301", cit., p. 13.

112 Moreno González, S.: "Impuestos sobre", cit., p. 433.

progresiva que afecta más a las que cuentan con un mayor volumen de negocio[113]. La relación de competencia en este caso es clara, porque las empresas que operan en el mercado de servicios digitales compiten entre sí, independientemente de su tamaño. La cuestión es si el impuesto progresivo basado en el volumen de negocios se ajusta al objetivo redistributivo que parece subyacer en el propósito de "crear unas condiciones de competencia equitativas"[114] entre las empresas del sector digital.

Si observamos, por un lado, el razonamiento de la Comisión en el asunto *Hungría c. Comisión*, un impuesto sobre el volumen de negocios no es óptimo para gravar la capacidad de pago de las empresas, sino que gravar los beneficios sería más adecuado para tener en cuenta las economías de escala y las estructuras de costes de las empresas[115]. Por otra parte, y siguiendo la argumentación del TJUE[116] en el mismo asunto, un impuesto sobre el volumen de negocios no es *per se* una medida constitutiva de una ventaja selectiva[117], ya que las empresas que tienen un mayor volumen de negocios y, por tanto, superan los umbrales de los ISD, disfrutan de menores costes proporcionalmente y pueden pagar más que otras empresas que no superan esos límites[118].

La segunda excepción alegada se basa en las actividades gravadas, ya que los ISD limitan su ámbito de aplicación a determinados servicios digitales, dejando de lado otros realizados por las empresas digitales[119]. Para determinar si esta elección constituye una discriminación entre ambas empresas, debe examinarse desde la perspectiva de los objetivos de los impuestos.

Cada ISD tiene un ámbito de aplicación diferente, pero las actividades máximas cubiertas por los impuestos propuestos y adoptados hasta 2021 son tres. Mientras tanto, otros Estados miembros han optado por un ámbito de aplicación más limitado[120]. Por lo tanto, sería necesario hacer un análisis de cada ISD por separado. Sin embargo, y en términos generales, la mayoría de estos impuestos

113 Parada, L.: "Ayudas de Estado e Impuestos Digitales en Europa: Sentencia del Tribunal General en los Asuntos Acumulados T-836/16 y T-624/17", *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 7, 2019, p. 7.

114 DISD, cit., p. 4.

115 *Hungría c. Comisión*, cit., párr. 68.

116 *Comisión c. Hungría,* cit., párr. 51. Así como la argumentación en el CG y del AG: *Hungría c. Comisión,* cit., párr. 89; Opinión del AG Kokott en *Comisión Europea c. Hungría*, cit., párr. 61.

117 Moreno González, S.: "Impuestos sobre", cit., p. 127.

118 *Hungría c. Comisión,* cit., párr. 89.

119 Además, esta elección de las empresas plantea tensiones con el principio de neutralidad fiscal, aunque Shaviro indica que el ISD puede "aumentar la neutralidad fiscal entre industrias y empresas", ya que éstas se benefician de un tratamiento diferente con el régimen fiscal actual. Shaviro, D.: "Digital Services Taxes and the Broader Shift from Determining the Source of Income to Taxing Location-Specific Rents", *NYU Law and Economics Research Paper*, núm. 36, 2020, p. 48.

120 Por ejemplo, Francia solo grava los servicios de intermediación y publicidad. Loi n° 2019-759 du 24 juillet 2019 portant création d'une taxe sur les services numériques et modification de la trajectoire de baisse de l'impôt sur les sociétés, art. 1.

se centran en servicios basados en la creación de valor por parte de los usuarios pero, este nuevo principio[121] ha sido criticado porque no está claro cómo distribuir la asignación de beneficios entre las jurisdicciones[122].

Para analizar la relación de competencia, es necesario establecer cuáles son las empresas gravadas. A modo de ejemplo, y volviendo a la DISD (como modelo para el resto), hay tres actividades principales: i) la publicidad dirigida al usuario en una interfaz digital; ii) los servicios de intermediación a través de interfaces digitales multifacéticas; y iii) la transmisión de datos recogidos del usuario[123]. Sin embargo, las interfaces que suministran contenidos digitales (como puede ser Netflix) están explícitamente excluidas, a pesar de que su modelo de negocio también tiene un componente de participación del usuario[124].

La principal característica de los ISD, podríamos señalar, es que los hechos imponibles se limitan a los modelos de negocio basados en la creación de valor para el usuario. En este sentido, se podría argumentar que existe una distinción entre los negocios en los que "el papel del usuario en la creación de valor es menos central" y aquéllos en los que es el elemento principal[125], y por lo tanto decir que no están en una situación comparable y que no existe una diferencia de trato que haga que la ISD entre en la normativa de ayudas de Estado. Sin embargo, los términos son demasiado abstractos para ser sostenidos; y dada la dificultad ya existente para establecer qué empresas son negocios digitales o no, diferenciar entre las que tienen un papel "menos" o "más" central en la creación de valor parece bastante improbable.

Además, para realizar una evaluación más exhaustiva, debemos examinar los objetivos de los ISD y la justificación de la elección de esos hechos imponibles. Aparentemente, hay tres razones que apoyan la selección de estas actividades[126]: i) en primer lugar, las empresas de esos sectores tienen "un poder de mercado sustancial"; ii) en segundo lugar, suelen estar poco gravadas con el sistema fiscal actual; y iii) por último, sus menores costes para entrar en los mercados y prestar determinados servicios permiten una imposición basada en "los ingresos brutos en lugar de los netos, que no sería adecuada en otras circunstancias". Tanto la DISD como las propuestas de los Estados miembros tienen el mismo objetivo: gravar los servicios digitales "para crear unas condiciones de competencia equitativas

121 El principio se basa en la idea de que "los beneficios empresariales se gravan allí donde se crea valor". Shaviro, D.: "Digital Services Taxes", cit., p. 13; Schön, W.: "One Answer to Why and How to Tax the Digitalized Economy", *Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance,* núm. 10, 2019, p. 6.

122 Para un análisis desarrollado de todos los problemas que genera la noción, véase: *Ibíd.,* pp. 6 y 7.

123 Art. 3.1 DISD.

124 Shaviro, D.: "Digital Services Taxes", cit., p.48.

125 Cui, W.: "The Digital Service Tax: A Conceptual Defense", *Tax Law Review,* núm. 73 (1), 2018, p. 6.

126 Shaviro, D.: "Digital Services Taxes", cit., pp. 48-49; Becker, J. et al.: "Re-Allocation of Taxing Rights for Big Data Business Models, Working Paper", *International & Comparative Tax eJournal,* 2019, pp. 1-32.

en el período transitorio, hasta que se adopte una solución global"[127], debido a la falta de adecuación entre el régimen fiscal internacional tradicional y los nuevos modelos de negocio, y "combatir la planificación fiscal agresiva"[128]. En principio, y considerando la reciente jurisprudencia del TJUE, no parece que el Tribunal fuese a considerar que los ISD son selectivos por las razones aquí mencionadas en tanto en cuanto parecen apropiados según sus objetivos.

Por último, en cuanto a los efectos de los ISD para ambas distinciones de trato, son difíciles de establecer todavía porque sólo algunas de las ISD han entrado en vigor[129], y su impacto económico sólo será realmente visible cuando haya transcurrido un periodo de tiempo razonable.

3. Las posibles justificaciones.

Por último, continuando con el último paso del *test* de la "ventaja selectiva", analizaremos las posibles justificaciones que pueden alegar los Estados miembros para no considerar los ISD como ayudas estatales, siempre y cuando puedan demostrar que son "plenamente acordes con la lógica subyacente del propio sistema fiscal"[130].

En este sentido, "una medida que se aparta del sistema de referencia (selectividad *a priori*) no es selectiva si está justificada por la naturaleza o la economía general de ese sistema"[131], lo que ocurre cuando la medida emana de los "principios fundadores o rectores intrínsecos del sistema de referencia o cuando es el resultado de aspectos inherentes necesarios para el funcionamiento y efectividad del mismo"[132]. En consecuencia, sería necesario un análisis de cada ISD para establecer si sus objetivos justifican la derogación del sistema de referencia establecido. En cualquier caso, algunos de los principales objetivos de los impuestos y la lógica que subyace a los sistemas son compartidos, por lo que examinaremos algunas de las posibles justificaciones.

Siguiendo con el caso *Hungría c. Comisión,* el TG determina que los objetivos que pueden justificar la imposición de estructuras fiscales progresivas no son sólo los que tienen por objeto redistribuir la riqueza o compensar externalidades negativas, sino que el ámbito es más amplio siempre que el criterio elegido no sea

127 DISD, cit., p. 4.

128 *Ibíd.,* p. 4.

129 Para ver una relación completa de los ISD que han entrado en vigor, véase: Asen, E.: "What European OECD Countries Are Doing about Digital Service Taxes", *Tax Foundation,* 2021.

130 Schön, W.: "Tax Legislation", cit., p. 20.

131 Comunicación de la Comisión, cit., párr. 138.

132 *Paint Graphos y otros*, cit., párr. 69.

arbitrario[133]. Por lo tanto, el criterio de la ventaja selectiva no puede considerarse cumplido sólo basándonos en la imposición de una estructura progresiva si ésta no es arbitraria[134].

En el caso de los ISD, la selección de los tipos y los umbrales no parece haber sido caprichosa ni aleatoria, sino que sigue un razonamiento elaborado que puede justificar la estructura progresiva aprobada. Todos los impuestos propuestos o adoptados tienen un ámbito de aplicación limitado, ya que han introducido umbrales precisos para "dirigirse eficazmente a los casos más relevantes"[135]. La razón de ser de los mismos es equiparar las empresas tradicionales y digitales, reduciendo los beneficios de los que han disfrutado algunas empresas debido a las dificultades encontradas por las autoridades nacionales a la hora de gravar los beneficios de los negocios que actúan en varias jurisdicciones[136].

En este sentido, ya hemos abordado el razonamiento del umbral general de 750 millones de euros[137], que se comparte con otras normativas de la UE. En relación con el segundo umbral específico sobre el volumen de negocios, se constató que la "discriminación *de facto*" sólo se produciría si se fijara por encima de los 50 millones de euros, mientras que uno entre 10 y 50 millones equilibraría ese riesgo[138]. Dado que los ISD de la UE están por debajo de ese límite, la estructura de los impuestos no parece arbitraria.

Por otro lado, una de las posibles justificaciones más debatidas en la doctrina es el principio de la capacidad de pago. Mientras que la gran mayoría de autores no están de acuerdo con la idea de que sea una defensa óptima[139], el Tribunal parece avalar la idea[140]. En contra de su uso se ha argumentado que el volumen de negocios "tiene que cubrir los primeros costes e imponer un canon más elevado sobre un volumen de negocios mayor puede convertir una empresa viable en inviable"[141].

133 *Hungría c. Comisión Europea,* cit., párr. 103.

134 *Ibíd.,* párr. 104.

135 La DISD y la mayoría de las medidas nacionales que han copiado el ámbito de aplicación de ésta o lo han reducido son definidas como de "alcance limitado". Evaluación de impacto, cit., p. 68.

136 *Ibíd.*

137 Véase la explicación en la cit. 31.

138 Evaluación de impacto, cit., 1.20.4, pp. 68-69.

139 Ver: Kofler, G.; Sinnig, J.: "Equalization Taxes and the EU's 'Digital Service Tax", en: Haslehner, W.; Kofler, G.; Pantazatou, K.; Rust, A.: "Tax and the Digital Economy", cit., pp.101-145, p. 139; Schön, W.: "Ten Questions"; cit., pp. 26-27.

140 En este sentido, ya hemos visto en el caso *Hungría c. Comisión* cómo el Tribunal entendía que un impuesto sobre el volumen de negocios era coherente en una estructura fiscal progresiva porque gravaba a las empresas más grandes que tenían "más ingresos disponibles" y, por tanto, mayor capacidad de pago. *Comisión c. Hungría,* cit., párr. 89.

141 Nicolaides, P.: *State Aid Uncovered: Análisis crítico de la evolución de las ayudas estatales 2016*, Lexxion, Berlín, 2016, p. 152. Para un mayor desarrollo del error según el autor en la sentencia *Hungría c. Comisión*, véase: Nicolaides, P.: "State Aid [2019]", cit., p. 165.

No obstante, en la evaluación de impacto de la DISD ya se consideraron las posibles deficiencias de la introducción de un impuesto sobre el volumen de negocios en lugar de sobre los beneficios y se concluyó que el hecho de que no fuera la base impositiva óptima no reducía su eficacia para cumplir los objetivos para los que se estableció. En este sentido, se espera un crecimiento anual de los mercados digitales (incluida la publicidad online) de entre el 6% y el 17%[142]. Por lo tanto, aunque pudiera haber otra solución (que, en aras a la verdad, ya se está preparando, ya que los ISD sólo se conciben como medidas transitorias), los ISD tratan de enfrentarse a una realidad que no puede detenerse y que no encuentra reflejo en el sistema tributario actual.

Además, la Comisión y el TG han reconocido la redistribución de la riqueza como justificación de un impuesto progresivo, incluso cuando exime totalmente a algunas empresas de su imposición[143]. Se podría argumentar también que la imposición de esta medida está en consonancia con el principio de equidad vertical, por el que "los contribuyentes en mejores circunstancias deberían soportar una mayor parte de la carga fiscal"[144].

Asimismo, utilizando la DISD como modelo para el resto, el objetivo específico de la medida es ayudar a nivelar el terreno de juego ("*level the playing field*") mientras se desarrolla una solución global y duradera[145]. Por lo tanto, el objetivo del impuesto no es discriminar entre empresas, sino situar a todas en la misma posición en relación con el sistema tributario, de modo que las empresas digitales no disfruten de una carga fiscal más ligera que la que tendrían si tuvieran un modelo de negocio tradicional[146].

Siguiendo este razonamiento, también se ha aceptado anteriormente como justificación la lucha contra el fraude y la evasión fiscal[147]. Dado que los ISD fueron concebidos, por un lado, como una solución temporal a los problemas derivados de la planificación fiscal agresiva y, por otro, para reducir el número de empresas que pueden evadir impuestos con el sistema actual[148], parece que este objetivo justificaría la posible diferencia de trato.

142 Evaluación de impacto, cit., p. 60. A pesar de los efectos de la pandemia de Covid-19 que han incrementado notablemente la facturación de algunas de estas empresas digitales (por ejemplo, Facebook duplicó sus beneficios). Dwoskin, E.: "As Facebook's profit doubles, CEO Mark Zuckerberg sounds off on reopening the economy too soon", *The Washington Post*, 2021.

143 Comunicación de la Comisión, cit., párr. 139; *Hungría c. Comisión,* cit., párr. 103.

144 OCDE, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy,* 2014, p. 31.

145 DISD, cit., p. 3.

146 Para un punto de vista opuesto, véase Kirchmayr, S.; Geringer, S.: "European Union", cit., p. 4.

147 Comunicación de la Comisión, cit., párr. 139.

148 DISD, cit., p. 4.

Por último, la medida en cuestión, aunque esté justificada, deberá respetar el principio de proporcionalidad para no exceder "de lo necesario para lograr el legítimo objetivo perseguido"[149]. En cuanto a la proporcionalidad, es necesario hacer referencia a dos elementos: los umbrales y su establecimiento como medidas provisionales. En primer lugar, para gravar a los que tienen una mayor capacidad de pago y evadir el pago de impuestos, se establecieron umbrales elevados. En relación con ellos, ya se ha explicado la razón de ser del umbral general[150] y del específico[151], y el hecho de que todos los ISD introducidos en la UE se encuentran dentro de los límites del segundo para no ser discriminatorios. Por lo tanto, los ISD parecen ser proporcionales a los objetivos que se proponen.

En segundo lugar, hay que mencionar que los ISD nacen como medidas *provisionales* cuyo objetivo último es la equiparación de las empresas digitales con las tradicionales, pero siempre tienen en cuenta la posibilidad de una solución global. Así, esa temporalidad en su naturaleza justifica que no vayan más allá de lo necesario. Sin embargo, es bien sabido que "no hay nada más permanente que una solución temporal"[152], con lo que será necesario esperar a ver si los Estados miembros efectivamente retiran estos impuestos en plazo con la adopción del nuevo acuerdo global.

V. CONSIDERACIONES FINALES.

El proceso de digitalización es imparable, y los nuevos modelos de negocio que se han originado en las últimas tres décadas han llegado para quedarse, creando así una nueva economía híbrida. El vínculo entre la prestación de servicios y la existencia de un establecimiento permanente se ha roto o, al menos, se ha debilitado notablemente. Por lo tanto, no parece razonable seguir confiando en un sistema fiscal que sólo tiene en cuenta a un porcentaje del mercado. El sistema, tal y como existe hoy en día, es propenso a ser abusado por las empresas multinacionales que cuentan con el capital y la infraestructura necesarios para evadir impuestos mediante una planificación fiscal agresiva, y no grava adecuadamente la creación de valor ni la participación de los usuarios.

En este contexto, es necesario un cambio global del régimen fiscal internacional. Sin embargo, hasta que se alcance un consenso, o más bien, hasta que el consenso que parece actualmente alcanzado se refleje en la normativa y sea adoptado, es una consecuencia lógica de esta necesidad que los Estados, en un alarde de su soberanía, hayan decidido encontrar un remedio unilateralmente. Sin embargo,

149 Comunicación de la Comisión, cit., párr. 140; *Paint Graphos y otros,* cit., párr. 75.

150 Véase cit. 31.

151 Véase cit. 138.

152 Friedman, M. *Tyranny of the Status Quo*, 1984, p. 115.

necesario no implica beneficioso ni correctamente ejecutado. En este sentido, los ISD que se han propuesto y adoptado en muchos Estados miembros y en otros países fuera de la UE plantean muchos interrogantes y preocupaciones.

En particular, la cuestión principal que se analiza en este artículo es si la adopción de estos ISD dentro de la UE plantea un problema de incompatibilidad con las normas sobre ayudas de Estado. Para ello, se han estudiado exhaustivamente las condiciones requeridas para que una medida sea considerada como ayuda estatal, singularizándolas para el caso de los ISD. Aunque la mayoría se cumplen, el criterio decisivo será si se puede demostrar que estos impuestos suponen una "ventaja selectiva" para algunas empresas.

Con la Comunidad Internacional trabajando para trasladar el tentativo consenso alcanzado a la realidad, todavía hay gran incertidumbre sobre si estos impuestos verán la luz y, en su caso, sobre si el TJUE tendrá la oportunidad de interpretar su compatibilidad con las normas sobre ayudas de Estado de la Unión Europea.

Para responder a la pregunta con la que comenzaba este artículo (¿son incompatibles los ISD según las normas sobre ayudas de Estado de la Unión Europea?) será necesario esperar a que el TJUE se pronuncie sobre este asunto. Sin embargo y, como se ha señalado, sus anteriores sentencias sobre impuestos sectoriales podrían ser un anticipo la futura decisión que respondería negativamente a esta cuestión.

A lo largo de la exposición se han visto los argumentos y contraargumentos de ambas posiciones, así como la potencial visión del Tribunal según su jurisprudencia anterior. Además, y si bien en todo momento se han mantenido que existen carencias y debilidades en los ISD adoptados, se ha tratado de reflejar también la necesidad de la que surgen y los elementos adecuados que contienen. En cualquier caso, parece que al final todo dependerá del análisis y la prevalencia que se dé a los objetivos y justificaciones del ISD en cuestión, así como de la aceptación de un limitado "sistema de referencia" por el Tribunal.

BIBLIOGRAFÍA

BAUER, M.: "Digital Service Taxes as Barriers to Trade: Case Study", *International Trade Barrier Index*, 2019.

BECKER, J. ET AL.: "Re-Allocation of Taxing Rights for Big Data Business Models, Working Paper", *International & Comparative Tax eJournal,* 2019.

CUI, W.: "The Digital Service Tax: A Conceptual Defense", *Tax Law Review,* núm. 73 (1), 2018.

DEVEREUX, M. P.; VELLA, J.: "Implications of digitalization for international corporate tax reform", *Oxford University Centre for Business Taxation,* 2017.

GERINGER, S.: "National digital taxes -Lessons from Europe", *South African Journal of Accounting Research*, núm. 35 (1), 2021.

GRONDONA, V.; CHOWDHARY, A. M.; URIBE, D.: "Mesures nationales sur l'imposition de l'économie numérique", *South Centre,* 111, 2020.

HASLEHNER, W.; KOFLER, G.; PANTAZATOU, K.; RUST, A.: *Tax and the Digital Economy. Challenges and Proposals for Reform,* Wolters Kluwer, Países Bajos, 2019.

KIRCHMAYR, S.; GERINGER, S.: "European Union/Austria -State Aid Issues Regarding National Digital Taxes", *European Taxation*, núm. 60 (7), 2020.

KOFLER, G.; SINNIG, J.: "Equalization Taxes and the 'EU's Digital Service Tax"', *Intertax* núm. 47 (2), 2019.

NAVARRO FAURE, A. (dir.): *Retos del Derecho Financiero y Tributario ante los desafíos de la Economía Digital y la Inteligencia Artificial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021.

NICOLAIDES, P.: *State Aid Uncovered: Critical Analysis of Developments in State Aid 2016*, Lexxion, Berlín, 2016.

NICOLAIDES, P.: *State Aid Uncovered: Critical Analysis of Developments in State Aid 2019*, Lexxion, Berlín, 2019.

PARADA, L.: "Ayudas de Estado e Impuestos Digitales en Europa: Sentencia del Tribunal General en los Asuntos Acumulados T-836/16 y T-624/17", *Revista Aranzadi Unión Europea,* núm. 7, 2019.

PISTONE, P.; WEBER, D.: *Taxing the Digital Economy: The EU Proposals and other insights*, IBFD, Amsterdam, 2019.

RICHELLE, I.; SCHÖN, W.; TRAVERSA, E.: *State Aid Law and Business Taxation,* Springer, Berlín, 2016.

SCHÖN, W.: "One Answer to Why and How to Tax the Digitalized Economy", *Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance,* núm. 10, 2019.

SCHÖN, W.: "Ten questions about the Why and How to Tax the Digitalized Economy", *Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance,* núm. 11, 2017.

SHAVIRO, D.: "Digital Services Taxes and the Broader Shift from Determining the Source of Income to Taxing Location-Specific Rents", *NYU Law and Economics Research Paper,* núm. (36), 2020.

FUENTES ELECTRÓNICAS

ASEN, E.: "What European OECD Countries Are Doing about Digital Service Taxes", *Tax Foundation,* 2021.

CFE's Tax Top 5: "Key Tax News of the Week, CFE Tax Advisers Europe", 2020.

DWOSKIN, E.: "As Facebook's profit doubles, CEO Mark Zuckerberg sounds off on reopening the economy too soon", *The Washington Post*, 2021.

HARO, J. L.: "130 países blindan el impuesto mínimo global del 15% a las multinacionales", *El economista*, 2021.

THOMAS, L.: "Wanted: global digital tax push after pandemic, U.S. vote stall talks", *Reuters,* 2020.

VALERO, J.: "The EU's digital tax is dead, long live the OECD's plans", *Euractiv,* 2019.

REFLEXIONES SOBRE LA NORMATIVA APLICABLE A LAS PLATAFORMAS DE INTERMEDIACIÓN DE SERVICIOS JURÍDICOS

REFLECTIONS ON THE APPLICABLE REGULATIONS TO MEDIATION PLATFORMS OF LEGAL SERVICES

Rev. Boliv. de Derecho Nº 33, enero 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 512-531

Loreto Carmen
MATE SATUÉ

ARTÍCULO RECIBIDO: 28 de octubre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 30 de noviembre de 2021

RESUMEN: El presente trabajo tiene como objetivo determinar el régimen jurídico aplicable a las plataformas de intermediación que se encargan de poner en contacto a potenciales clientes con profesionales de la Abogacía. La delimitación de las normas aplicables en este ámbito es relevante por la particular configuración jurídica que tienen este tipo de plataformas; en este sentido, se examina la posible aplicación de la Ley de sociedades profesionales; la Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico; la normativa sectorial aplicable a la Abogacía; el Reglamento comunitario sobre equidad y transparencia y, por último, el sistema específico de soluciones de controversias para las plataformas de intermediación en línea.

PALABRAS CLAVE: plataformas de intermediación; servicios jurídicos; sistema de solución de controversias.

ABSTRACT: *The objective of this work is to determine the legal regime applicable to intermediary platforms that are in charge of putting potential clients in contact with legal professionals. The delimitation of the applicable regulations in this area is relevant due to the particular legal configuration that these types of platforms have; in this sense, the possible application of the Law of professional societies is examined; the Law of services of the information society and electronic commerce; the sectoral regulations applicable to the Legal Profession; the Community Regulation on fairness and transparency and, finally, the specific system of dispute solutions for online intermediation platforms is proposed.*

KEY WORDS: *intermediary platform; legal services; dispute resolution system.*

SUMARIO.- I. EL IMPACTO DE INTERNET EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS JURÍDICOS: UNA OPORTUNIDAD DE NEGOCIO. II. MARCO NORMATIVO APLICABLE A LAS PLATAFORMAS DE INTERMEDIACIÓN DE SERVICIOS JURÍDICOS.- 1. ¿Es posible la constitución de las plataformas de servicios jurídicos como sociedades profesionales?- 2. Las plataformas de intermediación de servicios jurídicos y su incidencia sobre las condiciones de prestación del servicio: el criterio delimitador para la aplicación de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.- 3. La exclusión de la normativa sectorial de la Abogacía respecto de las plataformas de intermediación de servicios jurídicos.- 4. El Reglamento sobre el fomento de la equidad y la transparencia para las empresas que utilizan servicios de intermediación en línea: una vía para la protección del "usuario profesional".- 5. El sistema de resolución de controversias del Reglamento sobre el fomento de la equidad y la transparencia y su incorporación en las plataformas de intermediación de servicios jurídicos en línea.- III. CONCLUSIONES.

I. EL IMPACTO DE INTERNET EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS JURÍDICOS: UNA OPORTUNIDAD DE NEGOCIO.

La incorporación de Internet como medio para el intercambio de mercancías y servicios ha permitido que surjan en el mercado digital nuevas fórmulas destinadas a la formalización de contratos por esta vía. Este cambio de paradigma en la contratación no ha sido ignorado por los servicios jurídicos[1]; en este ámbito, han surgido plataformas de intermediación que se dedican profesionalmente a la puesta en contacto de potenciales clientes con abogados a cambio de una contraprestación[2]. También, algunos despachos profesionales y firmas jurídicas posibilitan la contratación de sus servicios por vía electrónica con el objetivo de expandir, en el territorio nacional pero también, comunitario, la prestación de sus servicios, aunque, aquéllos que consistan en la defensa jurisdiccional de los intereses del prestatario del servicio, deberán ejecutarse presencialmente.

La implementación de las fórmulas expuestas es relativamente reciente lo que justifica su estudio. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la contratación por

1 Crespo Mora, M.C.: *La prestación de servicios jurídicos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020, p. 27 reconoce que la aparición de estas plataformas implica "*una mercantilización de los servicios jurídicos y de ahí que sean denominadas Marketplace online para abogados*".

2 Además, como pone de relieve Jarne Muñoz, P.: "Nuevos vientos para las plataformas en línea en el mercado único digital", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 18, 2016, pp. 97 y 98 las plataformas digitales se han convertido en referentes en gestión de la información, de la mano de los motores de búsqueda o de las redes sociales. No obstante, estas plataformas, como pone de relieve el autor, tienen la virtualidad de tratar esta información, depurándola y presentándola de la forma más conveniente para el consumidor.

• Loreto Carmen Mate Satué
Profesora Ayudante Doctora del Centro Universitario de la Defensa. 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.

vía electrónica es una modalidad específica de contratación a distancia[3], en tanto que permite el comercio de bienes o servicios sin presencia simultánea de las partes utilizando para ello exclusivamente técnicas de comunicación a distancia.

El legislador español consciente de que no existen grandes diferencias entre la contratación tradicional y la contratación por vía electrónica en vez de dotar de una regulación global a la contratación por vía electrónica ha optado por la promulgación de normas específicas, como la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (en adelante, Ley 34/2002) que regulan las peculiaridades que presenta esta modalidad de contratación[4], con el objetivo de complementar la teoría general de obligaciones y contratos y dotar a estas operaciones formalizadas electrónicamente de una especial transparencia y protección de los intereses de los destinatarios de servicios de la sociedad de la información[5].

II. MARCO NORMATIVO APLICABLE A LAS PLATAFORMAS DE INTERMEDIACIÓN DE SERVICIOS JURÍDICOS.

Las plataformas de intermediación entre particulares que buscan la prestación de un servicio y profesionales o particulares que pueden prestar el servicio demandado, comenzaron en otros sectores como el transporte y el alojamiento pero se han expandido también al ámbito de los servicios jurídicos[6]. Estas plataformas actúan como enlace de intereses, al generar contactos entre

3 A este respecto, Arranz Alonso, L.: "Los contratos de comercio electrónico", en Mateu De Ros, R. y López-Monis Gállego, M. (coords.): *Derecho de Internet: La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio electrónico*, Thomson Aranzadi, Elcano (Navarra), 2003, pp. 198 y 199. Por su parte, sobre los *contratos electrónicos mixtos*, entendiendo por tales aquellos que se perfeccionan por vía electrónica pero que su ejecución se realiza a través de canales tradicionales, como es el caso, de los servicios jurídicos que consisten en la defensa jurisdiccional del prestatario de los servicios, Alonso Ureba, A.y Viera González, A.J.: "Formación y perfección de los contratos a distancia celebrados por internet", en Mateu De Ros, R. y López-Monis Gállego, M.: (coordinadores) *Derecho de Internet: La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio electrónico*, Thomson Aranzadi, Elcano (Navarra), 2003, p. 284, consideran que estos contratos no constituyen una nueva categoría contractual sino una fórmula de celebrarse o de formarse los contratos.

4 A modo ejemplificativo, el art. 23.1 párrafo segundo de la Ley 34/2002 reza que "los contratos electrónicos se regirán por lo dispuesto en este Título, por los Códigos Civil y de Comercio y por las restantes normas civiles o mercantiles sobre contratos, en especial, las normas de protección de los consumidores y usuarios y de ordenación de la actividad comercial".

5 En relación a la contratación a distancia hay algunos autores como Arranz Alonso, L.: "Los contratos de comercio electrónico" *cit.* 2003, p. 203, reconoce que si bien la normativa sobre contratos celebrados por vía electrónica tiene como uno de sus fundamentos contrarrestar el déficit de información o incluso, de reflexión que sufren los consumidores cuando contratan a través de esta vía, lo cierto es que, el uso de internet a diferencia de otras técnicas de comunicación a distancia, permite proporcionar a los clientes información muy detallada, de manera rápida y sencilla, pudiendo comparar productos y servicios antes de consumirlos.

6 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, p. 1 (según numeración del pdf). considera que: "cada vez son más las empresas que recurren a este tipo de intermediación para tratar de ofrecer sus bienes y/o servicios en el mercado, por cuanto no ignoran que los consumidores van adaptando de modo progresivo y constante, sus hábitos de consumo a las enormes e infinitas posibilidades que les pone a su disposición Internet, hasta el punto de que las compras realizadas a través de la red están alcanzando ya unas proporciones significativas".

potenciales clientes con abogados que ejercen individualmente la Abogacía y despachos profesionales interesados en la captación de clientela, a cambio de una remuneración[7].

El funcionamiento, la forma de atribución de los casos, y las obligaciones del cliente y del profesional varían según la plataforma de la que se trate. Sin embargo, como regla general, se verifica la veracidad de la solicitud efectuada por el potencial destinatario del servicio -en ocasiones, también la viabilidad de su pretensión mediante sistemas de inteligencia artificial- y posteriormente, ofertan a los profesionales los casos, a cambio de una contraprestación a favor de la plataforma, que es abonada por los profesionales, bien mediante el pago de una cuota fija o de comisiones por los casos recibidos. Algunos autores han apreciado una cierta desigualdad o asimetría entre el poder de estas plataformas de intermediación y las empresas o profesionales que ponen sus servicios a disposición de las mismas con el objetivo de obtener clientela, que ha justificado incluso, la intervención del Derecho comunitario[8].

Este estudio va a centrarse en el análisis de la normativa aplicable y de los aspectos ambiguos que presentan la contratación de servicios jurídicos mediante plataformas de intermediación. Este tipo de plataformas que desarrollan su actividad por vía electrónica han excavado un nicho de mercado dentro de la prestación de servicios jurídicos[9] aprovechándose de la ventaja competitiva que obtienen de las dudas que se suscitan sobre la normativa que les resulta de aplicación.

1. ¿Es posible la constitución de las plataformas de servicios jurídicos como sociedades profesionales?

El art. 1 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales (en adelante, Ley 2/2007) determina que deberán constituirse como *sociedades profesionales,* las que tengan por objeto social el ejercicio en común de una

7 En España pueden destacarse como plataformas de intermediación de servicios jurídicos, las webs: https://www.elabogado.com/; https://lexgoapp.com/ o la *app* "Soldier Lawyer".

8 En esta línea, Flaquer Riutort, J.: "Obligaciones de transparencia", *cit.*, 2019, p. 2 (según numeración del pdf). Sobre la intervención del Derecho comunitario para paliar estas posibles desigualdades Fernández Masiá, E.: "Servicios de intermediación en línea en Europa: Diseño de un sistema específico de solución de controversias", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 32, 2021, p. 565 pone de relieve que este desequilibrio entre las plataformas de intermediación y los profesionales o empresarios puede venir dado por la decisión unilateral de la plataforma de terminar o suspender los servicios de intermediación, por la realización de conductas comerciales poco transparentes sobre los parámetros que determinan las clasificaciones de los profesionales o empresarios o, porque la plataforma no advierte de que otros profesionales realizan servicios auxiliares.

9 En relación con este fenómeno Fernández Masiá, E.: "Servicios de intermediación" *cit.*, 2021, p. 563 considera que "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 […] convirtiéndose de esta forma en un factor clave e, irremediablemente a hoy en día, indispensable para poder acceder a este nuevo modelo de negocio".

actividad profesional; entendiendo por ésta, las que requieran para su desempeño una titulación universitaria oficial, e inscripción en el correspondiente Colegio Profesional.

La valoración sobre la posible aplicación de la Ley 2/2007 a las plataformas o sociedades de intermediación surge por distintas razones: por un lado, porque si bien la Exposición de Motivos de la Ley excluye la aplicación de esta norma a las sociedades de intermediación[10], la definición que de ellas hace resulta confusa[11] y, por otro lado, porque los términos en los que se describen en ocasiones los *objetos sociales* de los estatutos de sociedades, plantean dudas sobre si la actividad que desarrolla la sociedad encaja o no, dentro del ámbito objetivo y subjetivo de la Ley 2/2007. En este sentido, corresponde inicialmente al Registrador, cuando lleva a cabo la calificación registral determinar si tiene la consideración de sociedad profesional y, por *ende*, su sujeción a esta normativa, para lo cual habrá de tener en consideración no sólo la simple y pura literalidad de los términos empleados para la descripción del *objeto social*, sino también la intención evidente de los otorgantes reflejada en el negocio documentado, la valoración global de sus cláusulas y su inteligencia en el sentido más adecuado para que produzcan efecto.

La Ley 2/2007 tiene como uno de sus principales objetivos dotar de certidumbre jurídica a las relaciones jurídico-societarias que tienen lugar en el ámbito profesional. A este respecto, la Ley de Sociedades Profesionales se concibe, en palabras del Tribunal Supremo, como una *norma de garantías* manifestada en distintos aspectos: primero, en relación con los destinatarios de los servicios porque ven ampliada la esfera de sujetos responsables; también frente a los profesionales que pueden elegir para su sociedad cualquiera de los tipos sociales existentes en nuestro ordenamiento jurídico y, por último, respecto a la seguridad en el tráfico, puesto que la Ley prevé, en todos los casos, la inscripción constitutiva en el Registro Mercantil, incluso cuando se trate de sociedades civiles y, además la

10 La Exposición de Motivos de la Ley 2/2007 excluye del ámbito de aplicación de la norma, las sociedades de intermediación al señalar que "quedan, por tanto, fuera del ámbito de aplicación de la Ley las sociedades de medios, que tienen por objeto compartir infraestructura y distribuir sus costes; las sociedades de comunicación de ganancias; y las sociedades de intermediación, que sirven de canalización o comunicación entre el cliente, con quien mantienen la titularidad de la relación jurídica, y el profesional persona física que, vinculado a la sociedad por cualquier título (socio, asalariado, etc.), desarrolla efectivamente la actividad profesional. Se trata, en este último caso, de sociedades cuya finalidad es la de proveer y gestionar en común los medios necesarios para el ejercicio individual de la profesión, en el sentido no de proporcionar directamente al solicitante la prestación que desarrollará el profesional persona física, sino de servir no sólo de intermediaria para que sea éste último quien la realice, y también de coordinadora de las diferentes prestaciones específicas seguidas".

11 Este aspecto es advertido por Vázquez Albert, D.: "Sociedades profesionales: las polémicas sociedades de intermediación", *Iuris: Actualidad y práctica del derecho,* núm. 128, 2008, p. 18, cuando señala que la primera definición que se realiza de las sociedades de intermediación es confusa porque no permite distinguirlas de las sociedades profesionales en tanto que en ambas existe una canalización o comunicación entre el cliente y el profesional. Por su parte, la segunda definición resulta también liosa porque no permite distinguir las sociedades de intermediación de las sociedades de medios.

instauración de un sistema registral que se confía a los Colegios Profesionales [cfr. STS 18 julio 2012[12]].

El sistema de garantías expuesto, pero, sobre todo, el régimen de extensión de la responsabilidad social previsto en la norma (cfr. art. 11 y la disposición adicional segunda de la Ley 2/2007)[13] justifica la necesidad de perfilar respecto al *objeto social* cuándo una sociedad debe ser calificada como *sociedad profesional*. Tras diversos pronunciamientos de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de los órganos judiciales, se puede advertir la siguiente Doctrina. Si la sociedad no desempeña con sus propios medios personales actividades profesionales, sino que lo hace de forma indirecta mediante una plataforma de multiservicios y tampoco cumple con el presupuesto subjetivo de contar con socios profesionales, no debe calificarse como sociedad profesional a los efectos de la aplicación de la Ley 2/2007[14] [cfr. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), de 30 de noviembre de 2017 (JUR 2018, 20845)[15]] y, en los casos en los que, dentro del objeto social de los estatutos de la sociedad puedan apreciarse labores que puedan constituir la actividad propia de una sociedad profesional y de una sociedad de intermediación, debe exigirse para dar *certidumbre jurídica* la declaración expresa de que se trata de una sociedad de intermediación, de tal modo que, a falta de esa expresión concreta debe entenderse que, se trata de una sociedad profesional sometida a la Ley 2/2007 [en este sentido, RDGRN 12 junio 2019[16]].

La traslación de las exigencias para la aplicación de la Ley 2/2007 a las plataformas de intermediación de servicios jurídicos, nos llevan a rechazar, con carácter general, su aplicación puesto que la función de estas plataformas es de enlace entre el profesional que desea obtener clientes y potenciales clientes que precisan de servicios jurídicos. Esta labor no exige que los trabajadores de la

12 STS 18 julio 2012 (RJ 2012, 8606).

13 La Ley de Sociedades Profesionales determina en el art. 11 que respecto de las denominadas *deudas sociales que se deriven de los actos profesionales propiamente dichos,* responderán solidariamente la sociedad y los profesionales, socios o no, que hayan actuado, siéndoles de aplicación las reglas generales sobre la responsabilidad contractual o extracontractual que correspondan. Por su parte, la disposición adicional segunda hace extensivo este régimen de responsabilidad a aquellos profesionales que desarrollen colectivamente una actividad profesional sin constituirse en sociedad profesional, en los casos en los que el ejercicio de la actividad se desarrolle públicamente bajo una denominación común o colectiva, o se emitan documentos, facturas, minutas o recibos bajo dicha denominación.
Sobre la aplicación del régimen de responsabilidad previsto en la Ley 2/2007 a los servicios jurídicos puede verse el trabajo de Crespo Mora, M.C.: "La responsabilidad civil de la sociedad profesional y de sus profesionales", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 28, 2012, pp. 213-240.

14 A modo ejemplificativo del carácter restrictivo que tiene la interpretación de los requisitos de la Ley 2/2007, podemos destacar que, recientemente, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha rechazado la atribución de *sociedad profesional* a aquélla que con voluntad interdisciplinar se dedica, entre otras funciones de índole jurídica, a labores de mediación y de *compliance* [RDGRN 14 junio 2021 (RJ 2021, 3919)].

15 SAP Barcelona 30 de noviembre 2017 (JUR 2018, 20845).

16 RDGRN 12 junio 2019 (BOE: 9 de julio de 2019).

plataforma de intermediación cuenten con una titulación universitaria en Derecho y, menos todavía que se encuentren adscritos a un Colegio Profesional.

2. Las plataformas de intermediación de servicios jurídicos y su incidencia sobre las condiciones de prestación del servicio: el criterio delimitador para la aplicación de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

A renglón seguido, debe analizarse si estas plataformas de intermediación entre potenciales clientes y abogados cuando actúan a través de medios telemáticos, están o no sujetas a la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (en adelante, Ley 34/2002), que transpone al ordenamiento jurídico español, la Directiva 2000/31/CE de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (en adelante, Directiva 2000/31/CEE).

El art. 1 de la Ley 34/2002 define que el objeto de la norma es la regulación del régimen jurídico de los servicios de la sociedad de la información y de la contratación por vía electrónica. En concreto, en relación con las obligaciones de los prestadores de servicios, las comunicaciones comerciales por vía electrónica, la información previa y posterior a la celebración de contratos electrónicos, las condiciones relativas a su validez y eficacia y el régimen sancionador.

La propia Exposición de Motivos de la Ley 34/2002 reconoce que el concepto que maneja la norma sobre «servicios de la sociedad de la información» es un concepto amplio que "[…] engloba, además de la contratación de bienes y servicios por vía electrónica, el suministro de información por dicho medio (como el que efectúan los periódicos o revistas que pueden encontrarse en la red), las actividades de intermediación relativas a la provisión de acceso a la red, a la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, a la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, al alojamiento en los propios servidores de información, servicios o aplicaciones facilitados por otros o a la provisión de instrumentos de búsqueda o de enlaces a otros sitios de Internet, así como cualquier otro servicio que se preste a petición individual de los usuarios (descarga de archivos de vídeo o audio...), siempre que represente una actividad económica para el prestador. Estos servicios son ofrecidos por los operadores de telecomunicaciones, los proveedores de acceso a Internet, los portales, los motores de búsqueda o cualquier otro sujeto que disponga de un sitio en Internet a través del que realice alguna de las actividades indicadas, incluido el comercio electrónico".

Las plataformas de intermediación en línea prestan servicios denominados mixtos, que se caracterizan porque una parte del contrato se ejecuta telemáticamente y otra no es efectuada por esta vía[17], lo que obliga a que reflexionar acerca de si constituyen "servicios de la sociedad de la información" y, por tanto, se encuentran sujetas a la Ley 34/2002. El planteamiento de si las plataformas de intermediación de servicios jurídicos están sujetas a la Ley 34/2002 pasa necesariamente por reflexionar sobre la STJUE 20 diciembre 2017[18] que inició el debate sobre las plataformas de intermediación que operan a través de internet. En concreto, en esta ocasión, el Tribunal comunitario se pronunció sobre si los servicios prestados por la plataforma de intermediación *Uber* tenían la consideración de un "servicio de la sociedad de información" o por el contrario, debían de considerarse un "servicio de transporte"[19].

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea concluyó que, el servicio que proporciona esta plataforma debe calificarse como "servicio de transporte" por cuanto la intermediación que efectúa es, a juicio del Tribunal comunitario, una parte integrante de un servicio global cuyo elemento principal es el transporte. El órgano judicial ampara esta calificación sobre la base de que la plataforma ejerce una influencia decisiva sobre las condiciones de las prestaciones efectuadas por los conductores, al establecer, al menos, el precio máximo de la carrera y ejercer cierto control sobre la calidad de los vehículos, así como sobre la idoneidad y el comportamiento de los conductores.

Es posible que uno de los principales motivos que llevaron al Tribunal a calificar el contrato como de transporte sea que, los conductores que prestan los servicios no son profesionales[20], por lo que no existiría tal conexión entre ellos y los prestatarios del servicio si no existiera dicha aplicación. De tal forma que, la plataforma en el desarrollo de su actividad, genera una nueva oferta de servicio de transporte[21]. En sentido contrario al pronunciamiento analizado, los órganos judiciales han tenido ocasión, de pronunciarse, sobre otras plataformas

17 Esta denominación es utilizada por Alonso Ureba, A. y Viera González, A.J.: "Formación y perfección" *cit.* 2003, p. 277.

18 STJUE 20 diciembre 2017 (TJCE 2017, 217).

19 Sobre el análisis de la STJUE 20 diciembre 2017 (TJCE 2017, 217), pueden verse, recientemente, entre otros, los trabajos de Paniza Fullana, A.: "El caso Uber: la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de diciembre de 2017", *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, núm. 3, 2018, pp. 97-106; Estancona Pérez, A.A.: "El caso UBER y la adaptación de la normativa europea a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de diciembre de 2017: La oportunidad legislativa portuguesa", *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 46, 2018; y Fernández García de la Yedra, A.: "Alcance y aplicabilidad de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de diciembre de 2017 (caso Uber)", *Lan Harremanak: Revista de relaciones laborales*, núm. 41, 2019.

20 Este criterio es también puesto muy de relieve en el comentario de la resolución realizado por Paniza Fullana, A.: "El caso Uber", cit., 2018, p. 4 (según numeración del pdf).

21 En estos términos se pronuncia, Solar Cayón, J. I.: *La inteligencia artificial jurídica: el impacto de la innovación tecnológica en la práctica del Derecho y el mercado de servicios jurídicos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, p. 272.

de intermediación que operan en línea en el tráfico jurídico, como pueden ser, "Airbnb" o "Blablacar"[22] considerando que no ejercen una influencia o control significativo sobre la actividad que subyace a la intermediación.

Con estos precedentes, debe plantearse si las plataformas de intermediación de servicios jurídicos tienen, o no, la consideración de "servicio de la sociedad de información". Para realizar esta calificación se han venido utilizando cuatro criterios que conforman el concepto, que de este tipo de servicios, articula la Directiva 2000/31/CEE, en su art. 2[23]: que sea un servicio prestado a cambio de una contraprestación, a distancia, por medios electrónicos y a solicitud individual de un receptor del servicio[24].

En abstracto, las plataformas de intermediación en línea plantean dudas en relación a si los servicios se prestan a distancia y por medios electrónicos[25], para resolver esta cuestión es necesario ahondar en si los que se prestan por vía electrónica son económicamente independientes del prestado por vía no electrónica. Esta cuestión resulta, en el caso de los servicios jurídicos, relativamente sencilla, en tanto que la ejecución del servicio jurídico propiamente dicho tiene que corresponder a un profesional que cuente con titulación universitaria en Derecho y la preceptiva colegiación profesional (cfr. arts. 542 en relación al 544.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial), de modo que la función de la plataforma se circunscribe a poner en contacto a los profesionales de la Abogacía con potenciales clientes, a cambio de una remuneración.

---

22 Sobre la plataforma "Airbnb" hay que destacar la STJUE 19 diciembre 2019 (ECLI:EU:C:2019:1112) que califica el servicio que presta la plataforma como un "servicio de la sociedad de la información" comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/31, porque no es posible apreciar que la plataforma ejerza una influencia decisiva sobre las condiciones de prestación de los servicios de alojamiento a los que está vinculado su servicio de intermediación, puesto que se limita a poner en contacto mediante una plataforma electrónica a potenciales contratantes que proponen servicios de alojamiento de corta duración. En relación con la plataforma "Blablacar" la SAP Madrid 18 febrero 2019 (JUR 2019, 100169) consideró que la plataforma "BlaBlaCar", "[…] no controla los aspectos esenciales de la actividad desarrollada por los usuarios. Se trata de una plataforma de uso compartido de vehículos. […] El hecho de que se faciliten determinados elementos auxiliares que hagan más atractiva la plataforma con la intención de captar usuarios no permite afirmar que se ejerza una influencia significativa sobre la actividad subyacente".
Sobre la naturaleza de los servicios que prestan estas plataformas, resulta muy ilustrativo el trabajo de López Ortega, R.: "Las plataformas Uber, BlaBlaCar y Airbnb ¿Intermediarias o prestadoras del servicio subyacente?", *Revista de Derecho Mercantil,* núm. 321, 2021.

23 El art. 2.1 de la Directiva 98/34/CEE y, el Anexo a) de la Ley 34/2002 considera "servicio de la sociedad de información": "[…] todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios".

24 La aplicación de estos criterios puede apreciarse en las conclusiones del Abogado General en la cuestión prejudicial planteada sobre la plataforma "Airbnb". Las conclusiones están disponibles en: https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=213504&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1223857 [última consulta: octubre 2021].
Para Fernández García de la Yedra, A.: "Alcance y aplicabilidad" cit. 2019, p. 28 (según numeración del pdf) estos criterios que se desprenden de la definición de "servicio de la sociedad de la información" no tienen el mismo valor, siendo lo relevante la determinación de que la plataforma no ejerce un control sobre las condiciones que determinan el servicio subyacente y, no tanto, la conclusión de que la plataforma de intermediación no ofrece un servicio con contenido material.

25 Cfr. Fernández García de la Yedra, A.: "Alcance y aplicabilidad", cit., 2019, p. 27 (según numeración del pdf).

Por tanto, el funcionamiento de estas plataformas de servicios jurídicos cumple con los requisitos anteriormente establecidos. Sin embargo, la prestación de servicios jurídicos tiene en la Ley 34/2002 una excepción en el art. 5.1 b), que excluye de la aplicación de esta normativa y remite a la aplicación de su regulación específica "los servicios prestados por abogados y procuradores en el ejercicio de sus funciones de representación y defensa en juicio". En mi opinión, esta previsión no constituye un inconveniente para que la actividad de estas plataformas de intermediación quede sujeta a la Ley 34/2002, por cuanto no prestan un servicio jurídico al no contar con letrados integrados en su ámbito de organización y dirección, ya que su función se circunscribe a la mera intermediación entre potenciales contratantes; y, en cualquier caso, no desarrollan una defensa de los intereses de los clientes en sede judicial, que es la actividad que la Ley 34/2002 excluye del ámbito de aplicación de la norma. Esta excepción no afectaría tampoco a profesionales de la Abogacía que prestaran servicios jurídicos en línea, consistentes, por ejemplo, en la redacción de contratos, reclamaciones extrajudiciales, etc. siempre que su actividad no requiriera la defensa jurisdiccional de los intereses del cliente.

3. La exclusión de la normativa sectorial de la Abogacía respecto de las plataformas de intermediación de servicios jurídicos.

Las normas sectoriales de la Abogacía -me refiero al Estatuto General de la Abogacía Española y al Código Deontológico de la Abogacía Española- han tenido que adaptarse a las nuevas formas de prestación de servicios jurídicos en la que los medios electrónicos tienen un importante papel. Esto justifica que el Código Deontológico de la Abogacía Española (aprobado por el Pleno del Consejo general de la Abogacía Española de 6 de marzo de 2019) dedique el art. 21 al "empleo de las tecnologías de la información y la comunicación" o que el Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española, establezca previsiones sobre la incidencia que tiene internet en la prestación de los servicios (por ejemplo, en el art. 22 sobre el secreto profesional)[26].

En el epígrafe anterior se ha puesto de relieve que las plataformas de intermediación de servicios jurídicos no prestan efectivamente servicios jurídicos, sino que desempeñan una función de enlace entre los contratantes a cambio de una remuneración. Esto justifica que se rechace que las plataformas de intermediación de servicios jurídicos estén sometidas a la normativa legal, estatutaria y a las

26 Por el contrario, el Código Deontológico de la Abogacía Española aprobado en el Pleno del Consejo General de la Abogacía Española de 27 de septiembre de 2002 se encuentra disponible en: https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/06/codigo_deontologico1.pdf [última consulta: septiembre de 2019] y el Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española, actualmente derogados, no recogían ninguna previsión en este sentido.

normas y usos de la deontología profesional como sí lo están los profesionales que ejercen la Abogacía de forma individual o colectiva (cfr. arts. 35 y 36 y 40 al 42 del Estatuto General de la Abogacía Española).

En conclusión, en el desarrollo de su actividad de intermediación las plataformas en línea no están sujetas a los deberes ni al régimen de responsabilidad al que están sometidos los profesionales que desarrollan la Abogacía (cfr. en relación con los deberes, las previsiones contenidas en los Títulos IV, VI y sobre el régimen de responsabilidad, el Título XI del Estatuto General de la Abogacía Española). A este respecto, es especialmente importante la no sujeción a la normativa deontológica por cuanto el art. 18 en relación con el art. 1 del Código Deontológico de la Abogacía Española establece la imposibilidad de cobrar comisión por el envío o recomendación de clientes, salvo que se informe de esta circunstancia al cliente[27].

4. El Reglamento sobre el fomento de la equidad y la transparencia para las empresas que utilizan servicios de intermediación en línea: una vía para la protección del "usuario profesional".

La falta de un régimen normativo que regule este tipo de plataformas de intermediación que actúan en el mercado digital, ha justificado que a nivel comunitario se aprobara una normativa en la que se fijen los contornos en los pueden desarrollarse estas actividades de intermediación para dotarlas de la oportuna transparencia y equidad[28]. El fundamento de esta ausencia de regulación radica en que si bien, como se ha expuesto anteriormente, existe un cierto desequilibrio entre la plataforma de intermediación y el profesional que ofrece sus servicios, esta relación jurídica no puede calificarse como una "relación de consumo" y, por tanto, debe descartarse la aplicación de las normas tuitivas de consumidores destinadas a paliar el desigual poder de las partes en el contrato[29].

La norma aprobada para mitigar este desequilibrio es el Reglamento, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para las empresas que utilizan servicios de intermediación en línea (en adelante, el Reglamento)[30]. Los objetivos del Reglamento son la regulación por un lado, de la relación existente entre las plataformas de intermediación que operan a través de internet y las empresas o

27 En el Código Deontológico de la Abogacía Española, de 27 de septiembre de 2002 no se permitía en ningún caso, la posibilidad de pagar o recibir comisiones por el envío y recomendación de clientes.

28 Sobre el fundamento del Reglamento de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para las empresas que utilizan servicios de intermediación en línea, Gorjón Rivas, S.: "Plataformas digitales: avances en su regulación y retos en el ámbito financiero", *Boletín Económico-Banco de España*, núm. 4, 2020, p. 4.

29 Fernández Masiá, E.: "Servicios de intermediación", cit., 2021, p. 566.

30 El Reglamento de 20 de junio de 2019, sobre sobre el fomento de la equidad y la transparencia para las empresas que utilizan servicios de intermediación en línea, puede consultarse en el siguiente enlace: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32019R1150 [última visita: septiembre de 2021].

profesionales[31] que acuden a ellas para acceder al consumidor y, por otro lado, la reglamentación del papel de los motores de búsqueda en el ofrecimiento de bienes o servicios con el objetivo de potenciar el libre mercado, evitando abusos o sesgos. Por último, el Reglamento comunitario también incorpora un sistema de resolución extrajudicial de conflictos, al que se aludirá posteriormente.

El Reglamento, en lo que a las plataformas de intermediación se refiere, busca la protección de la posición jurídica de las empresas o profesionales que recurren a servicios de intermediación con el objetivo de posicionarse en el mercado digital y, con ello, obtener eventuales clientes[32]. Una de las vías por la que apuesta el Reglamento para la consecución de este fin es dotar a las cláusulas que rigen la relación jurídica entre la plataforma de intermediación y la empresa o profesional, de la oportuna transparencia. A este respecto, el art. 3 del Reglamento exige que las estipulaciones estén redactadas de manera clara e inequívoca y fácilmente disponibles para las empresas durante todas las etapas de la relación contractual, so pena de que dejen de ser vinculantes con efectos *ex nunc* aquéllas que no cumplan con las condiciones expuestas en la norma comunitaria (art. 3.3 del Reglamento).

El art. 8 del Reglamento describe una serie de aspectos que deben respetar los proveedores de servicios, que tienen como objetivo garantizar que las relaciones entre la plataforma de intermediación y el "usuario profesional" se realicen conforme a la buena fe y la lealtad en las relaciones contractuales. A este respecto, los servicios de intermediación en línea no impondrán modificaciones retroactivas de las condiciones generales salvo que exista una obligación normativa o el cambio resulte beneficioso para el "usuario profesional". Además, las condiciones del contrato deberán incluir información sobre las condiciones que deben cumplir los "usuarios profesionales" para poder desistir del contrato y, por último, se indica igualmente, que en las condiciones generales deberá incluirse una descripción del acceso técnico y contractual -o su ausencia- a la información proporcionada o generada por el "usuario profesional" que mantengan las dos partes, después de la expiración del contrato.

31 La Propuesta de Reglamento hacía referencia a empresas en general, y no específicamente a los profesionales. A este respecto, como ya ocurría en el TRLGDCU, no hay inconveniente en considerar que también éstos están incluidos [cfr. Villanueva Lupión, C. *El servicio como objeto de tráfico jurídico*, La Ley, Madrid, 2009, p. 201]. Sin embargo, el art. 2 del Reglamento cuando define al "usuario profesional" incluye expresamente a los profesionales.

32 Flaquer Riutort, J.: "Obligaciones de transparencia", cit., 2019, p. 3 (según numeración del pdf). En la misma línea, se pronuncia Fernández Masiá, E.: "Servicios de intermediación", cit., 2021, p. 562 dispone que el Reglamento "[…] 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".

El Reglamento establece también estipulaciones con el objetivo de proteger al "usuario profesional" de posibles variaciones unilaterales por parte de los proveedores de servicios de intermediación en línea de las condiciones contractuales inicialmente pactadas. En este sentido, los proveedores de servicios de intermediación tendrán que informar a los "usuarios profesionales" mediante un soporte duradero de las modificaciones contractuales propuestas, estableciendo un plazo de, al menos, quince días desde la fecha en que se realice la comunicación al objeto de que el destinatario que va a resultar afectado por la modificación pueda, si lo desea, resolver el contrato antes de que se cumpla el plazo señalado (art. 3.2 del Reglamento). Por otro lado, el Reglamento también regula los términos en los que las plataformas de intermediación pueden realizar una *restricción, suspensión* y *terminación* de su relación contractual. En el caso de que se trate de una *restricción* o *suspensión* del servicio la plataforma de intermediación deberá informar con carácter previo o, en el momento en el que va a surtir efecto la restricción, una motivación que incluirá -salvo que exista una obligación normativa de no informar o exista una infracción reiterada de las condiciones generales aplicables- de los hechos o circunstancias específicos que han justificado la decisión. En el supuesto de que la plataforma decida *poner fin* a la prestación de los servicios, ésta deberá también comunicar los motivos que justifiquen su decisión en un soporte duradero con un plazo de preaviso de, al menos, treinta días (arts. 4.1, 4.2 y 4.5 del Reglamento). En cualquiera de los supuestos anteriores -*restricción, suspensión* y *terminación*- el "usuario profesional" podrá aclarar los hechos y circunstancias que han justificado la decisión de la plataforma de intermediación mediante un sistema interno de tramitación de reclamaciones regulado en el art. 11 del Reglamento.

5. El sistema de resolución de controversias del Reglamento sobre el fomento de la equidad y la transparencia y su incorporación en las plataformas de intermediación de servicios jurídicos en línea.

El Reglamento de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para las empresas que utilizan servicios de intermediación en línea establece, también, una serie de mecanismos para la resolución de los conflictos que puedan surgir de la relación jurídica entre las plataformas de intermediación en línea y los "usuarios profesionales". Los mecanismos que establece el Reglamento intentan adaptarse a las características inherentes del marco en el que pueden plantearse los conflictos; en este sentido, la celeridad propia del mercado digital, el aspecto internacional en el que pueden prestarse los servicios y los riesgos inherentes de los procesos judiciales han justificado la apuesta del Reglamento comunitario, a favor, de mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos. Sin perjuicio de lo anterior, el sometimiento de las partes a estos mecanismos es

voluntario, de modo que, no excluye la posibilidad de los contratantes de acudir a la vía judicial ordinaria[33].

El Reglamento establece dos mecanismos para la resolución de los conflictos derivados de la relación contractual, uno denominado "sistema interno de tramitación de reclamaciones" que se regula en el art. 11 del Reglamento y, por otro lado, la determinación, en el art. 12 del Reglamento, de la mediación como mecanismo extrajudicial para la resolución de controversias.

El sistema interno de tramitación de reclamaciones debe ser ofrecido por las plataformas de intermediación en línea[34] -salvo que éstas tengan la consideración de pequeñas empresas en el sentido del anexo de la Recomendación 2003/361/CEE, de la Comisión de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas empresas y medianas empresas, porque se considera que, en estos casos, la exigencia de un sistema interno de tramitación de reclamaciones comportaría para estas empresas un elevado coste-[35], de forma gratuita para que en un plazo razonable puedan resolver los conflictos surgidos con los usuarios profesionales. Las plataformas de intermediación de servicios jurídicos resulta difícil que tengan obligación de incorporar un sistema de tramitación de reclamaciones, en los términos exigidos por el Reglamento, porque por la propia naturaleza del servicio que prestan suele tener un ámbito de impacto nacional, lo que dificulta la obtención de los parámetros exigidos por la Recomendación de la Comisión para que no sean consideradas pequeñas empresas.

Sin perjuicio de lo anterior, en el caso de que las plataformas de intermediación examinadas cumplieran con los parámetros del número de trabajadores y de beneficios, deberán tener este sistema de tramitación disponible, basado en los principios de transparencia e igualdad de trato frente a situaciones equivalentes, tratando las reclamaciones de manera proporcionada a su importancia y complejidad (art. 11.1 segundo párrafo del Reglamento). El sistema permitirá la presentación de reclamaciones frente a las plataformas de intermediación en relación al incumplimiento por parte del proveedor de las obligaciones establecidas

33 Esta cuestión se reconoce expresamente, respecto a la mediación, en el art. 12.5 del Reglamento que determina como "todo intento de llegar a un acuerdo por medio de la mediación para resolver un litigio con arreglo a este artículo se entenderá sin perjuicio del derecho de los proveedores de servicios de intermediación en línea y del de los usuarios profesionales afectados de iniciar un proceso judicial en cualquier momento durante el procedimiento de mediación o antes o después de éste".

34 Fernández Masiá, E.: "Servicios de intermediación", cit., 2021, p. 573 reconoce que los términos en los que se pronuncia el Reglamento sobre la posible configuración de estos sistemas internos de tramitación de reclamaciones, dotan a las plataformas de un grado razonable de flexibilidad para el diseño y utilización de éstos, así como para la gestión de las reclamaciones que puedan presentarte, y que en todo caso, evita que supongan una pesada carga administrativa para los proveedores de servicios de intermediación en línea.

35 El texto de la Recomendación se encuentra disponible en el siguiente enlace: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32003H0361 [última consulta: septiembre de 2021]. En el anexo de la Recomendación se considera pequeña empresa, a 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 el Reglamento, en supuestos de problemas tecnológicos relacionados con la prestación del servicio de intermediación y, por último, como cláusula de cierre, respecto a cualquier medida específica o conducta de la plataforma que afecte a la prestación del servicio y al "profesional usuario", lo que supone, en última instancia, la posibilidad de plantear, ante el sistema interno de tramitación de reclamaciones, cualquier tipo de controversia que pueda surgir entre los contratantes.

El segundo de los mecanismos establecidos por el Reglamento para evitar que los conflictos que puedan surgir entre la plataforma de intermediación en línea y el "usuario profesional" se sustancie en un procedimiento judicial, es la previsión de la mediación como mecanismo alternativo de resolución de conflictos. Al respecto, el art. 12 del Reglamento establece la obligación de las plataformas de intermediación en línea de designar, al menos, a dos mediadores con los que la plataforma está dispuesta a colaborar para la consecución de un acuerdo y resolver el posible conflicto que no ha sido solventado mediante el sistema interno de tramitación de resoluciones.

Las plataformas de intermediación en línea que tengan la consideración de *pequeñas empresas,* en los términos expuestos anteriormente, también se encuentran exentas de efectuar la designación de estos profesionales mediadores.

Los mediadores deberán de ser imparciales e independientes, sus servicios deberán ser asequibles para los "usuarios profesionales"[36], podrán prestar sus servicios en el idioma en el que se encuentren redactadas las condiciones generales, deben resultar fácilmente accesibles, debiendo prestar sus servicios sin demora indebida y teniendo un conocimiento suficiente sobre las relaciones comerciales interempresas. En el desarrollo de la mediación, reconoce el Reglamento, que las partes actuarán de buena fe con el objetivo de intentar alcanzar un acuerdo que ponga fin al conflicto.

El sistema que plantea el Reglamento en torno a la resolución de conflictos debe valorarse positivamente por cuanto su funcionamiento proporciona vías más adecuadas que los sistemas jurisdiccionales tradicionales, para la resolución de conflictos producidos en el entorno digital. Sin embargo, su incidencia en relación a las plataformas de intermediación de servicios jurídicos, es limitada porque la naturaleza del servicio que prestan hace que su ámbito de extensión del negocio se circunscriba, con frecuencia, a un mercado nacional y, por *end*e, al amparo del

36 A este respecto, el art. 12.4 del Reglamento proporciona pautas sobre el abono de los costes de la mediación, en el sentido de reconocer que "los proveedores de servicios de intermediación en línea soportarán una parte razonable de los costes totales de la mediación en cada caso individual. Dicha proporción se determinará de acuerdo con las indicaciones del mediador, teniendo en cuenta todos los elementos pertinentes del expediente, sobre todo, los fundamentos relativos de los argumentos de las partes en el litigio y la conducta de estas, así como el tamaño y la capacidad financiera de cada parte respecto de la otra".

Reglamento no sea una obligación jurídica para estas plataformas la articulación de "sistemas internos de tramitación de reclamaciones" o la designación de mediadores.

III. CONCLUSIONES.

Es un hecho indubitado que el desarrollo de la tecnología y la implantación de internet ha afectado también, a la forma en la que tradicionalmente se prestaban los servicios jurídicos, puesto que han surgido en el mercado plataformas de intermediación de este tipo de servicios, destinadas a hacer de enlace entre potenciales clientes y profesionales, a cambio de una remuneración. Estas plataformas han excavado un nicho de mercado favoreciéndose, en parte, de las dudas que se plantean en torno a la determinación del marco jurídico que les resulta aplicable.

El trabajo ha puesto de relieve que el propio funcionamiento de estas plataformas cuya labor se circunscribe, en la mayoría de los casos, a la conexión entre profesionales y cliente conforme a una serie de parámetros -como, por ejemplo, la ciudad en la que se van a prestar los servicios o el área de especialidad de Derecho que se precisa- descarta que deban constituirse como *sociedades profesionales* de conformidad con la Ley 2/2007, o que les resulte de aplicación la normativa sectorial aplicable al ejercicio de la Abogacía. En cambio, la falta de control que realizan estas plataformas sobre la prestación de los servicios jurídicos por parte del profesional comporta que tengan la consideración de "servicios de la sociedad de la información" al amparo de la Ley 34/2002 y, también la sujeción de estas plataformas a las condiciones de transparencia y equidad que exige el Reglamento de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para las empresas que utilizan servicios de intermediación en línea, aunque puedan exonerarse -si cumplen los parámetros cuantitativos establecidos en anexo de la Recomendación 2003/361/CEE, de la Comisión de 6 de mayo de 2003- del cumplimiento de las obligaciones en materia de resolución de conflictos que exige el Reglamento.

La evolución del mercado digital y la aparición de nuevas vías de negocio respecto a actividades tradicionales como es, el ejercicio de la Abogacía, ha puesto de relieve la necesidad de que el ordenamiento jurídico se adapte a la situación generada y proporcione respuestas a problemas prácticos que se plantean en este ámbito, para ello, se hace necesario que a nivel nacional y comunitario se aprueben normas, como el Reglamento comunitario sobre el fomento de la equidad y la transparencia, que propicien la libre competencia y la ausencia de desequilibrios en perjuicio de los profesionales que ofrecen sus servicios en estas plataformas y del destinatario final del servicio.

BIBLIOGRAFÍA

Alonso Ureba, A. y Viera González, A. J.: "Formación y perfección de los contratos a distancia celebrados por internet", en Mateu De Ros, R. y López-Monis, Gállego, M.: (coordinadores) *Derecho de Internet: La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio electrónico*, Thomson Aranzadi, Elcano (Navarra), 2003.

Arranz Alonso, L.: "Los contratos de comercio electrónico", en Mateu De Ros, R. y López-Monis, Gállego, M.: (coordinadores) *Derecho de Internet: La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio electrónico*, Thomson Aranzadi, Elcano (Navarra), 2003.

Crespo Mora, M.C.:

- "La responsabilidad civil de la sociedad profesional y de sus profesionales", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 28, 2012.

- *La prestación de servicios jurídicos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020.

Estancona Pérez, A. A.: "El caso UBER y la adaptación de la normativa europea a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de diciembre de 2017: La oportunidad legislativa portuguesa", *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 46, 2018.

Fernández García de la Yedra, A.: "Alcance y aplicabilidad de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de diciembre de 2017 (caso Uber)", *Lan Harremanak: Revista de relaciones laborales*, núm. 41, 2019.

Fernández Masiá, E.: "Servicios de intermediación en línea en Europa: Diseño de un sistema específico de solución de controversias", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 32, 2021.

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.

Gorjón Rivas, S.: "Plataformas digitales: avances en su regulación y retos en el ámbito financiero", *Boletín Económico-Banco de España*, núm. 4, 2020.

Jarne Muñoz, P.: "Nuevos vientos para las plataformas en línea en el mercado único digital", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 18, 2016.

López Ortega, R.: "Las plataformas Uber, BlaBlaCar y Airbnb ¿Intermediarias o prestadoras del servicio subyacente?", *Revista de Derecho Mercantil,* núm. 321, 2021.

Paniza Fullana, A.: "El caso Uber: la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de diciembre de 2017", *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, num. 3, 2018.

Solar Cayón, J. I.: *La inteligencia artificial jurídica: el impacto de la innovación tecnológica en la práctica del Derecho y el mercado de servicios jurídicos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019.

Vázquez Albert, D.: "Sociedades profesionales: las polémicas sociedades de intermediación", *Iuris: Actualidad y práctica del derecho,* núm. 128, 2008.

Villanueva Lupión, C.: *El servicio como objeto de tráfico jurídico*, La Ley, Madrid, 2009.

CUESTIONES DE INTERÉS JURÍDICO

ASPECTOS POLÉMICOS DE LA LEY 8/2021 DE MEDIDAS DE APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

CONTROVERSIAL ASPECTS OF LAW 8/2021 ON SUPPORT MEASURES FOR PEOPLE WITH DISABILITIES

Rev. Boliv. de Derecho Nº 33, enero 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 534-573

Federico
ARNAU MOYA

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de diciembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 15 de diciembre de 2021

RESUMEN: La ley de apoyo a las personas con discapacidad ha adecuado el ordenamiento jurídico español a Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York de 2006. La nueva ley ha terminado con la incapacitación, en adelante la capacidad jurídica ya no puede ni eliminarse ni modificarse. La idea central del nuevo sistema son las medidas de apoyo a las personas con discapacidad que serán titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones. Sin embargo, la nueva ley ha adoptado toda una serie de medidas polémicas, como la desaparición del principio del interés superior de la persona con discapacidad, o la sustitución de la capacidad jurídica por la capacidad de obrar, así como la eliminación de la figura del tutor que se reserva para los menores de edad.

PALABRAS CLAVE: discapacidad; provisión de apoyos a las personas con discapacidad, sistemas de apoyo, capacidad jurídica, tutela, curatela, salvaguardias, demanda de incapacitación.

ABSTRACT: *The so-called law of provision of support to people with disabilities has adapted the Spanish legal system to the New York International Convention on the Rights of Persons with Disabilities of 2006. The new law has ended incapacitation, henceforth legal capacity can no longer be eliminated or modified. The central idea of the new system is measures to support persons with disabilities who will be entitled to make their own decisions. However, the new law has adopted a whole series of controversial measures, such as the disappearance of the principle of the best interests of the person with a disability or the replacement of legal capacity by the ability to act as well as the elimination of the figure of the guardian that is reserved for minors.*

KEY WORDS: *Disability, provision of support to people with disabilities, Support system, legal capacity, guardianship, curatorship, safeguards, incapacitation lawsuit.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- 1. Objetivos.- 2. La Convención de Nueva York de 2006.- II. LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE CAPACIDAD.- 1. La reinterpretación de la normativa vigente a la CDPD.- 2. Las principales novedades de la Ley 8/2021.- III. LAS MEDIDAS DE APOYO ASISTENCIALES.- 1. Medidas de apoyo.- 2. La curatela.- VI. MEDIDAS DE APOYO SUSTITUTIVAS.- 1. El guardador de hecho.- 2. El defensor judicial.- 3. El curador representativo.- VII. ASPECTOS CONTROVERTIDOS DE LA LEY 8/2021.- 1. La desaparición del interés superior de la persona con discapacidad.- 2. La imposición de la capacidad jurídica en detrimento de la capacidad de obrar.- 3. La desaparición de la tutela de los discapaces.- 4. La aplicación *sui generis* de la Convención de 2006.- 5. A modo de conclusión.

I. INTRODUCCIÓN.

1. Objetivos.

El 3 de septiembre de 2021 ha entrado en vigor 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. En el Preámbulo de la Ley se establece que la reforma de la legislación civil y procesal que aquella introduce obedece a la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (en adelante la Convención o CDPD)[1]. Desde la ratificación de la Convención se han publicado multitud de estudios al respecto, habiéndose originado una agria polémica en la doctrina, desde mucho antes de la incorporación de aquella norma internacional a nuestro ordenamiento jurídico. Hemos de precisar, como a continuación se detallará, que la controversia tiene su origen en el momento en que muchos de los estados firmantes de la Convención han de incorporarla a sus ordenamientos jurídicos. Muchos estados firmantes no incorporaron algunos de los mandatos de la CDPD a sus ordenamientos jurídicos de modo que se dictó la Observación General núm. 1, del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad para determinar el alcance de las obligaciones derivadas de la CDPD para los estados firmantes. La Observación ha hecho una interpretación muy amplia del texto de la CDPD con la consecuencia de que muchos estados firmantes se han visto atrapados entre la espada y la pared. Entre lo que realmente firmaron y en lo que la Observación ha añadido.

1 En España el 9 de abril de 2008 se aprueba el Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (BOE 21 abril 2008, núm. 97) que entra en vigor el 3 de mayo de ese mismo año. La CDPD una vez ratificada ya forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y en consecuencia es directamente aplicable (art. 96.1º CE y art. 1.5 CC). Además, pasa a ser un criterio de interpretación de las normas de acuerdo con el art. 10.2 CE.

• Federico Arnau Moya
Profesor Contratado Doctor Derecho civil, Universitat Jaume I (España). Correo electrónico: arnauf@uji.es. ORCID: 0000-0002-8434-6708

Esto ha provocado que muchos simplemente hayan hecho caso omiso a parte de las recomendaciones de la misma. Así ha sucedido, en algunos aspectos con nuestro país que ha mantenido las medidas de apoyo sustitutivas en contra de la recomendación si bien por otra parte ha aceptado suprimir la figura del interés superior de la persona con discapacidad. En este concreto punto, es donde se va a situar la misión de la jurisprudencia en nuestro país, en como conciliar la voluntad a ultranza de la persona con discapacidad respecto a las medidas de apoyo que se le van a aplicar con el desaparecido principio del interés del discapaz.

En este trabajo, también nos proponemos analizar otras medidas de la Ley 8/2021 que suponen un importante giro respecto a nuestra tradición jurídica como el cuestionamiento de la figura de la capacidad de obrar, la supresión de la tutela respecto de las personas con discapacidad y especialmente la cuestión de la eliminación del principio superior del interés de la persona con discapacidad. Para nuestro trabajo, vamos a utilizar las resoluciones judiciales que ya se han dictado tras la entrada en vigor. Hay que tener en cuenta que desde la entrada en vigor de la ley hasta el momento de la redacción de este trabajo ya se han dictado tres sentencias por el Tribunal Supremo, una de ellas de Pleno, asimismo por las Audiencias Provinciales ya han sido dictadas más de veinte resoluciones. Si bien es cierto que absolutamente todos estos pronunciamientos judiciales se refieren a hechos surgidos con anterioridad a la entrada en vigor de la ley, también lo es que en aquella se han establecido unas reglas de aplicación especiales. Así pues, en la disposición transitoria sexta (DT6ª), que se refiere a los procesos en tramitación, como es el caso de las sentencias que se han dictado hasta el momento de escribir estas líneas, se establece que: «Los procesos relativos a la capacidad de las personas que se estén tramitando a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán por lo dispuesto en ella, especialmente en lo que se refiere al contenido de la sentencia, conservando en todo caso su validez las actuaciones que se hubieran practicado hasta ese momento». Asimismo, el nuevo texto legal, para asegurar la implantación de este nuevo régimen, exige revisar todas las tutelas y curatelas vigentes al tiempo de la entrada en vigor de la ley, para adaptarlas al nuevo régimen de provisión de apoyos (DT5ª Ley 8/2021). Así pues, en estas sentencias, así como en la opinión de la doctrina, vamos a encontrar datos suficientes para poder prever como se va a aplicar la nueva norma, en especial si prevalecerá la voluntad a ultranza del discapaz en aquellos casos en que vaya en contra de sus propios intereses personales y patrimoniales.

2. La Convención de Nueva York de 2006.

La cercanía de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, hace que todavía no se cuente con una doctrina jurisprudencial consolidada, de modo que se hace necesario tener todavía en cuenta los precedentes de la norma. Así pues, para

entender los futuros pronunciamientos judiciales hay que tener en cuenta como la Convención de Nueva York de 2006 ha sido tenido en cuenta por nuestro legislador.

En la doctrina se ha destacado la lentitud del legislador español en incorporar la Convención a nuestro ordenamiento jurídico en forma de ley[2]. En el artículo 1 CDPD se establece como su objetivo el "promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentarles por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto a su dignidad inherente". Asimismo, en el art. 12 CDPD se proclama que "las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y obliga a los Estados Partes a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. El propósito de la Convención es 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, así como promover el respeto de su dignidad inherente".

En el Preámbulo de la Ley 8/2021 se destaca que la Convención introduce importantes novedades en el tratamiento de la discapacidad y exige a los Estados Partes que proporcionen las salvaguardias adecuadas para que "las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas". Así pues, -tal como continúa indicado el Preámbulo- se impone un cambio de sistema en nuestro ordenamiento jurídico en el que ha venido predominando la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad por otro basado "en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones". Esta libertad de la persona con discapacidad para tomar sus propias decisiones constituye uno de los principios fundamentales de la reforma.

2 Corvo López, F.M.: "La Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre provisión de apoyos a las personas con discapacidad en clave de futuro", *Revista Aranzadi Doctrinal,* núm. 8/2021, p. 1, destaca el enorme retraso en la publicación de la Ley, puesto que en la disposición adicional 7ª de la Ley 26/2011, de 1 de agosto , de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el Gobierno español se comprometió a remitir a las Cortes Generales, en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la misma, un proyecto de ley de adaptación normativa del Ordenamiento jurídico a las previsiones del art. 12 CDPD.

La Ley 8/2021 es la de más profundo calado de entre todas las que le han precedido para adecuar nuestro ordenamiento jurídico al tratado de Nueva York de 2006[3]. La imprecisión del art. 12 de la Convención motivó que posteriormente se tuviese que publicar la Observación General núm. 1 de 2014 que tiene por finalidad analizar el alcance de las obligaciones contenidas en citado precepto para los Estados firmantes[4]. A grandes rasgos, en la Observación se establece que las personas con discapacidad deben tomar sus propias decisiones para ser iguales ante la ley. No obstante, en este texto se efectúan algunas afirmaciones que cuya estricta aplicación dejaría sin protección a las personas con graves discapacidades lo que ha generado críticas en una parte de la doctrina [5]. Así pues, se afirma que existen medidas que discriminan a las personas con discapacidad como sucede con la tutela y la curatela. Por lo tanto, deben usarse medidas de apoyo de para tomar decisiones en vez de la tutela y la curatela. También critica las leyes que obligan a las personas con enfermedad mental a tomar a un tratamiento sin su consentimiento y, finalmente mantiene que la capacidad mental no es un motivo adecuado para negar a una persona su capacidad jurídica. La Observación, a diferencia de la Convención, no es un tratado internacional, de modo que los países firmantes de la segunda no están obligados a seguir sus recomendaciones[6].

3 Tal como se señala en el preámbulo de la Ley 8/2021, en nuestro país ya se han publicado toda una serie de normas para adaptar nuestro ordenamiento jurídico al tratado de 2006. Siendo la primera la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, y que se encargó de modificar hasta diecinueve leyes de nuestro Derecho interno para ajustarlas al nuevo modelo social de la CDPD. La reforma continua con el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, a la que han de sumarse la reforma del Código penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, la nueva legislación de jurisdicción voluntaria (Ley 15/2015, de 2 de julio, modificada por la Ley 4/2017, de 24 de junio, precisamente en relación con el derecho de las personas con discapacidad a contraer matrimonio en igualdad de condiciones) o las más recientes Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones, y Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad.

4 Observación general núm. 1 (2014). Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. 11° período de sesiones. 31 de marzo a 11 de abril de 2014. Disponible en: http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observaci%C3%B3n-1-Art%C3%ADculo-12-Capacidad-jur%C3%ADdica.pdf. Tal como se indica en la Introducción de esta observación su finalidad es la de proporcionar una interpretación del art. 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

5 Rabanete Martínez, I.J.: "La curatela como mecanismo de protección general de las personas con discapacidad", *IDIBE*, Tribuna -mayo 8, 2019. Disponible en: https://idibe.org/tribuna/la-curatela-mecanismo-proteccion-general-las-personas-discapacidad/. Consultado el 17-05-2021, también manifiesta su disconformidad con la negativa de que médicamente se pueda evaluar la aptitud de una persona para saber si puede o no tomar decisiones. Estima que la afirmación de la Observación es muy arriesgada puesto que atenta contra el principio primordial de la Convención que es la protección de las personas con discapacidad. Esta protección ha de impedir que personas con graves desequilibrios mentales puedan tomar libremente decisiones que pongan en peligro su patrimonio o sus derechos fundamentales.

6 Nieto Pavía, R.: "El valor internacional de las recomendaciones de los Comités de Derechos Humanos y el bloque de constitucionalidad", *International Law; Revista Colombiana de Derecho Internacional, núm. 18, enero-junio,* 2011, pp. 176-177, estima que las Observaciones Generales no tienen carácter obligatorio para los Estados Partes, puesto que no han sido ratificadas por estos, en consecuencia, sólo tienen el valor de recomendaciones autorizadas. En parecidos términos, Martínez de Aguirre Aldaz, C.: "Curatela y representación: cinco tesis heterodoxas y un estrambote", en *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de Discapacidad.* (dirs. S. De Salas Murillo y M.V. Mayor del Hoyo), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p. 257, mantiene que los Estados signatarios de la

Afortunadamente en muchos aspectos el legislativo español, no ha tenido en cuenta la Observación puesto que en la Ley 8/2021 se mantiene la curatela como principal medida de apoyo judicial de carácter asistencial. Por otro lado, la representación de las personas con discapacidad tampoco ha desaparecido de nuestro ordenamiento jurídico, aunque se mantiene con carácter excepcional y bajo la fórmula de la curatela representativa. Asimismo, la Ley 8/2021 de manera implícita sigue teniendo en cuenta las valoraciones periciales de los expertos en enfermedades mentales puesto que el paso de las medidas de apoyo voluntarias a las judiciales sólo será posible en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se traten. Lo anterior requiere someter a una evaluación de las aptitudes mentales de la persona con discapacidad, aunque la ley pase de puntillas sobre este extremo.

II. LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE CAPACIDAD.

1. La reinterpretación de la normativa vigente a la CDPD.

Durante el largo periodo de tiempo existente entre la ratificación de la CDPD en el año 2008 hasta la publicación de la Ley 8/2021, han sido los tribunales quienes han ido fijando las pautas para interpretar la normativa vigente en materia de incapacitación de acuerdo con las previsiones de la CDPD[7]. Al respecto, hay que tener en cuenta el giro radical que han supuesto los principios de la convención respecto a la discapacidad para así entender el enorme esfuerzo de nuestros tribunales para reinterpretar nuestro ordenamiento jurídico hasta la publicación de la Ley 8/2021.

Una de las resoluciones pioneras fue la STS 29 abril 2009 (RJ 2009, 2901), de Pleno. En ella la cuestión que se plantea es si tras la ratificación de la CDPD, y su incorporación al ordenamiento jurídico español, debe de considerarse, o no, contraria a la misma la normativa relativa a la incapacitación como medida de protección de las personas incapaces. La Sala mantiene que la incapacitación, de modo similar a la minoría de edad, no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio. En consecuencia, debe evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado, puesto que una medida de protección como la incapacitación,

Convención de Nueva York no están obligados a cumplir con las recomendaciones y opiniones del Comité. Sin perjuicio, de reconocerle su valor de interpretación.

7 Corvo López, F. M.: "La Jurisprudencia", cit., entiende que tanto el Tribunal Supremo como la Fiscalía con esa labor de relectura de la normativa vigente hasta la entrada en vigor de la Ley 8/2021 han puesto de relieve la fuerza obligatoria de los tratados internacionales desde su ratificación. En este sentido, Aguilar Ruiz, L.: "Nueva lectura jurisprudencial de la curatela como figura de administración de los bienes del incapaz: Comentario a la Sentencia del TS de 4 de abril de 2017 (RJ 2017, 1505)", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial,* núm. 44, 2017, p. 359, estima que en esa jurisprudencia se ha intentado acomodar los viejos principios de la institución de la incapacitación, y de los sistemas legales de asistencia y cuidado de los incapaces (tutela y curatela), vigentes en el Código Civil y en la LEC a los nuevos principios internacionales sobre discapacidad recogidos en la Convención de Nueva York de 2006.

con independencia del *nomen iuris* con el que finalmente el legislador acuerde identificarla, solamente tiene justificación con relación a la protección de la persona. Finalmente, mantiene que el sistema de protección establecido en el Código Civil sigue vigente, aunque con la lectura que se propone: «1.º Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección. 2.º La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto, no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada»[8]. Así pues, esta sentencia mantiene que el sistema de español de incapacitación recogido en el CC es acorde con los principios y derechos constitucionales afectados, así como con los contenidos de la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006[9]. En la doctrina también se ha destacado que en esa sentencia se estima que la incapacitación, lejos de constituir un modo de discriminación constituye un modo de protección de la persona cuyas facultades intelectuales y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como tal. No obstante, como se trata de proteger a la persona, la modificación de la capacidad de obrar no puede ser rígido, sino que ha de adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la incapacidad. En esta sentencia, se propone la curatela (reinterpretada a la luz de la Convención) como la medida más idónea cuando no sea posible conocer la voluntad de la persona y tomar decisiones en su nombre. En esta sentencia se crea la tesis jurisprudencial del "traje a medida" que supone que la modificación de la capacidad ha de ser flexible y adaptarse la concreta necesidad de protección de la persona afectada[10]. La aplicación de esta tesis, consecuencia de la relectura

8 González Cervera, M. I., Maldonado Ramos, I., y Xiol Ríos, J. A.: "Incapacidad. La interpretación de las normas vigentes a la luz de la Convención de Nueva York de 2006. La incapacitación no altera la titularidad de los derechos fundamentales, aunque si afecta a su ejercicio y se justifica por su finalidad protectora de la persona [Crónicas TS (Sala 1ª) año 2008-2009]", *Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Aranzadi, Enero 2009.

9 Rubio Torrano, E.: "La incapacitación: titularidad y ejercicio de derechos fundamentales afectados. La convención de Nueva York", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 9/2009. Señal que la sentencia, a los efectos de reforzar su línea interpretativa, incorpora una breve referencia a los sistemas de protección europeos más próximos (Códigos civiles italiano, francés y alemán), así como del Código civil de Québec, pertenecientes todos a países firmantes de la Convención de Nueva York. Destaca que todos estos sistemas, si bien con diferente intensidad, prevén la asistencia o representación del incapaz, distinguiendo diversos grados de protección semejantes a los contemplados en el Código Civil español.

10 STS 6 mayo 2021 (RJ 2021, 2381), 18 julio 2018 (RJ 2018, 2957), 7 de marzo 2018 (RJ 2018, 934), 6 marzo 2018 (RJ 2018, 1062), 11 de octubre 2017 (RJ 2017, 4290), 18 julio 2017 (RJ 2018,2957), 4 abril 2017 (RJ 2017, 1505), 3 junio 2016 (RJ 2016, 2311) 20 octubre 2015 (RJ 2015, 4900), 13 mayo 2015 (RJ 2015, 2023), 1 julio 2014 (RJ 2014, 4518). En esta última sentencia se precisa esta tesis al decir que: "La incapacitación ha de adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la incapacidad, lo que se plasma en la graduación de la incapacidad. Esta graduación puede ser tan variada como variadas son en la realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas. Se trata de un traje a medida, que precisa 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

de la incapacitación judicial, ha provocado que se terminara construyendo un régimen de asistencia y apoyos *ad causam* que, según algunas, voces no termina correspondiéndose en esencia ni con la curatela ni con la tutela[11].

En la STS 6 mayo 2021 (RJ 2021, 2381) se establecen los principios jurisprudenciales derivados del convenio: 1º) El principio de presunción de capacidad de las personas 2º) El principio de flexibilidad (o del traje a medida). 3º) El principio de aplicación restrictiva 4º) El principio de la no alteración de la titularidad de los derechos fundamentales. 5º) El principio del interés superior de la persona con discapacidad. 6º) El principio de consideración de los propios deseos y sentimientos de la persona con discapacidad. 7º) El principio de fijación de apoyos.

2. Las principales novedades de la Ley 8/2021.

En el preámbulo de la Ley 8/2021 se dice que la reforma del Código es la más amplia de todas las que introduce la reforma y que de allí se extrapola al resto de la legislación civil y procesal. Se modifica el Título IX del Libro Primero "De la incapacitación" que pasa a denominarse "De la tutela y de la guarda de los menores" y se proponen los nuevos arts. 199 a 238. También se modifica el Título X del Libro Primero "De la tutela, de la curatela y de la guarda de los menores o incapacitados" que pasa a denominarse "De la mayor edad y de la emancipación" y se proponen los nuevos arts. 239 a 248. Además, se modifica el Título XI del Libro Primero "De la mayor edad y de la emancipación" que pasa a denominarse "De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica" y se proponen los nuevos arts. 249 a 299. Asimismo, se suprime el actual Título XII del Libro Primero "Del Registro del estado civil" y se introduce un nuevo Título XII en el Libro Primero, con la denominación "Disposiciones comunes" y se propone un nuevo art. 300. Finalmente, se modifican multitud de preceptos del Código civil ubicados fuera de los anteriores títulos[12]. A su

determinados actuaciones. Para lograr este traje a medida, es necesario que el tribunal de instancia que deba decidir 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. Entre las pruebas legales previstas para ello, la exploración judicial juega un papel determinante para conformar esa convicción del tribunal de instancia. Hasta tal punto, que un tribunal de instancia no puede juzgar sobre la capacidad sin que, teniendo presente al presunto incapaz, haya explorado sus facultades cognitivas y volitivas (superando las preguntas estereotipadas), para poder hacerse una idea sobre el autogobierno de esta persona".

11 Aguilar Ruiz, L.: "Nueva lectura", p. 360.

12 Además de los artículos afectados por los cambios de los citados títulos también se proponen modificaciones para un elevado número de preceptos. Se modifica el segundo párrafo del artículo 9.6; el apartado 8 del artículo 10; el segundo párrafo del artículo 15.1; el apartado 2 del artículo 20; las letras c) y d) del artículo 21.3; la letra c) del artículo 22.2; el artículo 82; se añade un nuevo segundo párrafo al artículo 91; se modifica el artículo 94, el 96; se modifica el párrafo segundo del artículo 112; el artículo 121; el artículo 123; el artículo 124; el artículo 125; se modifican los apartados 1 y 2 del artículo 137; se suprime el artículo 171; se modifica el artículo 443; artículo 663; artículo 665; artículo 695; se suprime el ordinal 2.º del artículo 697 pasando el ordinal 3.º a ser 2.º; se modifica el párrafo tercero del artículo 706; se modifica el artículo 708; se modifica el inciso inicial del artículo 709 y se añade un último párrafo; se modifica el segundo párrafo

vez la reforma del Código conlleva la de otras leyes, si bien en este estudio nos centraremos principalmente la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) y en la Ley de Jurisdicción Voluntaria (LJV)[13].

La profundidad de la reforma se justifica en el preámbulo porque el nuevo sistema está fundamentado en tres principios: en primer lugar, está el respeto a la voluntad y a las preferencias de la persona con discapacidad que se extrapola a toda la normativa civil y procesal modificada. En segundo lugar, la nueva regulación de la discapacidad girará en torno al concepto del "apoyo" a la persona que lo precise. En consecuencia, la incapacitación deja de ser el elemento central para la protección de las personas con discapacidad desapareciendo tanto la declaración de incapacidad como la de su modificación. En tercer lugar, la institución de la curatela se constituye en la principal medida de apoyo de carácter judicial al haberse desconectado de este sistema a la institución de la tutela que queda reducida a la protección de menores[14]. De manera excepcional se admiten las medidas de apoyo representativas, entre ellas la curatela representativa.

III. LAS MEDIDAS DE APOYO ASISTENCIALES.

1. Medidas de apoyo.

El preámbulo de la ley de se remite a la Observación General de 2014 para la que el apoyo se trata de un término amplio que engloba todo tipo de actuaciones: desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, […] o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad". Como ya hemos dicho uno de los pilares en los que se sustenta el nuevo sistema de protección de las personas con discapacidad son las denominadas medidas de "apoyo" a la persona que lo precise. Las medidas de apoyo se regulan en el nuevo Título XI del libro primero del Código civil (arts. 249 a 299). En el nuevo artículo 249 CC se estable que "medidas de apoyo a las personas mayores de edad o emancipadas que las precisen para el adecuado

del artículo 742; se modifica el artículo 753; se modifica el párrafo tercero del ordinal 2.º y al ordinal 7.º del artículo 756; se suprime el artículo 776; se modifica el artículo 782; se modifica el segundo párrafo del artículo 813; se modifican los párrafos primero y segundo del artículo 822; se modifica el artículo 996; se modifica el artículo 1041; se modifica el artículo 1052; se modifica el párrafo tercero y se añade un cuarto párrafo al artículo 1057; se modifica el art. 1060; se sustituye el primer párrafo del artículo 1163; se modifica el artículo 1263; se modifica el ordinal 1.º del artículo 1291; se sustituye el segundo párrafo del artículo 1299; se modifica el artículo 1301; se modifica el art. 1302; se modifica el artículo 1304; se modifica 1314; suprime el artículo 1330; se modifica el artículo 1387; se modifica el ordinal 1.º del artículo 1393; se sustituye el ordinal 1.º del artículo 1459; se modifica el artículo 1548; se modifica el ordinal 3.º del artículo 1700, se añade un nuevo ordinal 5.º y se modifica el párrafo final del artículo 1732; se modifica el artículo 1764; se modifica el artículo 1765; se modifica el artículo 1773; se modifica el artículo 1811 y se modifica el párrafo tercero del artículo 1903.

13 La reforma también modifica la Ley de 28 de mayo 1862, Orgánica del Notariado y 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.

14 Rabanete Martínez, I.J.: "La curatela", cit.

ejercicio de su capacidad jurídica tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad. Estas medidas de apoyo deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales". En este precepto, se instaura el deber de que las personas que presten apoyo lo hagan "atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo, fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro"[15].

En el preámbulo de la nueva ley ya se establece que se impone un cambio de sistema en el que ha venido predominando la sustitución en la toma de decisiones que afecten a las personas con discapacidad por otro basado en el respeto a la voluntad y a las preferencias de la persona. De lo anterior se van a producir varias consecuencias: en primer lugar, la persona con discapacidad será la encargada de tomar sus propias decisiones. De modo, que en primer lugar se tendrán que aplicar las medidas de apoyo de carácter voluntario. En segundo lugar, sólo se aplicarán las medidas de apoyo judiciales o legales, como el defensor judicial o la curatela, en los casos de defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate (nuevo art. 249 CC)[16]. En tercer lugar, ante la inoperancia de las anteriores medidas se admite, si bien con carácter excepcional, la representación en la toma de decisiones del discapacitado[17].

15 En la STS (Pleno) 8 septiembre 2021 (Tol 8585229) se aplica por primera vez la Ley 8/2021. En el caso resuelto la persona interesada padece un trastorno de la personalidad, el conocido síndrome de Diógenes, que le lleva a recoger y acumular basura en su domicilio de forma obsesiva, al tiempo que abandona su cuidado personal de higiene y alimentación. En esta resolución se deja sin efectos la declaración de modificación de capacidad de obrar que bajo la anterior normativa se adoptó en las dos instancias inferiores. Por el contrario, se mantiene la medida de apoyo consistente en la asistencia para el orden y limpieza de su domicilio y se designa como curadora, por no ser aplicable ya la tutela, a la Comunidad competente. El aspecto más interesante de esta sentencia es que se interpreta el nuevo art. 268 CC al decir que "en la provisión de apoyos judiciales hay que atender en todo caso a la voluntad, deseos y preferencias del afectado. El empleo del verbo «atender», seguido de «en todo caso», subraya que el juzgado no puede dejar de recabar y tener en cuenta (siempre y en la medida que sea posible) la voluntad de la persona con discapacidad destinataria de los apoyos, así como sus deseos y preferencias, pero no determina que haya que seguir siempre el dictado de la voluntad, deseos y preferencias manifestados por el afectado". En consecuencia, se admite la validez de la medida de apoyo aun a pesar de haber sido dictada en contra de la voluntad del discapaz.

16 En el nuevo artículo 268 CC se precisan los requisitos que han de cumplir las medidas judiciales al decir que: "Las medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos serán proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise, respetarán siempre la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias. Las medidas de apoyo adoptadas judicialmente serán revisadas periódicamente en un plazo máximo de tres años. No obstante, la autoridad judicial podrá, de manera excepcional y motivada, en el procedimiento de provisión o, en su caso, de modificación de apoyos, establecer un plazo de revisión superior que no podrá exceder de seis años.
Sin perjuicio de lo anterior, las medidas de apoyo adoptadas judicialmente se revisarán, en todo caso, ante cualquier cambio en la situación de la persona que pueda requerir una modificación de dichas medidas.

17 Así se anuncia en el preámbulo, donde se admite como solución final en "aquellos casos en los que el apoyo no pueda darse de otro modo y solo ante esa situación de imposibilidad".

El legislador al establecer dos clases de medidas, voluntarias y judiciales, y dentro de las últimas al distinguir entre medidas asistenciales y representativas está delimitando tres grupos de personas con discapacidad: aquellas que pueden encargarse de tomar sus propias decisiones a las que se aplicarán las medidas voluntarias, aquellas con un defecto o insuficiencia de la voluntad que necesitarán las medidas de apoyo judiciales. Finalmente, por eliminación estarán las personas con discapacidad con absoluta falta de voluntad.

Esta división tripartita, a la que se ve forzada la nueva ley para no dejar desprotegidas a las personas con discapacidades muy graves, nos recuerda la que se efectúa en el art. 26 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, donde se establecen tres grados de dependencia: En primer lugar, el Grado I (Dependencia moderada) cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria, al menos una vez al día o tiene necesidades de apoyo intermitente o limitado para su autonomía personal). En segundo lugar, está el Grado II (Dependencia severa) en la que están aquellas personas que necesitan ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no quieren el apoyo permanente de un cuidador o tienen necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal. En tercer lugar, está el Grado III (Gran dependencia) cuando las personas necesitan ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesitan el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tienen necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal. En la Ley 8/2021 se tiene en cuenta esta clasificación de los grados de dependencia que se efectúa en la conocida como ley de la dependencia, puesto que en su artículo segundo, apartado sesenta y siete, se establece que la referencia a las personas con discapacidad se entenderá hecha, entre otras, a las personas que estén en situación de dependencia de grado II o III de acuerdo con la Ley 39/2006[18]. También se mantiene la diferencia de grados de discapacidad en el en el art. 2 de la Ley 41/2003, que no ha sido modificado por la Ley 8/2021, se sigue apostando por los criterios médicos (como no puede ser de otra forma) para establecer el concepto de discapacidad al decir que: "2. A los efectos de esta ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad: a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por ciento. b) Las

18 En el art. 77 de la ley de apoyos a la persona con discapacidad se establece que: "Se modifica la disposición adicional cuarta [del CC], que queda redactada como sigue: "La referencia a la discapacidad que se realiza en los artículos 96, 756 número 7.º, 782, 808, 822 y 1041, se entenderá hecha al concepto definido en 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, y a las personas que están en situación de dependencia de grado II o III de acuerdo con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. A los efectos de los demás preceptos de este Código, salvo que otra cosa resulte de la dicción del artículo de que se trate, toda referencia a la discapacidad habrá de ser entendida a aquella que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica".

afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento. 3. El grado de minusvalía se acreditará mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme".

Las medidas de apoyo que se proponen en la nueva regulación, como ya hemos avanzado, pueden ser de carácter voluntario y legal o judicial. Dentro del grupo de las medidas de apoyo voluntarias están los poderes y mandatos preventivos (arts. 256 a 262) así como la autocuratela. Medidas estas que ya estaban recogidas en el Código civil [19]. De acuerdo con el nuevo art. 249 CC las medidas de apoyo legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate. Estas medidas judiciales tienen carácter estable si bien han de revisarse cada tres años salvo que otro plazo se haya establecido por el juez. Así pues, será necesario un "procedimiento general de provisión de apoyos" (arts. 756 a 763) para que el juez determine si hay que adoptar medidas judiciales de apoyo a una determinada persona con discapacidad. Este procedimiento no difiere mucho de los antiguos «procesos de la capacidad de las personas» salvo los ajustes terminológicos.

Las medidas de apoyo judiciales están constituidas por la curatela y la defensa judicial. Así pues, la tutela no ha sido considerada como medida de apoyo en la nueva regulación y como veremos más adelante se ha dejado como institución para la guarda y protección de menores. En la anterior regulación en la sentencia había determinar la extensión y los límites de la incapacitación así como el régimen de tutela o guarda a que había de quedar sometido el incapacitado (antiguo art. 760. 1 LEC).

2. La curatela.

La curatela es la principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad (arts. 275 a 294)[20]. El motivo que sea la curatela y no la tutela la principal medida de apoyo de origen judicial se encuentra en que en el nuevo sistema, como regla general, la persona con discapacidad será la encargada de tomar sus propias decisiones. El carácter asistencial de la curatela se acerca más

19 La autocuratela no es ninguna novedad en nuestro ordenamiento jurídico puesto que ya fue introducida, junto con la autotutela, por el art. 9 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil al modificar el art. 223 CC. La Ley 41/2003 también introdujo los mandatos preventivos en su art. 11 que modificaba el art. 1732 CC.

20 En la Ley 8/2021 se prevé un nuevo art. 250 en el que se recogen las medidas de apoyo, voluntarias y judiciales para las personas con discapacidad: "Las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad

a este modelo que el carácter representativo de la tutela[21]. En el preámbulo se establece que la Ley 8/2021 está en la línea de excluir en lo posible las actuaciones de naturaleza representativa, de modo que la curatela tendrá primordialmente naturaleza asistencial. En consecuencia, sólo de manera excepcional podrá tener este mecanismo carácter representativo. Asimismo, dice el preámbulo que se eliminan del ámbito de la discapacidad tanto la patria potestad prorrogada como la patria potestad rehabilitada, por tratarse de "figuras demasiado rígidas y poco adaptadas a sistema de promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad que ahora se propone".

La segunda medida judicial de apoyo es la del defensor judicial, que se nombra principalmente, cuando existen conflictos de intereses entre la figura de apoyo y la persona con discapacidad o cuando exista imposibilidad puntual de que la figura de apoyo pueda actuar (arts. 295 a 298 CC). A mitad camino, entre las medidas de apoyo voluntarias y las judiciales, se encuentra la figura del guardador de hecho (arts. 271 a 274 CC), que sale reforzada dentro del nuevo sistema[22].

La introducción de este sistema de medidas de apoyo en el Código civil a su vez ha exigido que se realicen cambios en el ámbito procesal. Tal como se establece en el preámbulo se opta de manera preferente por el cauce de la jurisdicción voluntaria puesto que permite la participación de la propia persona con discapacidad. La reforma ha provocado que a la LJV se le dote de un nuevo

jurídica de las personas que lo precisen son, además de las de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial.
La función de las medidas de apoyo consistirá en asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso, respetando su voluntad, deseos y preferencias.
Las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria son las establecidas por la persona con discapacidad, en las que designa quién debe prestarle apoyo y con qué alcance. Cualquier medida de apoyo voluntaria podrá ir acompañada de las salvaguardas necesarias para garantizar en todo momento y ante cualquier circunstancia el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona.
La guarda de hecho es una medida informal de apoyo que puede existir cuando no existan medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente.
La curatela es una medida formal de apoyo que se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado. Su extensión vendrá determinada en la correspondiente resolución judicial en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad y con sus necesidades de apoyo.
El nombramiento de defensor judicial como medida formal de apoyo procederá cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente. Al determinar las medidas de apoyo se procurará evitar situaciones en las que se puedan producir conflictos de intereses o influencia indebida. No podrán ejercer ninguna de las medidas de apoyo quienes, en virtud de una relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo".

21 Aguilar Ruiz, L.: "Nueva lectura", p. 365, señala -con relación al sistema anterior-que la tutela y la curatela funcionan como complemento a las limitaciones de la capacidad de obrar de menores o, en este caso, incapacitados, en función de las necesidades apreciadas por el Juez, quien deberá elegir entre un sistema de representación legal, estable y sustitutivo de la total falta de capacidad de obrar del enfermo (tutela), o un sistema de asistencia parcial, de complemento de la capacidad respecto de actos jurídicos concretos, como la curatela. La diferencia fundamental entre estos regímenes, como ha repetido el Tribunal Supremo se encuentra entonces en que "el sometido a tutela carece de capacidad y por ello la medida de protección es la representación, mientras que el sometido a curatela es capaz, pero requiere un complemento de capacidad (por todas, STS 29 abril 2009 (RJ 2009, 2901)".

22 De modo complementario a estas medidas de apoyo reguladas en el Código civil se ha modificado la Ley 20/2011, 21 de julio, del Registro civil para permitir la inscripción, y su posible consulta, de las medidas de apoyo tanto voluntarias como judiciales (arts. 77 LRC).

Capítulo III bis que se incorpora al Título III de la LJV bajo la rúbrica "Del expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad" [arts. 42. Bis a) y ss]. La finalidad de este expediente -según el preámbulo- de la Ley 8/2021 es la de establecer los actos para los que la persona con discapacidad requiera apoyo y no exista oposición en cuyo caso el expediente se hará contencioso (nuevo art. 51 bis LJV). Este nuevo procedimiento en ningún caso puede suponer la declaración de incapacidad ni tampoco la privación de derechos, sean estos personales, patrimoniales o políticos. Asimismo, se modifica el procedimiento para la rendición de cuentas del tutor y del curador. En la LJV se establece un nuevo "procedimiento general de provisión de apoyos" en sustitución de los anteriores "procesos de modificación de la capacidad". De modo que si en los anteriores procesos se dictaban medidas para la protección de las personas con discapacidad a los que se pasaba a denominar "personas con capacidad judicialmente modificada" (los antiguos incapacitados) ahora, en el nuevo expediente, se dictarán medidas de apoyo y las personas que las reciban pasarán a denominarse "personas con discapacidad que necesitan apoyos". En nuestra opinión, nos encontramos prácticamente ante la misma situación de antes de la reforma, pero con un cambio en las expresiones utilizadas. Si una persona no puede realizar válidamente todos los actos jurídicos sin estar debidamente provisto de apoyos es porque necesita un complemento a su capacidad de obrar. De donde se deduce que un efecto de la provisión de medidas es establecer una suerte de incapacitación tácita[23]. De ahí que con la supresión de incapacitación en nuestro ordenamiento jurídico vamos a entrar en una fase de inseguridad jurídica habrá que fijar un punto a partir del cual la actuación de una persona con discapacidad puede reputarse como anulable. De modo que cuando judicialmente establezca la curatela, tanto asistencial como representativa, como medida de apoyo a una persona con discapacidad, implícitamente se está estableciendo una suerte de incapacitación. En el anterior sistema la curatela era cara visible de una incapacitación parcial al tiempo que la tutela lo era de la incapacitación total[24].

En la doctrina se ha dicho, que como quiera que las medidas de apoyo tienen por finalidad "permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad" (art. 249 I CC) en el tráfico jurídico se moverán

23 Ribot Igualada, J.: "La nueva curatela: diferencias con el sistema anterior y perspectivas de funcionamiento", en *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de Discapacidad.* (dirs. S. De Salas Murillo y M.V. Mayor del Hoyo), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 219-220, estima que se está utilizando la técnica de limitar la capacidad de obrar, no de un modo autónomo o directo sino como un "efecto reflejo" de la entrada en vigor de alguna "medida de apoyo" de las previstas en la ley.

24 Rodríguez Cachón, T.: "5. Adaptación de los sistemas tutelares del Código Civil a una interpretación acorde a la Convención de Nueva York de 2006", *ADC*, tomo LXXIII, octubre 2020, fasc. IV, Sentencias, pp. 1829-1830. Con ocasión de la STS 19 febrero 2020, mantiene que "corresponde la figura de la tutela a una limitación total del alcance de la capacidad, mientras que la curatela corresponde a supuestos de limitación parcial; además de fijar la idoneidad de la curatela también como sistema de apoyo en los actos de la esfera personal".

libremente personas no capacitadas para contratar acompañadas de medidas de apoyo que no servirán para estabilizar la contratación[25].

VI. MEDIDAS DE APOYO SUSTITUTIVAS.

En el preámbulo de la Ley 8/2021 se repite en varias ocasiones que el nuevo sistema se basa en el respeto a la voluntad de las personas con discapacidad. No obstante, termina admitiendo las medidas de apoyo sustitutivas o representativas se admiten en el nuevo art. 249 in fine cuando dice que "En casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas. En este caso, en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación".

La admisión de medidas con carácter representativo por la ley para el apoyo a las personas con discapacidad choca frontalmente con la Observación general de 2014 puesto que -como ya hemos dicho - esta proscribe cualquier tipo de decisión de tipo representativo incluso para actos aislados en sus parágrafos 7 y 27; donde se dice que los regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones, como la tutela, la curaduría y las leyes sobre la salud mental deben ser abolidos. Asimismo, en el parágrafo 28 se establece la obligación de los Estados Partes de reemplazar los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutiva por otros que se basen en el apoyo a la adopción de decisiones, por lo que exige que se supriman los primeros y se elaboren alternativas para los segundos. Crear sistemas de apoyo a la adopción de decisiones manteniendo paralelamente los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutiva no basta para cumplir con lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención". Sin embargo, nos parece plausible, esta decisión de nuestro legislador, puesto que el estricto seguimiento de la Observación hubiera supuesto dejar desprovistas de protección a las personas con graves deficiencias cognitivas que no pueden transmitir válidamente su "voluntad, deseos y preferencias". En ausencia de voluntad que complementar no queda

25 Carrasco Perera, Á.: "Discapacidad personal y estabilidad contractual. A propósito del Anteproyecto de Ley presentado por el Ministerio de Justicia para la reforma de la legislación civil en materia de discapacidad", *Centro de Estudios de Consumo*. (12-octubre-2018), pp. 1-5. Disponible en: http://centrodeestudiosdeconsumo.com. Consultado: 21-11-2021. También estima el autor que el sistema de "provisión de apoyos" no tiene que ver nada con la asistencia a la formación correcta del consentimiento contractual. En consecuencia, muchos contratos serán anulables cuando no las medidas de apoyo no lleguen a la asistencia contractual propia de la curatela. Concluye el autor, que «Debería haberse dejado fuera del CC todo el aparato de las medidas de apoyo, importantes para el "desarrollo" del discapacitado, pero no relevantes para la validez del contrato. Y debería haberse previsto que todo sujeto cuya discapacidad sea susceptible de afectar al consentimiento contractual necesita asistencia del curador en el contrato. Y aún más, debería haberse dejado claro que la prestación de esta asistencia contractual excluye la posibilidad de anular el contrato por defecto de consentimiento, al menos frente a terceros que contraten a título oneroso de buena fe».

otra opción que ésta sea sustituida por la de su legal representante para aquellos actos que se hagan constar en la resolución judicial dictada en el procedimiento de provisión de apoyos. En la nueva ley las facultades de representación de la persona con discapacidad puede tenerlas tanto el guardador de hecho, como el defensor judicial como el curador.

1. El guardador de hecho.

La Ley 8/2021 reconoce que también puede actuar con carácter representativo la persona que tenga la guarda de hecho. En el nuevo art. 263 CC quien viniera ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho de una persona con discapacidad continuará en el desempeño de su función incluso si existen medidas de naturaleza voluntaria o judicial. Se admite que la persona guardadora de hecho pueda excepcionalmente realizar actuaciones representativas siempre que ésta obtenga la pertinente autorización mediante un expediente de jurisdicción voluntaria en el que se oirá a la persona con discapacidad (art. 52.3 LJV). La autorización judicial podrá comprender uno o varios actos para el desarrollo de la función de apoyo, y sólo se otorgará si se comprueba la existencia de la necesidad y deberá ser ejercitada de conformidad con la voluntad, deseos y preferencia de la persona mayor de edad con discapacidad[26]. Así se recoge también en el preámbulo donde se dice que "Para los casos en que se requiera que el guardador realice una actuación representativa, se prevé la necesidad de que obtenga una autorización judicial ad hoc, de modo que no será preciso que se abra todo un procedimiento general de provisión de apoyos, sino que será suficiente con la autorización para el caso, previo examen de las circunstancias".

2. El defensor judicial.

En la anterior regulación el defensor judicial se nombraba en aquellos casos en los que existía conflicto de intereses entre los menores y alguno de los progenitores para que los representara en juicio y fuera de él (163 CC). También se nombraba para que representara y defendiese los intereses del desaparecido (art. 181 CC). En el anterior art. 215 CC también figuraba el defensor judicial, junto con las instituciones de la tutela y la curatela para la guarda y protección de la persona y bienes de la persona o de los menores incapacitados. Asimismo, se nombraba defensor durante la tramitación del expediente de remoción del tutor (art. 248 CC). Esta figura se regulaba principalmente en los anteriores arts. 299 a 302 CC, siendo ese régimen jurídico de aplicación tanto a los progenitores, como a los tutores y curadores.

26 En el art. 263 se exige la autorización judicial para todas actuaciones en las que el art. 287 se la exige al curador. Entre otras para realizar actos de trascendencia personal o familiar, enajenar o gravar bienes inmuebles, disponer a título gratuito de bienes o derechos. Renunciar a derechos. Etc.

En la Ley 8/2021 la tradicional regulación unitaria de la figura del defensor judicial, se desdobla, de ahí que a partir de ahora tengamos un defensor judicial del menor (nuevos arts. 235 y 236) y un defensor judicial de la persona con discapacidad (nuevos arts. 295 a 298 CC). En el nuevo art. 235 CC, aplicable para los menores y en consecuencia para los casos de tutela, se recogen los mismos supuestos que en el anterior art. 299 CC. La novedad consiste en la inclusión de un nuevo supuesto en el párrafo 3º en el que se establece que se nombrará un defensor judicial del menor cuando "el menor emancipado requiera el complemento de capacidad previsto en los artículos 247 y 248 y a quienes corresponda prestarlo no puedan hacerlo o exista con ellos conflicto de intereses"[27]. En el preámbulo de la nueva ley se señala que "el nombramiento de defensor judicial como medida formal de apoyo procederá cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente. Al determinar las medidas de apoyo se procurará evitar situaciones en las que se puedan producir conflictos de intereses o influencia indebida. No podrán ejercer ninguna de las medidas de apoyo quienes, en virtud de una relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo".

3. El curador representativo.

En la anterior regulación el tutor era el representante del menor o del incapacitado mientras que la función del curador era la complementar o a asistir la capacidad de aquellos cuando el Juez así lo establecía en la sentencia de incapacitación[28]. Sin embargo, como ya hemos dicho, con la nueva ley se amplía el ámbito de las funciones del curador al permitírsele que pueda realizar funciones representativas que hasta el momento, tanto en el caso de los menores como de las personas con capacidad modificada judicialmente, habían venido estando reservadas en exclusiva al tutor (salvo que estuvieran desempeñadas por los progenitores).

La curatela a partir de ahora se regula en el Capítulo IV del Libro Primero que gira bajo el epígrafe "De la curatela" (arts. 268 al 294). En el preámbulo de la Ley

27 Los nuevos arts. 247 y 248 se corresponden a los anteriores 323 y 324 CC en los que se establecen que actos no pueden realizar los menores emancipados (y quien hubiera obtenido judicialmente el beneficio de la mayor edad) sin consentimiento de sus padres y a falta de ambos, sin el de su curador.

28 Para la mayoría de la doctrina la configuración tradicional de la curatela no admite la representación: Berrocal Lanzarot, A.I.: "Instituciones de guarda: la tutela", mayo, 2017. Disponible en: https://www.fundacionquerer.org/instituciones-guarda-la-tutela. Consultado el 23-04-2021, estima que el curador asiste al curatelado, no le representa ni le sustituye. Martínez de Morentín Llamas, L.: "Tutela y curatela: derecho actual y perspectivas de futuro", *Boletín. Servicio de Estudios Registrales de Catalunya*, núm. 169, 2014, p. 114, entiende que la finalidad esencial de la tutela es la de suplir la capacidad de obrar de quien carece de ellas. Sin embargo, en el caso de no ser necesaria esta sustitución sino solo completarla se establecerá la curatela. Verdera Server, R.: *Lecciones de Derecho Civil I,* 2ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p. 306, estima que; "El curador no es un representante legal y, por tanto, no sustituye a la persona objeto de protección. El consentimiento imprescindible para el acto corresponde a la persona sujeta a curatela, puesto que el curador sólo lo complementa".

8/2021 se dice que la curatela es la principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad que precisen el apoyo de modo continuado. El nuevo art. 269 CC exige que la constitución judicial de la curatela se realice mediante resolución motivada, al tiempo que establece su carácter subsidiario, puesto que sólo podrá constituirse cuando no exista otra media de apoyo suficiente para la persona con discapacidad. Asimismo, se establece que su extensión será fijada por el juez que tendrá que determinar en la resolución aquellos actos para los que se requiera la asistencia del curador. Una de las grandes novedades de la nueva ley, ha sido superar aquella configuración clásica de la curatela en la que sólo se podía utilizar esta figura para complementar la capacidad de obrar de aquellas personas que la tenían limitada. En adelante se permite la curatela representativa si bien como excepción a la regla general de curatela asistencial (art. 269 III CC). Así pues, en este precepto se concreta para el curador aquella previsión más amplia de funciones representativas que el art. 249 III reconoce con carácter general para todas las medidas de apoyo, en las que se admite que aquellas puedan incluir funciones representativas en los casos excepcionales en los que no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona. De modo que en el art. 269 III, se admite la tutela representativa teniendo en cuenta las circunstancias de la persona con discapacidad. Es de destacar que esta representación sólo será para actos concretos que, según el art. 269 CC, serán determinados por el juez en resolución motivada. En el último párrafo del citado precepto, nuevamente se insiste en que "tanto los actos en los que el curador deba prestar la asistencia o apoyo como aquellos otros en que deba ejercer la representación, deberán fijarse de manera precisa". La relación entre ambos preceptos se pone de manifiesto en el párrafo cuarto del art. 269 CC donde se exige que el curador, tanto en su faceta asistencial como representativa, tiene que actuar bajo los criterios fijados en el artículo 249 CC. Lo anterior supone que el curador en el ejercicio de esas funciones tendrá que tener en cuenta la trayectoria vital, creencias y valores de la persona con discapacidad, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación. Finalmente, en el art. 269 IV se establece que en ningún caso podrá incluir la resolución judicial la mera prohibición de derechos.

La curatela asistencial nos parece la figura adecuada para aquellos casos en los que la persona con discapacidad todavía conserva aptitudes suficientes para transmitir su voluntad con cierto discernimiento, si bien para otros actos con mayor trascendencia jurídica, su voluntad no puede formarse perfectamente y por ello se necesita en para esos actos el curador actúe con carácter sustitutivo[29]. Se trata de una figura que respecto de una misma persona en ocasiones complementa su

29 La STS 8 noviembre 2017 (RJ 2017, 4760) señala que "lo que importa, por encima de la denominación de la institución de guarda, es la delimitación adecuada de los ámbitos en los que la persona puede actuar por sí, de los actos para los que necesita un apoyo y de aquellos en los que es necesaria la decisión por otro".

voluntad y en otras la representa. El curador representativo tampoco es ninguna figura novedosa puesto que el Tribunal Supremo y algunas Audiencias Provinciales ya habían admitido la posibilidad de la curatela representativa mucho antes de la entrada en vigor de la nueva regulación[30].

La introducción de la curatela representativa por la Ley 8/2021 ha exigido que se redacten artículos de nuevo cuño para que se le aplique un régimen similar al de la tutela. Otros preceptos a tener en cuenta para establecer el contenido de la curatela son los nuevos artículos 282 a 290 en los que se regula su ejercicio. En el art. 282 tras determinar que el curador tomará posesión ante el letrado de la Administración de justicia, se le obliga a mantener contacto personal con la persona a la que va a prestar apoyo y a desempeñar sus funciones con diligencia debida. Asimismo, nuevamente se vuele a insistir que el curador asistirá a la persona a la que va a prestar su apoyo respetando su voluntad deseos y preferencias. Asimismo, procurará que la persona con discapacidad desarrolle su propio proceso de decisiones. En el art. 284 CC se dice que al curador se le puede exigir la constitución de fianza cuando la autoridad judicial así lo considere. En el art. 285 CC se le obliga al curador con facultades representativas a hacer inventario del patrimonio de la persona en cuyo favor se ha establecido el apoyo de acuerdos con los requisitos que ese mismo precepto se establecen. Asimismo, en el art. 287 al curador representativo se le exige autorización judicial para todos aquellos actos que se determine en la resolución en la que se le nombra y en todo caso para aquellos actos en los que en el anterior art. 270 CC se le exigía al tutor, como en sucedía con los actos de trascendencia personal o familiar, o para enejar o gravar bienes de toda naturaleza que tengan extraordinario valor, disponer a título gratuito de bienes o derechos de la persona a presta el apoyo, renunciar a derechos, etc. No obstante, a pesar de que en el art. 249 CC III se establece expresamente que excepcionalmente "las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas" en la doctrina algún autor todavía defiende que esta función no será de sustitución de la voluntad sino de interpretación o de integración de esta[31]. No obstante, también se mantiene que con este tipo de

30 En la citada STS 8 noviembre 2017 (RJ 2017, 4760) señala que "También es cierto que precisamente la necesidad de atender a las circunstancias personales del incapacitado puede aconsejar que, limitada la capacidad de una persona, necesite la función de asistencia para determinados actos que pueda hacer por sí, pero no solo, y la función de representación para otros. La doctrina del Código Civil admite una curatela con funciones de representación y expresamente se reconoce esta posibilidad en otros Derechos civiles españoles, como el catalán (arts. 223-4 y 223-6 CCCat) y el aragonés (art. 150.1 y 2 CDFA). Lo que importa, en esencia, es dotar al incapacitado de un sistema de guarda flexible adoptado a su concreta situación y necesidad de representación en unos casos y mera asistencia en otros, con independencia del nombre que se asigne al cargo, a la institución tutelar, en sentido amplio". Esta sentencia ha sido aplicada por las SSAAPP Asturias (Sec. 5ª) 4 mayo 2020 (JUR 2020, 170959), Barcelona (Sec.18ª) 4 noviembre (JUR 2019, 318540), Vizcaya (Sec. 4ª) 5 julio 2019 (JUR 2019, 281730), Asturias (Sec.4ª) 4 abril 2019 (JUR 2019, 164161), La Rioja (Sec.1ª) 28 marzo 2019 (JUR 2019, 165376), Ourense (Sec.1ª) 4 octubre 2018 (JUR 2018, 309482), La Rioja (Sec.1ª) 5 febrero 2018 (JUR 2018, 130833) y SAP Vizcaya (Sec. 4ª) 29 diciembre 2017 (JUR 2018, 69298).

31 Torres Costas, E.: *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las Personas con Discapacidad*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020, pp. 293,

curatela no se trata de reforzar o dar cauce a una voluntad deficiente o cuestionada sin que se trata, a partir de la imposibilidad de conocer la voluntad de una persona cuando es preciso actuar para ejercer los derechos y cumplir las obligaciones que le incumben[32].

VII. ASPECTOS CONTROVERTIDOS DE LA LEY 8/2021.

1. La desaparición del interés superior de la persona con discapacidad.

En el preámbulo de la Ley 8/2021 se señala que se impone un cambio de sistema en el que se pasa de la sustitución en la toma de las decisiones que afecten a las personas con discapacidad, por otro que se basa en el respeto a la voluntad y preferencias de la persona quien, como regla general será la encargada de tomar sus propias decisiones. En este aspecto el legislador español sí que ha seguido al pie de la letra el parágrafo 21 de la Observación donde se exige la sustitución del "interés superior" de la persona con discapacidad por la "mejor interpretación de su voluntad y preferencias". En nuestra opinión, la desaparición del interés superior de la persona con discapacidad es un elemento sine qua non es imposible imponer la voluntad del discapacitado en todo caso. La principal pieza a sacrificar por la nueva ley ha sido la de este principio superior, puesto que de mantenerse este se podría imponer a la persona con discapacidad cualquier medida de apoyo incluso a pesar de su expresa oposición. Así ha venido sucediendo hasta la publicación de la ley. No obstante, nos atrevemos a pronosticar a que este principio será recuperado por la doctrina jurisprudencial como ya se deja entrever en la STS 19 octubre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3770)[33]. En otras sentencias anteriores como la STS (Pleno) 8 septiembre 2021 (RJ 2021,4002), dictada en un caso de un discapaz con síndrome de Diógenes reconoce la posibilidad de imponer medidas de apoyo en contra de la voluntad del interesado[34]. Para ello se utiliza el sutil resquicio de la Ley de Jurisdicción voluntad que permite acudir a un procedimiento contradictorio en el caso de la oposición de una persona con discapacidad a cualquier tipo de

304 y 305.

32 Ribot Igualada, J.: "La nueva curatela", cit., p. 224.

33 De manera un tanto tímida, en un caso de autocuratela, el TS reconoce que el Juez puede ir en contra de la voluntad del discapaz « No obstante, la autoridad judicial podrá prescindir total o parcialmente de esas disposiciones voluntarias, de oficio o a instancia de las personas llamadas por ley a ejercer la curatela o del Ministerio Fiscal y, siempre mediante resolución motivada, si existen circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció o alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones (art. 272 II CC»).

34 En el FD. 4º se establece que: "En casos como el presente, en que existe una clara necesidad asistencial cuya ausencia está provocando un grave deterioro personal, una degradación que le impide el ejercicio de sus derechos y las necesarias relaciones con las personas de su entorno, principalmente sus vecinos, está justificada la adopción de las medidas asistenciales (proporcionadas a las necesidades y respetando la máxima autonomía de la persona), aun en contra de la voluntad del interesado, porque se entiende que el trastorno que provoca la situación de necesidad impide que esa persona tenga una conciencia clara de su situación. El trastorno no sólo le provoca esa situación clara y objetivamente degradante, como persona, sino que además le impide advertir su carácter patológico y la necesidad de ayuda".

apoyo[35]. La doctrina ha aprovechado la posibilidad que se abre por mor de esta sentencia a que impongan medidas de apoyo incluso en contra de la voluntad expresa del discapaz para verter ácidas críticas contra las trabas de la Ley 8/2021 a que se vaya en contra de la voluntad, deseos y preferencias del discapaz incluso en casos extremos[36].

No hay que olvidar que en la anterior regulación de la tutela esta se constituía y se ejercía teniendo en cuenta tanto el beneficio del tutelado[37]. Como quiera que hasta la entrada en vigor de la Ley 8/2021 la tutela podría recaer sobre menores y sobre personas con discapacidad es evidente que ese beneficio se refería tanto al del tutelado menor de edad como el del tutelado incapacitado. A este principio en beneficio del tutelado se hacía referencia en la anterior versión del art. 216 CC cuando se decía que las funciones tutelares además de constituir un deber "se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial". Asimismo, en el antiguo art. 233 CC al exigirse al Juez que tanto al

35 En el FD (4º) de STS (De Pleno) 8 septiembre 2021 (RJ 2021,4002), se establece «En un caso como el presente en que la oposición del interesado a la adopción de las medidas de apoyo es clara y terminante, cabe cuestionarse si pueden acordarse en estas condiciones. Esto es, si en algún caso es posible proveer un apoyo judicial en contra de la voluntad manifestada del interesado. La propia ley da respuesta a esta cuestión. Al regular como procedimiento común para la provisión judicial de apoyos un expediente de jurisdicción voluntaria (arts. 42 bis a], 42bis b] y 42 bis c] LJV, dispone que cuando, tras la comparecencia del fiscal, la persona con discapacidad y su cónyuge y parientes más próximos, surja oposición sobre la medida de apoyo, se ponga fin al expediente y haya que acudir a un procedimiento contradictorio, un juicio verbal especial (art. 42 bis b]. 5 LJV). Es muy significativo que «la oposición de la persona con discapacidad a cualquier tipo de apoyo», además de provocar la terminación del expediente, no impida que las medidas puedan ser solicitadas por un juicio contradictorio, lo que presupone que ese juicio pueda concluir con la adopción de las medidas, aun en contra de la voluntad del interesado".

36 Este es el caso de Carrasco Perera, Á.: "Diógenes en el basurero (de la reforma civil de la discapacidad)", *Actualidad Jurídica Aranzadi,* núm. 978/2021. Que con duros términos afirma que: "Una vez que el legislador nuevo comete el desenfoque de no regular *civilmente* la capacidad como un régimen relativo a la restricción de la capacidad de obrar, que es su sede lógica, entonces cualquier disparate resulta, como el de Diógenes. Por la naturaleza del caso, Diógenes no está bajo la guardia de hecho de nadie (ni puede estarlo, salvo que se tratara de otro marginal), carece de medios y de voluntad para proveerse de "medidas de apoyo voluntarias", está libre, porque es pobre y asocial, de actividades de tráfico jurídico y no requiere complementos de capacidad de obrar, precisamente porque, siendo asocial, repudia el tráfico social y económico". Asimismo, critica que en el nuevo art. 250 CC las únicas fronteras a las medidas de apoyo sean las se hayan configurado "la realización de deseos y preferencias del discapacitado (*¡démosle más basura*!), abrir puertas al desenvolvimiento de sus derechos y personalidad. Más allá de ello, toda intervención es la esfera personal es casi inconstitucional (arts. 250 II, 260 I, 270 CC; 749 LEC). Solo es legítimo escudriñar cuál sería la voluntad hipotética del afectado. Tal es así, que el expediente se cierra cuando Diógenes repite que ni quiere ni necesita apoyos (art. 42 bis b) 5 LJV)". Por otro lado, el autor alaba al ponente de la sentencia al decir que ha elegido "una vía peligrosísima para el funcionamiento del espurio sistema de apoyos diseñado por la ley 8/2021. No importa que Diógenes no quiera apoyos, porque su decisión procede precisamente de la deficiencia cognitiva que define su síndrome. Sígase por ahí y habremos dinamitado la parafernalia ideológica sobre la que se construye el nuevo sistema. De momento, no ha podido soportar el primer rejón que le mete el discreto Sr. Sancho Gargallo. Otros vendrán que le apuntillarán".

37 En la STS 6 mayo 2021 (RJ 2021,2381) se establece que "El interés superior del discapacitado se configura como un principio axiológico básico en la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de las medidas de apoyo, que recaigan sobre las personas afectadas. Se configura como un auténtico concepto jurídico indeterminado o cláusula general de concreción, sometida a ponderación judicial según las concretas circunstancias de cada caso. La finalidad de tal principio radica en velar preferentemente por el bienestar de la persona afectada, adoptándose las medidas que sean más acordes a sus intereses, que son los que han de prevalecer en colisión con otros concurrentes de terceros. A dicho principio se refiere la STS 18 de julio 2018 (RJ 2018, 2957), cuando señala: "El interés superior del discapaz SSTS 19 noviembre 2015 (RJ 2015, 4973); 27 junio 2018 (RJ 2018, 3095) -, es rector de la actuación de los poderes públicos y está enunciado expresamente en el artículo 12.4 de la Convención de Nueva York sobre derecho de las personas con discapacidad".

constituir la tutela como en la resolución en la que establezca las medidas de control y vigilancia del tutelado que lo haga "en beneficio del tutelado". Finalmente, en el art. 235 se permitía que el Juez, en defecto de las personas nombradas en el art. 234 CC nombrase tutor a quien por sus relaciones con el tutelado y en beneficio de éste, se considerase más idóneo. En otros preceptos, todos ellos modificados por la Ley 8/2021, se hacía una referencia más explícita al "beneficio del menor o del incapacitado". Este era el caso del art. 224 CC donde se decía que las disposiciones mencionadas en el precepto anterior vinculaban al Juez, al constituir la tutela, "salvo que el beneficio del menor o incapacitado exija otra cosa". También en el modificado art. 234 CC, después del listado de preferencias para el nombramiento de tutor se establecía como excepción que el juez pudiese alterar el orden o incluso prescindir de las personas mencionadas "si el beneficio del menor o del incapacitado así lo exigiere". Asimismo, en el anterior art. 245 CC se autorizaba al Juez para que pudiese nombrar tutor a una persona excluida expresamente por uno de los progenitores en testamento cuando en resolución motivada, se estimase "otra cosa en beneficio del menor o del incapacitado". Finalmente, en el art. 246 también se permitía que el juez teniendo en cuenta el "beneficio del menor o del incapacitado" no aplicase las causas de inhabilidad ex arts. 243.4.º y 244.4.º a los tutores designados en las disposiciones de última voluntad de los padres cuando estas causas fueren conocidas por aquellos en el momento de hacer la designación.

En la nueva redacción del Código civil si bien se mantienen las referencias al beneficio del tutelado, como ya hemos mencionado, tras la reforma la tutela ahora solo puede recaer sobre los menores de edad. En los nuevos preceptos del Código civil ha desaparecido la expresión interés o beneficio del incapacitado para sustituirse por la de "la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos". La explicación hay que buscarla en el preámbulo de la Ley 8/2021 donde se dice que "Se impone así el cambio de un sistema como el hasta ahora vigente en nuestro ordenamiento jurídico, en el que predomina la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones. El art. 94 CC, relativo el derecho de comunicación y visita, constituye el paradigma del nuevo cambio, puesto que en sus párrafos IV y VI, equipara "el interés superior del menor" con "la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos". En la doctrina se ha criticado absoluta desaparición de cualquier tipo de referencia al interés superior de la persona con discapacidad[38].

38 Martínez de Aguirre Aldaz, C.: "Curatela", cit., p.502. Es crítico con la eliminación de las referencias al interés superior de la persona con discapacidad, y en su lugar limitar la guía del curador, tanto el asistencial como el representativo, a una voluntad o preferencias pretéritas del incapaz.

El tratamiento de la voluntad de la persona con discapacidad no es igual en todos los nuevos preceptos. En un primer grupo la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad se impone en todo caso tal como se infiere del tenor literal de los preceptos. Como ya hemos referido, esto es posible al haberse eliminado la figura del interés superior de la persona con discapacidad. Esta imposición de la voluntad del discapaz en todo caso, la podemos encontrar en el nuevo art. 249 CC donde se dice que "las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad deseos y preferencias de quien lo requiera" (art. 249). De modo similar el art. 264 I CC, cuando se referirse a la actuación representativa del guardador de hecho establece que esta "deberá ser ejercitada de conformidad con la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad». Asimismo, en el art. 268 I CC, en sede de curatela, al referirse a la extensión que han de tener las medidas judiciales de apoyo para las personas con discapacidad, se dice que "atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias". En consecuencia, en este último precepto el curador queda relegado a un mero nuncio de la persona con discapacidad puesto que la voluntad del curatelado se impone "en todo caso".

En otros preceptos, se utiliza una fórmula más suave y la referencia es al respeto de la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Así sucede con el art. 250 II CC al referirse a la función de las medidas de apoyo. En el art. 255 también hay referencias a garantizar "el respeto a su voluntad, deseos y preferencias". Asimismo, en el art. 258 III CC; en el art. 288 también hay una referencia para "garantizar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad". En el art. 270 I CC se establece que el juez establecerá "las medidas de control que estime oportunas para garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que precisa el apoyo, así como para evitar los abusos, los conflictos de intereses y la influencia indebida. En parecidos términos el art. 282 III dice que el curador asistirá a la persona a la que preste apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica respetando su voluntad, deseos y preferencias. También hay referencias al respeto a la voluntad de la persona que precise el apoyo en el art. 283 I CC. En el art. 295 III se dice que se nombrará defensor judicial del discapacitado a la persona más idónea para "respetar, comprender e interpretar la voluntad, deseos y preferencias de aquella". El comentado respecto a la voluntad de la persona a la que se preste apoyo también se le exige al defensor judicial en el art. 297 CC.

En la LEC, de modo similar al Código civil la Ley 8/2021 ha hecho desaparecer las escasas referencias que existían al interés de los incapacitados y las ha sustituido por la salvaguarda a la voluntad de la persona con discapacidad. A título de ejemplo, en el anterior art. 749 LEC, relativo a los antiguos procesos sobre capacidad, se establecía que en aquellos procedimientos donde intervenga

el Ministerio Fiscal este «velará durante todo el proceso por la salvaguarda del interés superior de la persona afectada». En la nueva versión del precepto en su apartado 1. II, ahora en sede de procesos sobre provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad, se establece que el Ministerio Fiscal "velará a lo largo de todo el procedimiento por la salvaguarda de la voluntad, preferencias y derechos de las personas con discapacidad que participen en dichos procesos, así como por el interés superior del menor". De modo similar en el anterior artículo 777.8 LEC relativo a los procedimientos de separación y divorcio de mutuo acuerdo, se autorizaba al Ministerio Fiscal a presentar recurso contra aquellas sentencias o el auto que aprueben la propuesta de convenio en interés de menores e incapacitados. En el nuevo apartado 8 de este precepto se ha sustituido el interés del incapacitado por la expresión "en aras de la salvaguarda de la voluntad, preferencias y derechos de los hijos con discapacidad con medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores". La única referencia a los intereses de la persona con discapacidad, en toda la Ley 8/2021, la encontramos en el nuevo art. 770. 4ª IV LEC que establece que "En las audiencias con los hijos menores o con los mayores con discapacidad que precisen apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica se garantizará por la autoridad judicial que sean realizadas en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses […]".

En la LJV antes de su modificación por la Ley 8/2021 también se equiparaba el interés del menor con el interés de la persona con capacidad modificada judicialmente. Así sucedía con los anteriores arts. 4, 18.4, 19.2, 26.2, 27, 45.2 II y 58.3 LJV donde se hacía referencia al "interés superior del menor o persona con la capacidad modificada judicialmente" o expresiones similares. En la nueva redacción de la LJV, a diferencia de lo acontecido con el Código y la LEC, no se ha eliminado totalmente las referencia al interés de la persona con capacidad modificada judicialmente que utilizando diferentes fórmulas se mantiene en los nuevos arts. 4, 18.4, 19.2, 26.2, 27.1.a) y 58.3 LJV. No obstante, la excepción la encontramos en el nuevo art. 45.2 II donde ahora se dice que "tanto el Juez como el Ministerio Fiscal actuarán de oficio en interés del menor y respetando la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad en lo que conste, adoptando y proponiendo las medidas, diligencias, informes periciales y pruebas que estimen oportunas". No obstante, la LJV es una norma procesal y donde debería de haberse mantenido el interés superior de la persona con discapacidad es en el Código civil por tratarse de la norma sustantiva aplicable a las personas con discapacidad.

En nuestra opinión nos parece un avance que el nuevo sistema se base en el respeto a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad y que como regla general sea esta la encargada de tomar sus propias decisiones. Pero es un hecho de todos conocido, que las personas con discapacidad igual que

los menores en ocasiones pueden tomar decisiones que vayan en contra de sus propios intereses personales o patrimoniales. Entendemos que una cosa es que la persona con discapacidad disfrute de una libertad para la toma de decisiones que hasta ahora le había sido hurtada y otra bien diferente es que su voluntad carezca de límite alguno. En consecuencia, nos parece un error del legislativo el que no se haya mantenido el principio del interés de la persona con discapacidad por constituir un mecanismo que impide que esta pueda hacerse daño a si misma. En todo caso tendrá que ser la jurisprudencia la que establezca que criterio se ha de seguir cuando la decisión de una persona con discapacidad perjudica gravemente sus intereses personales o patrimoniales. Nos cuesta creer que el juez en una estricta aplicación de la ley permita que predomine aquella voluntad de la propia persona con discapacidad sobre sus intereses personales o patrimoniales. Máxime cuando el Tribunal Supremo, mucho antes de publicarse la nueva ley ya había manifestado que el principio en interés de la persona con discapacidad se encuentra recogido en la Convención de 2006[39]. No obstante, el legislador en el preámbulo de la nueva ley ha dejado un resquicio abierto para seguir utilizando el principio del interés superior de la persona con discapacidad al decir que "las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas".

2. La imposición de la capacidad jurídica en detrimento de la capacidad de obrar.

Algunos de los cambios terminológicos que ha provocado la nueva ley nos parecen un tanto excesivos como sucede con el hecho de que a lo largo de la ley se emplee la expresión "ejercicio de la capacidad jurídica" que si bien no es totalmente extraña a nuestro sistema jurídico sí que lo es cuando se usa en detrimento de la clásica y más precisa expresión "capacidad de obrar". En el preámbulo de la Ley 8/2021, el legislador tal vez consciente de lo poco habitual de este término ya advierte que en la Observación de 2014 se precisa que dicha capacidad jurídica abarca tanto la titularidad de los derechos como la legitimación

39 En la STS 17 septiembre 2019 (RJ 2019, 3610), se estima que se puede prescindir de la voluntad de la persona con discapacidad por aplicación del interés superior del discapacitado. En este caso se prescinde de su voluntad exteriorizada y preferente en la designación del tutor. Se establece que el "El interés superior del discapacitado impone el correlativo deber de velar preferentemente por su bienestar, adoptándose las medidas que sean más acordes a sus intereses, que son los que han de prevalecer en colisión con otros concurrentes de terceros. Comprende la obligación de que se utilice el patrimonio del discapacitado en su propio provecho, sin que sufra restricciones en su calidad de vida, con la finalidad de conservarlo y transmitirlo mortis causa a sus herederos. Y supone también la elección de las personas más idóneas para prestarle las ayudas necesarias para el ejercicio de su capacidad jurídica o en su caso suplir su voluntad.
Hemos declarado que dicho interés rector de la actuación de los poderes públicos, enunciado expresamente en el artículo 12.4 de la Convención de Nueva York "[...] no es más que la suma de distintos factores que tienen en común el esfuerzo por mantener al discapaz en su entorno social, económico y familiar en el que se desenvuelve y como corolario lógico su protección como persona especialmente vulnerable en el ejercicio de los derechos fundamentales a la vida, salud e integridad, a partir de un modelo adecuado de supervisión para lo que es determinante un doble compromiso, social e individual por parte de quien asume su cuidado" (SSTS 635/2015, 19 de noviembre; 403/2018, de 27 de junio y 458/2018, de 18 de julio).

para ejercitarlos[40]. No obstante, en la doctrina se ha defendido la desaparición entre la titularidad de los derechos y su ejercicio[41].

En el Derecho civil español la capacidad jurídica se considera como una situación estática, equivalente al término de personalidad jurídica y que hace referencia a la aptitud que toda persona tiene para ser titular de derechos y obligaciones. Esta capacidad es propia de todas las personas jurídicas, no puede carecerse de ella y a diferencia de lo que sucede con la capacidad de obrar no admite graduación[42]. El ejercicio de los derechos subjetivos que la persona tiene por contar con capacidad jurídica solo es posible cuando se cuenta con capacidad de obrar que es la aptitud para ejercer aquellos derechos[43]. Esta capacidad, a diferencia de la jurídica, es graduable y depende de dos factores como son la edad y de que su capacidad no haya sido modificada judicialmente. De la combinación de ambos factores surge una capacidad de obrar plena, como la que corresponde al mayor de edad que cuya capacidad de obrar no ha sido modificada judicialmente. Junto con esta capacidad plena se encontraba la capacidad de obrar limitada y finalmente la inexistente en aquellos casos extremos.

40 El alcance de la "capacidad jurídica" a la que se refiere el art. 12 de la Convención ha tenido que ser aclarado en la Observación general núm. 1 (2014). Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. 11º período de sesiones. 31 de marzo a 11 de abril de 2014. En la Observación, en su apartado II se analizan las obligaciones generales que derivan de los diversos componentes del artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. En ese apartado se establece que: que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. La capacidad jurídica incluye la capacidad de ser titular de derechos y la de actuar en derecho. La capacidad jurídica de ser titular de derechos concede a la persona la protección plena de sus derechos por el ordenamiento jurídico. La capacidad jurídica de actuar en derecho reconoce a esa persona como actor facultado para realizar transacciones y para crear relaciones jurídicas, modificarlas o ponerles fin. Nuevamente, en el párrafo 13 de la Observación se vuelve a explicar que "La capacidad jurídica es la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones (capacidad legal) y de ejercer esos derechos y obligaciones (legitimación para actuar).

41 García Rubio, M. P.: "¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?", *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 13, 2020 (Ejemplar dedicado a: El interés superior del menor en la experiencia jurídica latina), p. 30 (pp. 14-49), estima que la dicotomía entre titularidad y ejercicio de los derechos es discutible. O si se prefiere entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, es una dualidad superada en otros ámbitos como en el de los derechos de las personas con discapacidad, concretamente en el art. 12 de la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. La misma autora en "La persona en el derecho civil. Cuestiones permanentes y algunas otras nuevas", *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico,* núm. 14, 2013, pp. 95-97, ya mantuvo que la consideración del menor de edad como un incapaz de obrar había de considerarse superada. Para ello se basó, entre otras, en la STC 174/2002, de 9 de octubre, que declara que el derecho a la personalidad jurídica del ser humano consagrado en el artículo 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE).

42 Blasco Gascó, F.P.: *Instituciones de Derecho Civil Parte General Introducción. La Relación Jurídica. Sujetos y Objeto*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, p. 175, manifiesta que "la distinción entre ser sujeto de derechos y obligaciones y tener capacidad para ejercitarlos permite distinguir dos conceptos: el de capacidad jurídica y el de capacidad de obrar. La capacidad jurídica equivale a personalidad civil o jurídica y se puede definir como la aptitud o idoneidad para ser titular de derechos y obligaciones. Esta capacidad la tiene toda persona física o natural desde su nacimiento, el cual, dice el art. 29 CC, determina la personalidad y ésta no es graduable; y la adquieren las personas jurídicas desde su regular constitución (art. 35 CC)".

43 Blasco Gascó, F.P.: *Instituciones,* cit., p. 175, sigue la tesis clásica para la que "la capacidad de obrar es la aptitud o idoneidad para ejercitar derechos y obligaciones. Precisamente las definiciones anteriores nos permiten admitir que si bien la capacidad jurídica no puede graduarse, en cambio, la capacidad de obrar puede ser objeto de graduación".

Nos parece que no es de recibo que una expresión plenamente consolidada en nuestro ordenamiento jurídico como es la "capacidad de obrar" no sea utilizada en un texto legal que va referido a la posibilidad del ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad[44]. Esta mala praxis de la ley, ya se produce en el propio título de la misma donde se refiere a las personas con discapacidad en el ejercicio de su "capacidad jurídica", en vez de haberse utilizado la expresión "capacidad de obrar"[45]. Es cierto que en el preámbulo de la Ley 8/2021 para el apoyo a las personas con discapacidad se dice que ese texto legal pretende la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la citada Convención de Nueva York de 2006[46].

También es verdad que en el texto de la Convención no aparece ni una sola vez la voz capacidad de obrar, pero también lo es que en los textos legales internacionales se tiene que utilizar una terminología jurídica que tenga encaje en el máximo número de sistemas jurídicos posible. Lo anterior no es incompatible con el hecho de que el legislador español podría haber incorporado al nuevo texto legal todas las directrices y principios que se establecen en el tratado, si bien respetando nuestra tradición jurídica, de modo similar a como sucede con la trasposición de una directiva europea[47]. Este cambio de algunas expresiones como consecuencia de la Convención ya tuvo lugar con el texto de la Ley de Jurisdicción

44 De Verda y Beamonte, J.R.: "¿Es posible seguir distinguiendo entre capacidad jurídica y capacidad de obrar?", *IDIBE*, Tribuna, septiembre 30, 2021. Disponible en: https://idibe.org/tribuna/posible-seguir-distinguiendo-capacidad-juridica-capacidad-obrar/. Consultado 20-11-2021. Mantiene la pervivencia de la figura de la capacidad de obrar puesto que la Ley 8/2021 no rechaza en ningún momento la capacidad de obrar, que por otro lado tampoco estaba presente en la anterior redacción del Código Civil. Además, su desaparición no viene exigida por el art. 12 de la Convención. Si bien en la Observación General sí que se rechaza si bien con una serie de argumentos cuestionables.

45 El término capacidad de obrar en el Código civil sólo aparecía en el modificado art. 223. Tras la reforma esta expresión ha desaparecido. No obstante, esta expresión ha sido utilizada en múltiples ocasiones: en el art. 18 de la Ley sobre Registro Civil Ley 8 junio 1957; En el art. 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; en los arts. 27, 41 y 120.4 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas; en el art. 12.1.e) del Real Decreto 1251/1999, de 16 de julio, sobre sociedades anónimas deportivas; en los arts. art. 3.1 a) y b), 3.2, 4.2 y 5.2 de 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; en los arts. 5.6 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida; en el art. 7.2 de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores; en el art. 20.1 (como incapaz de obrar) y en la disposición adicional tercera de Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica. En el art. art. 7.2. de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores; en el art. 558.2 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.

46 Rabanete Martínez, I.J.: "La curatela", cit., contrapone las tradicionales capacidades jurídica y de obrar de nuestro ordenamiento jurídico frente a la capacidad jurídica que defiende la Convención en su artículo 12. Señala que en nuestro ordenamiento jurídico la capacidad jurídica es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, mientras que la capacidad de obrar la que se encuentra limitada en nuestro ordenamiento jurídico, al tiempo que se acompaña de medidas para su protección como son la tutela, la curatela, la defensa judicial y la guarda de hecho.

47 En la Convención sólo se insta a la incorporación de los principios que en ella se reconocen. Tal como se establece en su artículo 4 (obligaciones generales: […] los Estados Partes se comprometen a: a) Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención. b) Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad.

Voluntaria, donde en su preámbulo se señala que se busca la adaptación a la nueva terminología y que "en la que se abandona el empleo de los términos de incapaz o incapacitación, y se sustituyen por la referencia a las personas cuya capacidad está modificada judicialmente".[48] No obstante ahora, se considera inapropiada aquella expresión que no hay que olvidar que superaba el filtro de la Convención, para cambiarla por el término de "persona con discapacidad con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica". Ambas expresiones si bien son respetuosas con las personas con discapacidad no son nada prácticas para los operadores jurídicos. Esto ya provocó que en algunas sentencias ya empezara a utilizarse la poco estética expresión "discapaz" para evitar la poco práctica expresión a la hora de redactar una sentencia de "persona con capacidad judicialmente modificada". En consecuencia, poco éxito le auguramos en el foro a las enrevesadas expresiones de la nueva ley como la de "personas con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica"[49]. Proponemos la expresión de "persona con ayudas". Por otro lado, en el caso de abandonarse la expresión capacidad de obrar habrá que distinguir entre capacidad jurídica, como una situación estática, y su ejercicio. De ahí que la doctrina se abogue el mantenimiento de la tradicional expresión capacidad de obrar[50].

3. La desaparición de la tutela de los discapaces.

La tutela tradicionalmente ha sido una institución cuyo objeto era la guarda y protección de la persona y bienes de los menores, así como de las personas

48 En la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria no es posible encontrar ninguna referencia a la capacidad de obrar, si bien es cierto que tampoco se utiliza la expresión "ejercicio de la capacidad jurídica". Se prefiere utilizar la expresión más neutra de "capacidad de una persona" como sucede en sus arts. 27.3 y 4 o incluso la de "capacidad para contratar" (art.110). Asimismo, en el Código Penal se utiliza la expresión "ejercicio de su capacidad jurídica", como consecuencia de 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 en cuyo preámbulo se establece que: "Las normas del Código Penal que sirven a este fin deben ser adecuadas a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, que pretende prevenir las conductas discriminatorias que puedan impedirles el disfrute de sus derechos en igualdad de condiciones. Es preciso llevar a cabo una adecuación de la referida Convención a nuestro Código Penal, y ello exige una actualización de los términos empleados para referirse a las personas con discapacidad". Asimismo, se emplea esta expresión en la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Disposición adicional séptima). En Ley 49 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (Ley 1/1973, de 1 de marzo) tras su modificación por la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo; en el art. 59.4 de la Ley 5/2019, de 21 de marzo, de derechos y garantías de las personas con discapacidad en Aragón. En incluso en el art. 3.h) de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia.

49 La expresión "discapaz" ha sido utilizada en las SSTS 17 septiembre 2019 (RJ 2019, 3610), 18 julio 2018 (RJ 2018, 2957), 15 junio 2018 (RJ 2018, 2449) y 7 marzo 2018 (RJ 2018, 934).

50 De Verda y Beamonte, J.R.: "¿Es posible?", cit., entiende que es necesario recurrir al concepto del ejercicio de la capacidad jurídica (la tradicional capacidad de obrar) para explicar la figura de la anulabilidad en ciertos contratos. Así sucede con los realizados por menores no emancipados, con las excepciones del 1263 CC (art. 1302.2 CC) o los realizados por los discapaces en aquellos actos en que sea preceptiva la intervención del curador por así haberse dispuesto, de acuerdo con el art. 269 II CC, en la sentencia constitutiva de la curatela (1302.3 CC). En consecuencia, no es conveniente abandonar la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar que tiene perfiles claros y precisos, que ha sido admitida unánimemente por la doctrina y la jurisprudencia. No es admisible su sustitución por la capacidad jurídica y su ejercicio que, utilizando otros términos, viene a decir lo mismo.

con capacidad modificada judicialmente[51]. Antes de la ley de apoyo a las personas con discapacidad su régimen jurídico se encontraba en los arts. 222 y ss. del CC. No obstante, los aspectos procesales para la constitución de la tutela, así como de la curatela, se regulaban en los anteriores arts. 43 a 51 de LJV. No obstante, había que recurrir a la LEC, antiguos arts. 756 a 763, cuando se solicitaba dicha constitución en un proceso judicial para modificar la capacidad de una persona[52].

En el anterior art. 215 CC la tutela encabezaba los mecanismos de guarda y protección de la persona y bienes de los menores o incapacitados, a continuación, se mencionaba la curatela y el defensor judicial. En el anterior art. 222 CC se podían distinguir dos grupos de personas a las que se podía aplicar la tutela: uno de menores y a otro de incapacitados. Dentro del primer grupo ese mecanismo tuitivo podía aplicarse tanto a los menores no emancipados que no estaban bajo la patria potestad como a aquellos otros menores que se hallaban en situación de desamparo. En el caso de los incapacitados, por una parte, estaban aquellos que estaban sujetos a tutela porque así lo había establecido una sentencia y por otra se encontraban aquellas personas con la patria potestad prorrogada cuando ésta cesaba, pero continuaba la discapacidad del sometido a ella. En consecuencia, al cesar la patria potestad prorrogada como sucede con la muerte de los progenitores, tendría que nombrarse un tutor salvo que el juez estimase la procedencia de la curatela[53]. El tutor en la nueva regulación ya solo puede ser el representante legal de los menores no emancipados que no estén sujetos a la patria potestad y de los menores que se hallen en situación de desamparo. El hecho de que el tutor sea representante legal supone que su voluntad sustituye a la del tutelado[54].

No obstante, hasta la reforma la tutela no ha sido obstáculo para que el menor o el incapacitado pudiera realizar por sí solo determinados actos por así establecerlo

51 Verdera Server, R.: *Lecciones*, cit., p. 301, estima que mediante el mecanismo de la tutela se protegen a las personas y los bienes de aquellos riesgos que les puede provocar su falta de capacidad natural o por encontrarse en una determinada situación.

52 Es de destacar el art. 760.1 LEC en el que se establece que "La sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado, y se pronunciará, en su caso, sobre la necesidad de internamiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 763".

53 Según el art. 171 CC: "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, 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".

54 Verdera Server, R.: *Lecciones,* cit., p. 301, entiende que por tratarse de un mecanismo de representación legal se puede afirmar que la tutela es la institución de guarda y protección de menores e incapacitados de mayor intensidad y alcance. Asimismo, dice que el hecho de que el tutor sea representante no significa que la opinión de este no haya de tenerse en cuenta, puesto que el art. 9 LOPJM establece que el menor tiene derecho a ser oído y escuchado en aquellos procesos administrativos, judiciales o de mediación en que esté afectado y que produzca efectos en su esfera personal o familiar, o social. Se tendrá en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez. Asimismo, el art. 273 establece que para los actos en que se requiera autorización o aprobación judicial, el juez oirá al ministerio fiscal y al tutelado, si fuese mayor de doce años o lo considera oportuno, y recabará los informes que le sean solicitados o estime pertinentes.

la sentencia de incapacitación o la ley[55]. Tras la reforma la representación del menor continuará sin tener carácter absoluto, de modo que en el nuevo art. 225 CC el tutor es el representante del menor si bien se exceptúan aquellos actos que el menor "pueda realizar por sí solo o para los que únicamente precise asistencia". Esta representación, según el nuevo art. 227, tendrá que realizarse en interés del menor, de acuerdo con su personalidad y con respeto a sus derechos.

El antiguo art. 222 CC ha sido objeto de una importante reforma con la nueva la ley para el apoyo de las personas con discapacidad: en primer lugar, se altera su ubicación sistemática al ser renumerado como el art. 199 CC. Finalmente porque en la nueva regulación se restringe el número de personas que pueden quedar sujetos a tutela. En adelante la tutela solo podrá aplicarse a "1.º Los menores no emancipados en situación de desamparo. 2.º Los menores no emancipados no sujetos a patria potestad". Es decir que a partir de la entrada en vigor de la nueva ley a los "incapacitados" a los que se refería el anterior artículo 222 CC ya no se les aplicará el mecanismo de la tutela. Así se contempla en el preámbulo del nuevo texto legal al decir que "la tutela, con su tradicional connotación representativa, queda reservada para los menores de edad que no estén protegidos a través de la patria potestad, mientras que el complemento de capacidad requerido por los emancipados para el ejercicio de ciertos actos jurídicos será atendido por un defensor judicial".

Esta medida de reservar la curatela como medida de apoyo para los mayores de edad con discapacidad en principio nos parece totalmente adecuada para la gran mayoría de personas con discapacidades moderadas, puesto que en el art. 12.4 del Convenio se establece, entre otros, que "las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida". En consecuencia, el mecanismo de la curatela donde el curador complementa la capacidad de aquellas personas que no la tienen plenamente es la vía más adecuada para que se respete la voluntad y preferencias de estas personas con discapacidad. O utilizando la terminología del nuevo texto legal, la curatela es la medida más adecuada para proporcionar a las personas con discapacidad el apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica (si bien manifestamos nuestra preferencia por utilizar la expresión más precisa de capacidad de obrar)[56]. A partir de la entrada en vigor de la nueva ley la única medida de apoyo que se les podrá aplicar a aquellas personas con discapacidad que necesiten que se les sustituya en ciertos actos será la curatela representativa. Esta medida nos parece adecuada para aquellas personas con dependencias moderadas o incluso con dependencias

55 Berrocal Lanzarot, A.I.: "Instituciones de guarda", cit.

56 La tutela no siempre tenía que referirse a todos los actos jurídicos a realizar por el incapacitado, puesto que como señala Ribot Igualada, J.: "La nueva curatela", cit., p. 224, la tutela también podía ser parcial o mitigada. De modo similar a como ahora la curatela también puede ser "ampliada, modulada o reforzada).

severas (utilizando la terminología del art. 26 de la Ley 39/2006) por cuanto que la curatela ha de ser la medida judicial de apoyo por excelencia.

No obstante, entendemos que para que proceda esta medida de apoyo es necesario que la persona con discapacidad tenga cierto grado de entendimiento, que le permita que en ocasiones el curador pueda asistirle y en otras que le sustituya. El problema lo tenemos con las personas con grandes dependencias, como sucede con las personas con un grado avanzado de Alzheimer o una persona en estado vegativo, que no pueden realizar ningún tipo de manifestación de voluntad con entidad suficiente para que pueda ser complementada.

En estos casos extremos entendemos que no cabe ni tan siquiera una curatela representativa puesto que no existe voluntad alguna que complementar. De modo que cuando se tiene que representar a la persona con discapacidad prácticamente en todos sus actos jurídicos el mecanismo adecuado sería el de la tutela. De ahí que la Ley 8/2021, tendría que haber mantenido la tutela, si bien con carácter subsidiario de la curatela representativa y únicamente para aquellos casos en los que la persona con discapacidad no pudiera emitir válidamente su voluntad en ningún aspecto de su vida. El haber mantenido la tutela con carácter residual para las personas con grandes dependencias no hubiera supuesto una violación de la Convención, que a diferencia de la Observación no prohíbe expresamente ni la curatela ni la tutela. Por otro lado, el mantenimiento de la tutela para estos casos extremos hubiera sido compatible con el hecho de que la curatela sea el eje central del nuevo sistema. El Tribunal Supremo en alguna resolución ya se ha manifestado en favor del mantenimiento de la tutela por entender que no es contraria a los principios de la Convención, puesto que "la tutela es la forma de apoyo más intensa que puede resultar necesaria cuando la persona con discapacidad no pueda tomar decisiones en los asuntos de su incumbencia, ni por sí misma ni tampoco con el apoyo de otras personas [...]"[57]. No obstante, algún

57 Así se pronuncia la STS 16 mayo 2017 (RJ 2017, 2207) tras haber recordado previamente que "el sistema de apoyos a que alude la Convención [sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad] está integrado en el Derecho español por la tutela y la curatela, junto a otras figuras, como la guarda de hecho y el defensor judicial, que también pueden resultar eficaces para la protección de la persona en muchos supuestos. Todas ellas deben interpretarse conforme a los principios de la Convención", asimismo, tras recordar que la tutela debe de aplicarse cuando al persona con discapacidad no puede tomar decisiones, en asuntos de su incumbencia, manifiesta su apoyo al empleo de la curatela en otras circunstancias al decir que "Pero en atención a las circunstancias personales puede ser suficiente un apoyo de menos intensidad que, sin sustituir a la persona con discapacidad, le ayude a tomar las decisiones que le afecten. En el sistema legal, está llamada a cumplir esta función la curatela, concebida como un sistema mediante el cual se presta asistencia, como un complemento de capacidad, sin sustituir a la persona con discapacidad (arts.287, 288 y 289 CC)". En parecidos términos se pronuncian la STS 3 diciembre 2020 (RJ 2020, 4815) al decir que "El sistema de apoyos a que alude la Convención está integrado en el Derecho español, por la tutela y la curatela, junto a otras figuras, como la guarda de hecho y el defensor judicial, que también pueden resultar eficaces para la protección de la persona en muchos supuestos. Todas ellas deben interpretarse conforme a los principios de la Convención. Así lo ha venido declarando la jurisprudencia de esta sala en los últimos tiempos tras descartar 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." En sentido similar se habían pronunciado las SSTS 19 febrero 2020 (RJ 2020, 392) y 15 junio 2018 (RJ 2018, 2449).

autor ha mantenido, antes de entrar en vigor la nueva regulación, que en vez de una pluralidad de instituciones, como la tutela y la curatela, sería más adecuado que se previera una única institución de contenido sumamente flexible[58]. Tal vez hubiera sido el momento adecuado para crear una nueva figura que pudiera realizar a un mismo tiempo funciones de complemento y representativas, máxime cuando la expresión curatela es una gran desconocida para la inmensa mayoría de los ciudadanos.

4. La particular aplicación de la Convención de 2006.

En la Ley 8/2021 se ha efectuado una aplicación *sui generis* de la Convención puesto que ha tenido que pasar de puntillas sobre algunas de las ilógicas manifestaciones de la Observación de 2014 que vetan directamente el recurso a cualquier tipo de medida de apoyo sustitutiva y expresamente se manifiesta en contra de la utilización tanto de la tutela como de la curatela y que incluso llegan a poner en tela de juicio a la ciencia médica para valorar las afecciones mentales. De haberse seguido a la Observación nos hubiéramos encontrado con un sistema incompleto puesto que sólo sería aplicable para aquellas personas con discapacidades leves, con habilidades cognitivas suficientes para poder manifestar su voluntad, deseos y preferencias[59]. Se trataría de un sistema imposible de aplicar en el caso de personas con discapacidades graves que impiden cualquier tipo de comunicación con sus semejantes. Así como también con aquellas personas con discapacidades moderadas pero que carecen totalmente de habilidades para la administración de su patrimonio. Nuestro legislador, para no dejar sin protección los mencionados grupos de personas se ha visto obligado a hacer una reinterpretación del mandato del artículo 12 de la Convención, al margen de la Observación, de modo que ha tenido que autorizar las medidas de apoyo de carácter representativo, si bien -como ya hemos dicho con carácter excepcional- en el nuevo art. 249 III CC. Esta decisión ha sido muy acertada puesto que de no haber actuado en ese sentido las personas con grandes problemas cognitivos habrían quedado totalmente desprotegidas[60].

La particular aplicación de la Convención que efectúa la Ley 8/2021 supone un avance respecto de la situación anterior para las personas con discapacidades

58 Verdera Server, R.: *Lecciones*, cit., p. 293.

59 De Verda y Beamonte, J.R.: "¿Es posible?", cit.; estima que el Comité parece estar pensando en personas con ciertos tipos de discapacidades, como las sensoriales o las provocadas por el síndrome de Down, en las que la restricción de la capacidad de obrar en ocasiones suele ser desproporcionada. En esos casos, sí que procede establecer un sistema de apoyos para posibilitar el ejercicio de los derechos de las personas que padecen estas discapacidades. Estas personas pueden ejercer estos derechos de acuerdo con sus propias inclinaciones, lo incluye su derecho a equivocarse en ocasiones.

60 De Verda y Beamonte, J.R.: "¿Es posible?", cit., señala que como consecuencia del aumento de la esperanza de vida, cada vez será más frecuente la necesidad de acudir a un sistema de adopción de medidas sustitutivas a través de un representante legal, el curador representativo, que actúe en nombre de la persona con discapacidad.

moderadas puesto que permite tener en cuenta su "voluntad, deseos y preferencias". También es un acierto que se haya impuesto la curatela como la medida de apoyo por excelencia puesto que esta figura al tener carácter asistencial permite que se tenga en cuenta la voluntad de la persona con discapacidad. En el caso de las personas con discapacidades graves, la nueva ley todavía les reportaría ventajas, puesto que en todos los actos jurídicos que no estuviesen incluidos dentro de la curatela representativa se tendría que tener en cuenta su voluntad y preferencias. A los integrantes de este grupo antes de ley se les habría impuesto la tutela. No obstante, hay que destacar que el Tribunal Supremo en los últimos años en toda una serie de resoluciones en las que se hace referencia a la Convención ya ha había venido limitando en todo lo posible el recurso a la tutela salvo que fuera estrictamente necesario[61].

Finalmente, queda el grupo de las personas con grandes dependencias, que por padecer graves discapacidades cognitivas son incapaces de manifestar una voluntad correctamente formada, o bien son incapaces de cualquier tipo de comunicación y necesitarán que les sustituya en todos sus actos jurídicos. En estos supuestos la mayoría de sus decisiones -salvo las de carácter personalísimo - las tendrá que tomar su representante. En este caso la ley tendría que haber permitido que se nombrara un tutor, sin embargo, será el curador representativo el que lleve a cabo este cometido. Para este grupo de personas la ley prácticamente no ha supuesto ninguna ventaja, salvo la prevista en el nuevo art. 249 III CC que al referirse a las funciones representativas de las personas que presten apoyo estima que en el ejercicio de las misma se tendrá que tener en cuenta la trayectoria de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación. Sin embargo, en el caso de aquellos grandes dependientes que lo han sido desde su nacimiento o desde muy tempranas edades es imposible reconstruir su voluntad y para ellos la ley prácticamente no les aporta ninguna ventaja.

En el preámbulo de la ley viene a decirse que desaparece la incapacitación de quien no se considera suficientemente capaz, así como la modificación de la capacidad por considerarse inherente a la condición de persona humana. En

61 El Tribunal Supremo en varias ocasiones se ha pronunciado por la preferencia de la figura de la curatela frente a la tutela teniendo en cuenta el Convenio de 2006. Este ha sido el caso de la STS 19 febrero 2020 (RJ 2020, 392) al decir que "que la institución que mejor garantiza la autonomía y protección de Dña. R. es la curatela (arts. 287 y 289 del C. Civil), dado que posee un margen de autonomía que le permite un espacio de desarrollo personal que no es digno de un control exhaustivo, sin perjuicio de la necesaria asistencia del curador a aquellos actos ya declarados en la sentencia de la Audiencia Provincial, con los que la recurrente y el Ministerio Fiscal están conformes. En el mismo sentido los arts. 1 y 12 del Convenio de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad. Reconoce el preámbulo del Convenio "la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones". Asimismo, se ha utilizado una justificación similar en la STS 18 julio 2018 (RJ 2018, 2957), 7 marzo 2018 (RJ 2018, 934) y 7 febrero 2018 (RJ 2018, 392)

realidad, estas manifestaciones constituyen un brindis al sol. Puesto que si bien es cierto que desaparecen las expresiones "incapacitado" o "persona con capacidad modificada judicialmente" ahora tenemos como equivalente la de "persona con discapacidad con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica". La equivalencia de estos términos la formula la propia Ley 8/2021 en el apartado veinte "Sustitución de términos" del artículo séptimo en el que se modifica la LJV. De modo donde antes unas personas tenían capacidad de obrar plena, limitada o inexistente ahora tendremos personas con discapacidad con medidas de apoyo. A su vez las medidas de apoyo revisten diferente intensidad, puesto que pueden ser asistenciales o representativas. Si quitamos las etiquetas jurídicas y analizamos la realidad que subyace debajo de las misma nos encontramos con que antes y después de la ley la mayoría de las personas con discapacidad necesitan que se complemente o se sustituya su voluntad para actuar en el mundo jurídico. De modo que tras la publicación de la nueva ley podemos utilizar la expresión latina *nihil novum sub sole*.

Lo que sí que cambiará en el mundo jurídico es que entraremos en una etapa de confusión terminológica hasta que con el tiempo los tribunales volverán a poner las cosas en su sitio. Entre ellas la recuperación del principio del interés de la persona con discapacidad que nunca tendría que haber desaparecido. De modo que esa hipotética nueva situación en la que las personas con discapacidad pueden imponer su voluntad tendrá corto recorrido, puesto que el alcance de la misma se ajustará por los tribunales y sólo se aplicará en aquellos casos de personas con grados muy leves de discapacidad.

Es cierto que el legislador español tenía que efectuar cambios legislativos para evidenciar que realmente se ha incorporado la Convención. Sin embargo, en vez de una reforma de tan amplio calado hubiera sido más práctico efectuar unas ligeras modificaciones en el Código civil, LEC y LJV en las que se estableciese la obligación de respetar la voluntad de las personas con discapacidad siempre que no fuera en contra de sus propios intereses. Así como el establecimiento de la curatela como la principal medida de apoyo de origen judicial. También se tendría que haber dejado la tutela para las personas con grandes dependencias lo que habría permitido no establecer el régimen jurídico de la curatela representativa que es una duplicación del de la tutela.

La Ley 8/2021 ha terminado con una eficaz manera de contemplar la falta de capacidad de las personas de manera unitaria, tanto para los menores como para las personas con discapacidad. Ahora esta unidad se ha roto puesto que la nueva ley siguiendo la estela de la Convención ha separado las cuestiones relativas al ejercicio de la capacidad de obrar de los menores y el de las personas con discapacidad. Finalmente, estimamos que tras la nueva ley en nuestro país seguirán

existiendo personas con discapacidad que no podrán actuar en el mundo jurídico si no es a través de la figura del curador. En consecuencia, si alguien necesita que se le complemente o incluyo se le sustituya en algunos actos jurídicos es porque carece de plena capacidad de obrar. De modo similar a como Galileo en su defensa de la teoría heliocéntrica pronunció la frase *eppur si muove* nos atrevemos a decir que la capacidad de obrar limitada sigue estando presente en nuestro ordenamiento jurídico a pesar de la nueva reforma.

5. A modo de conclusión.

Primera. Durante muchísimo tiempo la mayoría de los procesos de incapacitación han terminado con sentencias de incapacitación en las que sistemáticamente se sometía al incapaz a un régimen de representación legal que sustituía de modo integral la toma de decisiones tanto sobre su persona como sus bienes. La ratificación por España de la CDPD supuso que nuestros tribunales hasta la publicación de la Ley 8/2021, hicieran una relectura ajustada de la incapacitación. Esa relectura seguía dos líneas fundamentales: Se mantenía que la incapacitación no podía alterar la titularidad de los derechos fundamentales aunque si su forma de ejercicio. Además, la incapacitación no podía responder a un modelo rígido, igual para todos, sino que debía de ser flexible adaptándose a las necesidades particulares de cada persona. Esta graduación es la que ha dado lugar a la tesis del traje a medida.

Segunda. La figura de la incapacitación dotaba de seguridad al tráfico jurídico cuando participaban personas con discapacidad. Asimismo, esta institución protegía tanto a la persona como al patrimonio de las personas con discapacidad. La ratificación de la CDPD, tal como se ha manifestado el Tribunal Supremo en las denominadas sentencias de relectura de la incapacitación, era compatible con el mantenimiento de aquella figura. De modo que con algunas reformas de no excesivo calado del Código civil y de las leyes procesales como la LEC y la LJV hubiera sido suficiente para incorporar a nuestro ordenamiento jurídico la CDPD.

Tercera. La Ley 8/2021 supone un cambio de paradigma. Como no podía ser de otro modo hay que tener en cuenta la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad. No obstante, debería de haberse mantenido una línea roja a partir de la cual la voluntad del discapaz cuando fuese en su propio perjuicio ya no fuese tenida en cuenta. La desaparición del principio superior del incapaz de la nueva ley no significa que haya desaparecido de nuestro ordenamiento jurídico de modo que será la jurisprudencia la que con toda probabilidad recupere este principio. Una vez recuperado este principio no entraremos en una situación parecida a la de la época de la relectura de la incapacitación, si bien con el añadido, de la desaparición de aquella figura.

Cuarta. La propuesta de la figura del curador como la principal medida de apoyo judicial por la Ley 8/2021 ha sido un gran logro, habida cuenta que demasiados procesos de incapacitación, terminaban imponiendo la tutela en todas las esferas, patrimonial y personal, del discapaz. No obstante, la imposición a ultranza de la tutela ya había ido corrigiéndose con la denominada jurisprudencia de relectura de la incapacitación tras la ratificación de la CDPD. En la doctrina y en la jurisprudencia de relectura de la incapacitación de los últimos años ya se abogaba para que la tutela tuviera carácter residual y se reservase para casos extremos donde el incapaz carecía absolutamente de capacidad tomar decisiones de su incumbencia, ni por si sola ni con apoyo de otras personas como sucede con casos graves de Alzehimer graves o personas en estado de coma o vegetativo.

Quinta. El legislador español al dictar la Ley 8/2021 ha optado por una vía que ha provocado una excesiva modificación de preceptos del Código Civil y de otras leyes. Solamente con haber mantenido la figura del tutor, en vez de su equivalente de la curatela representativa, se hubiera evitado la modificación de muchos preceptos.

Sexta. El poco tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la nueva y ley el todavía escaso número de sentencias que ha recaído al respecto nos permiten afirmar que vamos a asistir a un período inicial de excesiva prudencia por parte de los tribunales. Así pues, en una primera fase, se hará una aplicación literal de la nueva norma y muchos casos que en el anterior sistema hubieran terminado con una sentencia de incapacitación parcial, como ya había sido la norma general, ahora finalizarán sin que se aplique ninguna medida de apoyo cuando el discapaz se oponga a ello. En una segunda fase, es probable que el Tribunal Supremo sea más contundente en sus pronunciamientos y asistamos a una recuperación del principio del interés superior del discapaz. A partir de ese momento en la jurisprudencia menor se empezarán a aplicar las medidas de apoyo en contra de la voluntad del discapaz en aquellos casos puntuales en el que existan elementos objetivos que aconsejen su provisión.

Séptima. En materia de discapacidad, vamos a asistir a un fenómeno similar a cuanto aconteció en materia de arrendamientos urbanos, donde la Lau/64 asfixiaba a los propietarios para pasar al conocido Decreto Boyer donde la excesiva libertad contractual del arrendador terminó perjudicando gravemente a los arrendatarios, para finalmente encontrar un punto intermedio con la Lau/94. En consecuencia, será la jurisprudencia la que encuentre el punto medio entre un sistema que el que la voluntad del discapaz apenas era tenida en cuenta a otro en el que sus voluntad, deseos y preferencias se imponen a ultranza.

BIBLIOGRAFÍA

Aguilar Ruiz, L.: Nueva lectura jurisprudencial de la curatela como figura de administración de los bienes del incapaz: Comentario a la Sentencia del TS de 4 de abril de 2017 (RJ 2017, 1505), *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial,* núm. 44, 2017. Disponible en: https://insignis.aranzadidigital.es/. Consultado el 10-12-2021

Berrocal Lanzarot, A. I.: "Instituciones de guarda: la tutela", mayo, 2017. Disponible en: https://www.fundacionquerer.org/instituciones-guarda-la-tutela. Consultado el 23-04-2021.

Bueyo Díez Jalón, M.: "El impacto de la Convención Internacional de las personas con discapacidad", Discapnet, El portal de las personas con discpacidad 2012. Disponible en: https://www.discapnet.es/areas-tematicas/nuestros-derechos/tus-derechos-fondo/otros-temas/el-impacto-de-la-convencion. Consultado el 1-12-2021.

Carrasco Perera, Á.:

- "Diógenes en el basurero (de la reforma civil de la discapacidad)", *Actualidad Jurídica Aranzadi,* núm. 978/2021. Disponible en: https://insignis.aranzadidigital.es/. Consultado el 16-12-2021.

- "Discapacidad personal y estabilidad contractual. A propósito del Anteproyecto de Ley presentado por el Ministerio de Justicia para la reforma de la legislación civil en materia de discapacidad", *Centro de Estudios de Consumo.* (12-octubre-2018). Disponible en: http://centrodeestudiosdeconsumo.com. Consultado: 21-11-2021.

Corvo López, F.M.: "La Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre provisión de apoyos a las personas con discapacidad en clave de futuro", *Revista Aranzadi Doctrinal,* núm. 8/2021. Disponible en: https://insignis.aranzadidigital.es/. Consultado el 16-12-2021

De Verda y Beamonte, J. R.: "¿Es posible seguir distinguiendo entre capacidad jurídica y capacidad de obrar?", IDIBE, septiembre 30, 21. Disponible en: https://idibe.org/tribuna/posible-seguir-distinguiendo-capacidad-juridica-capacidad-obrar/. Consultado 20-11-2021.

García Rubio, M. P.: "La persona en el derecho civil. Cuestiones permanentes y algunas otras nuevas", *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico,* núm. 14, 2013.

-¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?, *Actualidad jurídica iberoamericana,* núm. 13, 2020 (Ejemplar dedicado a: El interés superior del menor en la experiencia jurídica latina).

González Cervera, M.I., Maldonado Ramos, I y Xiol Ríos, J.A.: "Incapacidad. La interpretación de las normas vigentes a la luz de la Convención de Nueva York de 2006. La incapacitación no altera la titularidad de los derechos fundamentales, aunque si afecta a su ejercicio y se justifica por su finalidad protectora de la persona" [Crónicas TS (Sala 1ª) año 2008-2009]. *Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo,* Aranzadi, Enero 2009. BIB 2009\4216. Disponible en: https://insignis.aranzadidigital.es/. Consultado: 29-11-2021.

Martínez de Aguirre Aldaz, C.: "Curatela y representación: cinco tesis heterodoxas y un estrambote", en *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de Discapacidad.* (dirs. S. De Salas Murillo y M. V. Mayor del Hoyo), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.

Martínez de Morentín Llamas, L.: "Tutela y curatela: derecho actual y perspectivas de futuro", *Boletín. Servicio de Estudios Registrales de Catalunya*, núm. 169, 2014.

Nieto Pavía, R: "El valor internacional de las recomendaciones de los Comités de Derechos Humanos y el bloque de constitucionalidad", 18 *International Law; Revista Colombiana de Derecho Internacional,* núm. 18, enero-junio 2011. Disponible en: https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/view/13763. Consultado el 15-07-2021.

Rabanete Martínez. I. J.: "La curatela como mecanismo de protección general de las personas con discapacidad", *IDIBE*, Tribuna mayo 8, 2019. Disponible en: https://idibe.org/tribuna/la-curatela-mecanismo-proteccion-general-las-personas-discapacidad/.

Ribot Igualada, J.: "La nueva curatela: diferencias con el sistema anterior y perspectivas de funcionamiento". En *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de Discapacidad.* (dirs S. De Salas Murillo y M. V. Mayor del Hoyo). Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.

Rodríguez Cachón, T.: "5. Adaptación de los sistemas tutelares del Código Civil a una interpretación acorde a la Convención de Nueva York de 2006", *ADC*, tomo LXXIII, octubre 2020, fasc. IV, Sentencias.

Rubio Torrano, E.: "La incapacitación: titularidad y ejercicio de derechos fundamentales afectados. La convención de Nueva York", Revista Doctrinal

Aranzadi Civil-Mercantil, núm. 9/2009. Disponible en: https://insignis.aranzadidigital.es/. Consultado: 29-11-2021.

Torres Costas, E.: *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las Personas con Discapacidad*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020.

Verdera Server, R.: *Lecciones de Derecho Civil I,* 2ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.

LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA EN LA CONSTITUCIÓN REPUBLICANA DE 1931 Y SU INFLUENCIA EN LA CARTA MAGNA DE 1978*

THE RIGHTS OF POLITICAL PARTICIPATION IN THE REPUBLICAN CONSTITUTION OF 1931 AND ITS INFLUENCE ON THE MAGNA CHARTER OF 1978

Rev. Boliv. de Derecho Nº 33, enero 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 574-601

* Este trabajo se ha realizado en el marco de la estancia de investigación en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (2021).

Mª Nieves
ALONSO
GARCÍA

ARTÍCULO RECIBIDO: 4 de octubre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 30 de noviembre de 2021

RESUMEN: Dentro de las Constituciones históricas es relevante destacar aquellos aspectos que resultaron novedosas en cada una ellas y que marcaron su impronta en el texto vigente. Un repaso por la teoría de la representación política en sede de los derechos fundamentales nos conduce al texto republicano de 1931, como impulsor de los mecanismos de participación política directa. Así, se partirá del Anteproyecto de 1929 y se indagará en los debates parlamentarios que precedieron la Constitución de 1978 en torno al sistema de Cortes y a la consagración de las instituciones de democracia semidirecta. De entre las semejanzas existentes entre la Constitución de 1931 y la vigente, en ambos casos se trata de constituciones que nacen después de largos períodos sin libertades, y ambas intentan ser un manual que enseñe a los ciudadanos los que son sus derechos y sus libertades. Asimismo, ambos textos implementan instrumentos de democracia semidirecta en un sistema fundamentalmente representativo.

PALABRAS CLAVE: Constitución; historia; Parlamento; democracia; participación.

ABSTRACT: *Within the historical Constitutions, it is relevant to highlight those aspects that were novel in each of them and that marked their mark on the current text. A review of the theory of political representation based on fundamental rights leads us to the republican text of 1931, as a promoter of the mechanisms of direct political participation. Thus, we will start from the 1929 Draft Project and will investigate the parliamentary debates that preceded the 1978 Constitution regarding the Cortes system and the consecration of the institutions of semi-direct democracy. Among the similarities between the 1931 Constitution and the current one, in both cases they are constitutions that are born after long periods without freedoms, and both try to be a manual that teaches citizens what their rights and freedoms are. Likewise, both texts implement instruments of semi-direct democracy in a fundamentally representative system.*

KEY WORDS: *Constitution; history; parliament democracy; participation.*

SUMARIO.- I. PROLEGÓMENO.- II. EL DERECHO FUNDAMENTAL DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA.- 1. El art. 23 de la Constitución Española de 1978.- 2. La delimitación entre democracia representativa/directa.- III. LA CONSTITUCIÓN DE 1931.- 1. La antesala de la Constitución de 1931: El Anteproyecto de 1929. 2.El texto de 1931: su originalidad y principales características.- IV. EL SEDIMENTO DEL TEXTO REPUBLICANO EN LA CONSTITUCIÓN VIGENTE.- 1. Los debates precursores de la Carta Magna de 1978.- 2. La formalización de los instrumentos de democracia semidirecta en el texto constitucional de 1978.- V. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL.

I. PROLEGÓMENO.

El Preámbulo de la Constitución Española proclama la voluntad de la Nación española de "garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes conforme a un orden económico y social justo, consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular, proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones, promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida, establecer una sociedad democrática avanzada y colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la Tierra" .

El citado Preámbulo ilustra el lugar preminente que el constituyente otorga a la participación de los ciudadanos en la formación de la voluntad popular, que se consolidó en el articulado del texto constitucional (art. 9.2 CE), el cual establece el principio general de participación de los ciudadanos en la vida política y el art. 23.1 CE que establece el derecho de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos. El pueblo es, según subrayan nuestras Constituciones, el titular de la soberanía y su voluntad la principal fuente de legitimidad política.

El constitucionalismo histórico español pivotó en el otorgamiento de mayor o menor peso a la voluntad popular en la elección de los representantes, así como, en la progresiva desvinculación del poder ejecutivo del legislativo.

• 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 Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), 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.

A lo largo de nuestra historia constitucional, los instrumentos de participación directa de los ciudadanos en los asuntos públicos son escasos. Los liberales españoles no basaron sus fundamentaciones teóricas en las tesis de Rousseau ni en el resto de las doctrinas del liberalismo radical.

De este modo, en las Constituciones Españolas del siglo XIX no se prevé fórmula alguna de participación directa, tanto en el plano constitucional como en el legislativo. El constitucionalismo histórico español se decantó desde sus inicios por las formas propias de la democracia representativa.

No obstante, la Constitución Republicana de 1931 introdujo un sistema de democracia representativa en el que incorporó novedosamente algunos mecanismos que transitan desde esa idea de democracia directa hacia la participación simbólica de los ciudadanos en los asuntos públicos, no como una democracia directa pura sino como consecuencia de la inserción de estos mecanismos de participación en una democracia representativa. La Constitución de 1931 constituye el primer texto constitucional en el que la democracia representativa se complementa con instrumentos de participación ciudadana en los asuntos públicos, previsión que se ha incorporado en nuestra Carta Magna vigente.

Un repaso por el texto republicano de 1931, como impulsor de estos instrumentos, partiendo de su Anteproyecto de 1929 e indagando en los debates parlamentarios que precedieron la Constitución de 1978, constituirá la esencia de esta reflexión en torno a la implementación de instrumentos de democracia semidirecta en un sistema fundamentalmente representativo.

II. EL DERECHO FUNDAMENTAL DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA.

1. El art. 23 de la Constitución Española de 1978.

El Estado constitucional es un Estado democrático de derecho, por consiguiente, su contenido se estructura a partir de una serie de derechos fundamentales que se proyectan y refuerzan en ese carácter democrático. La interacción entre derechos, representación y participación es la clave de este apartado.

Nuestra Constitución de 1978 ha reconocido expresamente el derecho fundamental de participación política en el art. 23 CE conforme al cual "los ciudadanos tienen el derecho de participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal". Es un derecho fundamental que se desarrolla en el seno

de la garantía institucional[1] de la representación política constitucionalmente configurada[2].

Como derecho fundamental, el derecho a la representación política posee una vertiente objetiva que implica un mandato de optimización a los poderes públicos para permitir el máximo desarrollo de las facultades inherentes al mismo. Este precepto acoge, asimismo, un conjunto de derechos que expresan la vertiente subjetiva[3]de la estructura democrática del Estado y proclama como elemento indispensable del estado democrático la participación popular, a través de diversos mecanismos, en la formación y la composición de los órganos del Estado[4].

La actuación del art. 23.2 CE[5] como elemento objetivo del sistema democrático supone una garantía del derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de representantes y comporta que se atribuya a los ciudadanos un estatus constitucional[6].

El derecho a la representación política no se identifica de manera exclusiva con un concreto precepto constitucional, sino que su objeto, contenido y límites habrán de deducirse además de diversos preceptos; en especial de los que concretan el carácter democrático del Estado. El constituyente español proclama en el art. 9.2 CE el principio de participación como uno de los ejes centrales que deben guiar la acción de los poderes públicos y que materializa el principio democrático y la soberanía popular que se consagran en el art. 1. Junto a este enunciado general, en el resto del texto constitucional se hacen alusiones a fórmulas de participación popular de muy distinto tenor y con proyección sobre muy diversos ámbitos. Así, junto con el art. 23.1 CE, la idea de participación está presente, entre otros, en el art. 6, en relación con los partidos políticos como instrumento fundamental para la participación política; el art. 27 CE, relativo al derecho a la educación; el art. 48, en referencia a la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo

1 En relación a la distinción entre derecho fundamental y garantía institucional, *Vid.* Baño León, J.M: "La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución Española", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 24, 1988, pp. 155-179.

2 Biglino Campos, Mª P.: "El derecho de participación política", en AA.VV.: Lecciones de derecho constitucional II (coord. por Mª. P. Biglino Campos, J. Mª Bilbao Ubillos, F. J. Rey, F. J. Matia Portilla, J. M. Vidal Zapatero, 2013, Aranzadi Thomson Reuters, Madrid, 2018, pp. 653-672.

3 Esta vertiente exige un sistema electoral que permita la correspondencia entre la votación de los ciudadanos y la selección de los representantes. En este sentido, Presno Linera sostiene que "ciertos principios de mayor impronta democrática se han articulado de manera incorrecta, como ocurre con el mantenimiento del carácter territorial de las circunscripciones a pesar de que se pretenda la expresión de una representatividad política general. Presno Linera, M.A.: "La representación política como derecho fundamental", *Fundamentos Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional,* núm. 3, 2004, versión on-line.

4 Martín Núñez, E.: "La garantía jurídica de la democracia como derecho fundamental. Un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre participación política", *Revista catalana de dret públic*, núm. 37, 2008, p. 312.

5 En referencia al art. 23.2 CE, *Vid.* García Roca, J.: *Cargos públicos representativos. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*, Aranzadi, Navarra, 1999, p. 63.

6 STC 71/1994, de 3 de marzo, *BOE* núm. 71, de 24 de marzo de 1994, ECLI:ES:TC: 1994:71, FJ 6º.

político, social, económico y cultural; el art. 51 CE en cuanto a la participación del ciudadano como consumidor y usuario; el art. 105 CE como garante de la audiencia del ciudadano en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten y el art. 125 CE concerniente a la institución de jurado[7].

Nuestra Carta Magna proclama dos grandes modalidades de participación delimitadas por la expresión asuntos públicos: la participación directa concretada en las formas de democracia directa y participativa y la participación representativa. La jurisprudencia constitucional se decanta claramente por una primacía de los "mecanismos de democracia representativa sobre la participación directa".[8]

El Tribunal Constitucional aboga por interpretar de forma conjunta los dos apartados del art. 23 CE. Ha afirmado a este respecto que "se prevén dos derechos que encarnan la participación política de los ciudadanos en el sistema democrático, en conexión con los principios de soberanía del pueblo y de pluralismo político consagrados en el art. 1 CE, como son el derecho electoral activo y el derecho electoral pasivo, derechos que aparecen como modalidades o vertientes del mismo principio de representación política y que expresan la forma de ejercer la soberanía[9].

A tenor de la jurisprudencia del Alto Tribunal, el art. 23 CE otorga a los ciudadanos un derecho a participar en los asuntos públicos, que se ejercita directamente por medio de representantes libremente elegidos en elecciones periódicas y por sufragio universal. Es un derecho que se otorga a los ciudadanos en cuanto tales y, por consiguiente, a las personas individuales. Se trata del derecho fundamental, en que se encarna el derecho de participación política en el sistema democrático de un Estado social y democrático de Derecho, que consagra el art. 1, y es la forma de ejercitar la soberanía que el mismo precepto consagra que reside en el pueblo español.

7 Alzaga Villaamil, O.: *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Cortes Generales Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1997, p. 651.

8 STC 76/1994, de 14 de marzo, *BOE* núm. 89, de 14 de abril de 1994, FJ 3º, ECLI:ES:TC: 1994:76

9 "Participar por medio de representantes presupone que los ciudadanos ejercen sus derechos dentro de un sistema apto para traducir votos en escaños y en el que necesariamente han de atenderse a otros imperativos contemplados en la propia Constitución, como son entre otros, los que se derivan de la imprescindible articulación territorial del voto y el reparto de los escaños, de la funcionalidad y de los cometidos atribuidos al órgano cuyos miembros han de ser elegidos, o aquellos otros que resultan del reconocimiento constitucional de los partidos políticos (art. 6 CE) y del valor pluralismo político (art. 1.1 CE). Todo ello explica el muy amplio margen de libertad normativa que debe concederse al legislador de cada sistema electoral (sea el estatal o el autonómico) que, en cierto modo, también opera como legislador de los derechos de sufragio, aunque las regulaciones de los aspectos fundamentales de estos últimos estén reservadas por la Constitución al legislador orgánico (art. 81.1 CE)" STC 225/1998, de 23 de noviembre, FJ 4º, *BOE* núm. 312 de 30 de diciembre de 1998.

La participación en los asuntos públicos a la cual se refiere el art. 23 CE es en primer lugar, la que se realiza al elegir a los miembros de las Cortes Generales, que son los representantes del pueblo, según el art. 66 CE, y puede entenderse, asimismo, que abarca también la participación en el Gobierno de las Entidades en que el Estado se organiza territorialmente, de acuerdo con el art. 137 CE[10].

En el contexto de nuestra Constitución, como afirma Torres Muro , estamos hablando de una manera de ser representados, a través del Parlamento, basada en los siguientes rasgos: el mandato es libre, como reconoce el art. 67.2 CE; el representante tiene vinculación con el todo representado, no con un sector del mismo; el hecho de que, contra lo que sucede con otros órganos constitucionales, los parlamentarios ostentan la representación por haber sido designados para ello por los ciudadanos, esto es a través de los mecanismos electorales[11].Los Diputados y Senadores representan, de este modo, a los miembros de este cuerpo casi místico llamado Pueblo, en las tareas de elaboración de las leyes, aprobación de gastos e ingresos, y control del Gobierno. Algunas de las funciones más importantes, sin duda, en un Estado constitucional.

De conformidad con Sarmiento Méndez, el art. 23 CE de nuestra Constitución presenta un contenido complejo y en realidad recoge "tres derechos autónomos" : el derecho a la participación política directamente o a través de representantes (art. 23.1 CE), el derecho de acceso a cargos públicos en condiciones de igualdad (art. 23.2 CE), que se desdobla según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en el derecho de acceso a cargos públicos representativos que incluye sufragio pasivo, pero no sólo, y el derecho de acceso a la función pública conforme a los principios de mérito y capacidad invocados en el art. 103.3 CE[12].

Desde un sector doctrinal se sostiene que estamos ante formas de participación procedimental -y no orgánica-. Se trata de normas que concretan el principio de participación -art. 9.2 CE- y, al menos en parte, el derecho fundamental de participación -art. 23 CE-.

La inclusión de esas figuras participativas en el ámbito protegido por el derecho fundamental de participación en los asuntos públicos es controvertida. En efecto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, de forma constante, ha excluido del ámbito protegido por el derecho constitucional de participación en

10 STC 51/1984, de 25 de abril, *BOE* núm. 128, de 29 de mayo de 1984, ECLI:ES:TC: 1984:51, FJ 2º.

11 Torres Muro, I.: "Constitución y Parlamento: notas para la comprensión de la institución parlamentaria en el siglo XXI", *Revista de las Cortes Generales*, núm. 87, 2012, p. 33.

12 Sarmiento Méndez, X.A.: "Artículo 23 CE: El derecho de participación", en aa.vv.: Derechos fundamentales. Aspectos básicos y actuales, (coord. por Villanueva Turnes, A., Aba-Catoira, A.), Andariva, La Coruña, 2017, p. 364.

los asuntos públicos formas de participación como las modalidades de participación administrativa, encuadrables en la categoría de democracia participativa[13].

La simple participación administrativa en asuntos públicos concretos no forma parte del contenido constitucionalmente declarado del referido precepto. Así se desprende de forma clara de la doctrina del Tribunal Constitucional según la cual "el art. 23.1 CE incluye derechos que encarnan la participación política de los ciudadanos en el sistema democrático y más en concreto los derechos de sufragio activo y pasivo, aspectos indisociables de una misma institución[14].

De forma explícita, la STC 63/1987, de 20 de mayo[15] ha establecido que el derecho de participación activa se refiere a las consultas populares previstas en la propia Constitución. El art. 23.1 CE no comprende, en consecuencia, cualquier participación en cualesquiera asuntos públicos[16]. Por ello, las distintas participaciones que las Leyes pueden prever serán de muy distinta naturaleza según se muevan dentro del ámbito del derecho del art. 23.1 CE o en el plano de organización de una participación no política, en el que la Ley actúa su capacidad de configuración social en el marco y desarrollo de la Constitución, es decir, fuera del espacio delimitado por el contenido"[17].

Como se desprende de la fundamentación jurisprudencial citada, el Tribunal Constitucional delimita las formas de participación que se circunscriben dentro

13 Se trata de manifestaciones que no son propiamente encuadrables ni en las formas de democracia representativa ni en las de democracia directa, incardinándose más bien en un *tertium genus* que se ha denominado democracia participativa. STC 119/1995, de 17 de julio, *BOE* núm. 200, de 22 de agosto de 1995, ECLI:ES:TC: 1995:119, FJ 6º.

14 Así lo permite el reconocimiento diferenciado que de los mismos hace el art. 23 de la Constitución, garante en su núm. 1 del derecho de participar en los asuntos públicos, aparte de poder hacerlo directamente en los supuestos que proceda, mediante representantes libremente elegidos -derecho electoral activo- y en su núm. 2 del derecho a acceder a cargos públicos como tales representantes - derecho electoral pasivo. STC 71/1989, de 20 de abril, *BOE* núm. 121, de 22 de mayo de 1989, ECLI:ES:TC: 1989:71, FJ 3º.

15 En particular, y por lo que aquí interesa, la participación directa que en los asuntos públicos ha de corresponder a los ciudadanos es la que se alcanza a través de las consultas populares previstas en la propia Constitución (arts. 92, 149. 1.32, 150.1, 152.2, 167.3 y 168.3), procedimientos éstos en los que habrán de hacerse presentes, sin duda, los partidos y, en general, las agrupaciones políticas, mas no como titulares del derecho mismo a la participación, sino en lo que a los partidos políticos se refiere, como instrumentos fundamentales que son para hacerla posible, concurriendo, como la Constitución quiere, a la formación y manifestación de la voluntad popular (art. 6). STC 63/1987, de 20 de mayo, *BOE* núm. 134, de 05 de junio de 1987, ECLI:ES:TC: 1987:63, FJ 5º.

16 Por ello, no se trata como es manifiesto, de un derecho a que los ciudadanos participen en todos los asuntos públicos, cualquiera que sea su índole y su condición, pues para participar en los asuntos concretos se requiere un especial llamamiento, o una especial competencia, si se trata de órganos públicos, o una especial legitimación si se trata de Entidades o sujetos de Derecho privado, que la Ley puede, en tal caso, organizar como en el que nos ocupa ha hecho el ya citado art. 107 de la Ley de la Seguridad Social y las normas que reglamentariamente lo desarrollan. STC 51/1984, de 25 de abril, *BOE* núm. 128, de 29 de mayo de 1984, ECLI:ES:TC: 1984:51, FJ 2º.

17 Por ello, las distintas participaciones que las Leyes pueden prever serán de muy distinta naturaleza según se muevan dentro del ámbito del derecho del art. 23.1 o en el plano de organización de una participación no política, en el que la Ley actúa su capacidad de configuración social en el marco y desarrollo de la Constitución, es decir, fuera del espacio delimitado por el contenido constitucionalmente declarado del derecho fundamental. STC 119/1995, de 17 de julio, *BOE* núm. 200, de 22 de agosto de 1995, ECLI:ES:TC: 1995:119, FJ 10º.

del derecho fundamental a las instituciones clásicas de participación política, representativa o directa. En este último caso, a través de las formas tasadas por la Constitución (referéndum, iniciativa legislativa popular y concejo abierto), dejando al margen otras instituciones propias de la democracia participativa (audiencias, comparecencias). Al tratarse de modalidades participativas que operan en sede parlamentaria, se sitúan en la confluencia entre la participación representativa y la directa, por lo que cabría abogar por su inclusión entre las facultades del derecho fundamental del art. 23 CE, en tanto en cuanto complementan el ejercicio de las funciones representativas.

2. La delimitación entre democracia representativa/directa.

La tradicional contraposición entre democracia representativa y democracia directa se ha transformado en una lucha de legitimidades y en una pugna desde la que el recurso a cada uno de estos atributos parece excluir a su teórico antónimo.

Esta contraposición se torna como una de las pugnas que han marcado desde sus inicios la teoría política contemporánea, la cual se ha erigido sobre una tensa dialéctica, desequilibrada entre dos formas de canalizar y entender el axioma democrático sobre el que se diseña.

Por una parte, el de la democracia representativa y por otra, el de la democracia de identidad o democracia directa. La contraposición entre estas dos técnicas de participación se refleja en la pugna entre Montesquieu quien defendía que "el pueblo es admirable para elegir a aquellos a quienes ha de confiar una parte de su autoridad (…) pero ¿sabrá conducir un asunto, conocer los lugares, las ocasiones, los momentos y aprovecharse de ellos? No, no lo sabrá (…). La gran ventaja de los representantes es que son capaces de discutir los asuntos. El pueblo en modo alguno lo es, lo que constituye uno de los graves inconvenientes de la democracia"[18]. La inmediatez o el carácter mediato con el que los ciudadanos concurren al proceso de formación de las leyes es el eje sobre el que descansan los sistemas políticos.

La tesis favorable a una democracia directa nos remite a Rousseau quien sostenía que sólo hay ley vinculante si ha sido ratificada por todos. Así, "digo, pues, que no siendo la soberanía más que el ejercicio de la voluntad general jamás puede enajenarse y que el soberano, que no es más que un ser colectivo, no puede ser representado más que por sí mismo"[19]. No obstante, Rousseau es consciente de la inviabilidad de sustentar los sistemas políticos en mecanismos representativos de democracia directa, habilitando para ello una solución ecléctica, una especie de

18 Montesquieu, CH.L.: *Del espíritu de las leyes*, Alianza Editorial, Madrid, 2015, 2003, p. 557.

19 Rousseau, J.J.: *El contrato social o principios de derecho político*, Tecnos, Madrid, 2007, p. 128.

mal menor. De ese modo se aplicará un condicionamiento doble a la actuación de los representantes, de un lado, la articulación del mandato imperativo, de modo que los representantes siempre actuarán en nombre de los representados y, por otro, la exigencia de refrendo popular de todas aquellas decisiones adoptadas por los representantes, ratificación imprescindible acorde con la limitación en la condición de los representantes.

En consecuencia, esta relación dialéctica nunca se ha cimentado sobre posiciones equilibradas en la medida que la aquiescencia con el pragmatismo ha conducido de modo inevitable a ponderar las fórmulas de democracia representativa. En aras de buscar un equilibrio latente entre ambos, las democracias representativas han complementado sus mecanismos de funcionamiento tradicionales con el fin de otorgarles un plus de legitimidad.

Esta paradoja se resuelve atendiendo a los orígenes y evolución de la democracia directa que la mayoría de la doctrina ubica en el sistema político de Atenas en la época de Pericles (siglo V a.C)[20].

Sartori destaca como características fundamentales de la democracia clásica las siguientes: la participación de la ciudadanía directamente en labores ejecutivas y legislativas en cargos de corta duración para promover la rotación, y con mandatos imperativos o de corta duración. Los cargos en muchas ocasiones se designaban por sorteo. La representación se limitaba a decisiones regulares de la asamblea de ciudadanos. El consenso era la regla fundamental y la política no se limitaba en tiempo y lugar[21].

Desde una perspectiva clásica, por tanto, la democracia directa consistía en la plena participación del ciudadano en las tareas políticas, a través de los debates públicos que se desarrollaban en el Ágora griega. Dos valores democráticos presidieron este período, por un lado, la participación directa en el gobierno, y por otro, el principio de igualdad. En efecto, una característica de aquella democracia era la participación directa de todos los ciudadanos en el gobierno de su ciudad a través de las asambleas y ejerciendo los cargos de gestión mediante sorteo o turnos rotativos. La otra característica consistía en la igualdad entre todos los ciudadanos: la ley era la misma para todos (isonomía), nadie podía poseer más poder que otro al participar todos por igual en las asambleas (isegoría) o en la gestión del gobierno (isocracia).

20 Como bien señala García Guerrero, la aplicación de esta forma de gobierno era posible por el reducido número de ciudadanos participantes en el proceso, su elevado grado de formación y conocimiento en los asuntos públicos, así como por disponer del tiempo de ocio suficiente, García Guerrero, J. L.: "Teorías de la representación política, democracia directa y partidos políticos", en aa.vv.: Derecho Constitucional Comparado (dir. por López Garrido, D., Massó Garrote, M.F., Pegoraro, L., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 487.

21 Sartori, G.: *Teoría de la democracia*, Alianza, Madrid, 1988, p. 351.

No obstante, cabe tener en consideración que la democracia griega no se puede considerar el ideal, en tanto en cuanto dentro de la estructura social griega quedaban excluidos de la condición de ciudadanos, además de las mujeres y los niños, los extranjeros y los esclavos, que, si bien eran súbditos de las decisiones allí tomadas, carecían de toda participación en su elaboración.

De este modo, bien que formalmente democrática, la organización política griega suponía virtualmente la formación de una clase política en la que de modo real descansaba la adopción de decisiones políticas.

La teoría liberal partía del supuesto de una sociedad compuesta por hombres libres e iguales en derechos. No obstante, la base real del Estado liberal no fue nunca un orden de ciudadanos en competencia en igualdad de oportunidades, sino una estructura estable de rangos sociales asegurados por la formación y la propiedad. La constitucionalización del Estado liberal, en cuanto regularización de los procesos políticos con arreglo a normas previamente establecidas que respondan y respeten las coordenadas y vectores de la Sociedad Civil a que se aplican, suponía la única posibilidad para la plena realización de los presupuestos liberales.

De esta forma, la posible compatibilidad de la democracia directa con el Estado Liberal, por más que resultara congruente con el individualismo que se encuentra en su base, se veía gravemente dificultado no sólo en cuanto su puesta en práctica conllevaba series dificultades técnicas y representaba un elemento claramente disfuncional para los intereses de clase que la teoría liberal comportaba, sino que era difícil concordar dicha teoría democrática con el procedimiento técnico para la efectiva realización de la teoría liberal. Tres son las razones que Aguiar de Luque considera que sintetizan la inviabilidad de compatibilizar ambas concepciones: En primer lugar, el ideal de una sociedad civil compuesta de hombres libres e iguales era tan sólo eso, un ideal legitimador del poder, que en verdad respondía a los intereses de una clase burguesa en ascenso, la cual impondría un orden político representativo en la medida en que con ello se asegura un orden político representativo en la medida en que con ello se aseguraba un puesto rector en la dinámica social. En segundo lugar, la democracia directa era de día en día más difícil de aplicar, ya que las necesidades de tráfico mercantil de la clase burguesa imponían unidades políticas más amplias, de funcionamiento centralizado, que dificultaban la puesta en práctica del ideal democrático. Por último, en el plano teórico, la primacía del pueblo como sujeto político no era fácil de compatibilizar con la soberanía del derecho en que virtualmente descansaba la legitimidad en el Estado Constitucional.

De este modo, el Estado liberal-constitucional que históricamente se implantaría en Gran Bretaña y más tarde en el continente, adopta básicamente formas representativas.

Sin embargo, no supone la total desaparición de la participación directa, pues ya desde los primeros momentos del movimiento constitucional aparecen ciertas instituciones que, inspiradas en la democracia directa, intentan poner en práctica la participación popular directa en el marco del ordenamiento constitucional.

El constitucionalismo histórico español se decantó desde sus inicios por las formas propias de la democracia representativa.

No obstante, la Constitución Republicana de 1931 introdujo un sistema de democracia representativa en el que incorporó novedosamente algunos mecanismos que transitan desde esa idea de democracia directa hacia la participación simbólica de los ciudadanos en los asuntos públicos, no como una democracia directa pura sino como consecuencia de la inserción de estos mecanismos de participación en una democracia representativa.

Un repaso por el texto republicano de 1931, como impulsor de estos instrumentos, partiendo de su Anteproyecto de 1929 e indagando en los debates parlamentarios que precedieron la Constitución de 1978, constituirá la esencia de esta reflexión en torno a la implementación de instrumentos de democracia semidirecta en un sistema fundamentalmente representativo.

III. LA CONSTITUCIÓN DE 1931.

1. La antesala de la Constitución de 1931: El Anteproyecto de 1929.

Como antecedente a la Constitución de 1931 es oportuno realizar una mención al Anteproyecto de 1929. El Anteproyecto de Constitución de 1929 es un amplio código cuyo principal propósito era constituir un Estado nuevo de carácter conservador, corporativo, intervencionista y antidemocrático[22].

Su fundamentación se basaba en la representación corporativa en torno a la consideración de la Constitución como norma de rango superior y a una ubicación de la soberanía en el Estado "como órgano permanente representativo de la Nación".

El Rey era considerado sagrado e inviolable. Se le atribuía la función moderadora para el mantenimiento de la independencia y armonía de todos los Poderes, con

22 Giménez Martínez, M.A.: *Historia del parlamentarismo, Política y Sociedad en la Historia de España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017, p. 292.

arreglo al texto constitucional. Correspondía también al Rey la potestad de hacer ejecutar las leyes, la de cuidar que en su nombre se administre justicia pronta y cumplida, la de velar por la defensa nacional, asegurar la continuidad de la política exterior en las relaciones diplomáticas y comerciales con las demás Potencias y de la política interior en los asuntos económicos y sociales y mantener la unidad y soberanía del Estado.

Las Cortes son unicamerales y gozan de poder legislativo, junto con el Rey, a quien le correspondía la sanción y promulgación de las leyes.

Para la elección de la mitad de sus miembros se establecía el sufragio universal directo por provincias y en colegio nacional único. La otra mitad tenía carácter no electivo, ya que se componía de treinta miembros nombrados por el Rey con carácter vitalicio y el resto elegidos por colegios profesionales o de clase.

En cuanto a sus funciones, el Anteproyecto otorgaba a las Cortes la facultad legislativa, pero a la vez, dejaba a la exclusiva iniciativa del Rey la política exterior o concordataria, la defensa nacional y la rebaja de contribuciones o aumento de gastos públicos.

El art. 63 recogía el listado de materias objeto de ley entre las que cabe destacar, la fijación, al comienzo de cada Reinado, de la dotación del Rey y su familia; la incorporación de cualquier otro territorio al territorio nacional; la ratificación de los Tratados de alianza ofensiva, de los que estipulen dar subsidios a una Potencia extranjera, y de todos los que puedan obligar individualmente a los españoles; la fijación bienal de los gastos o ingresos del Estado; la aprobación de Códigos y leyes de carácter general relativos al Derecho público y privado, así sustantivo como adjetivo; la aprobación de las Cuentas generales del Estado o la determinación del régimen a que deben someterse las elecciones generales, provinciales y municipales.

Una de las principales novedades del Anteproyecto es la creación del Consejo del Reino como órgano consultivo y con funciones de jurisdiccional constitucional –conocía sobre el recurso de inconstitucionalidad de las leyes y de las disposiciones de carácter general, resolvía los recursos sobre la validez de las elecciones, juzgaba a los Ministros y Altos Cargos del Estado y delimitaba las áreas competenciales cuando surgían conflictos ente el Gobierno y los Tribunales-.

En cuanto a sus funciones legislativas, el Consejo disponía de un veto devolutivo sobre las leyes y había de ser oído para la tramitación de los decretos-leyes. Asimismo, poseía facultades de gobierno –intervenía en la designación del regente, en la disolución de las Cortes y en el nombramiento del jefe del Ejecutivo-.

2. El texto de 1931: su originalidad y principales características.

Tras este análisis del precedente más inmediato a la Constitución de 1931, es ésta la que copará nuestra atención. Las principales características del texto constitucional son la originalidad del modelo constitucional, el establecimiento de la soberanía popular, la constitución de un sistema democrático representativo unido a los instrumentos de democracia directa, el parlamentarismo racionalizado, la laicidad, la profundización en los derechos subjetivos y la efectividad de los mismos y la apuesta por el Estado integral[23].

Es ilustrativo el Preámbulo en el que se producía un reconocimiento implícito de la soberanía popular frente a la soberanía nacional o compartida de las Constituciones anteriores, al presentarse el texto constitucional como producto de un acto de soberanía del pueblo[24].

La Constitución republicana de 1931 recogía los principales avances del Derecho público europeo. Los principales actores de la vida política republicana era las Cortes, el Presidente de la República, el Gobierno y el Tribunal de Garantías Constitucionales[25].

Aun cuando son muchas las características a destacar de este texto constitucional, nos centraremos en aquellas relativas a las Cortes a las que se dedica el Título IV.[26]

Aunque no recogiera expresamente el principio de la división de poderes, lo asumió en su versión moderada de colaboración de poderes propia de un régimen parlamentario. Entre las funciones de las Cortes, se reconoce la potestad legislativa, la cual reside en el pueblo por medio de las Cortes o el Congreso de los Diputados. La iniciativa legislativa correspondía conforme al art. 60 tanto al Congreso de los Diputados como al Gobierno.

Se reconocía, asimismo, en el art. 66 la iniciativa legislativa popular. Conforme al mismo, el pueblo podía atraer a su decisión mediante "referéndum" las leyes votadas por las Cortes. Bastaba, para ello, que lo solicitara el quince por ciento del Cuerpo electoral. Se excluía del objeto de este recurso la Constitución, las leyes complementarias de la misma, las de ratificación de Convenios internacionales inscritos en la Sociedad de las Naciones, los Estatutos regionales y las leyes

23 *Vid.* San Miguel Pérez, E.: *Constitución de 1931. Derecho y Cultura Política. Todo lo que soy lo llevo conmigo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

24 Oliver Araujo, J.: "La Constitución Republicana de 1931", *Dereito: Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, núm. 6, 1997, p. 108.

25 Oliver Araujo, J.: "La Constitución Republicana de 1931", op. cit, p. 244.

26 García-Atance García De Mora, Mª. V.: "Crónica parlamentaria sobre la Constitución española de 1931", *Revista de Derecho Político*, núm. 12, 1982, p. 315.

tributarias. El pueblo podía ejercer el derecho de iniciativa, presentando a las Cortes una proposición de ley siempre que lo pidiera, al menos, el quince por ciento de los electores.

Se establece un sistema unicameral en el que los diputados serán elegidos mediante sufragio universal, igual, directo y secreto siendo elegibles todos los ciudadanos de la República mayores de veintitrés años, sin distinción de sexo ni de estado civil. Es llamativo que en un sistema descentralizado como el constituido en 1931 se haya optado por un sistema bicameral, como sí se hizo en la Constitución de 1978.

El sistema electoral fue desarrollado por la Ley Electoral de 27 de junio de 1933 que estableció un sistema electoral mayoritario a doble vuelta con distritos plurinominales.

Con la Constitución de 1931 se hace efectivo el sufragio universal activo para las mujeres españoles, ya que la regulación constitucional únicamente permitió el sufragio femenino pasivo.

Asimismo, se otorgaba al Congreso de los Diputados la facultad para resolver sobre la validez de la elección y la capacidad de sus miembros electos para adoptar su Reglamento de régimen interior.

Las Cortes tenían además atribuciones de control político del Gobierno propias de un sistema parlamentario. El art. 64 reconocía la moción de censura racionalizada contra el Gobierno o alguno de sus Ministros.

Asimismo, gozaban de iniciativa para la destitución del Presidente de la República y de atribuciones presupuestarias en virtud del art. 107 que establecía que correspondía al Gobierno la formación del proyecto de Presupuestos y su aprobación a las Cortes.

El órgano más destacado fue la Diputación Permanente que estaba compuesta como máximo por veintiún representantes de las distintas fracciones políticas, en proporción a su fuerza numérica. A esta Diputación le correspondía conocer de los casos de suspensión de garantías constitucionales, los relativos a los decretos-leyes y lo concerniente a la detención y procesamiento de los Diputados.

Las Comisiones tenían gran importancia en el funcionamiento de las Cámaras que conforme a los Reglamentos podían ser permanentes o especiales. Todos

estos aspectos serán de una encomiable influencia en el diseño constitucional de integración de democracia representativa y participación de los ciudadanos[27].

IV. EL SEDIMENTO DEL TEXTO REPUBLICANO EN LA CONSTITUCIÓN VIGENTE.

En España, la inclusión de la participación directa en las decisiones estatales hunde sus raíces en las Constitución Republicana de 1931, en cuyo art. 12 se establecía que para la aprobación de los Estatutos Regionales se exige, entre otras condiciones, que los acepten, por lo menos, las dos terceras partes de los electores inscritos en el censo de la región, votación que se denomina Plebiscito[28]. En un intento de potenciar el parlamentarismo racionalizado, se incorporaron distintos mecanismos de participación directa y semidirecta, como los plebiscitos territoriales de aprobación estatutaria o el referéndum facultativo[29].

El referéndum previsto en el citado precepto cabría ser considerado un precedente del art. 151 del vigente texto constitucional. Una consulta de índole política a la que se atribuye carácter vinculante.

La Constitución de la Segunda República regulaba tres tipos de referéndums: el referéndum consultivo, el referéndum regional y el referéndum local.

En cuanto al referéndum consultivo, su objeto eran las leyes votadas por las Cortes y estaban legitimados para solicitarlo el quince por ciento del Cuerpo electoral. Se establecía como materias excluidas de esta consulta la propia Constitución, en cuanto a su reforma, las disposiciones relativas a la ratificación de Convenios Internacionales inscritas en la Sociedad de Naciones, los Estatutos Regionales, y las leyes tributarias (art. 66). Para la regulación de su procedimiento y las garantías para su celebración se remitía a la aprobación de una Ley especial, que no llegó a prosperar.

27 Valera Suanzes-Carpegna, J.: "La Constitución de 1931 en la Historia Constitucional. Reflexiones sobre una constitución de vanguardia", en AA.VV.: *Segundas Jornadas Niceto Alcalá-Zamora y su época*, Priego de Córdoba 1996, Diputación de Córdoba, Córdoba, 1997, pp. 147-170.

28 "Por otra parte, los instrumentos de democracia semidirecta como el referéndum y la iniciativa legislativa popular, que el art. 23.1 CE78 vincula al derecho fundamental a participar «directamente» en los asuntos públicos, no tienen en la CE31 esa relación expresa con los derechos electorales que consagra su art. 36, aunque estos mecanismos de participación si se encuentran contemplados (como también hace la CE78) en el título dedicado a las Cortes: así, el art. 66 CE31 los considera como derechos de los electores, exigiendo para ambos que se solicite por un 15% del cuerpo electoral". Rodríguez, A.: "Los derechos y deberes de los españoles. garantías individuales y políticas (Título III, Capítulo Primero: arts. 25-42), AAVV.: Comentarios a la Constitución Española de 1931 en su 90 aniversario, (Dir. por Oliver Araujo, J., Ruíz Robledo, A.) Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2021, p. 134.

29 Requejo Rodríguez, P.: "El referéndum consultivo en España: reflexiones críticas y algunas propuestas de futuro", *Revista de la Universidad de Deusto*, núm. 1, 2014, p. 280.

La Comisión Parlamentaria había previsto en el Proyecto constitucional un referéndum arbitral orientado a la consulta popular para dirimir un posible conflicto entre el Parlamento y el Presidente de la República[30].

En lo concerniente al referéndum regional, cabe, en primer lugar, mencionar que los constituyentes de 1931 lo recogieron bajo la denominación de plebiscito. Se constituía como uno de los requisitos procedimentales para la aprobación de los Estatutos Regionales (art. 12). El texto del proyecto de Estatuto debía ser sometido a consideración de los electores de la Región correspondiente y obtener la aceptación al menos de dos tercios de aquellos. De no ser obtenida esta cuantía mínima de votos afirmativos, no cabría inicio de un nuevo procedimiento hasta transcurridos cinco años.

Por lo que respecta al referéndum local, no se preveía en la propia Constitución sino en la Ley Municipal de 1935 en la cual se precisaban los supuestos en que se consideraba obligatoria su realización. Destacó por la regulación de las instituciones de democracia directa, la Ley Municipal de Cataluña de 1933 en la cual se regulaba el referéndum relativo a acuerdos suscritos por la Corporación, alguno de los cuales se le otorga carácter obligatorio. Este era el caso de la consulta popular sobre cualquier asunto de interés para el Municipio, la iniciativa popular que permitía instar a la Corporación a adoptar medidas o acuerdos y la posibilidad de revocación de los integrantes de la misma.

Instaurado el régimen franquista, las consultas populares se regularon en la Ley de referéndum nacional de 1945, exigiéndose a posteriori referéndum en la reforma de cualquiera de sus Leyes fundamentales. Se perseguía con ello la legitimación del régimen, convirtiéndose en plebiscitos personalistas. Llegaron a celebrarse, el de 1947, para aprobar la Ley de sucesión, y el de 1966, sobre la Ley orgánica del Estado. Las consultas populares llevadas a cabo durante el régimen franquista constituyen una clara experiencia tergiversadora de la naturaleza de este procedimiento[31].

Estos antecedentes, forzadas reminiscencias de participación directa, fundamentalmente las experiencias de la Dictadura que no cabría encuadrar dentro del derecho de participación de los ciudadanos fueron el germen de las reticencias de los constituyentes a la inclusión de instrumentos de participación directa una vez instaurada la democracia.

30 Pérez Sola, N.: *La regulación constitucional del referéndum*, Universidad de Jaén, Jaén, 1994, p.14.

31 Pérez Sola, N.: "La regulación constitucional del referéndum", cit, p.18.

No obstante, en la Constitución de 1978 se implementaron instituciones políticas destinadas a implicar a los ciudadanos en el proceso de deliberación y toma de decisiones de los poderes públicos.

Una vez analizados los instrumentos de participación en los inicios del constitucionalismo en nuestro país, procede realizar un breve estudio sobre los antecedentes más mediatos de la Carta Magna de 1978 desde el prisma del presente y con una perspectiva de fututo, planteándose la viabilidad, oportunidad y necesidad de recuperación de alguna de las propuestas realizadas en los debates parlamentarios.

1. Los debates precursores de la Carta Magna de 1978.

A fin de realizar una lectura contemporánea de los instrumentos de democracia participativa en nuestro pasado histórico constitucional, es preciso conocer los debates y las propuestas llevadas a cabo en los Anteproyectos Constitucionales en torno a la figura de la iniciativa legislativa popular y el referéndum. Un necesario análisis de lo que pudo haber sido y de lo que es será la antesala que nos permita concluir lo que podrá ser en un futuro inmediato.

En los trabajos parlamentarios del Proyecto de Constitución no estuvo exenta de debate la inclusión de instrumentos de democracia directa. Desde el sector más conservador destaca la ponencia de Herrero Rodríguez de Miñón quien considera que "el Estado democrático es, en expresión famosa, el Estado del pueblo y no el pueblo sin Estado. No es el pueblo suelto, sino el pueblo organizado; es el pueblo en el ágora y no el pueblo en la calle. Por eso, cree en el Estado democrático, en la supremacía soberana de la Constitución sobre los órganos sobre ella creados, porque en el Estado democrático, nos hemos opuesto, y nos opondremos, a los intentos de la llamada profundización de la democracia, capaz de disolver al Estado mismo, porque la democracia estatal válida es la democracia representativa. Porque creemos en el pueblo organizado hemos apoyado la constitucionalización no sólo de los partidos políticos, sino también como coadyudantes de las organizaciones sindicales, empresariales y profesionales; porque creemos en el pueblo organizado consideramos que no debe abusarse de la técnica del referéndum, institución de utilidad exclusivamente arbitral, y no somos partidarios de dejar su iniciativa a una fracción necesariamente pequeña del electorado y fácil de manejar".

Resulta interesante oponer los argumentos dados por Manuel Fraga en nombre de Alianza Popular a favor de una amplia regulación de la democracia participativa frente a la respuesta dada en contra por Óscar Alzaga en nombre de la UCD. Decía Fraga que "la auténtica realidad de que los actuales partidos políticos propenden no sólo a actuar como intermediarios, sino a monopolizar el proceso político, necesita una compensación. Esa compensación, en democracias

más antiguas que la nuestra (…) ha consistido en el desarrollo de instituciones democráticas semidirectas, entre las cuales está el referéndum, el plebiscito en materia internacional, la iniciativa popular, y una fórmula que aquí no hemos intentado, que tiene su importancia, que es el derecho de revocación por parte de los electores y elegidos".

A lo que respondía Alzaga que "nosotros estamos lisa y llanamente en favor de una democracia moderna. Entendemos que esa democracia moderna debe ser en un país de nuestras dimensiones, aquí y ahora, una democracia básicamente representativa. Como decía Ortega, "la democracia no es el pueblo; es el Estado del pueblo y no el pueblo sin el Estado". Estamos, por supuesto, también en la línea de incorporar a esa democracia básicamente representativa importantes ingredientes participativos o de democracia semidirecta. Pero alguien dijo, con fino sentido, que la combinación de géneros plantea una gravedad distinta en política que en literatura".

Por lo que respecta a la iniciativa legislativa popular, en el debate de la Comisión de Asuntos Constitucionales de 2 de junio de 1978, el diputado mencionado manifestó que "realmente ninguno de los países europeos de larga tradición democrática tiene una experiencia importante en este sentido, si exceptuamos Suiza, que es una experiencia muy singular y difícilmente trasladable, o la experiencia italiana que, a juicio de la doctrina más generalizada, ofrece resultados contradictorios y a sopesar con cuidado. Nosotros lo que queremos dejar claro con esta enmienda, que en lo fundamental mantiene el texto del informe de la Ponencia, es que estamos rotundamente a favor de compaginar, junto con el principio representativo, el principio de participación directa tal y como ha sido consagrada en el art. 23 del anteproyecto. Es decir, aspiramos no sólo a lo que se ha dado en llamar una democracia gobernada, sino también a una democracia gobernante".

La Ponencia permitió, en un primer momento, la posibilidad de instar la reforma constitucional mediante la iniciativa popular. Esta modalidad de iniciativa para la reforma constitucional podría ejercerse por la propuesta de 500.000 electores. Esta posibilidad era viable en tanto en cuanto el texto del anteproyecto de Constitución en su art. 157 no enumeraba los sujetos legitimados para iniciar el proceso de reforma de la Constitución, sino que se limitaba a remitir al art. 80 del texto del anteproyecto, el cual regulaba la iniciativa legislativa en su conjunto y habilitaba, junto con el Gobierno, las Cámaras y las Asambleas autonómicas, a 500.000 electores con firma acreditada para presentar proposiciones o, en su

caso, proyectos de ley. Es decir, se estaba permitiendo la iniciativa popular para iniciar el proceso de reforma de la Constitución[32].

La Comisión Constitucional del Congreso, mediante una enmienda que defendió Gabriel Cisneros en nombre de UCD suprimió la posibilidad de que se pudiera utilizar la iniciativa popular para instar la reforma constitucional. Como contraposición, el líder de Alianza Popular, Fraga Iribarne, sostuvo que "este nuevo recorte a la democracia semidirecta es un error grave; es un error porque restringe la verdadera democracia dentro de la Constitución, cuyo equilibrio entre la representativa, en la que actúan los partidos como intermediarios en el momento actual de la democracia de masas, y aquella otra, en la cual las fuerzas sociales en momentos determinados, fuera de la estructura de los partidos y paralelamente a ella, pueden plantear grandes causas en torno a una idea de la familia, en torno a una idea de la educación, en torno a una idea de la empresa y a tantas otras, evidentemente es un equilibro necesario". Fraga se postulaba como defensor de "la voz del pueblo como última palabra en la democracia".

No obstante, en el Proyecto de Constitución se abogó por una regulación constitucional restrictiva de la iniciativa legislativa popular ante la perspectiva de que pudiera acabar favoreciendo prácticas plebiscitarias que dificultasen la estabilidad del sistema político. Se abogó por la estabilidad y la gobernabilidad.

En cuanto a la figura del referéndum, el Anteproyecto de Constitución elaborado por la Ponencia y numerado como art. 85 indicaba que:

"1.- la aprobación de las leyes votadas por las Cortes Generales y aun no sancionadas, las decisiones políticas de especial trascendencia y la derogación de leyes en vigor, podrán ser sometidas a referéndum de todos los ciudadanos.

2.- En los primeros supuestos del número anterior el referéndum será convocado por el Rey, a propuesta del Gobierno, a iniciativa de cualquiera de las Cámaras o de tres Asambleas de Territorios Autónomos. En el tercer supuesto, la iniciativa podrá proceder también de 750.000 electores.

3.- El plazo previsto en el artículo anterior para la sanción real se contará, en este supuesto, a partir de la publicación oficial del resultado del referéndum.

4.- El resultado del referéndum se impone a todos los ciudadanos y a todos los órganos del Estado.

5.- Una ley orgánica regulará las condiciones del referéndum legislativo y del

32 Ramírez Nárdiz, A.: "El debate en torno a los mecanismos de democracia participativa durante el proceso constituyente español", *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 69, 2009, p. 172.

constitucional, así como la iniciativa popular a que se refiere el presente artículo y la establecida en el art. 80".

En abril de 1978, tras la incorporación de los votos particulares y de las enmiendas de los Grupos Parlamentarios, se constituía un nuevo Anteproyecto de Constitución, cuyo art. 85 se establecía en los siguientes términos:

"1.- Las leyes aprobadas por las Cortes y aun no sancionadas, las decisiones políticas de especial trascendencia y la derogación de las leyes en vigor, podrán ser sometidas a referéndum de todos los ciudadanos.

2.- El plazo previsto en el artículo anterior para la sanción real se contará, en este supuesto, a partir de la publicación oficial del resultado del referéndum.

3.- El referéndum será convocado por el Rey a propuesta del Gobierno, por iniciativa propia o de cualquiera de las Cámaras.

4.- Corresponde también la iniciativa del referéndum relativo a la derogación de leyes a tres Comunidades Autónomas o a los electores en número no menor de 750.000.

5.- Una ley orgánica regulará el ejercicio del referéndum legislativo y constitucional, así como el ejercicio de la iniciativa popular a que se refiere el apartado 3 de este artículo y la establecida en el art. 80".

Transcurridos tres meses, y una vez dictaminado por la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, se presentaba un nuevo Anteproyecto de Constitución, que establecía en el art. 86 la regulación del referéndum en los siguientes términos:

"1.- Las decisiones políticas de especial trascendencia podrán ser sometidas a referéndum consultivo de todos los ciudadanos.

2.- El referéndum será convocado por el Rey con refrendo del Presidente del

Gobierno y previo debate del Congreso de los Diputados.

3.- Una ley orgánica regulará las condiciones y el procedimiento de las distintas modalidades de referéndum previstas en esta Constitución".

Esta última previsión del mes de julio fue la que se mantuvo en el Proyecto de Constitución de 1978 y se plasmó en el art.92 de nuestra Carta Magna.

A diferencia de las anteriores versiones, se suprimían dos de las tres posibilidades de referéndum inicialmente previstas –el referéndum ratificatorio de leyes ya aprobadas por las Cortes, pero aún no sancionadas y el referéndum derogatorio de leyes en vigor–. El Proyecto de Constitución mantuvo exclusivamente el referéndum sobre decisiones políticas de especial trascendencia.

Asimismo, se modificó el valor del referéndum que conforme al art. 85 del Anteproyecto se imponía a todos los ciudadanos y a todos los órganos del Estado, es decir se le otorgaba un carácter vinculante. El Proyecto de Constitución le otorgó un carácter meramente consultivo.

Otra de las modificaciones que experimentó la figura del referéndum fue la relativa a los sujetos con capacidad para promover la iniciativa de convocatoria del referéndum. La Comisión Constitucional del Congreso excluyó la posibilidad de que 750.000 ciudadanos pudieran promover una iniciativa para convocar un referéndum sobre la derogación de leyes en vigor, otorgando dicha iniciativa a las Comunidades Autónomas.

Pedro Cruz Villalón, destaca que la experiencia comparada del referéndum italiano de 11 de junio de 1978 ejerció un contrapunto determinante a la hora de restringir la figura del referéndum. Así, sostiene que "a los constituyentes españoles les parecieron especialmente preocupantes los resultados del referéndum italiano sobre la financiación de los partidos políticos, a favor de cuya derogación se pronunciaron el 43% de los votantes" (Cruz, 1980: 153). Precisamente en esas fechas el Tribunal Constitucional italiano recordó en la Sentencia núm. 16, de 2 de febrero de 1978 que la institución del referéndum derogatorio fue introducida en la Constitución como instrumento de genuina manifestación de la soberanía popular[33].

Presno Linera sostiene que en los debates constituyentes de 1978 estuvieron presentes las tesis del riesgo para reducir al mínimo el papel de dichas instituciones de participación directa. "Es obvio que hay que situar las reticencias en el contexto de la transición de la dictadura a la democracia, pero también parece evidente que se exageraron los peligros, se desvirtuó su eficacia en el derecho comparado, y, desde luego, no se hizo nada después, y con la democracia ya consolidada, para atribuirles la relevancia que merecen. Más bien como se refleja en el preámbulo de la Ley Orgánica 31/1984, de 26 de marzo, reguladora de la iniciativa legislativa

33 Presno Linera, M. Á.: "La democracia participativa como instrumento de impulso, deliberación y control", en aa.vv.: Participación, representación y democracia (coord. por J. L. Cascajo Castro, A. Martín De La Vega), 2016, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 221.

popular, se consolidaron dichos prejuicios en contra de esta figura y a favor del papel omnipresente de los partidos políticos"[34].

El peso de los acontecimientos históricos explica también en gran medida la actitud recelosa que adopta la Constitución Española. Por un parte, hay que recordar que el régimen franquista supuso la asunción autoritaria de la democracia directa. "Se utilizaba el régimen como instrumento político para disfrazar de democracia un régimen autoritario. Pero además después de cuarenta años de franquismo, los constituyentes creyeron necesario reforzar las instituciones representativas y potenciar unos partidos políticos que habían estado durante décadas prohibidos"[35].

Las reticencias a la participación ciudadana se plasmaron en la Constitución Española de 1978, fiel reflejo de la desconfianza con la que el constituyente ve a las instituciones de democracia directa, así como la preeminencia del sistema parlamentario y del Estado de partidos.

2. La formalización de los instrumentos de democracia semidirecta en el texto constitucional de 1978.

En el ordenamiento jurídico español, los instrumentos de participación de los ciudadanos en las decisiones políticas son:

A nivel nacional: La iniciativa legislativa popular prevista en el art. 87.3 CE, el referéndum consultivo en relación con decisiones políticas de especial trascendencia, previsto en el art. 92 CE, y el referéndum para la ratificación de la reforma constitucional regulado en los arts. 167 y 168 CE[36].

En el ámbito autonómico: El referéndum para la elaboración y reforma de los Estatutos de Autonomía, previsto en los arts. 151 y 152 CE y en la Disposición Transitoria Cuarta en lo relativo a la incorporación de Navarra al País Vasco, las consultas populares y las iniciativas legislativas populares autonómicas, reguladas en la mayoría de los Estatutos de Autonomía, y el referéndum autonómico, sujeto a autorización del Gobierno de la Nación.

A nivel local: el concejo abierto previsto en el art. 140 CE, las consultas populares y las iniciativas legislativas populares reguladas por la Ley 7/1985, de 2

34 Presno Linera, M.Á.: "La democracia participativa como instrumento de impulso, deliberación y control", p. 207.

35 Saénz Royo, E.: "¿Es adecuado el referéndum como forma de participación política? Las recientes demandas españolas de referéndums a la luz de la experiencia irlandesa", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 20, 2013, p. 250.

36 Almagro Castro, D.: "¿Qué iniciativa legislativa popular tenemos? ¿Qué iniciativa legislativa popular necesitamos? El art. 87.3 CE y la LOILP 4/2006 a debate", *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 22, 2016, versión on-line.

de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local y la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local.

Sólo se prevé el referéndum con carácter obligatorio en los supuestos de reforma de la Constitución previstos en el art. 168, de iniciativa autonómica agravada conforme al art. 151.1 y de aprobación y reforma de determinados Estatutos de Autonomía en virtud de los arts. 151.2 y 152.2 CE.

V. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL.

Del recorrido por el constitucionalismo histórico se deriva que la historia constitucional se caracteriza por la discontinuidad y los cambios en la posición de los respectivos poderes. El constitucionalismo histórico español pivotó en el otorgamiento de mayor o menor peso a la voluntad popular en la elección de los representantes, así como, en la progresiva desvinculación del poder ejecutivo del legislativo.

Nuestro constituyente utilizó como referencia el texto republicano, y ello se nota en la redacción de no pocos artículos. De entre las semejanzas existentes entre la Constitución de 1931 y la vigente, en ambos casos se trata de constituciones que nacen después de largos períodos sin libertades, y ambas intentan ser un manual que enseñe a los ciudadanos los que son sus derechos y sus libertades.

El texto constitucional de 1931 es el primero en el que se incluye la participación semidirecta en las decisiones estatales. En un intento de potenciar el parlamentarismo racionalizado, se incorporaron distintos mecanismos de participación directa, como los plebiscitos territoriales de aprobación estatutaria o el referéndum facultativo.

La cultura parlamentaria española es consecuencia derivada de la posición sobre el Parlamento de los constituyentes de 1978. La institución parlamentaria se constituyó bajo unos fundamentos basados en las Cortes franquistas, un pasado no democrático y el conocimiento importado, en ocasiones con desacierto, del derecho comparado.

En ambos textos se refleja, como las preocupaciones del pasado esbozan un diseño institucional para resistir anticipadamente los temores de un fututo que rememorara aquel precedente de marcado carácter autoritario. La búsqueda de la estabilidad y la gobernabilidad marcarán la constitucionalización del sistema parlamentario.

Cabría sostener a tenor de este recorrido histórico que las variables históricas, políticas y culturales confluyen en la necesaria actualización y dinamización del ordenamiento jurídico.

En base a ello, es preciso abogar por una necesaria potenciación de la cultura de participación. A este respecto, postulamos la necesidad de reforzar e impulsar la instrucción de los ciudadanos a través de la educación política, a fin de que sean capaces de tener un criterio propio que impida que sean manipulados por las élites políticas y por los medios de comunicación que en ocasiones están fuertemente politizados.

BIBLIOGRAFÍA

ALMAGRO CASTRO, D.:" ¿Qué iniciativa legislativa popular tenemos? ¿Qué iniciativa legislativa popular necesitamos? El art. 87.3 CE y la LOILP 4/2006 a debate", *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 22, 2016, versión on-line.

ALZAGA VILLAAMIL, O.: *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Cortes Generales Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1997.

BAÑO LEÓN, J.M: "La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución Española", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 24, 1988.

BIGLINO CAMPOS, Mª P.: "El derecho de participación política", en AA.VV.: *Lecciones de derecho constitucional II (*coord. por Mª. P. BIGLINO CAMPOS, J. Mª. BILBAO UBILLOS, F. J. REY, F. J. MATIA PORTILLA, J. M. VIDAL ZAPATERO, 2013, Aranzadi Thomson Reuters, Madrid, 2018.

CORCUERA ATIENZA, F. J.: "La Constitución española de 1931 en la historia constitucional comparada", *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público* e *historia constitucional*, núm. 2, 2000.

CRUZ VILLALÓN, P.: "El referéndum consultivo como modelo de racionalización constitucional", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 13, 1980.

GARCÍA-ATANCE GARCÍA DE MORA, Mª. V.: "Crónica parlamentaria sobre la Constitución española de 1931", *Revista de Derecho Político*, núm. 12, 1982.

GARCÍA GUERRERO, J. L.: "Teorías de la representación política, democracia directa y partidos políticos", en AA.VV.: *Derecho Constitucional Comparado* (dir. por LÓPEZ GARRIDO, D., MASSÓ GARROTE, M. F., PEGORARO, L., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

GARCÍA ROCA, J.: *Cargos públicos representativos. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*, Aranzadi, Navarra, 1999.

GIMÉNEZ MARTÍNEZ, M.A.: *Historia del parlamentarismo, Política y Sociedad en la Historia de España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017.

MARTÍN NÚÑEZ, E.: "La garantía jurídica de la democracia como derecho fundamental. Un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre participación política", *Revista catalana de dret públic*, núm. 37, 2008.

MONTESQUIEU, CH.L.: *Del espíritu de las leyes*, Alianza Editorial, Madrid, 2003.

Oliver Araujo, J.: "La Constitución Republicana de 1931", *Dereito: Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, núm. 6, 1997.

Pérez Sola, N.: *La regulación constitucional del referéndum*, Universidad de Jaén, Jaén, 1994.

Presno Linera, M. Á.:

- La democracia directa y la falacia de sus riesgos, en AA.VV.: La democracia indignada: tensiones entre voluntad popular y representación política (coord. Por I. Gutiérrez Gutiérrez), Comares, Granada, 2014.

- "La democracia participativa como instrumento de impulso, deliberación y control", en AA.VV.: Participación, representación y democracia (coord. por J. L. Cascajo Castro y A. Martín de la Vega), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

- "La representación política como derecho fundamental", *Fundamentos Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, núm. 3, 2004, versión on-line.

Ramírez Nárdiz, A.: "El debate en torno a los mecanismos de democracia participativa durante el proceso constituyente español", *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 69, 2009.

Requejo Rodríguez, P.: "El referéndum consultivo en España: reflexiones críticas y algunas propuestas de futuro", *Revista de la Universidad de Deusto*, núm. 1, 2014.

Rodríguez, A.: "Los derechos y deberes de los españoles. garantías individuales y políticas (Título III, Capítulo Primero: arts. 25-42), AAVV.: Comentarios a la Constitución Española de 1931 en su 90 aniversario, (Dir. por Oliver Araujo, J., Ruíz Robledo, A.) Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2021.

Rousseau, J. J.: *El contrato social o principios de derecho político*, Tecnos, Madrid, 2007.

Saénz Royo, E.: "¿Es adecuado el referéndum como forma de participación política? Las recientes demandas españolas de referéndums a la luz de la experiencia irlandesa", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 20, 2013.

San Miguel Pérez, E.: *Constitución de 1931. Derecho y Cultura Política. Todo lo que soy lo llevo conmigo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

Sarmiento Méndez, X. A.: "Artículo 23 CE: El derecho de participación", en AA.VV.: Derechos fundamentales. Aspectos básicos y actuales, (coord. por Villanueva Turnes, A., Aba-Catoira, A.), Andariva, La Coruña, 2017.

Torres Muro, I.: "Constitución y Parlamento: notas para la comprensión de la institución parlamentaria en el siglo XXI", *Revista de las Cortes Generales*, núm. 87, 2012.

Valera Suanzes-Carpegna, J.: "La Constitución de 1931 en la Historia Constitucional. Reflexiones sobre una constitución de vanguardia", en AA.VV.: *Segundas Jornadas Niceto Alcalá-Zamora y su época*, Priego de Córdoba 1996, Diputación de Córdoba, Cordoba, 1997.

HIPOTECA EN GARANTÍA DE PRÉSTAMOS CON CLÁUSULA DE ESTABILIZACIÓN

MORTGAGE GUARANTEE OF LOANS WITH STABILIZATION CLAUSE

Rev. Boliv. de Derecho Nº 33, enero 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 602-613

Isabel J.
RABANETE
MARTÍNEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 2 de diciembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 15 de diciembre de 2021

RESUMEN: Hoy día las entidades bancarias siguen estipulando hipotecas en garantía de préstamos con cláusulas de estabilización. Aunque se trate de una figura que en sus inicios fue poco conocida y aceptada por la doctrina, las cláusulas de estabilización se constituyeron como un "remedio" al principio nominalista, y estaban pensadas para corregir las inevitables alteraciones del valor en cambio del dinero provocada por factores múltiples, como conflictos bélicos o crisis económicas. Así, este antecedente allanó de manera singular el terreno para aceptar su validez y licitud en el ámbito hipotecario.

PALABRAS CLAVE: hipoteca; crédito; deuda; cláusulas de estabilización.

ABSTRACT: *Today, banks continue to stipulate mortgages as collateral for loans with stabilization clauses. Although it is a figure that in its beginnings was little known and accepted by the doctrine, the stabilization clauses were constituted as a "remedy" to the nominalist principle, and were designed to correct the inevitable changes in the exchange value of money caused by multiple factors, such as war conflicts or economic crises. Thus, this antecedent paved the way in a singular way to accept its validity and legality in the mortgage field.*

KEY WORDS:mortgage; credit; debt; stabilization clause.

SUMARIO.- I. ORIGEN Y FUNDAMENTOS.- II. ÁMBITO DE APLICACIÓN.- III. REQUISITOS LEGALES PARA SU CONSTITUCIÓN.- IV. LAS CLÁUSULAS DE ESTABILIZACIÓN DE INTERÉS VARIABLE.- V. PARTICULARIDADES DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA DE PRÉSTAMOS CON CLÁUSULA DE ESTABILIZACIÓN.

I. ORIGEN Y FUNDAMENTOS.

Hasta que se produjo la reforma del art. 219 del RH en 1959, la doctrina y la jurisprudencia, incluida la dictada por la DGRN, era mayoritariamente reacia al reconocimiento de las cláusulas de estabilización, debido al principio nominalista que rige en nuestro sistema jurídico tradicional, y que se aprecia en preceptos normativos como los arts. 1170, 1753 y 1754 CC, que regulan los préstamos con obligación del prestatario de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, y el art. 312 CCo. De modo que el nominalismo consiste en que el deudor debe cumplir entregando al acreedor un valor intrínseco que en el momento del pago equivalga al que tenía en el momento de constitución de la obligación.

Esta reticencia se hizo extensiva también al otorgamiento de hipoteca en garantía de préstamos con inclusión de este tipo de cláusulas. De hecho, la DGRN así lo dejaba ver en sus resoluciones de 5 de abril de 1907[1] y de 3 y4 de marzo de 1952 al indicar que no es inscribible el pacto consignado en una escritura de reconocimiento de deuda con garantía hipotecaria, por estar redactado en términos de una generalidad inaceptable, no concretar la forma de determinar la depreciación monetaria que daría lugar al juego de la condición, ni la cuantía en que haya de desvalorizarse para que aquel produzca efecto; advirtiendo que "las cláusulas de estabilización de valor son miradas en general con prevención por las legislaciones extranjeras, por ser contrarias al nominalismo que inspira la mayoría de los Códigos, en especial al régimen del contrato de mutuo, y se rechazan por la jurisprudencia de algunos países por contrapuestas al principio que informa los sistemas monetarios, sobre todo en las épocas de curso forzoso del papel moneda, cuyo pleno poder liberatorio pueden atacar, aunque no se prohíben

1 RDGRN de 5 de abril de 1907, LA LEY 11/1907. En esta Resolución se indicó que "la hipoteca puede constituirse para la seguridad del cumplimiento de toda clase de obligaciones permitidas por las Leyes, pero es indispensable, sin embargo, determinar en todo caso la cantidad fija de que responde la finca, y no está determinada, cuando se señala una cantidad de responsabilidad manifestando que ésta se fija única y exclusivamente para lograr la inscripción".

• Isabel J. Rabanete Martínez
Profesora Ayudante Doctora de Derecho Mercantil en la Universitat de València. Licenciada en Derecho por la Universitat de València, en la especialidad de Derecho Privado. Doctora en derecho por la Universitat De València con calificación "Cum Laude". Durante más de 20 años compaginó su labor investigadora (formando parte de varios proyectos de investigación) con la docencia y el ejercicio de la abogacía. Correo electrónico: isabel.rabanete@uv.es.

expresamente por la Ley; y este criterio coincide con gran parte de la doctrina al sostener, además que se oponen a la moral, como exorbitantes, y por beneficiar solo al acreedor; y al orden público, en cuanto son incompatibles con el interés general de la comunidad".

No obstante, debemos indicar, como bien hizo Chico y Ortiz, que, "a pesar de que las Resoluciones de la DGRN dieron la razón al Registrador al considerar que no era inscribible una hipoteca en la que los deudores se obligaban a aceptar el valor del trigo, tasa oficial media, como regulador del capital para reintegrar en caso de depreciación de la moneda; sin embargo, de dichas Resoluciones se deducía ya por la DGRN la posibilidad de constitución de estas hipotecas, pudiendo salvarse el defecto que se alegaba a través del señalamiento de un máximo de responsabilidad o constituyendo una hipoteca de seguridad, a la que podrían aplicarse los procedimientos de ejecución sumarial, judicial o extrajudicial[2].

Esta actitud de recelo estaba basada en el juego de los límites de la autonomía de la voluntad escenificada en la libertad contractual consagrada en el art. 1255 CC. Y se planteaba abiertamente si el establecimiento de cláusulas de estabilización en el ámbito hipotecario respetaba lo dispuesto en la ley, la moral o el orden público[3]. Tanto la doctrina española como la jurisprudencia y las resoluciones de la DGRN, mostraron inicialmente una preocupación y desconfianza en torno a esta cuestión, y si bien hoy día debe afirmarse que la opinión dominante se inclina por la admisibilidad de las cláusulas de estabilización en cuanto a pactados libremente entre las partes[4], en tanto que no haya disposición en contra, ello no excluye las primeras críticas doctrinales y jurisprudenciales.

Así, a partir de los años 50, las cláusulas de estabilización se constituyeron como un "remedio" al principio nominalista, y estaban pensadas para corregir las inevitables alteraciones del valor en cambio del dinero provocada por factores múltiples, como conflictos bélicos, crisis económicas, etc. fueron admitidas en el ámbito contractual al permitirse el establecimiento de cláusulas de pago en moneda extranjera, en oro o valor oro, en especie, entre otras, no sin ciertas reticencias[5].

---

2 Chico y Ortiz, J. Mª.: *Estudios sobre Derecho Hipotecario,* T. II, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 1555.

3 De Tena, V.: "Las fluctuaciones en el valor de la moneda y el Registro de la Propiedad", *RCDI*, núm. 270, 1950, pp. 726 y ss.

4 De hecho, a favor de la validez de estas cláusulas se ha aducido por la doctrina el principio de autonomía de la voluntad, la justicia conmutativa que predica la equivalencia y el fundamento de la cláusula *rebus sic standibus*. Al respecto, Bonet Correa, J.: *Las deudas de dinero,* Ed. Civitas, Madrid, 1981, p. 424, indica que las cláusulas de estabilización, como pacto, serán válidas mientras no contradigan las disposiciones especiales existentes en materia de política monetaria.

5 En España no es hasta el 4 de julio de 1944 que tenemos la primera resolución del TS favorable que viene a consolidarse en un segundo pronunciamiento de 4 de enero de 1951. Posteriormente, el criterio dominante del TS es establecer la validez y licitud de las cláusulas de estabilización, al afirmar que estos pactos no están prohibidos por ningún precepto. Vid., entre otras, SSTS de 28 noviembre 1957 (RJA 1957, 3472); y 31 octubre de 1960 (RJA 1960, 3449). Un análisis de la evolución jurisprudencial puede verse en Martínez de la Cueva, P.: "La cláusula de estabilización de valor en la hipoteca", *RCDI*, núms. 392-393, 1961, pp. 289-392.

Este antecedente allanó de manera singular el terreno para aceptar su validez y licitud en el ámbito hipotecario, tras superarse su presunta incompatibilidad con el principio de especialidad o determinación hipotecaria[6], que era el argumento que hacían valer para cuestionarla la doctrina y jurisprudencia en un momento previo a la reforma.

Las consecuencia jurídicas de estos antecedentes se dejaron sentir en el espíritu de la reforma del RH de 1947, que se operó en virtud del Decreto 393/1959, de 17 de marzo que en su artículo 1 daba nueva redacción al art. 219 introduciendo el apartado tercero, que admitía la posibilidad de que en las inscripciones de escrituras de préstamo hipotecario se hicieran constar las cláusulas de estabilización de valor.

La defensa de su necesidad se contenía en el Preámbulo de dicha norma en el apartado XII que establecía:

"Respecto de la hipoteca, debe destacarse una novedad: la regulación de las cláusulas de estabilización de valor, problema fundamental que preocupa a la doctrina nacional y extranjera. Todos los países, sin excepción del nuestro, han dictado disposiciones en defensa de su moneda y han previsto a la vez la del crédito. … El artículo doscientos diecinueve, en que dichas cláusulas se regulan, tal vez haya sido uno de los más meditados. Admitida su justicia, se han delimitado de tal modo que cumplirán perfectamente su función sin herir intereses respetables. Es de destacar que se han rechazado para préstamos a corto plazo y para hipotecas en garantía de cuentas corrientes de crédito".

Los fundamentos que laten detrás de esta reforma son de un triple corte: económico, político y jurídico. Económico porque la estabilización monetaria es una de las grandes preocupaciones históricas que se intensifica en Europa tras la primera guerra mundial; política, porque la intervención del Estado en la economía en el siglo XX determina la necesidad de establecer políticas destinadas a favorecer la estabilidad económica, protegiendo a los sectores más desfavorecidos por la fluctuación de la moneda; y jurídico, porque las medidas arbitradas por el Estado se han de traducir en la implementación de normas jurídicas que constituyan el cauce para vehiculizar el proceso de estabilización y de equilibrio de contraprestaciones, que en nuestro caso se debe dejar sentir en el ámbito contractual y en el del crédito territorial. De ahí esta reforma en materia hipotecaria.

6 Roca Sastre, R. Mª. y Roca-Sastre Muncunill, L.: *Derecho Hipotecario. Hipotecas*, T. VIII, 8ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1995, pp. 368 y ss., que entiende que es una cláusula inscribible y que no se opone al principio de especialidad hipotecaria siempre que en su constitución se establezca el elemento de referencia para determinar el valor del oro en relación con el papel-moneda en todo momento, incluso en el de ejecución.

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN.

Inicialmente, algunos autores entendían que del artículo 219 RH se deduce que el juego de las cláusulas de estabilización solamente tendrá eficacia para el pago del capital garantizado, excluyéndose los intereses, los cuales se satisfarán por el principal nominal asegurado[7]. Sin embargo, debemos indicar que a partir de la RDGRN de 12 de septiembre de 1972, se admite la posibilidad de la cláusula del "interés variable".

Además, esta clase de hipoteca, por virtud de lo dispuesto en el párrafo 3º del art. 219 expuesto, no será aplicable a las hipotecas constituidas en garantía de cuentas corrientes de crédito. La razón parece venir de la voluntad de aplicar esta cláusula de estabilización solo a favor de créditos con cierta perdurabilidad en el tráfico jurídico, y a que estas cláusulas no son aplicables a las llamadas "deudas de valor"[8]. En coherencia con ello está el límite temporal de que tampoco puedan quedar cubiertos bajo el paraguas de la hipoteca con cláusula de estabilización los créditos hipotecarios inferiores a tres años, de acuerdo con lo establecido en los requisitos legales para su constitución.

Asimismo, se excluye su aplicación a las hipotecas de renta, todo tipo de hipotecas de seguridad, incluso las constituidas en garantía de reconocimiento de deuda o por indemnización de daños, así como por otros conceptos crediturales que no tengan su origen en préstamos dinerarios[9].

III. REQUISITOS LEGALES PARA SU CONSTITUCIÓN.

El art. 219.3 RH admite las cláusulas de estabilización en el ámbito hipotecario de manera modalizada, esto es, siempre y cuando concurran todas y cada una de las circunstancias siguientes[10]:

a) Que la duración mínima del préstamo pactada sea de tres años, de tal suerte que los préstamos con plazo inferior a los tres años no podrán garantizarse

7 Chico y Ortiz, J. Mª.: *Estudios,* cit., p. 1557. En el mismo sentido se pronuncia Roca Sastre, R. Mª. y Roca-Sastre Muncunill, L.: *Derecho Hipotecario,* cit., p. 384, aunque en esta edición actualizada se reconoce que actualmente se admite y es común la cláusula de interés variable.

8 Como indica Sabater Bayle, I.: *Préstamo con interés, usura y cláusulas de estabilización*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1986, p. 232, la deuda de dinero se contrapone a la deuda de valor por cuanto en aquélla el dinero entra como objeto propio de la obligación, mientras que en la deuda de valor, el dinero es un medio sustitutivo del cumplimiento.
Al respecto podemos ver también la disertación que hace Chico y Ortiz, J. Mª.: *Estudios,* cit., p. 1559, sobre la razón de la exclusión de las cláusulas de estabilización en las hipotecas constituidas en garantía de cuentas corrientes de crédito.

9 Roca Sastre, R. Mª. y Roca-Sastre Muncunill, L.: *Derecho Hipotecario*, cit., pp. 378-379.

10 Bonet Correa, J.: "Los préstamos hipotecarios con cláusulas de estabilización", *RCDI*, núms. 29-30, 1960, pp. 66, se refiere a ellas como "cláusulas normativamente mitigadas" al ser cláusulas producto de la autonomía de la voluntad de las partes que vienen condicionadas por la norma respecto de su contenido y ámbito de aplicación.

con cláusulas de estabilización. Se pretende dar cobertura con esta garantía a operaciones crediticias de mediana o larga duración, que son las que podrían justificar el establecimiento de dichas cláusulas, ya que los amplios períodos de tiempo permiten visualizar en mejor grado los cambios de valor de la moneda y el perjuicio que los mismos determinan.

b) Que se determine la estabilización con referencia a uno de los tipos o módulos siguientes:

Valor del trigo fijado a efectos del pago de rentas por el Ministerio de Agricultura. Como sostiene Ávila Navarro, "hoy habrá que entenderlo referido al índice anual de precios medios percibidos por el agricultor, según el art. 38 LAR, siendo dudoso que pueda referirse a precios medios de determinados productos, toda vez que la producción de la finca es independiente de la garantía del acreedor hipotecario"[11].

- Valor índice, medido por el índice general ponderado del costo de la vida fijado por el Instituto Nacional de Estadística, el IPC es el patrón más utilizado en la práctica.

- Valor oro o en términos legales "premio del oro en las liquidaciones de los derechos de Arancel de Aduanas señalado por el Ministerio de Hacienda".

Para su validez en la inscripción constará la cifra del tipo o módulo que deberá estar vigente en la fecha del otorgamiento de la escritura. E igualmente dicho módulo deberá estar vigente también en el momento del vencimiento del crédito, perdiendo su eficacia la cláusula en caso en que no lo esté. Se trata de módulos taxativamente establecidos que constituyen a estos efectos *numerus clausus*, no pudiendo articularse por las partes unas cláusulas con parámetros diferenciados[12].

c) Que se fije una cantidad máxima de responsabilidad hipotecaria que no podrá exceder, aparte de intereses y costas, del importe del principal más un 50 por 100 si el plazo del préstamo fuera superior a diez años, o un 25 por 100 en los demás casos, esto es en caso de préstamos de tres a diez años. Particularmente crítico con este argumento se muestra Martínez de la Cueva que calificaba la cifra del 50 por 100 de tímida en atención a las devaluaciones que había sufrido la peseta[13]. La virtualidad de este requisito quedó plasmada por la jurisprudencia al establecer que pese al principio nominalista, una de las llamadas "cláusulas de

11 Ávila Navarro, P.: La hipoteca (Estudio registral de sus cláusulas), Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1990, p. 69.

12 La doctrina las califica de cláusulas "de escala móvil", de corte tan solo indiciaria o moderadamente valorista. Vid. al respecto Bonet Correa, J.: "Los préstamos…", cit., p. 74.

13 Martínez de la Cueva, P.: "La cláusula de estabilización", cit., p. 311.

estabilización" es la denominada "cláusula de escala móvil" ó "cláusula índice", en la que, como módulo regulador de la depreciación (o revalorización) monetaria producida se atiende a los índices generales del costo de la vida[14].

d) Que el tipo o módulo de estabilización se aplique a cada uno de los respectivos vencimientos periódicos cuando se hubiere pactado que la amortización del préstamo hipotecario se hiciere mediante pagos periódicos de cantidades fijas comprensivas de capital o intereses, con referencia exclusiva a la parte de capital que se comprenda en la cantidad fija a pagar.

e) Que se limiten al capital garantizado, no pudiendo aplicarse a intereses y costas que se satisfarán por el principal nominal asegurado.

IV. LAS CLÁUSULAS DE ESTABILIZACIÓN DE INTERÉS VARIABLE.

Si bien, inicialmente, las cláusulas de interés variable no eran aceptadas por la doctrina mayoritaria, actualmente se admiten y son muy comunes[15] De hecho, los contratos de préstamos hipotecarios al ser contratos de larga duración que consiguientemente son propensos a verse afectados por los cambios en los tipos de interés, suelen contener cláusulas de estabilización denominadas cláusulas de interés variable.

A este respecto, las entidades bancarias suelen ofrecer dos tipos de cláusulas al cliente, las de interés fijo y las de interés variable. En las primeras el tipo de interés se mantiene constante a lo largo de la vida del préstamo hipotecario, si bien lógicamente al no trasladar al cliente el riesgo de incremento del precio del dinero, el interés se fija en un valor superior al del interés variable. Sólo es rentable en préstamos de corta duración, pues cuanto más se alarga el plazo de préstamo mayor suele ser el tipo de interés. Sin embargo, en las cláusulas de interés variable el tipo se va modificando a lo largo de su período de amortización, de modo que, normalmente, se fija un tipo para el primer año de vigencia del préstamo, y se acuerda su revisión normalmente al año, hasta la completa satisfacción del préstamo, en atención a ciertos índices (normalmente el llamado EURIBOR, que es la referencia interbancaria medida en un año). El tipo de interés variable se suele expresar como la suma de ese índice de referencia (variable), y un porcentaje (margen o diferencial) constante que la propia entidad bancaria con la que se concierta el préstamo hipotecario determina.

14 Vid. STS 8 marzo 1997 (LA LEY 4478/1997).

15 Al respecto, indica Roca Sastre, R. Mª. y Roca-Sastre Muncunill, L.: *Derecho Hipotecario,* cit., pp. 384-385, que "implican una verdadera estabilización monetaria de la obligación accesoria de pago de intereses remuneratorios del capital prestado, o sea, de la obligación principal".

La Orden de 28 de octubre de 2011, que entró en vigor el 29 de abril de 2012, establecía en su art. 26.1 que "en el caso de préstamos concedidos a tipo de interés variable, las entidades de crédito únicamente podrán utilizar como índices o tipos de referencia aquellos que cumplan las siguientes condiciones:

a) Que se hayan calculado a coste de mercado y no sean susceptibles de influencia por la propia entidad en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades.

b) Y que los datos que sirvan de base al índice o tipo sean agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo".

Se trata de cláusulas que pueden ser inscritas junto con la hipoteca siempre que: se redacten de forma clara y comprensible, la revisión pueda ser al alza o a la baja, se fije un máximo de responsabilidad hipotecaria en razón de los intereses, y que dicho máximo sea tanto para las partes que constituyeron la hipoteca como para adquirentes futuros.

Ante todo, debemos tener en cuenta que en el ámbito del préstamo con interés, la función de las cláusulas de estabilización es, en cierta medida, coincidente con la que cumplen los intereses, sobre todo en su modalidad variable. De hecho, la jurisprudencia[16] ha declarado que cuando el interés pactado en un préstamo únicamente cumple la función de ser la retribución o precio que el mutuatario ha de pagar por la utilización y disfrute de un capital ajeno, es plenamente compatible con una cláusula de estabilización prevista para compensar la devaluación monetaria. Pero cuando debido a la elevada tasa establecida para el interés convencional, ha de entenderse que éste cumple ambas finalidades, no puede admitirse su compatibilidad con una cláusula de estabilización que cubra la totalidad de la depreciación monetaria, pues en este caso se daría una injustificada duplicidad compensatoria que haría surgir la figura del interés usurario encubierto.

V. PARTICULARIDADES DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA DE PRÉSTAMOS CON CLÁUSULA DE ESTABILIZACIÓN.

Uno de los argumentos utilizados para cuestionar la inadmisibilidad de las cláusulas de estabilización en el ámbito hipotecario era precisamente la incertidumbre que el crédito generaba en el momento de su vencimiento. Además, la normativa guardaba silencio con respecto a si cabía o no procedimiento de ejecución extrajudicial o notarial, y si a estos le debían ser aplicables los requisitos indicados en la LH y en el RH[17].

16 Vid. SSTS 15 febrero 1997 (LA LEY 2078/1997) y 8 marzo 1997 (LA LEY 4478/1997).

17 De La Rica y Arenal, R.: *Comentarios a la reforma del Reglamento Hipotecario*, Madrid, 1959, p. 167, entendía que lo lógico es admitir la ejecución extrajudicial, dejando abierta la judicial en caso de impugnación por el

Sin embargo, con miras a salvar los inconvenientes que el procedimiento de ejecución judicial sumario podía comportar, el art. 219.3 RH estableció una serie de condicionantes en casos de créditos hipotecarios con cláusulas de estabilización, que son los siguientes:

a) Que en el requerimiento de pago al deudor o al tercer poseedor, en su caso, se determine la cantidad exacta que se reclame de conformidad con los tipos o módulos aplicados. Se pretende que el acreedor-demandante efectúe una liquidación con arreglo a los módulos establecidos con los límites de responsabilidad hipotecaria.

b) Que con la demanda se acompañe el documento o documentos oficiales en que consten los valores tipos vigentes en las fechas de otorgamiento y del vencimiento del préstamo Si el deudor se opusiere a la determinación de la cantidad hecha por el acreedor, se estará a lo dispuesto en los párrafos sexto y séptimo del artículo 153 LH, que se refieren a la jurisdicción competente en el procedimiento de ejecución cuando haya oposición del deudor, y a la alegación de falsedad, respectivamente.

Actualmente, parece complicado acudir al procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria, ya que el art. 235 RH establece que el mismo solo puede aplicarse a las hipotecas constituidas en garantía de obligaciones cuya cuantía aparezca inicialmente determinada, lo que se hace bastante difícil cuando se trata de hipotecas con cláusula de estabilización, debido a la indeterminación final del crédito exigible, y más aún si estamos ante cláusulas de interés variable[18].

Por último, cabe indicar que la normativa expuesta debe ser puesta en relación con la LEC que modificó el procedimiento de ejecución hipotecaria en sus arts. 681 a 698, y que deberá tenerse en cuenta para la ejecución también de hipotecas con cláusulas de estabilización.

deudor del saldo reclamado.

18 A ello se une que es jurisprudencia reiterada de la Sala de lo Civil del TS que "..... el procedimiento de ejecución hipotecaria extrajudicial resulta contrario a las exigencias y garantías previstas en los artículos 117.3, 24.1 y 9.3 de la Constitución Española...." (STS 25 mayo 2009, LA LEY 92040/2009).

BIBLIOGRAFÍA

Ávila Navarro, P.: La hipoteca (Estudio registral de sus cláusulas), Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1990.

Bonet Correa, J.: "Los préstamos hipotecarios con cláusulas de estabilización", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núms. 29-30, 1960.

Bonet Correa, J.: *Las deudas de dinero,* Ed. Civitas, Madrid, 1981.

Chico y Ortiz, J. Mª.: *Estudios sobre Derecho Hipotecario,* T. II, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000.

De La Rica y Arenal, R.: *Comentarios a la reforma del Reglamento Hipotecario*, Madrid, 1959.

De Tena, V.: "Las fluctuaciones en el valor de la moneda y el Registro de la Propiedad", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 270, 1950.

Flores Micheo, R.: "Desvalorización monetaria y sus repercusiones en el Derecho Civil", RCDI, núm. 539, 1980.

Martínez de la Cueva, P.: "La cláusula de estabilización de valor en la hipoteca", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núms. 392-393, 1961.

Sabater Bayle, I.: *Préstamo con interés, usura y cláusulas de estabilización*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1986.

Roca Sastre, R. Mª. y Roca-Sastre Muncunill, L.: *Derecho Hipotecario. Hipotecas*, T. VIII, 8ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1995.

Rodríguez Otero L.: *Elementos de Derecho Hipotecario*, T. II, 3ª ed., Ed. Dijusa, Madrid, 2006.

LA INCADUCIBILIDAD TÍPICA Y ATÍPICA*

TYPICAL AND ATYPICAL NON-EXPIRABILITY

Rev. Boliv. de Derecho Nº 33, enero 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 614-637

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo de Investigación en Derecho Civil del Instituto de Investigación Científica de la Universidad de Lima, Perú y es parte del proyecto de investigación denominado *Tratado del Derecho de la prescripción y la caducidad* (2019) auspiciada por el Instituto de Investigación Científica de la Universidad de Lima. Con la colaboración de Mariana Aguilar Ávila, estudiante de Derecho de la Universidad de Lima.

Enrique A. VARSI y Marco A. TORRES

ARTÍCULO RECIBIDO: 4 de septiembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 30 de noviembre de 2021

RESUMEN: Los autores cuestionan la premisa de que sólo la ley puede crear supuestos de incadubilidad, pues la jurisprudencia también ha identificado otros casos más allá de los típicos supuestos previstos expresamente en algún artículo del Código Civil peruano. Se trata de un estudio nuevo que, a partir del formante doctrinal, jurisprudencial y legal (nacional y comparado), busca describir cada una de los supuestos de incaducibilidad atípicos e identificar la razón de ser de los mismos.

PALABRAS CLAVE: caducidad; tiempo; transcurso del plazo.

ABSTRACT: *The authors question the premise that only the law can create assumptions of incadubility, since case law has also identified other cases beyond the typical assumptions expressly provided for in an article of the Peruvian Civil Code. This is a new study that, based on the doctrinal, jurisprudential and legal (national and comparative) formant, seeks to describe each of the atypical cases of unfeasibility and to identify their rationale.*

KEY WORDS: *expiration; time; running period.*

SUMARIO.- I. GENERALIDADES.- II. DE LA CADUCIBILIDAD LEGAL A LA INCADUCIBILIDAD JUDICIAL.- III. LA INCADUCIBILIDAD TÍPICA.- 1. De la pretensión de nulidad de matrimonio.- 2. De la pretensión de declaración de filiación extramatrimonial.- IV. LA INCADUCIBILIDAD ATÍPICA.- 1. Reclamación de filiación matrimonial.- 2. Impugnación de la paternidad matrimonial.- 3. Impugnación de la maternidad matrimonial.- 4. Impugnación de la adopción.- 5. Negación del reconocimiento por padre o la madre.- 6. Negación del reconocimiento por parte del hijo.- V. CONCLUSIÓN.

I. GENERALIDADES.

Hay derechos que nacen con un tiempo de vida para ejercerlos, transcurrido el mismo fenecen. Hay otros derechos, básicamente los personalísimos, que son eternos, el decurso del tiempo no los afectas, de allí que se diga que son incaducibles.

El tratamiento de los supuestos de incaducibilidad, tanto típicos como atípicos, constituye el objetivo específico de este estudio. En efecto, al igual de lo que viene sucediendo con el instituto de la prescripción es posible advertir la transición de algunos supuestos de caducidad hacia la incaducibilidad[1] a partir de los criterios jurisprudenciales.

Y es así como, según lo advertiremos, a pesar de que el Código civil peruano como *ius scriptum* indica plazos de caducidad de forma expresa (sea utilizando el término propio de caducidad u otro que dé a entender un plazo fatal del derecho o, erróneamente, se refiera al término prescripción), por razones de interés social (principios y derechos fundamentales) estos han variado a ser incaducibles por orden jurisprudencial.

II. DE LA CADUCIBILIDAD LEGAL A LA INCADUCIBILIDAD JUDICIAL.

No solo la ley, también la jurisprudencia, indican el carácter caducible de un derecho.

1 No hay uniformidad en la terminología: no caduca (como la utiliza el Código en los artículos 276 y 410) o incaducable.

• Enrique Antonio Varsi Rospigliosi
Doctor y Maestro en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú). Profesor e investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima y Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Investigador RENACYT (P0010485) del CONCYTEC. Responsable del Grupo de Investigación en Derecho Civil del Instituto de Investigación Científica de la Universidad de Lima. Dirección postal: Alameda del Premio Real, 500, casa 1, la Encantada de Villa, Chorrillos, Lima. Dirección de correo electrónico: enriquevarsi@gmail.com.

• Marco Andrei Torres Maldonado
Maestro en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú (Perú). Profesor e investigador adjunto de la Universidad de Lima. Dirección postal: Calle Chinchón 611 San Isidro. Miembro del Grupo de Investigación en Derecho Civil del Instituto de Investigación Científica de la Universidad de Lima. Dirección de correo electrónico: marcoandreitorresmaldonado@gmail.com.

De ese modo, en los últimos años, conforme lo demostraremos, se han ido consolidando diversos supuestos de incaducbilidad atípica; i.e., que aun cuando no se encuentren previstas en un tipo legal, resultan plenamente admisibles como tales.

III. LA INCADUCIBILIDAD TÍPICA.

La incaducibilidad es determinada por la ley, esta es su origen, su fuente.

Como regla general, la incaducibilidad es determinada por la ley; esto es, impuesta en el tipo normativo de nuestro ordenamiento jurídico (*v.g.* Código Civil). De ahí la expresión "incaducibilidad típica".

Según la doctrina "lo que no prescribe o que, supletoriamente, no caduca, está señalado específicamente con tal carácter en siete normas del Código civil peruano"[2].

En el sistema jurídico local, la incaducibilidad viene impuesta por ley (*incaducibilidad típica*) como sucede, *v.g.*, con:

Acción	Base legal
Nulidad de matrimonio	276
Declaración de filiación extramatrimonial	410

Los plazos de caducidad son típicos en materia de acciones en el derecho de familia tomando en cuenta el interés superior involucrado, la necesidad de certeza y estabilidad de las relaciones jurídicas[3].

A continuación, a la luz del formante legal analizaremos cada uno de los supuestos en los que la incaducibilidad se encuentra prevista, de forma expresa, en una ley.

1. De la pretensión de nulidad de matrimonio.

La nulidad de matrimonio es una institución del Derecho de familia en virtud de la cual se genera la invalidez del matrimonio como acto jurídico por la existencia de un vicio esencial, anterior o a la celebración permitiéndose que sea eficaz, que

2 Osterling Parodi, F; Castillo Freyre, M: *Todo prescribe o caduca, a menos que la Ley señale lo contrario*, Derecho & Sociedad, Vol. 23, Lima, 2004, p. 274.

3 Rodriguez Russo, J.: *Prescripción extintiva y caducidad en el Derecho Civil. Estudio de su régimen jurídico en el Código civil y en la Ley de relaciones de consumo*, Fundación de cultura universitaria, Montevideo, 2010, p. 141.

produzca efectos jurídicos respecto de los cónyuges y frente a los terceros que hayan actuado de buena fe[4].

Con relación a la pretensión de nulidad de matrimonio, el art. 276 del Código ha previsto que:

La acción de nulidad de matrimonio no caduca.

Conforme a ello la acción de nulidad del matrimonio tiene carácter inextinguible, *i.e.* es susceptible de ser formulada en cualquier momento"[5].

En los supuestos de invalidez del matrimonio existe una consideración de interés general derivado del orden público familiar que trasciende el interés particular de los cónyuges y es que el matrimonio no puede quedar consolidado por la inacción de los cónyuges para deducir la nulidad de este[6].

Pero la incaducibilidad de la acción de nulidad matrimonial tiene una excepción, en el caso de bigamia (art. 274, inc.3). De ese modo, cuando no se establezca un plazo de caducidad, la pretensión puede ser ejercitada en todo momento, lo que imposibilita la convalidación del matrimonio; en cambio, previsto un plazo de caducidad y no habiéndose ejercitado la pretensión oportunamente, el matrimonio queda convalidado.

Se resalta en nuestra legislación una supuesta incongruencia entre las disposiciones relacionadas con la materia. Como hemos indicado, el art. 276 del Código establece que la acción de nulidad no caduca; sin embargo, el art. 274 contempla un caso en que caduca la pretensión de nulidad. Esta incongruencia se resuelve considerando el principio de *in favor nuptiae*, principio de promoción del matrimonio[7].

4 Varsi Rospigliosi, E.: *Tratado de Derecho de familia. Matrimonio y uniones y estables*, Fondo Editorial de la Universidad de Lima & Gaceta Jurídica, Vol. I, Lima, 2014, p. 247.

5 Gallegos Canales, T; Jara Quispe, R.: *Manual de Derecho de familia*, Jurista Editores, Lima, 2008, p. 99.

6 Bossert, G; Zannoni, E.: *Manual de Derecho de familia*, Astrea, 6. ed, Buenos Aires, 2007, p. 184.

7 Varsi Rospigliosi, E.: *Tratado de Derecho de familia. La nueva teoría institucional y jurídica de la familia*, Fondo editorial de la Universidad de Lima y Gaceta Jurídica, Vol. II, Lima, 2011, p. 257.

Artículo 276	Artículo 274
276.- La acción de nulidad no caduca.	Del casado. No obstante, si el primer cónyuge del bígamo ha muerto o si el primer matrimonio ha sido invalidado o disuelto por divorcio, sólo el segundo cónyuge del bígamo puede demandar la invalidación, siempre que hubiese actuado de buena fe. *La acción caduca si no se interpone dentro del plazo de un año desde el día en que tuvo conocimiento del matrimonio anterior.*

En consecuencia, salvo el caso previsto en el art. 274, al amparo de lo indicado en el art. 276 la acción de nulidad de matrimonio deviene en incaducible, *i.e.* quien tenga interés legítimo podría solicitar la nulidad del matrimonio en cualquier momento luego de su realización.

Nos encontramos ante este supuesto de incaducibilidad típica, en el cual nuestro Código expresamente ha previsto que, en los casos de nulidad de matrimonio, por estar involucrado el principio de protección de la familia, la pretensión sea incaducible.

2. De la pretensión de declaración de filiación extramatrimonial.

Con relación a la pretensión de declaración de filiación extramatrimonial, el art. 410 del Código ha previsto que:

No caduca la acción para que se declare la filiación extramatrimonial.

La naturaleza inextinguible de la acción de declaración de filiación extramatrimonial está contemplada en el Código, según el cual no caduca la acción para que se declare la filiación extramatrimonial[8], situación lógica que se ampara en el derecho a la identidad de una persona de solicitar en cualquier momento se declare su filiación.

Al respecto se ha señalado que:

El Código Civil de 1984 dejó de lado los plazos de caducidad para la declaración de la paternidad extramatrimonial. El hijo puede interponer la demanda en cualquier momento pues la pretensión de declaración judicial de filiación extramatrimonial no está sujeto a plazo de caducidad ni de prescripción alguno. Ello debe ser así pues no debe existir restricción del derecho a la identidad del menor[9].

8 Gallegos Canales, T; Jara Quispe, R.: *Manual de Derecho de familia*, cit., p. 306.

9 Lastarria Ramos, E.: "Carácter inextinguible de la acción", en AA.VV.: Código Civil comentado (coord. por W. Gutiérrez & M. Muro Rojo), 2 ed., Vol III, Lima, 2007, p. 46.

Nos encontramos ante otro supuesto de incaducibilidad típica, en el cual nuestro Código expresamente ha previsto que, en los casos de declaración de filiación extramatrimonial, por estar involucrado el derecho fundamental a la identidad, la pretensión sea incaducible.

IV. LA INCADUCIBILIDAD ATÍPICA.

La caducidad de las acciones, al igual como ocurre en materia de prescripción, no se limita a las establecidas en el Código Civil.

Precisamente, es lo que ocurre en materia de estado filial y sus acciones. Dada la necesidad de tutelar, como lo veremos a continuación, la existencia de derechos fundamentales y por estar involucrado aspectos de estado de familia, el formante jurisprudencial y doctrinal contemporáneo han ido construyendo, para determinadas acciones, supuestos de incaducibilidad.

Así refiere García Vicente[10] que: …el régimen de filiación está trascendido por el interés público, interés que se trasluce en varias facetas. En primer lugar, es esencial para el tráfico jurídico, para su seguridad y estabilidad, la determinación precisa de la identidad de las personas, formulada, entre otras, por su concreta filiación. La filiación no sólo tiene una dimensión personal y tuitiva. Por ello se ha configurado como un estado civil que se inscribe en el Registro Civil.

Precisamente, la existencia de dicho carácter justifica la presencia de la institución de la caducidad, la cual no se encuentra limitada por el transcurso del tiempo. Y es que, como indica Aída Kemelmajer[11], "el tiempo no tiene influencia en el estado de las personas. Dicho de otro modo, el estado de familia no se adquiere ni se pierde por el transcurso del tiempo". El orden público familiar es compatible con la existencia de acciones que no se encuentren afectadas a plazos de caducidad. Además, téngase en cuenta que la prescripción *per se* afecta a los derechos subjetivos patrimoniales (derechos con pretensión), mientras que la caducidad a derechos potestativos (derechos sin pretensión) en los que no hay exigencia obligacional que cumplir sino, simplemente, el reconocimiento de un derecho fundamental, siendo estos últimos los consagrados en el Derecho de familia; asimismo, las acciones de naturaleza declarativa son incaducibles.

Como lo hemos expuesto, las acciones no solo prescriben o caducan por el imperio de la ley sino que, en determinados supuestos, la jurisprudencia también decreta la imprescriptibilidad o incaducibilidad de las mismas.

10 García Vicente, J.: "La filiación", en AA.VV.: Tratado de Derecho de la familia. Las relaciones paterno – filiales (coord. por M. Yzquierdo & M. Cuena Casas, Thomson Reuters Aranzadi, 2 ed., Vol. 5, Navarra, 2017, p. 84.

11 Kemelmajer de Carlucci, A.: "Prescripción y caducidad en el Derecho de familia", *Revista de Derecho Privado*, núm. 22°, 1999, p. 101.

De manera didáctica, se advierte lo siguiente:

Primera afirmación	Las acciones prescriben o caducan no solo por ley
Segunda afirmación	La jurisprudencia también decreta casos de imprescriptibilidad o incaducibilidad
Afirmación consecuente	La ley y la jurisprudencia determinan los efectos del tiempo

Existen otros supuestos en los que incluso, aun cuando la norma haya establecido un plazo de caducidad --o prescripción--, la jurisprudencia vía control difuso ha considerado la incaducibilidad. Precisamente es lo que ocurre con las acciones de estado filial en nuestro ordenamiento jurídico. Y es que, sea cual fuera el tiempo, así como puedo reclamar puedo también desconocer una filiación. A todas las acciones de estado filial se les debe aplicar la nueva tendencia en el Derecho comparado y jurisprudencial en la que un plazo de caducidad implica la afectación de derechos sustanciales del hijo, como es el derecho a la filiación y el derecho de gozar del estado de familia de acuerdo con su origen biológico.

De esta forma es que las acciones de estado filial al ser acciones de naturaleza declarativa son incaducibles. Existe un error cuando el Código Civil se refiere a la prescripción pues, dado el carácter de estado civil, debiera ser caducidad.

No obstante, el Código sigue considerando plazos límites para la acción derivada del estado filial planteando seis casos en los que las acciones de filiación son caducibles o, como prefiere indicarlo *expressis verbis*, prescriptibles, lo que ha sido también erróneamente aceptado por la jurisprudencia[12]. Algunos de estos artículos, en que se establecen plazos límites para ejercer la acción, han sido inaplicados (sin afectar su vigencia) vía sentencia judicial, tendiendo a la incaducibilidad como base del derecho a la identidad biológica y, como hemos indicado, por el carácter declarativo de este tipo de acciones de filiación. Es decir, no solo no son prescriptibles, sino que técnicamente serían caducibles, pero las tendencias jurisprudenciales comparadas los han declarado incaducibles, por dictado a la esencia de las acciones de estado filial.

Veamos cómo se distribuyen los plazos en las acciones de filiación:

RECLAMACIÓN	IMPUGNACIÓN			NEGACIÓN	
Filiación matrimonial (arts. 373 y 374)	Paternidad matrimonial (art. 364)	Maternidad matrimonial (art. 372)	Adopción (art. 385)	Reconocimiento por el padre o la madre (art. 400)	Reconocimiento por el hijo (art. 401)

12 Casación 488-2005-Cuzco, Corte Suprema de Justicia de la República. Determina que el art. 364 consagra un plazo de prescripción.

Para el hijo es imprescriptible. La acción pasa a los herederos del hijo: - Si murió antes de cumplir 23 años sin haber demandado. - Si devino incapaz antes de cumplir dicha edad y murió en el mismo estado. - Si el hijo dejó iniciado el juicio. En los dos primeros incisos, los herederos tendrán 2 años para interponer la acción.	La acción contes-tatoria debe ser interpuesta por el marido dentro del plazo de noventa días contados desde el día siguiente del parto, si estuvo presente en el lugar, o desde el día siguiente de su regreso, si estuvo ausente.	La acción se interpone dentro del plazo de noventa días contados desde el día siguiente de descubierto el fraude y corres-ponde únicamente a la presunta madre (…).	El menor o el mayor inca-paz que haya sido adoptado puede pedir que se deje sin efecto la adopción den-tro del año siguiente a su mayoría o a la fecha en que desapareció su incapaci-dad (…).	El plazo para negar el recono-cimiento es de noventa días, a partir de aquel en que se tuvo cono-cimiento del acto.	El hijo menor o incapaz puede negar el reconoci-miento hecho en su favor dentro del año siguiente a su mayoría o a la cesación de su incapacidad.
2 años	90 días		1 año	90 días	1 año

Así tendríamos:

Incaducibilidad
Atípica
Reclamación de filiación matrimonial Impugnación de la paternidad matrimonial Impugnación de la maternidad matrimonial Impugnación de la adopción Negación del reconocimiento por el padre o la madre Negación del reconocimiento por parte del hijo

Desarrollemos detenidamente el tratamiento de cada una de las referidas acciones:

1. Reclamación de filiación matrimonial.

Según lo previsto en el art. 373: El hijo puede pedir que se declare su filiación. Esta acción es imprescriptible y se intentará conjuntamente contra el padre y la madre o contra sus herederos.

El hijo reclama su filiación cuando así lo desee - sine die, sin que el decurso del tiempo afecte su legitimidad, su pretensión. Utiliza el término prescripción, aunque García Vicente[13] considera que debe hablarse del carácter vitalicio.

Sin embargo, conforme al art. 374, de ser esta acción incoada por los herederos estos tendrán la legitimidad en la medida que el hijo, en favor de quien se demanda la filiación, tenga menos de 23 años y haya muerto sin demandar o devenido en incapaz y muera en el mismo estado antes de dicha edad o si dejó iniciado el proceso filial. De no cumplirse ninguno de estos supuestos la acción sería improcedente. Además, en los dos primeros casos los herederos tendrán 2 años para accionar, frente al último no hay plazo para accionar pues la acción ya está iniciada.

Si el hijo muere después de cumplidos los 23 años y siendo capaz, nadie podrá intentar la acción presumiéndose, *jure et de jure*, que su silencio significó una renuncia tácita de su derecho, y es que no ha intentado la acción pues estaba convencido que no era hijo matrimonial de los posibles demandados[14].

En ese extremo, la pregunta es ¿Por qué 23 años?

No hay base doctrinaria, al respecto el antecedente que tenemos es que el Código del 36 y el del 52 establecían la edad de 25 años (arts. 310 y 228, respectivamente).

Esta acción debiera ser, con una correcta terminología, incaducible.

Base legal: arts. 373 y 374.

2. Impugnación de la paternidad matrimonial.

La decimonónica regulación jurídica de la determinación y establecimiento de la filiación estuvo basada en un sistema presuncional en el que la certeza de los vínculos parentales fue objetada por carecer de certeza. El matrimonio justificó que el marido sea padre de la prole de su compañera legal, correspondiéndole en exclusividad negar su estado de ascendiente. Los vínculos familiares y, en especial, los filiales, gozaron continuamente de una protección exclusiva; es por ello, en consonancia con los principios de integridad familiar (no dejar en suspenso el aspecto patrilineal *in illo tempore*) y del *favor filii* (no es bueno un niño sin padre), se fijó un plazo a fin de que el padre accione la negación de la paternidad del hijo parido por su mujer, criterio que se tomó y aplicó para las demás acciones de impugnación y negación del estado filial.

13 García Vicente, J.: "La filiación", cit., p. 420.

14 Cornejo Chavéz, H.: *Derecho familiar peruano*, 10 ed., Gaceta Jurídica, Lima, 1999, pp. 45-46.

Son 90 los días que fija la ley peruana para la acción. Con el mismo planteamiento del Código de 1852 (art. 223) y de 1936 (art. 302), que se ampararon en el Digesto (Lib. XXV, Tit. III, Ley 1, §14)[15], el art. 364 establece un plazo de caducidad cuyo cómputo se inicia desde el día siguiente: (i) Al parto, si estuvo presente en el lugar; o, (ii) A su regreso, si estuvo ausente. Presente, ausente, términos con hondo contenido subjetivo. Diríamos: Presente (en la casa, en la clínica, en el distrito), básicamente se relaciona con la capacidad de respuesta para constituirse al lugar de los hechos (regreso inmediato). Ausente, imposibilidad de regresar por lejanía (regreso mediato, venidero).

Independientemente del derecho de pernada y del *ius prima noctis*, el fundamento es que, existiendo matrimonio, fidelidad de por medio, corresponde al marido estar al tanto de lo acontecido sexual y biológicamente por su mujer, situación para nada fidedigna. Estos supuestos, creados con antelación al cinturón de castidad (Edad Media) se basan en la ausencia física del marido que era común, antiguamente, en épocas de campañas, conquistas, guerras y viajes prolongados (en fin), llevando al hombre prácticamente a abandonar a su mujer por largos periodos que sumaban meses y hasta años. La ilegitimidad por el ausentismo del marido no pudo seguir siendo desconocida. Entonces, había que proteger el regreso del hombre y su reinserción a la familia, que había quedado en manos de la mujer, con los instrumentos legales convenientes en caso se encontrara con descendencia que no le perteneciese, todo ello sin poner en peligro la estabilidad familiar frente a sus excesos o indecisiones. La teoría y la ley fueron construidas de esa forma.

Siguiendo la doctrina clásica, el plazo para impugnar la paternidad matrimonial estaba dirigido a proteger los intereses de la prole, la intangilibidad de la paz doméstica[16], que la paternidad no sea incierta en el tiempo, así como el envilecimiento de la prueba[17], lo que generó una suerte de indisolubilidad de filiación *a símili* del matrimonio[18], sumándose el rango imperativo de la norma insuflada por el interés del menor de contar con una filiación carente de contingencia alguna.

La presencia sitial del marido es lo que fija el cómputo del plazo. Situación bastante absurda para nuestros días si tomamos en cuenta el progreso de los medios de comunicación, del transporte y, sobre todo, por la veracidad filial a través de la prueba genética.

15 Aparicio y Gómez Sánchez, G.: *Código Civil. Concordancias*, Vol. X, Americana, Lima, 1942, p. 282.

16 Limongni, F.: *Instituicoes de direito civil*, Saraiva, 5 ed., São Paolo, 1999, p. 268.

17 Da Costa Pimenta, J.: *Filiação*, Coimbra, 1986, s/l, p. 113.

18 Pocar, V.; Rofani, P.: *La familia e il diritto*, Laterza, 5 ed., Roma, 2003, p. 200.

Frente a esta coyuntura Espinoza Espinoza[19] plantea una interrogante y se aproxima a una respuesta: … ¿Por qué el plazo de caducidad de la pretensión contestatoria está en función de la 'presencia' del marido? Simple y llanamente, debido a que de esa manera se encuentra en una posibilidad objetiva de constatar si, efectivamente, es (o no) el padre. Entonces, forzosamente se tendrá que llegar a la conclusión de que el inicio del plazo no debe entenderse solamente a partir de la presencia física del marido, sino desde que se configura una situación en la que objetivamente se constata que el marido no es el padre, como es el supuesto de una prueba de validez científica.

Este último planteamiento compenetrado con la verdad biológica es lo que apoya nuestra tesis como iremos sustentando.

Toda acción de estado filial debe sustentarse en una realidad, no en una eventualidad, considerando como esencial la verdad genésica. Esta es la tendencia contemporánea que sigue el Derecho comparado.

Una primera aproximación se dio con el Código civil alemán que estableció una fórmula abierta: el plazo de 2 años para accionar la impugnación comienza a contarse "desde que el impugnante tenga conocimiento de las circunstancias contrarias a la paternidad" BGB (art. 1600b), posición seguida por el Código portugués (art. 1842, 1, a). Para nada toman en cuenta la ausencia, alejamiento ni falta de presencia del consorte tan común en aquellos tiempos, como indicáramos.

Como explica Nery y De Andrade[20] en el sistema brasilero la acción de investigación de paternidad es perpetua, *imprescritível*[21] e *incaducável*. Según propias palabras, esto determinó que el Supremo Tribunal Federal do Brasil emita una Súmula (resumen de sentencias repetidas sobre una misma materia) respecto al tema, puntualizándolo de la forma siguiente (comunicación personal, 13 de octubre del 2002): *Súmula N. 149*: "É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança"[22].

Precisamente, con el Código civil brasilero del 2001 se suprime el plazo decadencial para el ejercicio de la acción para contestar la paternidad[23], independientemente que el padre esté presente en la casa donde se produjo

19 Espinoza Espinoza, J.: *El acto jurídico a través de la jurisprudencia*. En: Diálogos con la jurisprudencia, núm. 74°, 2004, pp. 94-95.

20 Nery Junior, N; & De Andrade Nery, R.: *Código civil comentado*, 4 ed., Revista dos Tribunais, São Paolo, 2006, p. 310.

21 Dice Nicolau Junior "A paternidade seria, assim -em má hora lembrando a fórmula stammleriana- uma espécie de direito permanente de conteúdo variável. A cada um estaria deferido, como inerente à filiação, algo como um poder interno de mudar de pai, um autêntico jus variandi".

22 Nery Junior, N; & De Andrade Nery, R.: *Código civil comentado*, cit., p. 1081.

23 Diniz, M.: *Curso de Derecho civil brasilero. Direito de familia*, Saraiva, 17 ed., Vol. 5, São Paulo, 2002, p. 383.

el nacimiento, esté ausente o se le haya ocultado el nacimiento[24], lo que se presenta como una verdadera novedad en el Derecho comparado sudamericano. En efecto, el art. 1601 consagra: "Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível. Parágrafo único - Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação".

De este modo, se desploman los vetustos presupuestos del derecho brasilero anterior arraigados en principios sociales y culturales totalmente superados por la biociencia, de manera que en cualquier momento el marido puede impugnar la paternidad del hijo parido por su mujer bajo el sustento que la verdad de la paternidad genética no puede estar subordinada a un plazo, a decir de Venosa[25].

El art. 364 indica: La acción contestatoria debe ser interpuesta por el marido dentro del plazo de noventa días contados desde el día siguiente del parto, si estuvo presente en el lugar, o desde el día siguiente de su regreso, si estuvo ausente.

La norma nacional protege la integridad familiar y preserva la paternidad del hijo matrimonial, además establece un plazo breve para impugnar la paternidad en aras de salvaguardar el interés del hijo (teoría de los efectos favorables, art. I del CC) que es utilizada vía excepción[26].

No obstante, ello viola los derechos del padre imponiéndole un estado parental que no le corresponde; además, veta de manera plena la posibilidad de una filiación verdadera del menor, afectando derechos sustanciales como es el derecho a la filiación real y de gozar del estado de familia de acuerdo con su origen biológico, derechos estos amparados en la ley. No es la idea mantener vínculos vacíos de afecto y ejercicio, ello conduciría a consolidar una ficción que no se corresponde con el espíritu de la ley[27]. Afirmar lo contrario es una hipocresía. Aparte, es hora de empezar con la observancia del principio de transparencia en determinación de la filiación, así como el del respeto a la identidad que corresponda tanto en su faz estática como dinámica[28].

24 Rizzardo, A.: *Direito de familia*, 2 ed., Forense, Rio de Janeiro, 2004, p. 430

25 Venosa, S.: *Direito civil*, 2 ed., Vol. 6, Atlas, São Paolo, 2002, p. 263.

26 Si extemporáneamente se propone la excepción de prescripción alegándose el art. 364 del Código Civil, que prevé que la acción para negar hijos matrimoniales prescribe a los 90 días del parto y dado que las excepciones se proponen conjuntamente, y en el plazo previsto para cada vía procedimental, habiendo precluido la oportunidad para invocarlas deben ser declaradas infundadas. Casación 488-2005-Cuzco. Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, DOEP., 31/07/2006.

27 Krasnow, A.: *La presunción legal de la paternidad matrimonial,* La Ley, 2005.

28 Lloveras, N.; & Salomón, M.: *El paradigma constitucional familiar: Análisis a una década de su reformulación*, Jurisprudencia Argentina, 2005.

Algunas decisiones judiciales en nuestro medio se orientan a favor del carácter inextinguible de la acción de negación de paternidad, inaplicando el art. 364.

Así, por ejemplo: Que, encontrándose en discusión la filiación biológica del niño, resulta imperiosa la necesidad de que esta se dilucide y la justicia resuelva la incertidumbre generada a fin de que pueda gozar de las garantías que el ordenamiento jurídico le otorga en aras de su seguridad y protección presente y futura, máxime si existe el imperativo que en toda decisión que adopte el Estado peruano, particularmente el órgano jurisdiccional se debe tomar en consideración el interés Superior del Niño (...) por lo que en el presente proceso deben agotarse las acciones necesarias para la obtención de los medios probatorios (...), debiendo disponer la juez de la causa en el estadio correspondiente se ordene la prueba de ADN respectiva (...) declararon NULA la resolución ... mediante la cual se declara improcedente la demanda propuesta por don XXX contra doña YYY sobre Contestación de Paternidad, en razón de que ha caducado el derecho del recurrente en amparo de lo dispuesto en el artículo 364 del Código Civil; ORDENARON a la Juez de la causa renovar al acto procesal correspondiente (...)[29].

Esta Resolución de vista fue elevada en consulta a la Suprema, la que decreta: NOVENO: Que, en el caso concreto al estar en discusión la filiación del menor nacido dentro del matrimonio contestado por quien aduce no tener la condición de padre biológico, es necesario que tal circunstancia sea dilucidada en concordancia con lo que establece el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño; por lo que APROBARON la resolución consultada de fojas ciento cincuenta, su fecha tres de diciembre del dos mil cuatro, que en el caso de autos deja de aplicar el artículo 364 del Código Civil al preferir la norma constitucional contenida en el artículo 2, inciso 1 de la Carta Magna (...)[30].

Asimismo: No es de aplicación lo dispuesto en el art. 364 del Código Civil por cuanto una aplicación extensiva importa la afectación de derechos sustanciales del menor como es el derecho de filiación el nombre y la identidad, la posibilidad de pertenecer a una familia y gozar del estado de familia que, de acuerdo con su origen biológico, le corresponda, así como el derecho del padre y de la madre a que se le reconozca y ejerza su paternidad[31].

Los argumentos que orientan estos criterios, en los que prima el vínculo genésico frente al vínculo formal, son clarísimos y van en nuestra dirección, pudiendo ser perfectamente aplicados a todas las acciones de estado filial

29 Corte Superior de Justicia de Lima Sala Especializada de Familia, Exp. 3041-2004-Lima. Contestación de Paternidad.

30 Sala Social y Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Consulta 149-2005-Lima (14/02/2005).

31 Resolución 1307-A del 30/12/2004, Corte Superior de Justicia de Lima, Sala Especializada de Familia.

establecidas en el Código civil en los que se establece un plazo de caducidad para accionar[32].

El problema es que no hay unanimidad de criterios en los casos judiciales. Esta posición, al no ser secundada por otras instancias, en lugar de uniformidad logró deformidad de criterios en la materia en *litis*. Debe reconocerse que el asunto, al tratarse de intereses personales, familiares y de contenido social, merece una especial discusión siendo la doctrina y la jurisprudencia la encargada de orientarnos, fijando y afinando el criterio concluyente, sea a favor, como sustentamos en el presente ensayo o, según el caso, en contra[33] .

Independiente de la seguridad jurídica, de la protección a la integridad de la familia, la consagración del matrimonio y al interés del menor, que es aquello en que se asienta el plazo de caducidad de la acción negatoria de paternidad, no es menos cierto que las relaciones personales y familiares han evolucionado. Los problemas de paternidad deben ser resueltos en forma objetiva. Deliberar acerca del interés del menor y su identidad no es del todo concluyente, dado que tenemos al frente los derechos del padre a saberse y reconocerse como tal en mérito al *nexum sanguinis*.

Resulta recomendable modificar el sistema proponiendo que todas las acciones de estado civil sean *incaducibles*, sincerando el sistema, tal como se hizo en la propuesta integral de Reforma al Libro de familia[34] que en su art. 240 señaló que: Las acciones de estado de familia son imprescriptibles e irrenunciables, la ley regula expresamente los casos de extinción de las mismas vía de caducidad.

Base legal: art. 364.

3. Impugnación de la maternidad matrimonial.

Esta acción, según el art. 372 del Código, se interpone dentro del plazo de noventa días contados desde el día siguiente de descubierto el fraude, *i.e.* el parto

32 Varsi Rospigliosi, E.: "Plazo para negar el conocimiento", en AA.VV.: Código civil comentado (coord. por W. Gutiérrez & M. Muro Rojo), 2 ed., Vol. II, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 400.

33 En la jurisprudencia comparada existe un criterio en contra como es el caso por la Cámara de Apelaciones en lo Civil del Neuquén en junio de 2006 que falla declarando que Corresponde rechazar la impugnación de paternidad en tanto el actor dejó transcurrir largamente el plazo señalado por el art. 259 del Código Civil, no obstante que el mismo señala haber tenido dudas en todo momento respecto a su paternidad, pues dicho plazo de caducidad no es un capricho legislativo, dado que la conformación del orden familiar requiere cierta estabilidad en las diversas formas de emplazamiento de sus integrantes, por lo que dejar liberada indefinidamente la posibilidad de que el padre cuestione su carácter de tal, sin limitaciones temporales, lesionaría claramente tal estabilidad (del voto en disidencia del doctor Videla Sánchez). *Vid.* Cámara de Apelaciones en lo Civil del Neuquén". Sala I, 06/06/2006, Publicado en: *La Ley Patagonia*. 2006 (agosto), p. 474.

34 Varsi Rospigliosi, E.: *Divorcio, filiación y patria potestad*, Grijley, Lima, 2004, p. 351.

supuesto o la suplantación del hijo. Los herederos o ascendientes solo pueden continuar el proceso si la madre lo dejó iniciado.

Tomando en cuenta la tendencia jurisprudencial existente[35], la aplicación de este plazo de caducidad implica la afectación de derechos sustanciales del menor como es el derecho a la filiación y de gozar del estado de familia de acuerdo con su origen biológico, derechos contemplados en el inc. 1, art. 2 de la Constitución Política del Perú, en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en la Convención Americana y en la Convención de los Derechos del Niño.

Por ende, esta acción debería ser incaducible a fin de no afectar el derecho a la identidad de la persona.

Base legal: arts. 371 y 372.

4. Impugnación de la adopción.

El menor o incapaz que haya sido adoptado puede pedir que se deje sin efecto la adopción dentro del año siguiente a su mayoría de edad o a la cesación de su incapacidad. El plazo es de 1 o 2 años que se computará desde que adquiere su mayoría de edad o cese de su incapacidad.

No es este un caso de revocación; *i.e.* uno que se retracte de su voluntad quien libremente y con plena capacidad jurídica la dio, pues se trata de un menor o un incapaz que no expresó en forma alguna su voluntad; en este caso, no está revocando su voluntad sino manifestando, ahora, la que realmente tiene[36]. Su carácter jurídico-legal va a permitir que la adopción sea susceptible de revocación y de anulación -actos y sanciones- que son impensables en materia de filiación biológica[37].

Citemos un ejemplo: Juan fue adoptado siendo menor de edad. Él cumplirá 18 años el 24 de setiembre de 2001. La norma nos dice que el plazo para que pueda dejar sin efecto la adopción se computa dentro del año siguiente a su mayoría de edad. Esto es que el plazo de 1 año se computará recién a partir del 24 de setiembre de 2002, caducando su derecho a impugnar su adopción el 24

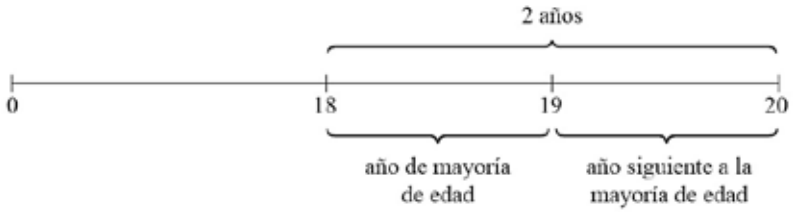
35 Consulta 75212-014, Lima Sur, Corte Suprema de Justicia, del 25/8/2015. "Décimo Sétimo: Por consiguiente, al encontrarnos ante un conflicto de normas jurídicas que resultan aplicables al caso *sub litis*, de un lado la norma constitucional que reconoce como un derecho fundamental de la persona el derecho a la identidad, artículo 2 numeral 1 de la Constitución Política del Estado y, de otro, la norma contenida en el artículo 372 del Código Civil; sin que de la interpretación conjunta de las normas invocadas sea factible obtener una interpretación conforme a la Constitución Política del Estado; por esta razón, al advertirse que la antinomia se presenta entre una norma de carácter legal y otra de carácter constitucional, debe inaplicarse la norma legal y preferirse la norma constitucional; razón por la cual corresponde aprobar la consulta formulada".

36 Cornejo Chavéz, H.: *Derecho familiar peruano*, cit., p. 80.

37 Medina, G.: *La adopción,* Vol. 1, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1998, p. 12.

de setiembre de 2003. Ejemplo similar debe aplicarse desde el momento de la cesación de la incapacidad.

Con un esquema quedará más claro:



Tomando en cuenta la tendencia jurisprudencial existente, al igual que los otros supuestos que venimos analizando, la aplicación de este plazo de caducidad implica la afectación de derechos sustanciales como es el derecho a la filiación y de gozar del estado de familia de acuerdo a su origen biológico.

Base legal: art. 385.

5. Negación del reconocimiento por padre o la madre.

El Código civil de 1852 establecía el derecho del padre o la madre de disputar el reconocimiento en el que no hayan intervenido, sin un plazo de caducidad (art. 240). A diferencia de ello, el Código de 1936 consagró un plazo para poder accionar de tres meses (art. 364), regla considerada por el Código de 1984.

El reconocimiento puede ser negado por el padre o la madre que no interviene en él, por el propio hijo o por sus descendientes si hubiera muerto, y por quienes tengan interés legítimo. Con base en un criterio de seguridad jurídica y de defensa de los intereses familiares la ley determina un plazo para su ejercicio, conforme lo ampara y trata la doctrina.

El padre o la madre que no interviene en el reconocimiento, los descendientes y quienes tengan interés legítimo gozarán de un plazo de 90 días a partir de aquel en que se tuvo conocimiento del acto, para negar el reconocimiento. Este plazo es reducido y perentorio dado que el reconocimiento beneficia, favorece y mejora la situación de un hijo, *indubio pro filii*. Es así como, dado que cualquier impugnación de reconocimiento habrá de perjudicarle[38] al hijo, la norma determina el tiempo para que este acto pueda ser deslegitimado.

Si bien la ley ha establecido, en aras de salvaguardar el interés del hijo (teoría de los efectos favorables), un plazo breve para impugnar el reconocimiento, una de las

38 Cornejo Chavéz, H.: *Derecho familiar peruano*, cit., p. 126.

variadas propuestas de modificación del Código civil consideró variar este artículo proponiendo que la acción de negación del reconocimiento sea imprescriptible[39]. Esta propuesta se fundamenta en el Derecho comparado (Brasil, Portugal, Costa Rica solo considera la imprescriptibilidad de la impugnación matrimonial cuando no hay posesión constante de estado, Argentina determina la imprescriptibilidad de la acción del hijo para impugnar su reconocimiento) en la medida que las acciones de estado de filiación, sea de reclamación como de impugnación, son imprescriptibles, más aún que este criterio viene siendo aplicado jurisprudencialmente a nivel local.

El análisis del plazo considerado en el art. 400 del Código genera una posición jurisprudencial[40] que ha determinado la inaplicación de este, ya que se inserta propiamente en un sistema cerrado de paternidad sustentado en presunciones, no habiéndose considerado la posibilidad del conocimiento de algo más certero que el propio acto jurídico de reconocimiento, que implica el conocimiento de la relación biológica de la filiación.

Consideramos, *data venia*, que la aplicación del art. 400 implica la afectación de derechos sustanciales del menor como es el derecho a la filiación y de gozar del estado de familia de acuerdo con su origen biológico, derechos estos contemplados en el inciso primero del art. 2 de la Constitución Política del Perú, en el Pacto de civil de Derechos Civiles y Políticos, en la Convención Americana y en la Convención de los derechos del niño.

Sobre el particular, la Sala Especializada de Familia[41] consideró que, con base en el interés superior del niño y siendo que el menor cuenta con un año de edad, deben agotarse en el presente proceso las acciones necesarias para la obtención de los medios probatorios pertinentes, debiendo disponer el juez se practique la prueba de ADN, por lo que se declara nulo el auto que falla improcedencia de la demanda.

Esta Resolución de vista fue elevada en consulta a la Suprema[42] con la finalidad que se pronuncie sobre si el control difuso de la Constitución realizado por la Sala de Familia, respecto de la no aplicación del art. 400 -por preferirse la norma constitucional, art. 2, inciso 1–, era correcto, fallando la instancia suprema con la aprobación del auto en mención que declara inaplicable al caso el art. 400, sin afectar su vigencia.

Y es que el criterio de salvaguarda del derecho a la identidad, y con base en la técnica de la ponderación de derechos, mediante el test de proporcionalidad,

39 Arias-Schreiber Pezet, M.: Exégesis del Código civil de 1984, Vol. VIII, Gaceta Jurídica, Lima. 2001, p. 111.

40 Casación 2047-2011-Lima. Corte Suprema de Justicia de la República.

41 Exp. N° 860-2002-Lima, Impugnación de reconocimiento paternidad.

42 Sala de Derecho Constitucional y Social, Consulta N° 2858-2002-Lima.

la Corte Suprema[43] ha establecido que el art. 400 del Código colisiona con el derecho fundamental a la identidad biológica del menor, en la medida que, en razón de un plazo, no debe restringirse una acción destinada a determinar la identidad biológica con la prueba del ADN que aporta información relevante y confiable de quién es el padre y quién no lo es; en tal sentido inaplica el art. 400.

Así también, se ha considerado en el Pleno Jurisdiccional Nacional de familia del 2018 (Ica, 20 y 21/09/2018) "No se aplica el artículo 400 del Código Civil, pues se prefiere garantizar el derecho a la identidad de los menores de edad, el cual implica que estos conozcan su origen biológico".

Base legal: art. 400.

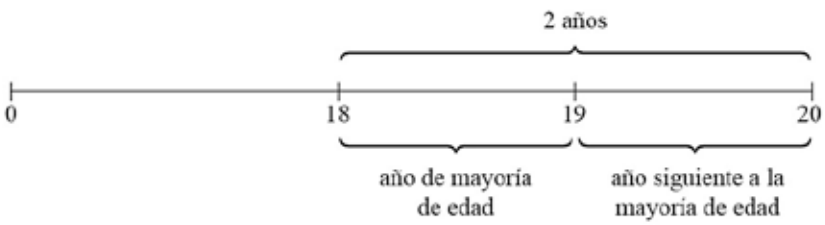
6. Negación del reconocimiento por parte del hijo.

A diferencia de la negación del reconocimiento por parte del padre o la madre (arts. 399 y 400) que no interviene en el plazo que es de 90 días, el hijo tiene un tiempo mayor para negar su reconocimiento que es dentro del año siguiente a su mayoría de edad o a la cesación de su incapacidad.

El plazo para negar paternidad transcurre cuando se conoce al verdadero padre[44], debiéndose tener en cuenta la fecha efectiva del conocimiento de la paternidad para computar dicho plazo y el derecho a la identidad de toda persona.

Citemos nuevamente el ejemplo antes mencionado: Juan fue reconocido siendo menor de edad. Él cumplirá 18 años el 24 de setiembre de 2001. La norma nos dice que el plazo para que él pueda negar el reconocimiento se computa dentro del año siguiente a su mayoría de edad. El plazo de 1 año se computará recién a partir del 24 de setiembre de 2002, caducando su derecho a negar el reconocimiento el 24 de setiembre de 2003. Ejemplo similar debe aplicarse desde el momento de la cesación de la incapacidad.

Veamos el siguiente esquema:



43 Casación 3873-2014-San Martín. Corte Suprema de Justicia de la República. Esta sentencia está nominada al Premio Justicia y Convencionalidad 2016 del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

44 Casación 1303-2013-San Martín, DOEP., 30/12/2015. Corte Suprema de Justicia de la República.

Este plazo es, en realidad, de dos años que se computará desde que adquiere su mayoría o cese de su incapacidad. Este plazo mayor se explica por sí solo. Nadie más interesado que el propio hijo en velar por la legitimidad de su reconocimiento. De modo que si es él mismo quien lo impugna, afrontando los perjuicios que eventualmente pudiera acarrearle esa impugnación, la ley no puede prohibírselo, pues a nadie se le puede imponer que acepte como padre a quien no es[45], este criterio es mucho más provechoso en la legislación comparada.

El plazo indiscutiblemente es uno de caducidad, no de prescripción, por lo que no admite interrupción ni suspensión[46]. Queda preguntarse si los descendientes del hijo premuerto gozan de periodo de plazo. A diferencia de otras legislaciones la nuestra no permite esta posibilidad por lo que encuentra vetado dicha facultad a los descendientes quienes contarían con el plazo menor de 90 días que consagra el artículo precedente.

De acuerdo al estudio del art. 400 del Código y tomando en cuenta la tendencia jurisprudencial existente, la aplicación de este plazo de caducidad implica la afectación de derechos sustanciales del menor como es el derecho a la filiación y de gozar del estado de familia de acuerdo a su origen biológico, derechos estos contemplados en el inciso primero art. 2 de la Constitución Política del Perú, en el Pacto de civil de Derechos Civiles y Políticos, en la Convención Americana y en la Convención de los derechos del niño.

El Código Civil de la ciudad de México en materia federal establece una norma similar, pero indica de manera expresa que el término que tiene el hijo para deducir esta acción es de dos años, que comenzará a correr desde que el hijo sea mayor de edad, si antes de serlo tuvo noticia del reconocimiento, y si no la tenía, desde la fecha en que la adquirió (art. 377).

Cabe indicar que, si bien el carácter inextinguible de las acciones de estado filial son una realidad en la doctrina, en la jurisprudencia y en la legislación comparada, no faltan los criterios contrapuestos que validan el plazo de caducidad para accionar la contradicción de la paternidad.

Nuestra Corte Suprema ha señalado lo siguiente[47]: Sétimo.- Que, tal como se puede apreciar, la Sala Revisora se ha limitado a aplicar el artículo trescientos sesenta y cuatro del Código Civil conforme aparece de su texto claro y expreso, esto es, que el plazo para la caducidad de la pretensión Contestatoria de Paternidad se computa '(...) desde el día siguiente del parto, si estuvo presente

45 Cornejo Chavéz, H.: *Derecho familiar peruano*, cit., p. 127.

46 Cornejo Chavéz, H.: *Derecho familiar peruano*, cit., p. 127.

47 Casación 2390- 2004-Ica. DOEP., 31/07/2006. Corte Suprema de Justicia de la República.

en el lugar, o desde el día siguiente de su regreso, si estuvo ausente'; premisas absolutamente claras que en modo alguno permiten interpretar que el plazo para incoar dicha pretensión puede contabilizarse a partir del momento en que el marido toma recién conocimiento de su no paternidad; debiendo agregarse que situaciones como la descrita por el recurrente deben motivar una reforma de los dispositivos legales vinculados a la contestación de la paternidad en virtud al avance de la ciencia y la tecnología que permiten hoy conocer con un altísimo grado de certeza la paternidad de las personas; empero, la modificación de las normas legales no es función de este Poder del Estado sino su interpretación y aplicación para la solución de los conflictos de intereses y la eliminación de alguna incertidumbre jurídica; de tal modo que la aplicación correcta de la ley en ninguna forma puede constituir la afectación del derecho al debido proceso del recurrente; no configurándose esta causal denunciada.

En otra sentencia[48], se ha señalado lo siguiente: Cuando se impugna la paternidad, esta no puede justificarse solo en el dato genético (carácter estático de la identidad) lo que implicaría olvidar que el ser humano se hace a sí mismo en el proyecto continuo de su vida. Más allá de los datos fijos es la historia del individuo lo que lo hace idéntico a sí mismo, se le conoce como la filiación socioafectiva.

En nuestra opinión, más allá de la pertinencia de lo resuelto por la Corte Suprema -que considera que el plazo debe computarse desde que se toma conocimiento-, la pretensión de negación de paternidad por el hijo, *lege ferenda*, debería ser incaducible. Sobre el particular, el art. 593 del actual Código Civil y Comercial argentino prescribe que "[e]l hijo puede impugnar el reconocimiento en cualquier tiempo", sustentando en el nuevo estado del arte jurisprudencial y en el principio de la identidad dinámica[49].

La propuesta que planteamos esto es, que la pretensión de negación del reconocimiento por el hijo no tenga plazo de caducidad, sería acorde al proceso de constitucionalización del Derecho Civil, reflejado en el derecho a la identidad filiatoria y de gozar del estado de familia de acuerdo a su origen biológico, derechos estos contemplados en el inciso primero art. 2 de la Constitución Política del Perú, en el Pacto de Civil de Derechos Civiles y Políticos, en la Convención Americana y en la Convención de los Derechos del Niño [50].

Base legal: art. 401.

48 Casación 3797-2012-Arequipa. DOEP., 30/09/2014. Corte Suprema de Justicia de la República.

49 Kemelmajer de Carlucci, A; Herrera, M; Lloveras, N.: *Tratado de Derecho de familia según el Código civil y comercial de 2014*, Rubinzal – Culzoni, Argentina, 2014, p. 88.

50 Torres Maldonado, M.: "Y ahora `El plazo para negar paternidad por el hijo inicia cuando se toma conocimiento del verdadero progenitor´. Una propuesta (de lege ferenda) hacia su incaducibilidad", *Actualidad jurídica*, núm 267, pp. 116.

V. CONCLUSIÓN.

No solo la ley, también la jurisprudencia, indican el carácter caducible de un derecho.

El Código civil peruano contempla plazos de incaducibilidad (típica) y la jurisprudencia ha llegado a identificar, por razones de interés social, otros plazos de orden incaducibles (atípica).

La incaducibilidad de las acciones siempre es excepcional. Nuestra legislación civil sólo ha reconocido dos casos de incaducibilidad, referidos a las pretensiones de nulidad de matrimonio y para la declaración de filiación extramatrimonial.

Sin embargo, cuando existen razones de estado filial, que reposan en el derecho fundamental a la identidad y a la dignidad del sujeto, nuestro formante jurisprudencial y doctrinal, pese a los plazos que se establecen en algunos artículos del Código civil, considera que las acciones de filiación deben ser incaducibles, lo que debiera ser tomado en cuenta para cualquier regulación de *lege ferenda*.

El tratamiento de la caducidad e incaducibilidad es un tema que amerita una reflexión, el derecho comparado tiene un compromiso en aras de lograr la uniformidad requerida en esta institución.

BIBLIOGRAFÍA

Aparicio y Gómez Sánchez, G.: *Código Civil. Concordancias*, vol. X, Americana, Lima, 1942.

Arias-Schreiber Pezet, M.: *Exégesis del Código civil de 1984*, vol. VIII, Gaceta Jurídica, Lima, 2001.

Bossert, G; Zannoni, E.: *Manual de Derecho de familia*, Astrea, 6ª ed, Buenos Aires, 2007.

Cornejo Chavéz, H.: *Derecho familiar peruano*, 10 ed., Gaceta Jurídica, Lima, 1999.

Da Costa Pimenta, J.: *Filação*, Coimbra, s/l, 1986.

Diniz, M.: *Curso de Derecho civil brasilero. Direito de familia*, Saraiva, 17 ed., Vol. 5, São Paulo, 2002.

Espinoza Espinoza, J.: *El acto jurídico a través de la jurisprudencia*. Diálogos con la jurisprudencia, núm. 74º, 2004.

Gallegos Canales, T; Jara Quispe, R.: *Manual de Derecho de familia*, Jurista Editores, Lima, 2008.

García Vicente, J.: "La filiación", en AA.VV.: Tratado de Derecho de la familia. Las relaciones paterno-filiales (coord. por M. Yzquierdo & M. Cuena Casas), Thomson Reuters Aranzadi, 2 ed., Vol. 5, Navarra, 2017.

Kemelmajer de Carlucci, A.: "Prescripción y caducidad en el Derecho de familia", *Revista de Derecho Privado*, núm. 22, 1999.

Kemelmajer de Carlucci, A; Herrera, M; Lloveras, N.: *Tratado de Derecho de familia según el Código civil y comercial de 2014*, Rubinzal-Culzoni, Argentina, 2014.

Krasnow, A.: *La presunción legal de la paternidad matrimonial*, La Ley, 2005.

Lastarria Ramos, E.: "Carácter inextinguible de la acción", en AA.VV.: Código Civil comentado (coord. por W. Gutiérrez & M Muro Rojo), 2 ed., Vol III, Lima, 2007.

Limongni, F.: *Instituicoes de direito civil*, Saraiva, 5 ed., São Paolo, 1999.

Lloveras, N.; & Salomón, M.: *El paradigma constitucional familiar: Análisis a una década de su reformulación*, Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 2005.

Medina, G.: *La adopción,* Vol. 1, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1998.

Nery Junior, N; & De Andrade Nery, R.: *Código civil comentado*, 4 ed., Revista dos Tribunais, São Paolo, 2006.

Nicolau Junior, M.: "Investigação de paternidade procedente. Coisa julgada material. Prazo para ação rescisória expirado. Ação nega- tória de paternidade. Exame de DNA negativo. Qual prevalece?" En: Jus. Recuperado de https://jus.com.br/artigos/3449, 2002.

Osterling Parodi, F; Castillo Freyre, M: *Todo prescribe o caduca, a menos que la Ley señale lo contrario*, Derecho & Sociedad, Vol.23, Lima, 2004.

Pocar, V.; Rofani, P.: *La familia* e *il diritto*, Laterza, 5 ed., Roma.

Rizzardo, A.: *Direito de familia*, Forense, 2 ed., Rio de Janeiro, 2004.

Rodriguez Russo, J.: *Prescripción extintiva y caducidad en el Derecho Civil. Estudio de su régimen jurídico en el Código civil y en la Ley de relaciones de consumo*, Fundación de cultura universitaria, Montevideo, 2010.

Torres Maldonado, M.: "Y ahora `El plazo para negar paternidad por el hijo inicia cuando se toma conocimiento del verdadero progenitor´. Una propuesta (de lege ferenda) hacia su incaducibilidad*", Actualidad jurídica*, núm 267.

Varsi Rospigliosi, E.:

- *Divorcio, filiación y patria potestad*, Grijley, Lima, 2004.
- "Plazo para negar el conocimiento", en AA.VV.: Código civil comentado (coord. por W. Gutiérrez & M. Muro Rojo), 2 ed., Vol. II, Gaceta Jurídica, Lima, 2007.
- *Tratado de Derecho de familia. La nueva teoría institucional y jurídica de la familia*, Fondo editorial de la Universidad de Lima y Gaceta Jurídica, Vol. II, Lima, 2011.
- *Tratado de Derecho de familia. Matrimonio y uniones y estables*, Fondo Editorial de la Universidad de Lima & Gaceta Jurídica, Vol. I, Lima, 2014.

Venosa, S.: *Direito civil*, Atlas, 2 ed., Vol. 6, São Paolo, 2002.

LA APLICACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS DENTRO DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

THE APPLICATION OF HUMAN RIGHTS TREATY BODIES INSIDE THE PLURINATIONAL STATE OF BOLIVIA

Rev. Boliv. de Derecho Nº 33, enero 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 638-665

Mª Renee DELGADO y Michael J. RAMÓN

ARTÍCULO RECIBIDO: 30 de septiembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 30 de noviembre de 2021

RESUMEN: Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos han sido reconocidos por la nueva Constitución Política del Estado Plurinacional. A consecuencia de ello, los Órganos de Poder del Estado de Bolivia, especialmente el Órgano Judicial en general, y el Tribunal Constitucional Plurinacional en específico, deben aplicar la interpretación de los derechos reconocidos en la Constitución a la luz de los estándares internacionales y la aplicación preferente de estos últimos.

PALABRAS CLAVE: control de convencionalidad; aplicación preferente Bolivia; Derechos Humanos; Tratados Internacionales.

ABSTRACT: *The human rights treaty bodies have been recognized by the new Political Constitution of Bolivia. In consequence, the branches of the Bolivian state, especially the judiciary branch generally, and the Plurinational Constitutional Court specifically, must apply the rights interpretation recognized by the Constitution in light of international standards and the preferential application of the latter.*

KEY WORDS: *control of conventionality; preferential application; Human Rights; International Treaties.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS DENTRO LA CONSTITUCIÓN PLURINACIONAL DE BOLIVIA.- III. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.-1. El *pacta sunt servanda* y la prohibición de usar el derecho interno como excusa de incumplimiento de un tratado internacional en materia de derechos humanos.- 2. El control de convencionalidad en Bolivia.- IV. LA APLICACIÓN PREFERENTE DE LOS TRATADOS QUE VERSEN SOBRE DERECHOS HUMANOS.- V. APLICACIÓN DEL SISTEMA UNIVERSAL Y EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL- 1. Producción del Sistema Interamericano de Protección.- 2. Producción del Sistema Universal de Protección.- VI. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN.

Los tratados internacionales en materia de derechos humanos, se han convertido en verdaderos parámetros que (re)direccionan no solo la normativa interna de los Estados, sino también el actuar de sus autoridades jurisdiccionales. Es necesario identificar el modo en que operan y para el caso de Bolivia, se les reconoce una aplicación preferente, siempre que prevean lineamientos más favorables que las disposiciones internas. A lo largo de este escrito se puede identificar que la Constitución Política Plurinacional de Bolivia (en adelante la CPE o la Constitución) en sus diferentes artículos reconoce esta facultad de los tratados de incidir en los Estados y que precisamente esta forma de relacionamiento se aplica a través del control de convencionalidad. De manera que, se efectúa una descripción histórica y un breve análisis de aquellas sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH o Corte Interamericana) como las de Mack Chang vs. Guatemala[1], Almonacid Arellano y otros vs Chile[2], Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú[3], que señalan los diferentes elementos del control de convencionalidad y que a la fecha continúa desarrollándose.

1 Ver Mack Chang vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. Serie C No. 101 (25 de noviembre de 2003).

2 Ver Almonacid Arellano y otros vs Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. Serie C No. 154 (26 de septiembre de 2006).

3 Ver Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. Serie C No. 158 (24 de noviembre de 2006).

• María Renee Delgado Durán
Lic. en Ciencias Jurídicas por la Universidad Mayor de San Simón; Diplomados en: Procedimiento Penal y Ciencias Forenses; Ley de Abreviación Procesal Penal No. 1173 por la Universidad Mayor de San Simón; Políticas Públicas por la Fundación Konrad Adenauer y la Asociación Civil Estudios Populares y Diplomatura en Derechos Económicos, Sociales y Ambientales por la Universidad de Buenos Aires. Correo electrónico: mariadeldu777@gmail.com.

• Michael Juan Ramón Vega Quevedo
Activista por los DDHH. Lic. en Ciencias Jurídicas por la Universidad de Mayor de San Simón; Diplomatura en Derechos Económicos, Sociales y Ambientales por la Universidad de Buenos Aires; y Maestrando en Derechos Humanos por la Universidad Nacional de La Plata. Correo electrónico: mike94vega@gmail.com.

Posteriormente se realiza un análisis de la aplicación preferente de los tratados, en un sentido amplio, pues se enfatiza en la amplitud que este se reconoce en diferentes instrumentos, para ser considerados como fuente de interpretación de derechos humanos. Finalmente, es necesario abarcar la cuestión de que no sólo los tratados de derechos humanos formen parte del bloque de constitucionalidad, sino también la producción de los órganos internacionales y convencionales encargados de su interpretación, como son las observaciones generales y las decisiones finales de Comités de Naciones Unidas en el Sistema Universal; los informes finales de la Comisión Interamericana (en adelante CIDH), las sentencias y las opiniones consultivas de la Corte Interamericana en el Sistema Regional.

Para desarrollar el trabajo de investigación que se propone, se requiere de la implementación de varios métodos de investigación. Como primera técnica se aplicó la investigación bibliográfica, para poder desarrollar y analizar a profundidad el tema, usando escritos doctrinales. Como segunda técnica se implementó el método dogmático jurídico, pues se efectuó un análisis descriptivo de la normativa interna, en particular la Constitución Política del Estado, jurisprudencia constitucional, al igual que de tratados y convenios internacionales, en especial jurisprudencia de la Corte IDH. De igual manera, se utilizó el método descriptivo e histórico, a fin de explicar, a través del tiempo, el desarrollo del control de convencionalidad en los diferentes Estados. Así como, los diferentes elementos que lo integran.

II. LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS DENTRO LA CONSTITUCIÓN PLURINACIONAL DE BOLIVIA.

Los avances en materia de Derecho Internacional de los Derechos Humanos han trascendido a tal punto que se cuenta con una Constitución innovadora que reconoce la incidencia y la necesidad de prestar atención a los derechos humanos, es por eso que a nivel regional y mundial la Constitución de Bolivia es considerada como una de las más garantistas, no solo por el reconocimiento de derechos civiles y políticos, sino porque el Constituyente tenía la intención de recuperar el Estado de bienestar y prestar atención también a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales que habían sido ignorados por las Constituciones previas a la del 2009[4].

Como resultado de ello, se puede observar las siguientes disposiciones constitucionales. En una primera instancia, la Constitución establece los parámetros de aplicación de los tratados internacionales en materia de derechos humanos; los cuales deben ser ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional,

4 Ver Pinto Quintanilla, J. C.: *Informes por Comisiones Estado Plurinacional de Bolivia. La construcción del texto Constitucional*, TOMO III Vol. I, Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia, La Paz, 2013, pp. 360-361.

prevalecen en el orden interno y se constituyen en el referente obligatorio para la interpretación de los derechos y deberes contenidos en la Constitución[5].

Respecto de la aplicación preferente, es preciso tomar especial atención a lo prescrito por el Art. 256 que impone el límite para el reconocimiento, aplicación e interpretación preferente de derechos, en relación con los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos y es que, estos deben resultar más favorables a los derechos contenidos en la misma Constitución[6]. Lo que supone que, si bien la normativa internacional de los derechos humanos goza de una aplicación preferente, según la Constitución no implica una superposición de los tratados frente a esta; cuestión que será analizada más adelante.

Por lo que se puede afirmar -aunque bajo el nuevo paradigma del control de convencionalidad es cuestionable- que esta última resulta ser la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano, conforme el Art. 410, que imprime la siguiente jerarquía normativa: (i) Constitución Política del Estado, (ii) los tratados internacionales, (iii) las leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal e indígena, (iv) los decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes[7]. Esta relación de aplicación preferente, de la norma más favorable, abre las puertas para el llamado control de convencionalidad, del cual se desprenden varios elementos, los que se analizan más adelante, que a la fecha han acaparado gran terreno como fuente normativa del derecho interno boliviano.

Este conjunto normativo que incorpora la protección de los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales ratificados por Bolivia, no es una mera casualidad, sino fue intencional, ya que refleja que la voluntad del Constituyente estuvo de acuerdo en establecer que los tratados internacionales cumplan un rol fundamental dentro el ordenamiento jurídico del nuevo Estado Plurinacional. En otras palabras, esta introducción de los derechos humanos, como eje orientador en la construcción de la Constitución, no solo es legal porque nació a través de un proceso constituyente, sino que también es legítimo porque en su redacción participaron los sectores históricamente sometidos de la sociedad, como la población indígena, los pueblos afrodescendientes, campesinos, las mujeres, las personas LGBT+, entre otros; además también se instauró en el debate la oposición política del momento, sumado a ella los cocaleros, estudiantes, las universidades, juntas vecinales, los obreros, la sociedad civil y los empresarios, es decir que el proceso se encontraba respaldado por el soberano[8].

5 Art. 13 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, 2 de febrero del 2009.

6 Art. 256 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, 2 de febrero del 2009.

7 Art. 410 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, 2 de febrero del 2009.

8 Misión de Observación Electoral de la Unión Europea: *Bolivia Informe Final Referéndum Nacional Constituyente 25 de enero de 2009*, 2009, pp. 6-7.

Esto se puede evidenciar en el Informe por Mayoría de la Comisión de Visión de País de la Asamblea Constituyente en el que los pueblos indígena originario campesino de Bolivia argumentan que su propuesta de construcción de un nuevo Estado Plurinacional, que reconoce la libre autodeterminación de sus pueblos, se encuentra fundada en los tratados internacionales en materia de derechos humanos[9].

Por otro lado, el Informe por Mayoría de la Comisión de Derechos, Deberes y Garantías Constitucionales de la Asamblea Constituyente sostiene en la fundamentación de su propuesta de artículos que "[l]a Asamblea Constituyente ha llenado un vacío actual sobre la jerarquía de los tratados en general, de los derechos humanos en particular (…)"[10]. En este mismo sentido menciona que "(…) [s]e ha establecido una nueva estructura en la que todo el cuerpo normativo se funda en los derechos humanos"[11].

La parte más importante que se desprende de la voluntad del Constituyente, se refiere al reconocimiento expreso de la necesidad de análisis y estudio de los convenios, tratados e instrumentos internacionales ratificados por Bolivia, entre ellos, a la Convención Americana de Derechos Humanos (de ahora en Adelante CADH), para la redacción de la parte de derechos, deberes y garantías de la nueva Constitución[12]. Del otro lado, la oposición en su Informe de Minorías de la Comisión de Derechos, Deberes y Garantías de la Asamblea Constituyente también reconoce que el nuevo Estado no puede desconocer la realidad que suponen la existencia de los Tratados Internacionales en el marco de Naciones Unidas y la Organización de Estados Americanos y dentro de la fundamentación de su propuesta de artículos, analiza una variedad de convenios y tratados internacionales tanto del Sistema Universal, como del Sistema Regional de Protección[13].

De estas interpretaciones propuestas dentro la Asamblea Constituyente, tanto en la primera, como en la segunda, existe un reconocimiento expreso y voluntario conjunto de todas las partes intervinientes, que la redacción de la nueva Constitución debía estar cimentada en los derechos humanos y tomar en cuenta los tratados internacionales como pilares clave en la construcción del nuevo texto constitucional, que resulta en la garantía del Estado a todas las personas, sin discriminación alguna, el ejercicio libre y eficaz de los derechos establecidos en los tratados internacionales de derechos humanos[14].

9 Pinto Quintanilla, J. C.: *Informes por Comisiones*, cit., pp. 66-67.

10 *Ibidem* p. 362.

11 *Ibidem*.

12 *Ibidem*.

13 *Ibidem* pp. 377-380.

14 Art. 13 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, 2 de febrero del 2009.

III. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.

Según el autor Olano el control de convencionalidad es una obligación de nivel internacional, que asumen los Estados miembros del Organismo de Estados Americanos, por el que deben aplicar la CADH, en particular; y tratados y convenios internacionales de derechos humanos, en general. La cual debe ser cumplida, por todos los agentes estatales, judiciales y no judiciales, de todos los niveles, de oficio y/o a petición de parte, inclusive por encima de sus ordenamientos internos y Constituciones, en el marco de sus atribuciones y competencias, cuando estas resulten vulneradoras de derechos humanos. Lo que implica llevar a un examen de convencionalidad los actos legislativos, judiciales, administrativos, que emite un Estado a través de sus servidores públicos[15], incluidos las omisiones estatales, es decir el no hacer, en relación a las vulneraciones de actores privados.

El origen del control de convencionalidad se puede encontrar en el caso Mack Chang vs. Guatemala en el que la Corte IDH, dilucida la vulneración de derechos en un contexto de conflicto armado interno, donde se efectúan ejecuciones extrajudiciales[16]. Si bien el Estado a tiempo de intervenir reconoce su responsabilidad internacional, el Juez Sergio García Ramírez mediante su voto razonado, puntualiza las contradicciones en las que incurre en sus intervenciones posteriores, pues el Estado refiere que el reconocimiento de la responsabilidad internacional no implica la aceptación de los hechos denunciados, debido a que estos sucedieron bajo la aquiescencia de un gobierno militar; esta pretensión de apartarse de su responsabilidad, motiva el empleo del término control de convencionalidad por primera vez, para señalar que ningún Estado puede tratar de fragmentar su responsabilidad en función de sus diferentes órganos de derecho interno, pues es global, de manera que un Estado comparece ante la Corte como un todo, de modo que no es posible que determinadas autoridades u órganos, se aparten del régimen convencionalidad[17].

El año 2006, la Corte IDH amplió los alcances del control de convencionalidad, con el caso Almonacid Arellano y otros vs Chile. Nuevamente se lleva a juicio la vulneración de derechos en un contexto de ejecuciones extrajudiciales por grupos militares. En 1978, se emitió un decreto de amnistía por los hechos ocurridos durante este gobierno militar. Lo que significó el cese de la investigación y la

15 Olano García, H. A.: "Teoría del control de convencionalidad", *Estudios constitucionales*, año 14, núm. 1, 2016, pp. 61-94.

16 *Ibidem* p. 63.

17 Caso Mack Chang vs. Guatemala. Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez. Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. Serie C No. 101, 25 (25 de noviembre de 2003).

consiguiente vulneración de los derechos de las víctimas, de acceder a la Justicia, para el esclarecimiento y sanción de estos crímenes[18].

Esta sentencia se configura como un hito jurisprudencial debido a que identifica a los principales actores, para aplicar el control de convencionalidad dentro del marco de derecho interno, pues en la investigación activada, la Corte Suprema chilena resolvió inhibir de competencia a un tribunal ordinario, para que un tribunal militar conociera el proceso penal por el cual se investigaba el asesinato de Luis Almonacid. Lo que significó el desconocimiento, por parte de una alta instancia de justicia interna, del derecho al juez natural reconocido en la CADH. El cual, a la luz de la interpretación de la Corte Interamericana, vulnera derechos y refleja el desconocimiento de los jueces, de la obligatoriedad de aplicar el control de convencionalidad en sus resoluciones, aunque exista de por medio una ley interna que valide sus actuaciones, porque si bien, siguió los procedimientos legales para ser promulgada, no significa que no sea contraria a la CADH. Los jueces y tribunales estatales están obligados y sometidos a aplicar la Convención y las interpretaciones que produzca la Corte, por encima de sus ordenamientos internos[19].

El mismo año, en el caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros.) vs. Perú, la Corte IDH amplía aún más los alcances del control de convencionalidad y expone, con mayor detalle, el cómo debe ser ejecutado[20]. El elemento que adiciona la Corte IDH, es que el control de convencionalidad debe ser ejercido de oficio, esto significa que no es imperativo que la parte solicite o acuda a una determinada autoridad judicial para solicitar la aplicación de la CADH o la adecuación de una norma interna[21]. Por supuesto, esta obligación se encuentra limitada por las reglas internas que demarquen los Estados, en relación con las competencias y atribuciones de cada juez o tribunal[22].

Posteriormente el 2011, en el caso Gelman vs Guatemala, la Corte IDH establece que el control de convencionalidad, no solo deber ser ejercido por el Poder Judicial, sino por todas los Órganos del Estado, es decir cualquier autoridad estatal[23]. El caso en cuestión nuevamente surge a razón de un Ley de Amnistía

18 Caso Almonacid Arellano y otros vs Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. Serie C No. 154 (26 de septiembre de 2006).

19 Olano García, H. A.: "Teoría del control", cit., pp. 64-66.

20 *Ibidem* p. 66.

21 *Ibidem* p. 67.

22 Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. Serie C No. 158 p. 128 (24 de noviembre de 2006).

23 Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. Serie C No. 221 pp. 193 y 239 (24 de febrero de 2011).

que impidió la investigación de ejecuciones militares extrajudiciales[24]. De la cual, se estableció que los agentes estatales que fungen un órgano legislativo no pueden a título de democracia o derecho de las mayorías promover la emisión de legislación que vulnere derechos humanos[25]. Por ende, deben enmarcar sus actos respetando y teniendo presente los derechos reconocidos en la Convención, en específico y los reconocidos en tratados y convenios internacionales de derechos humanos[26] en general.

Bien sabemos que la Convención Americana es un cuerpo vivo que está en constante transformación, es por eso, que la Corte IDH constantemente la interpreta de manera progresiva, es así como se origina el control de convencionalidad y se encuentra en constante desarrollo a través de la jurisprudencia. El Control de Convencionalidad no solo se aplica en función de la CADH, sino en todo lo que la Corte denominó como *corpus iuris* de los derechos humanos que estaría conformado por todos aquellos instrumentos internacionales de carácter regional o internacional que sirvan como guía interpretativa para garantizar de una manera más amplia el cumplimiento de los derechos[27].

Los gobiernos aún siguen usando como argumento que las sentencias de la Corte IDH no son vinculantes, con el fin de evadir su responsabilidad internacional por la vulneración de derechos humanos; sin embargo, en el voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, en la resolución de supervisión del cumplimiento de la Sentencia del caso Gelman, se pueden extraer los elementos relacionados a la obligatoriedad de las resoluciones que emite; se sabe que de acuerdo con el Art. 67 y 68 de la CADH, las sentencias son vinculantes y no admiten recurso alguno. Esta genera una obligación para las partes en litigio *res judicata* y para los Estados Parte *res interpreta*[28].

Del análisis anterior, se infiere que los Estados tienden a alegar su derecho interno, como justificativo de vulneración, y que los agentes estatales procedieron en cierto sentido porque existía de por medio un decreto presidencial o una ley de amnistía, o muchas veces que la obligación de aplicar la Convención se agota en el reconocimiento de esta, en la legislación estatal o en sus propias Constituciones. Pero aún, este último no resulta suficiente, pues la obligatoriedad trasciende a un tema de reconocimiento legislativo. Esto se refiere a la efectivización mínima de derechos, la cual es exigible, por un pacto de buena fe que contraen los Estados, en el marco del Derecho de los Tratados, por el que se comprometen a cumplir

24 *Ibidem* p. *238*.

25 *Ibidem* p. *239*.

26 *Ibidem*.

27 Olano García, H. A.: "Teoría del control", cit., pp. 74-75.

28 Caso Gelman Vs. Uruguay. Voto Razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. Supervisión de cumplimiento de Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. Serie C No. 221 (20 de marzo de 2013).

su responsabilidad internacional, sin poder alegar su derecho interno para eximirse de su incumplimiento, punto que será desarrollado en el siguiente apartado.

1. El *pacta sunt servanda* y la prohibición de usar el derecho interno como excusa de incumplimiento de un tratado internacional en materia de derechos humanos.

Analizar este principio del Derecho Internacional Público es importante debido a que es uno de los fundamentos que sostiene la obligación internacional de los Estados de someter sus acciones u omisiones bajo el control de convencionalidad. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (de ahora en adelante Convención de Viena) en su parte tercera explica los principios referidos a la observancia, aplicación e interpretación de los tratados en los que reconoce expresamente el principio de *pacta sunt servanda* y refiere a que "[t]odo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe"[29] y que "[u]na parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado (…)"[30].

Es decir que, un Estado Parte que haya ratificado o adherido a un tratado internacional, está obligado por este principio de buena fe a cumplir con las disposiciones que se comprometió adoptar. Estos dos principios no han sido ajenos en cuanto a la adopción de tratados internacionales en materia de derechos humanos, puesto que se encuentran implícitos en ciertas disposiciones y operan de la misma manera en la que han sido explicados en la Convención de Viena.

Por ejemplo, el art. 1 de la CADH dispone que los Estados Partes se comprometen a respetar los derechos reconocidos en ella y a garantizarlos sin discriminación[31], y de manera complementaría su art. 2 menciona el deber de los Estados Parte de adoptar disposiciones de derecho interno cuando el ejercicio de los derechos reconocidos en la CADH no se encuentren garantizados, debiendo adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivo la Convención[32]. Además, incorpora en su art. 29 la implementación de la prohibición de argumentar la legislación interna como excusa para incumplir las disposiciones contenidas en la CADH[33]. Principios que también fueron implementados tres años antes por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y

29 Organización de Naciones Unidas, Convención de Viena Sobre Derecho de los Tratados, punto 26, 23 de mayo de 1969, U.N.T.S. vol. 1155.

30 *Ibidem* punto 27.

31 Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 1, 22 de noviembre de 1969, 1144 U.N.T.S.

32 *Ibidem* art. 2.

33 *Ibidem* art. 29.

Políticos[34] (en adelante PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC)[35].

La relación entre el principio *pacta sunt servanda*, la prohibición de excusarse en el orden interno, y el control de convencionalidad, se pueden evidenciar cuando (…) la Corte IDH en cada una de sus sentencias, (…) al juzgar las violaciones a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, (…) ha tenido que confrontar las normas de la misma con las previsiones del derecho interno, de manera que en los casos en los cuales ha encontrado que estas son contrarias o incompatibles con aquella, ha ordenado a los Estados realizar la corrección de la "inconvencionalidad", por ejemplo modificando la norma cuestionada"[36].

Algo que hay que entender claramente, es que ni siquiera la Constitución Nacional de un Estado, tomando en cuenta la investidura de norma suprema que posee, puede ser usado como excusa por los Estados para incumplir con las obligaciones internacionales asumidas al momento de ratificar un tratado internacional, porque si bien goza de supremacía y jerarquía constitucional, sigue siendo parte de la normativa interna de un Estado, y por lo tanto se encuentra supeditada a los tratados internacionales en materia de derechos humanos. Es por eso, que debe ser adecuada en los casos en los que las disposiciones constitucionales son contrarias al tratado internacional, cuestión que adquiere mayor peso, significancia e importancia cuando se trata de tratados internacionales de derechos humanos, ya que su razón de ser se basa en la protección de la dignidad humana. Entonces estaríamos frente a lo que se denomina como "supraconstitucionalización" que en otras palabras refiere a reconocer a los tratados de derechos humanos por encima de las Constituciones, cuyo fundamento se cimienta en la idea de que la dignidad no puede subordinarse a la supremacía constitucional y la soberanía estatal[37].

A consecuencia de ello, en algunos casos no puede prevalecer la voluntad del Constituyente que bajo la excusa de la democracia de las mayorías logró vulnerar Derechos Humanos, en cuyos casos más graves termina por desamparar a las personas, que se encuentran en una situación de sometimiento estructural histórica, de la protección, respeto y garantía de sus derechos[38]; como menciona

34 Organización de Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 2, 16 de diciembre de 1966, A.G. res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (No. 16) p. 52, ONU Doc. A/6316 (1966), 999 U.N.T.S. 171.

35 Organización de Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Art. 2, 16 de diciembre de 1966, A.G. res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (No. 16) p. 49, ONU Doc. A/6316, 993 U.N.T.S. 3.

36 Vargas Lima, A. E.: "Bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad en Bolivia", *Revista Lex*, vol. 1, núm. 1, 2018, pp. 32-33.

37 Arias López, B. W.: "Entre la Constitución y los Tratados de Derechos Humanos", *Derecho y Cambio Social*, año 11, núm. 38, 2014, p. 5.

38 Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. Serie C No. 221 p. 239 (24 de febrero de 2011).

Arias López "[l]a interpretación rango normativo de los tratados de derechos humanos no lesiona en Bolivia la supremacía constitucional o la soberanía popular, pues es nuestra propia Constitución consolidada a través del voto popular la que se remite al derecho más favorable"[39].

Para graficar esta afirmación, la Corte IDH en el caso Olmedo Bustos y otros vs. Chile, en el que el Estado mantenía una disposición constitucional que permitió censurar la reproducción del filme la Última Tentación de Cristo en su territorio, estableció que se reconoce como costumbre internacional que "(…) un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas"[40]. Además, en el presente caso la CIDH en varias instancias del proceso menciona que el Estado no sólo está obligado a adoptar medidas legislativas ordinarias, sino también constitucionales[41]. Por su parte, la Corte IDH reconoce que al mantener la disposición constitucional que permitió la censura del filme, el Estado se encuentra violando la CADH, por lo que condena y ordena al Estado chileno que adecue su normativa, en otras palabras, adecuar su Constitución a la CADH[42].

Otro ejemplo se puede observar en la función consultiva de la Corte, el año 1983 el Estado de Costa Rica formalizó ante la Corte IDH una solicitud de opinión consultiva en la que pide que se pronuncie sobre si el proyecto de modificación de su Constitución Política, que introducía cambios en temas relacionados con la naturalización, se encontraba en concordancia con los derechos reconocidos en la CADH[43]. Si bien no interesa cual es el resultado de la consulta realizada para este escrito, lo que si importa es observar como Costa Rica se sometió al control de la Corte para ver si sus modificaciones constitucionales transgredían las disposiciones de la CADH. De lo que se puede inferir, que el Estado cedió parte de su soberanía para sujetarse al test convencionalidad, y de manera indirecta, también se reconoció que la propia Constitución debe apegarse a la CADH.

El Estado boliviano, no es parte de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, puesto que sólo lo firmó en el año 1969, pero lo ratificó[44], sin embargo, como se advirtió, el *pacta sunt servanda* y el principio de adecuación

39 Arias López, B. W.: "Entre la Constitución", cit., p. 5.

40 Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. Serie C No. 73 p. 87 (05 de febrero de 2001).

41 *Ibidem* pp. 5, 10, 81 y 91.

42 *Ibidem* p. 88.

43 Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva, Ct. Inter-Am. DD. HH. Serie A No. 4 p. 87 (19 de enero de 1984).

44 Para más información ver el estado de firmas y ratificaciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-1&chapter=23&Temp=mtdsg3&clang=_en.

de la normativa interna se han constituido como costumbre internacional, y al ser esta última una fuente de derecho vinculante, estos principios del Derecho Internacional Público son de cumplimiento obligatorio para el Estado boliviano; por ejemplo, la SCP 0032/2019 afirma que:

"[e]l deber de ejercer el control de convencionalidad difuso en el Estado Plurinacional de Bolivia, surge de la obligación de dar cumplimiento de buena fe a los tratados internacionales de acuerdo al principio "pacta sunt servanda", cuyo establecimiento se encuentra en los arts. 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (…)"[45].

A modo de conclusión todas las disposiciones del derecho interno de un Estado están subordinadas a los tratados de derechos humanos, incluidas las Constituciones Nacionales, en función del principio del Derecho Internacional Público *pacta sunt servanda* reconocido en la actualidad como obligatorio fundado en la costumbre internacional, siempre y cuando sean más favorables en virtud de los principios de favorabilidad y progresividad.

2. El Control de Convencionalidad en Bolivia.

En Bolivia, la obligación de que todos sus Órganos de Poder apliquen el control de convencionalidad nace en una primera instancia de la misma CADH y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana; empero, también se encuentra reconocido en la nueva Constitución del año 2009 a través de dos artículos, el art. 13 y el art. 256 que introducen la interpretación de los derechos de la Constitución conforme a los tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos; y el principio *pro homine* que consiste en aplicar a un caso concreto la interpretación más favorable de un derecho reconocido en un tratado internacional[46].

La Ley de Necesidad de Transición a los Nuevos Entes del Órgano Judicial y Ministerio Público, dispuso el periodo de transición para la implementación del Tribunal Constitucional Plurinacional (de ahora en adelante TCP) para garantizar el funcionamiento y la continuidad del servicio de la administración de justicia en razón de que la nueva CPE introdujo nuevas características a este Tribunal[47]. Por ejemplo, los nuevos magistrados fueron elegidos mediante voto popular el 16 de octubre de 2011, a consecuencia de ello, hasta la fecha de la posesión, el 3 de enero de 2012, los magistrados interinos debieron prestar funciones enmarcándose únicamente a la revisión de acciones constitucionales que fueron presentadas ante

45 SCP 0032/2017 de 9 de julio de 2019.

46 Art. 13 y 256 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, 2 de febrero del 2009.

47 Vargas Gamboa, N. V.: "La perspectiva multinivel de los Derechos Humanos en la nueva constitución política del Estado plurinacional de Bolivia", "*Hendu–Revista Latino-Americana de Direitos Humanos*", vol. 3, núm. 1, 2013, p. 52; SC 0700/2010-R de 26 de julio de 2010.

del 6 de febrero de 2009[48]. Empero, durante el periodo de transición algunas sentencias empezaron a interpretar la nueva CPE a través de votos disidentes. Debido al periodo de transición, recién durante los años posteriores, se produjo jurisprudencia constitucional plurinacional inédita.

En relación al control de convencionalidad, Vargas Gamboa menciona un hito importante en relación a este lapso de transición entre la jurisprudencia constitucional a la plurinacional, ocurrido en el voto disidente del magistrado Antonio Baldivieso Jinés en la SC 0700/2010-R de 26 de julio de 2010, en el que manifestó de manera anticipada que la nueva CPE reconoció a través de los arts. 13 y 256 la interpretación de los derechos conforme a los tratados internacionales ratificados por Bolivia y el principio *pro homonie* en la aplicación de derechos más favorables. Es decir, que afirma que la interpretación de los derechos fundamentales no puede realizarse únicamente a través de la voluntad del Constituyente, ni al tenor literal del texto, sino también debe recurrirse a otras normas establecidas conforme a los tratados internacionales, facultad prevista en los arts. 13.IV y 256 de la CPE[49]. Posteriormente, en otro voto disidente redactado por el mismo magistrado vuelve a reafirmar esta tendencia, pero agrega la vinculatoriedad de las sentencias de la Corte IDH como máximo intérprete de la CADH en materia de derechos humanos[50].

Estos primeros votos disidentes en los que empieza a entenderse el control de convencionalidad conforme a la nueva Constitución, se fueron construyendo dentro del nuevo TCP, hasta que quedó más dilucidado en la SCP- 0032/2019:

"Entonces, el control de convencionalidad es entendido como una vía para que el Estado boliviano cumpla con su deber de adoptar y emprender todo lo que se encuentra a su alcance para materializar el "corpus iuris" de derechos humanos y evitar incurrir en responsabilidad internacional, incluso al grado de inaplicar su propia norma suprema, aplicando preferentemente el "corpus iuris" de derechos humanos; todo esto, a partir de los arts. 13.IV y 256 de la CPE, que consagran el efecto útil y la aplicación preferente de los instrumentos internacionales que declaren o desarrollen derechos humanos de manera más favorable, como elementos de interpretación y aplicación, con el objeto de dejar sin efecto jurídico, en el peor de los casos, aquella normativa interna contraria a aquel estándar o parámetro mínimo de reconocimiento y garantía de derechos

48 *Ibidem*.

49 *Ibidem* pp. 52-53.

50 Vargas Gamboa, N. V.: "Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en la nueva Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia", en AA.VV.: *Protección multinivel de derechos humanos* (coord. G. R. Bandeira Galindo, Urueña, R. y A. Torres Pérez), Red de Derechos Humanos y Educación Superior, Barcelona, 2013, p. 339; SC 0460/2011-R de 18 de abril de 2011.

humanos consagrado por el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos"[51].

En la mencionada sentencia se llegó a la conclusión de que la acción de inconstitucionalidad es el medio idóneo para realizar el control de convencionalidad, especialmente cuando se solicite la aplicación preferente de una disposición contenida en un tratado internacional en materia de derechos humanos ratificado por Bolivia, a consecuencia de ello, se otorga la función exclusiva al TCP de ejercer el control de convencionalidad difuso a objeto de dejar sin efectos jurídicos generales la normativa interna, ya sea de carácter ordinario legal o constitucional en aplicación preferente del *corpus iuris* de Derechos Humanos[52]. Es necesario dejar en claro que la labor interpretativa del control de convencionalidad también se encuentra encargada a toda autoridad jurisdiccional o estatal del Estado boliviano, pero la facultad de dejar sin efecto cualquier disposición del derecho interno boliviano o inclusive alguna norma constitucional, solo puede realizarse por el TCP a través de la acción de inconstitucionalidad o el "procedimiento" de aplicación preferente que será desarrollado en el apartado siguiente.

IV. LA APLICACIÓN PREFERENTE DE LOS TRATADOS QUE VERSEN SOBRE DERECHOS HUMANOS.

De todo el andamio normativo constitucional que se desarrolló en los puntos anteriores se puede afirmar que la voluntad del Constituyente fue consolidar y dotar de fuerza constitucional a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, este reconocimiento se hace de manera expresa en el art. 410 de la norma suprema en el que se le brinda una posición privilegiada y superior respecto a otras leyes y disposiciones normativas.

Sin embargo, como ya se había mencionado, el art. 256, que introduce el principio *pro homine,* permite que en ciertas circunstancias en las que las disposiciones de un tratado de derechos humanos sean más favorables que las disposiciones de la Constitución, el primero será aplicado sobre la norma suprema. Vargas Gamboa realiza una crítica en relación con este artículo:

"En este sentido, encontramos un límite a la interpretación de los TI referentes a DDHH puesto que si bien se encuentran integrando el Bloque (…) Constitucional que define la NCPE, que el artículo 13.IV les abre la vía para una interpretación acorde y preferente frente a los Derechos Constitucionales, al mismo tiempo se establece una salvedad. Así para que los TI referentes a los DDHH puedan

51 SCP- 0032/2019 de 9 de julio de 2019, p. 28.

52 *Ibidem* p. 30.

tener una aplicación preferente deberán establecer normas más favorables que las establecidas por los Derechos Constitucionales"[53].

En una primera instancia se podría pensar de forma positiva que este artículo se encuentra en concordancia con el art. 29 de la CADH que establece las normas de su interpretación, disponiendo que su contenido no puede ser interpretado para limitar el goce y ejercicio de otros derechos que puedan ser reconocidos en las leyes de un Estado Parte. Bajo el principio de *pacta sunt servanda* puede ocurrir un supuesto en el que la propia Constitución reconozca un derecho de forma más favorable a la CADH; sin embargo, si el Estado boliviano, bajo la excusa de cumplir con el contenido de la CADH, aplica esta última sobre la Constitución a sabiendas que la CPE reconoce y protege de manera más favorable un derecho, como resultado, estaría incurriendo en incumplimiento de la CADH y sería susceptible de responsabilidad internacional.

Por el lado contrario, podría ocurrir que el Estado de Bolivia, a sabiendas de que un tratado internacional de derechos humanos reconoce normas más favorables que las dispuestas en la CPE, use como excusa su soberanía estatal y la subordinación de estos dentro del bloque de constitucionalidad, para evadir sus obligaciones internacionales reconocidas en los convenios ratificados por Bolivia.

Como se analizó previamente, la Constitución de cualquier Estado también se encuentra subordinada a los tratados de derechos humanos porque obedecen a un orden internacional supraestatal, y como bien se advertía no puede ser usada como excusa para transgredir derechos humanos.

Entonces este artículo tiene que ser analizado frecuentemente con extrema precisión, debido a que puede ser implementado por conveniencia del Estado para tergiversar una realidad y evadir compromisos internacionales. Por lo tanto, el art. 256 de la CPE siempre tiene que ser aplicado con el único fin garantista que es el de beneficiar al ser humano y proteger su dignidad, "(…) [a]sí, en la protección de los DDHH el objetivo debe orientarse a la máxima protección y garantía de los derechos cualquiera sea la fuente de la que provengan"[54].

A modo de ejemplo, en la SCP 0019/2018-S2 el TCP se encuentra los efectos positivos de su aplicación:

"(…) los estándares normativos de protección existentes en la dimensión internacional, que constituyen fuentes de obligación del Estado y sus particulares; cobraron mayor preminencia en la labor hermenéutica del juez constitucional en

53 Vargas Gamboa, N. V.: **"La perspectiva multinivel", cit., p. 51.**

54 Vargas Gamboa, N. V.: **"Los Tratados Internacionales", cit., p. 331.**

este periodo constitucional, en virtud a las disposiciones constitucionales contenidas en los arts. 13 y 256 de la CPE, que incorporan dos principios relacionados estrechamente, referidos al pro homine y a la interpretación conforme a los Pactos e Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos; en virtud a los cuales, el intérprete constitucional debe inclinarse por aquella interpretación más favorable al derecho en cuestión -resultante de su tarea de control constitucional y/o convencional-, derivada de las disposiciones consignadas en los instrumentos internacionales, ya en su derecho originario -texto constitucional o Tratado o Convención Internacional (…)''[55].

Dentro del caso precedente, se compara las medidas de reparación integral desarrolladas por la Corte IDH en su jurisprudencia, y los alcances del art. 113.I de la CPE referente a las reparaciones dentro del ordenamiento jurídico de Bolivia[56]. El TCP concluye que este último artículo debe ser interpretado conforme a los principios de favorabilidad y progresividad, por tanto, decide aplicar la concepción desarrollada por la Corte IDH sobre el derecho a la reparación integral, de manera complementaria y preferente al contener el estándar más alto de protección[57]. Esto es beneficioso porque permite dejar sin efecto disposiciones constitucionales que violen derechos humanos de manera oportuna y expedita, sin que deban transcurrir décadas para modificarlas a través de reformas constitucionales.

Del lado contrario, los efectos negativos de la discrecionalidad del Estado en el uso de la aplicación preferente, se pueden observar en la cuestionada SCP-84/2018[58] sobre la reelección presidencial indefinida. Esta sentencia es un claro ejemplo de activismo judicial desproporcional, que llevó al TCP a valerse de esta facultad para validar fines políticos, ya que de su razonamiento y parte resolutiva se desprende que vulneró todos los principios democráticos en los que se sustenta el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (de ahora en adelante SIDH) tergiversando la jurisprudencia de la Corte IDH bajo un falso control de convencionalidad, para dejar sin efectos jurídicos los límites constitucionales a la reelección presidencial indefinida[59].

Esta postura cobró fuerza cuando se emitió la Opinión Consultiva Oc-28/21 de 7 de junio de 2021 donde la Corte IDH interpretó que la figura de reelección presidencial indefinida es contraria al SIDH y que su permisión es violatoria de la CADH:

55 SCP 0019/2018-S2 de 28 de febrero de 2018, p. 9.

56 Art. 113. I de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, 2 de febrero del 2009.

57 SCP 0019/2018-S2 de 28 de febrero de 2018.

58 SCP-84/2018 28 de noviembre de 2017.

59 Paro mayor información ver Vega Quevedo, M. J. R.: "¿El Estado de Derecho en Peligro? El Juez Constitucional contra la Constitución y a Favor de la Reelección Presidencial Indefinida: Caso Bolivia", *Revista Boliviana de Derecho,* núm. 32, 2021, pp. 864-893.

"(…) 2. La reelección presidencial indefinida no constituye un derecho autónomo protegido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos ni por el corpus iuris del derecho internacional de los derechos humanos. 3. La prohibición de la reelección indefinida es compatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y la Carta Democrática Interamericana. 4. La habilitación de la reelección presidencial indefinida es contraria a los principios de una democracia representativa y, por ende, a las obligaciones establecidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre"[60].

Posteriormente, la SCP-84/2018 es citada nuevamente en la SCP- 0032/2019, adicionando lo que se podría denominar como un modelo de control de convencionalidad difuso a efecto de implementar la aplicación preferente. Es por eso que el TCP desarrolla los siguientes pasos a seguir en los casos en que se encuentre frente a una situación de aplicación preferente de los tratados de derechos humanos:

(i) Admitida la acción de inconstitucionalidad concreta o abstracta donde se solicite el control difuso de convencionalidad, primero se debe identificar la norma interna que constituya el objeto del control, procediendo a determinar los contenidos y alcances desarrollados en el *corpus iuris* de derechos humanos relacionados al litigio[61].

(ii) El segundo paso consiste en contrastar la norma interna con los estándares mínimos obtenidos del *corpus iuris* de derechos humanos, para analizar la posible existencia de (in)concordancia.

(iii) Posteriormente, de este contraste se puede obtener tres posibles resultados: primero, la coexistencia armónica total entre la norma interna y el *corpus iuris* de derechos humanos. Segundo, la posibilidad de que la norma interna sea compleja y admita diferentes interpretaciones, debiendo aplicar el principio *pro homine* y elegir la interpretación más garantista, ampliando lo favorable y restringiendo lo gravoso. Tercero, la norma interna puede ser contraria en su totalidad al *corpus iuris* de derechos humanos, por lo que debe ser dejada sin efectos jurídicos mediante la declaración de aplicación preferente, siempre y cuando el parámetro convencional sea más favorable conforme al art. 256 de la CPE[62].

60 La Figura de la Reelección Presidencial Indefinida en Sistemas Presidenciales en el Contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Opinión Consultiva, Ct. Inter-Am. DD. HH. Serie A No. 28 p. 42 (7 de junio de 2021).

61 SCP- 0032/2019 de 9 de julio de 2019, p. 31.

62 *Ibidem* p. 32.

(iiii) En casos que sea necesario se puede aplicar de manera complementaria el test de razonabilidad de la desigualdad, el de proporcionalidad y la ponderación, en los supuestos en los cuales se encuentren en conflicto derechos[63].

Este modelo para aplicar el control de convencionalidad difuso debe que tomar en cuenta que: "(…) los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, así como la jurisprudencia emanada por la Corte IDH, no son estáticos, más bien tienen una naturaleza dinámica, evolutiva y progresista, de acuerdo al tiempo y las condiciones de vida; por lo que, los estándares y parámetros mínimos de convencionalidad pueden variar en el tiempo"[64].

V. APLICACIÓN DEL SISTEMA UNIVERSAL Y EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL.

Todo este razonamiento interpretativo de los tratados internacionales sobre derechos humanos se (re)afirma con la promulgación de la Ley No. 254 del Código Procesal Constitucional, el art. 2 define que el TCP tiene una función interpretativa y que no sólo aplicará la voluntad del Constituyente como método de interpretación, sino también, la interpretación sistemática de la Constitución, la interpretación de los principios constitucionales y los derechos de la Constitución de acuerdo con los Tratados ratificados por el país, cuando éstos prevean normas más favorables; agregando además, que en cuyo caso de que los tratados declaren derechos no contemplados por la norma suprema, se considerarán como parte del ordenamiento constitucional[65].

Por otro lado, el TCP está conformado por magistrados quienes actúan en representación del Estado y que por la naturaleza de sus funciones ejercen como jueces al encontrarse a cargo de realizar la máxima interpretación dentro del Estado de los principios, normas y derechos consagrados en la Constitución, por lo tanto, como funcionarios dependientes del Órgano Judicial de Bolivia, están obligados en aplicar el control de convencionalidad por su rol de máximos garantes de la Constitución.

Es decir que, los magistrados no sólo deben realizar un control de constitucionalidad, sino también un control de convencionalidad. Así lo determinó la Corte IDH en el caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, señalando que, si un Estado ha ratificado la CADH, sus jueces, en representación del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar que las disposiciones de la

63 *Ibidem* pp. 32-33.

64 *Ibidem* p. 33.

65 Art. 2 de la Ley No. 254 del Código Procesal Constitucional, 5 de julio del 2012.

Convención no sean vulneradas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que, desde un inicio, carecen de efectos jurídicos[66].

Entonces, en una primera instancia no hay duda alguna que los tratados de derechos humanos deben ser aplicados como método de interpretación por el TCP en diferentes circunstancias, aplicando el control de constitucionalidad, el de convencionalidad, o la aplicación preferente en algunos casos, o simplemente como fundamentación jurídica para la revisión constitucional de resoluciones de las acciones de defensa resueltas por los jueces de garantías constitucionales.

Empero, de esta afirmación surge una incógnita ¿qué carácter poseen las recomendaciones finales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, las opiniones consultivas y sentencias emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro del ordenamiento jurídico boliviano y especialmente dentro de la jurisprudencia del TCP? ¿Qué carácter poseen las observaciones generales y observaciones finales de los Comités de Naciones Unidas dentro del ordenamiento jurídico boliviano y especialmente dentro de la jurisprudencia del TCP? Son incógnitas que serán resueltas en los siguientes apartados.

1. Producción del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos.

Para determinar qué lugar ocupan las recomendaciones finales de la CIDH, las opiniones consultivas y sentencias de la Corte Interamericana en el ordenamiento jurídico interno de Bolivia, se debe realizar un análisis argumentativo de diferentes factores para encontrar su valor. En primer lugar, la Ley No. 1430 en sus artículos segundo y tercero reconoce la competencia de la CIDH, conforme a lo establecido en el art. 45 de la Convención. Por otro lado, también reconoce como obligatoria de pleno derecho, incondicionalmente y por plazo indefinido, la jurisdicción y competencia de la Corte IDH, conforme al art. 62 de la Convención[67].

En segundo lugar, la CADH en su art. 43 menciona que, tanto la CIDH, como la Corte IDH "son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención"[68]; en otras palabras, ambos órganos son los máximos intérpretes facultados por la propia CADH para ejercer control sobre los Estados y determinar responsabilidad internacional ante un posible incumplimiento de los compromisos asumidos al momento de ratificar o adherirse a la CADH.

66 Almonacid Arellano y otros vs Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. Serie C No. 154 p. 124 (26 de septiembre de 2006).

67 Arts. 2 y 3 de la Ley No. 1430, 11 de febrero de 1993.

68 Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 43, 22 de noviembre de 1969, 1144 U.N.T.S.

Sin embargo, un Estado que se adhiere o ratifica a la CADH no asume automáticamente la competencia de ambos órganos del SIDH, sino conforme a los arts. 45 y 62 deben reconocer su competencia de forma separada y expresa, tal y como lo hizo el Estado boliviano a través de la promulgación de la Ley 1430. Entonces, si el Estado boliviano ratificó la CADH, pero además reconoce expresamente la competencia de todo el SIDH en su conjunto, está cediendo parte de su soberanía estatal para ser sujeto de control por parte de estos dos órganos internacionales supraestatales.

En tercer lugar, es necesario precisar que en el caso de aceptar la competencia de la Corte IDH, no sólo se la acepta con relación al sistema de peticiones individuales ante el SIDH, sino también la función consultiva de la Corte IDH como máximo intérprete de los derechos reconocidos en la CADH. En ese mismo sentido, con relación al deber de los magistrados del TCP de ejercer el control de convencionalidad no debe agotarse en la mera aplicación de la CADH, sino que también debe consistir en que "(…) el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana"[69].

Entonces, del análisis desglosado se puede inferir que no sólo los tratados de derechos humanos conforman parte del bloque de constitucionalidad, sino también las recomendaciones finales de la CIDH, las sentencias y opiniones consultivas de la Corte IDH. Porque nacen como una obligación y consecuencia directa de la ratificación de la CADH y de la aceptación expresa de la competencia del SIDH.

Sería ilógico interpretar y cumplir con las disposiciones de la CADH sin antes recurrir a toda la interpretación emanada del SIDH. Tal y como menciona Medinaceli Roja, la existencia de una: "(…) estrecha relación entre la CADH como norma internacional de derechos humanos y la jurisprudencia que establece la CIDH, en el sentido de que ambas fuentes de derecho no se las puede concebir de forma separada, ya que, para aplicar como criterio de interpretación la jurisprudencia de la Corte, se debe tener presente la aplicación previa de la CADH y viceversa, siendo que ésta última es la norma sustantiva que reconoce derechos humanos y es a partir de ella que el órgano encargado de su interpretación generará la doctrina pertinente sobre los alcances de la referida norma internacional"[70].

69 Almonacid Arellano y otros vs Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. Serie C No. 154 p. 124 (26 de septiembre de 2006).

70 Medinaceli Rojas, G.: "Criterios de interpretación en la nueva Constitución de Bolivia. Voluntad del constituyente vs. jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Foro, Revista de Derecho*, núm. 16, 2011, p. 10.

Ahora bien, existe cierto desarrollo jurisprudencial que es de suma importancia explicar e interpretar porque sienta un verdadero precedente histórico en el reconocimiento y valor jurídico que se le da a la producción de todo el SIDH en el ordenamiento jurídico interno boliviano.

Por ejemplo, la SCP 0033/2013 en su parte resolutiva exhorta a la fiscal de materia, a que en casos donde pueda existir violencia contra las mujeres proceda de oficio a evaluar la adopción de medidas preventivas conforme los estándares desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Gonzáles y otras ("Campo Algodonero") vs. México del 16 de noviembre de 2009[71].

La SCP 0110/2010-R establece que a partir de un criterio de interpretación constitucional sistémico se concluye que la Corte Interamericana y por ende las decisiones que de él emanan, forman parte también del bloque de constitucionalidad por ser el último y máximo garante en el plano supranacional del respeto a los derechos humanos[72].

Por otro lado, la SCP 1250/2012 señala que la jurisprudencia de cortes internacionales, emergentes de convenios o pactos internacionales suscritos por el Estado boliviano, toman fuerza dentro del ordenamiento jurídico interno, a través del reconocimiento del bloque de constitucionalidad[73].

Finalmente, en ciertas ocasiones, autoridades estatales se han pronunciado sobre la obligatoriedad de las opiniones consultivas de la Corte IDH, por ejemplo, el Ministro de Justicia Lima afirmó expresamente que la Opinión Consultiva Oc-28/21 sobre la figura de reelección presidencial indefinida, no tiene efectos vinculantes para el Estado de Bolivia, por tener carácter consultivo y genérico[74]. Haciendo énfasis que la mencionada autoridad agradeció por la opinión, pero aclaró que la problemática en cuestión habría sido resuelta de manera interna[75], sin embargo la sentencia constitucional que trató el tema, no realizó un control de convencionalidad idóneo enmarcándose en el *corpus iuris* relacionada con la relección presidencial indefinida.

71 SCP 0033/2013 de 4 de enero de 2013.

72 SCP 0110/2010-R de 10 de mayo 2010.

73 SCP 1250/2012 de 20 de septiembre de 2012.

74 Ver Los Tiempos, *Lima: "Por ley Bolivia ha definido que no puede haber reelección indefinida"*, Los Tiempos (26 de junio de 2021) https://www.lostiempos.com/actualidad/pais/20210626/lima-ley-bolivia-ha-definido-que-no-puede-haber-reeleccion-indefinida.

75 Ver Quiroz Terán, M.: *La Corte IDH confirma a Bolivia que la opinión sobre la reelección está en "edición final,* El Deber (30/6/2021) https://eldeber.com.bo/pais/la-corte-idh-confirma-a-bolivia-que-la-opinion-sobre-la-reeleccion-esta-en-edicion-final_237299.

No obstante, lo que ya se encuentra resuelto es que las piniones consultivas si son vinculantes para el Estado de Bolivia porque forman parte del bloque de constitucionalidad, tal y como lo establece el TCP en su SCP 0846/2012 "[e]n resumen es posible sostener que el corpus iuris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos debe ser entendido de manera integral y, en ese sentido, si bien, técnicamente, los instrumentos convencionales no son vinculantes; empero, por su función en la interpretación de las normas contenidas en tratados, llegan a integrarse a ésta, y en la medida en que han sido asumidas por los tribunales internacionales y nacionales llegan a formar parte del bloque de constitucionalidad"[76].

2. Producción del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos.

Siguiendo la misma lógica desarrollada en los puntos anteriores, Bolivia mediante la Ley 2119 aprueba y eleva a rango de Ley el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[77]. Además, Bolivia es uno de los países latinoamericanos que más ha ratificado tratados de derechos humanos, es por ello que se puede afirmar que pertenece a la mayoría de tratados del Sistema Universal de Protección[78].

A consecuencia de ello, conforme a los principios del Derecho Internacional Público, *pacta sunt servanda,* buena fe, y la obligación de modificar la normativa interna, el Estado Plurinacional de Bolivia también tiene que dar cumplimiento a las obligaciones asumidas al momento de ratificar estos instrumentos internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad conforme el art. 410 de la CPE.

Es alarmante el hecho de que la doctrina boliviana no mencione el valor jurídico que posee la producción de doctrina que se desprende de los diferentes Comités de Naciones Unidas en la emisión de sus decisiones finales y sus observaciones generales que son verdaderas guías de interpretación de los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales, empleados por los mismos comités encargados de supervisar sus respectivas convenciones, no es dato menor que la propia Corte IDH se ha servido de sus observaciones generales y sus decisiones finales para interpretar ciertos derechos.

Los Comités de Naciones Unidas encargados de la protección de derechos humanos son órganos de carácter convencional, es decir que nacen de los pactos,

76 SCP 0846/2012 de 20 de agosto 2012, p. 9.

77 Ley 2119, 11 de septiembre de 2000.

78 Para revisar el estatus de Bolivia en el estado de firmas y ratificaciones de Tratados Internacionales en materia de derechos humanos de Naciones Unidas visitar: https://treaties.un.org/Pages/Treaties.aspx?id=4&subid=A&clang=_en.

tratados o convenciones de derechos humanos para supervisar el cumplimiento de las respectivas disposiciones contenidas sus instrumentos creadores. Así, por ejemplo, el Comité de Derechos Civiles y Políticos es creado a partir del PIDCP para supervisar a los Estados en el compromiso de respetar, garantizar y proteger los derechos reconocidos en ella.

Bolivia al momento de ratificar los tratados del Sistema Universal de Protección, también aceptó la competencia de los distintos Comités de Naciones Unidas es por eso que por ejemplo debe ser sometido constantemente a los exámenes de informes periódicos, o incluso dentro de los distintos comités existen denuncias en contra del Estado boliviano por vulnerar derechos humanos en los que se declara su responsabilidad internacional. Por ende, toda esta producción del Sistema Universal de Protección también forma parte del bloque de constitucionalidad por el simple hecho de que cedió parte de su soberanía para ser supervisado por estos órganos convencionales. Empero, se resaltó la poca importancia que se le da, no solo a nivel doctrinal y académico, sino también en la jurisprudencia constitucional.

A pesar de ello, ya existen varias sentencias que han analizado el Sistema Universal de Protección. Por ejemplo, la SCP 0169/2014-S1 afirma que, el PIDESC "(…) no establece expresamente el derecho (…) al agua potable, sin embargo, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de Naciones Unidas, órgano encargado de la interpretación de este instrumento internacional, en la Observación General 15 (…) entendió que el derecho al agua es un derecho humano (…)[79].

En el mismo sentido, la SCP 0019/2018-S2 aplica los lineamientos finales de la decisión del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en el Caso LC vs. Perú basado en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer al mencionar que es un importante precedente en el ámbito de protección de los derechos de las mujeres y niñas[80].

Por otro lado, la SCP 0469/2019-S2 dispone que el deber del Ministerio de Educación de transversalizar el estudio de los derechos humanos en el ámbito escolar, se desprende de normas constitucionales y del bloque de constitucionalidad, en las que enumera como parte de esta última, a la Observación General 1 del Comité de los Derechos del Niño sobre propósitos de la educación[81].

A nuestro criterio, la jurisprudencia constitucional más relevante en el tema está inserta en la SCP 0846/2012 que analiza la Opinión Consultiva (OC) 16/1999

79 SCP 0169/2014-S1 de 19 de diciembre de 2014, p. 15.

80 SCP 0019/2018-S2 de 28 de febrero de 2018.

81 SCP 0469/2019-S2 de 9 de julio de 2019.

de la Corte IDH donde afirmó que el *corpus iuris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por los tratados, convenios, resoluciones y declaraciones; y más adelante, cuando desarrolla los derechos de las personas con discapacidad dentro del bloque de constitucionalidad, menciona que la Observación General 5 emitida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales también forma parte del bloque de constitucionalidad al ser emitida por el máximo órgano de interpretación del PIDESC[82], es decir que el TCP comienza a proponer un control de convencionalidad ya no sólo basado en el SIDH, sino en otros instrumentos internacionales, resoluciones, declaraciones, producción jurídica de los Comités de Naciones Unidas, y cualquiera que forme parte del *corpus iuris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

VI. CONCLUSIÓN.

La construcción de la nueva Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia tuvo como eje central el reconocimiento de los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales, su implementación es legal y legítima, legal porque siguió todos los pasos establecidos para que se active el Poder Constituyente y se promulgue una nueva norma suprema; y legítima, porque gozó con la aprobación de la mayoría de la población y además fue redactada por sectores que se encontraban en situación de sometimiento estructural y marginados de la sociedad.

Todas las disposiciones del derecho interno de un Estado están subordinadas a los tratados de derechos humanos, incluidas las Constituciones Nacionales, en función del principio del Derecho Internacional Público *pacta sunt servanda* reconocido en la actualidad como obligatorio fundando en la costumbre internacional, siempre y cuando sean más favorables en virtud de los principios de favorabilidad y progresividad de los derechos humanos.

El control de convencionalidad se encuentra reconocido a partir de los arts. 14 y 256 de la Constitución, sin embargo, en relación con la aplicación preferente de los derechos más favorables de los tratados internacionales sobre la Constitución; existe un peligro inminente de que pueda ser usado para "expulsar o inaplicar" normas constitucionales que no son contrarias a los tratados internacionales y que son producto de un sistema democrático legal y legítimo, más aún cuando existe evidencia de que los altos tribunales de justicia comienzan a ser politizados, como en el caso boliviano que permitió instaurar la reelección presidencial indefinida y demuestra la discrecionalidad del Estado a la hora de resolver la aplicación preferente buscando como objetivo final el de favorecer partidos políticos por encima de la dignidad humana.

82 SCP 0846/2012 de 20 de agosto de 2012.

Si bien previamente a la promulgación de la nueva Constitución se desarrolló en la jurisprudencia constitucional el reconocimiento de los tratados de derechos humanos, no se le había otorgado la jerarquía constitucional; durante y después de la transición del Tribunal Constitucional al TCP comenzó un nuevo periodo en el que se tomó en serio la interpretación de los derechos reconocidos en la CPE conforme a los tratados de derechos humanos ratificados por el Estado.

La jurisprudencia constitucional plurinacional ha permitido implementar el concepto de *corpus iuris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que maneja la Corte IDH, lo que es inédito, puesto que permite ingresar al bloque de constitucionalidad otros instrumentos o producciones internacionales, como por ejemplo las observaciones generales y decisiones finales de los Comités de Naciones Unidas. Lo que llevaría a concluir que el control de convencionalidad ya no tiene que efectuarse simplemente tomando en cuenta la CADH, la jurisprudencia y las opiniones consultivas de la Corte IDH, sino también respecto a todo el *corpus iuris* del Derecho Internacional de Derechos Humanos, es decir, tomando en cuenta también, la producción doctrinal y jurídica de los Comités de Naciones Unidas y de la Comisión Interamericana, y cualquier otro instrumento internacional que sea considerado relevante para la interpretación de los derechos humanos. Esta visión se consolida cuando el TCP afirma que:

"De lo expresado, es evidente que el bloque de constitucionalidad, al estar consagrado por el art. 410.II de la CPE, integra todo el "corpus iuris" de derechos humanos al contenido constitucional; ya que las normas constitucionales no son sólo aquéllas que están plasmadas expresamente en la Constitución Política del Estado, sino también todas las normas y principios que no estén establecidos en ella pero a los cuales ésta misma se remita, complementándola y ampliando su cobertura protectora; esto se manifiesta mediante la incorporación de normas sobre derechos humanos contenidos en los tratados internacionales específicos así como la interpretación que se ha hecho de estas disposiciones; siendo que, lo que determina que ciertas normas amplíen el catálogo constitucional no es tanto su procedencia sino su contenido; entonces, son integradas las normas provenientes de fuentes que se refieran a derechos humanos y sus garantías"[83].

83 SCP- 0032/2019 de 9 de julio de 2019, p. 28.

BIBLIOGRAFÍA

Arias López, B. W.: "Entre la Constitución y los Tratados de Derechos Humanos", *Derecho y Cambio Social*, año 11, núm. 38, 2014.

Misión de Observación Electoral de la Unión Europea: *Bolivia Informe Final Referéndum Nacional Constituyente 25 de enero de 2009*, 2009.

Medinaceli Rojas, G.: "Criterios de interpretación en la nueva Constitución de Bolivia. Voluntad del constituyente vs. jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Foro, Revista de Derecho*, núm. 16, 2011.

Olano García, H. A.: "Teoría del control de convencionalidad", *Estudios constitucionales,* año 14, núm. 1, 2016.

Pinto Quintanilla, J. C.: *Informes por Comisiones Estado Plurinacional de Bolivia. La construcción del texto Constitucional*, t. III, vol. 1, Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia, La Paz.

Vargas Gamboa, N. V.:

"La perspectiva multinivel de los Derechos Humanos en la nueva constitución política del Estado plurinacional de Bolivia", "*Hendu–Revista Latino-Americana de Direitos Humanos*", vol. 3, núm. 1, 2013.

"Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en la nueva Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia", en AA.VV.: *Protección multinivel de derechos humanos* (coord. G. R. Bandeira Galindo, Urueña, R. y A. Torres Pérez), Red de Derechos Humanos y Educación Superior, Barcelona, 2013.

Vargas Lima, A. E.: "Bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad en Bolivia", *Revista Lex*, vol. 1, núm. 1, 2018.

Vega Quevedo, M. J. R.: "¿El Estado de Derecho en Peligro? El Juez Constitucional contra la Constitución y a Favor de la Reelección Presidencial Indefinida: Caso Bolivia", *Revista Boliviana de Derecho,* núm. 32, 2021.

LA FACILITACIÓN DEL COMERCIO EN EL DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO

TRADE FACILITATION IN INTERNATIONAL ECONOMIC LAW

Rev. Boliv. de Derecho Nº 33, enero 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 666-687

Víctor
NIKIFOROVICH
y Elena
VICTOROVNA

ARTÍCULO RECIBIDO: 5 de octubre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 30 de noviembre de 2021

RESUMEN: Los costos comerciales afectan directamente la capacidad de los países de utilizar el comercio como el motor del crecimiento económico inclusivo que favorece el desarrollo sostenible, especialmente mediante la integración en las cadenas regionales y mundiales de valor. En el presente la comunidad mundial ha llegado a un consenso sobre la importancia de reducir los costos comerciales y de que la facilitación del comercio puede generar importantes beneficios a la economía. En el artículo se investigan los rasgos del nuevo Acuerdo de Facilitación del Comercio de la Organización Mundial del Comercio.

PALABRAS CLAVE: Derecho Internacional Económico; facilitación del comercio; Acuerdo de Facilitación del Comercio.

ABSTRACT: *Trade costs directly affect the ability of countries to use trade as the engine of inclusive economic growth for sustainable development, especially through integration into regional and global value chains. The world community has now reached a consensus on the importance of reducing trade costs and that trade facilitation can bring significant benefits to the economy. The article investigates the features of the new World Trade Organization Trade Facilitation Agreement.*

KEY WORDS: *International Economic Law; trade facilitation; WTO Trade Facilitation Agreement.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA NOCIÓN DE FACILITACIÓN DEL COMERCIO.- III. LA REGULACIÓN DE FACILITACIÓN DEL COMERCIO EN EL NIVEL INTERNACIONAL.- IV. LOS RASGOS DEL ACUERDO DE LA FACILITACIÓN DEL COMERCIO DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

Las normas de Derecho Internacional Económico se centran en las relaciones económicas y tienen por objeto promover el equilibrio entre los intereses de la comunidad mundial, las integraciones regionales y los Estados. El Derecho Internacional Económico desempeña un papel especial en el desarrollo del comercio internacional, siendo uno de los principales factores que influye en la intensidad de los procesos de intercambio internacional y, por lo tanto, contribuyen a las relaciones entre los Estados.

Los principios del Derecho Internacional Economico como principio de no discriminación, la reciprocidad en los compromisos, la eliminación de los aranceles aduaneros[1], transparencia, imperio de la ley se investigan como los principales fuentes de reglamentación de las relaciones económicas internacionales. Durante largo tiempo el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) fue la principal herramienta de liberalización del tráfico económico transfronterizo por medio de esos principios.

La esfera del Derecho Internacional Económico incluye, entre otras, las relaciones en materia de facilitación del comercio. La importancia de la tema de facilitación de comercio confirman los instrumentos internacionales de la Organización Mundial de Aduanas (Convenio de Kyoto revisado, Modelo de datos de la Organización Mundial de Aduanas, Marcos de Estándares para Asegurar y Facilitar el Comercio), el Centro de las Naciones Unidas para la facilitación del comercio y los negocios electrónicos (elaboró las normas técnicas y recomendaciones para facilitar el comercio y las transacciones electrónicas), entre otros.

También la facilitación del comercio ha recibido una gran atención en el nivel regional. Según recientes estudios Neufeld la cobertura de la facilitación del

1 Herdegen, M.: *Derecho Internacional Económico*. Ed. Civitas, Madrid, 2003, p. 184.

• Víctor Nikiforovich Sidorov
Profesor de Derecho Aduanero del Departamento de Derecho Internacional de la Universidad Estatal de Derecho de Moscú O.E. Kutafin. Doctor en Derecho por la Academia de Rusia de Derecho del Ministerio de Justicia de Rusia. Doctor en Filosofía por la Universidad Estatal de Moscú. Correo electrónico: svn-svn@yandex.ru.

• Elena Victorovna Sidorova
PhD(c) en Derecho, Universidad Carlos III de Madrid. Correo electrónico: 100392320@alumnos.uc3m.es.

comercio en los acuerdos regionales se ha ampliado considerablemente[2]. Aunque los tratados de libre comercio tengan éxito no pueden garantizar un régimen armonizado del comercio mundial, puede debilitar el imperio de la ley (rule of law) ya que son impulsados por los países desarrollados y la mayoría de los países en desarrollo no están en ese proceso[3].

Para evitar la fragmentación en el comercio internacional importante papel juegan los valores elaborados en el nivel internacional en el marco de la Organización Mundial del Comercio. En el Derecho de la Organización Mundial del Comercio los principios fundamentales eran complementados por el principio de facilitación del comercio. La elaboración del Acuerdo de Facilitación del Comercio prevé la certeza, la previsibilidad y estabilidad en el comercio exterior.

II. LA NOCIÓN DE FACILITACIÓN DEL COMERCIO.

A pesar del largo período de estudios de la simplificación del comercio todavía no existe una única definición del término de «facilitación del comercio». La simplificación del comercio depende de las prioridades del desarrollo internacional del comercio. En el presente enfoque de la facilitación del comercio trata de establecer un equilibrio entre seguridad y libre comercio. En el Convenio de Kyoto revisado se presta la atención al mantenimiento del equilibrio entre la promoción del comercio exterior por medio de facilitación de los procedimientos aduaneros y cumplimiento de las medidas de seguridad.

La pertinencia de la simplificación de los procedimientos aduaneros se justifican las disposiciones del Acuerdo sobre Facilitación del Comercio que examinan los procedimientos aduaneros desde el punto de vista de aumentación la transparencia, la previsibilidad y la eficiencia, la reducción de los costes de los participantes del comercio exterior. En el contexto de la facilitación del comercio internacional, las autoridades aduaneras juegan importante papel, ya que pueden influir en la aumentación de las transacciones transfronterizas y la simplificación de los procedimientos aduaneros por medio de reducción las inspecciones de mercancías y el tiempo relacionado de los procedimientos aduaneros.

Estudios afirman que «aduanas tienen un papel vital en la facilitación del comercio. Su actuar incluye la recaudación de impuestos, la preparación de estadísticas de comercio exterior, la verificación de la conformidad comercial, la protección de la sociedad, del medio ambiente y del patrimonio cultural, pero, eso

2 Neufeld, N.: Trade Facilitation Provisions in Regional Trade Agreements. Traits and Trends, Ginebra: OMC, 2014.

3 Baldwin, R.: "*Restoring WTO Centrality to a Multi-Tiered Global Trading System*", en The High and Low Politics of Trade, 2015. http://www3.weforum.org/docs/WEF_GAC15_The_High_Low_Politics_Trade_WTO_Centrality_report_2015.pdf

sí, garantizando que estos controles no afecten el libre tránsito de mercancías»[4]. En esa línea Grainger afirma que «la facilitación del comercio busca la forma de mejorar los procedimientos y controles por los que se rige la circulación de las mercancías a través de las fronteras nacionales para reducir los costos resultantes y lograr la eficiencia, al tiempo que se preservan los objetivos normativos legítimos»[5].

El aumento de circulación de mercancías a través de la frontera no es el único objetivo de facilitación del comercio. También importante papel juega el movimiento de los servicios, la información y los pagos ya que el procedimiento lento puede afectar las empresas, especialmente las pequeñas y medianas. La definición de facilitación del comercio del Centro de las Naciones Unidas para la facilitación del comercio y los negocios electrónicos (CEFACT/ONU) se centra en varios aspectos. La facilitación del comercio se define como la simplificación, estandarización y armonización de los procedimientos y los flujos de información requeridos para mover mercancías del vendedor al comprador y para realizar el pago[6].

Los «procedimientos» en esta definición se entienden como las acciones, las prácticas y las formalidades necesarias para la circulación transfronteriza de mercancías en el comercio internacional. La definición de la facilitación del comercio mencionada está relacionada con el modelo «Comprar-Enviar-Pagar» desarrollado por el Centro de las Naciones Unidas para la facilitación del comercio y los negocios electrónicos y describe tres procedimientos claves de la cadena de suministro internacional. La comprensión del modelo de la transacciones del comercio internacional permite evaluar los costos y determinar las esferas en que la facilitación del comercio beneficiaría más a los Estados y a los participantes del comercio.

Así, el proceso «Comprar» incluye los elementos relacionados de Declaración de Aduanas, obtenga garantía de crédito de exportación, licencias de exportación y entre otros, el proceso «Eviar» es más complejo e implica la exportación (Declaración de Mercancías y de la Carga, controles de seguridad, despacho mercancías) y la transportación (presente Documentos de Transporte, Declaración de Carga). Como se puede destacar el modelo CEFACT/ONU «Comprar-Enviar-Pagar» implica que en una transacciones de comercio se incluyen distintos procedimientos comerciales, logísticos, reglamentarios. En este

4 Cuéllar, A.U.: "La Organización Mundial de Aduanas y la facilitación del comercio legítimo", en Acuerdos comerciales y aspectos relacionados con el comercio exterior. Colombia: Editorial Universidad de Rosario. p. 560

5 Grainger, A.: "Trade Facilitation: A Conceptual Review", *Journal of World Trade,* núm. 45 (1), 2011, p. 42. https://nottingham-repository.worktribe.com/output/1010737

6 Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa (CEPE/ONU): Facilitación del comercio - principios y beneficios. La Guía de Implementación de la Facilitación del Comercio. https://tfig.unece.org/SP/details.html

contexto, la facilitación del comercio se refiere a los aspectos que van más allá de los procedimientos en la frontera relacionados con la mercancía y también incluye los servicios.

La facilitación del comercio está siempre vinculada con los servicios ya que los bienes no pueden desplazarse a través de las fronteras sin acceso a los servicios eficientes. Los servicios logísticos movilizan a la economía de 4.3 billones de dólares al año[7]. El sector de servicios desempeña un papel clave como un facilitador que conecta los distintos sectores. Los servicios son particularmente importantes para cadenas de valor mundiales en que la producción se lleva a cabo en múltiples países. La velocidad y el costo de los servicios de logística también son importantes para las empresas que dependen de la entrega «Justo a Tiempo» (Just in Time) y para las mercancías perecederas.

Se considera que los servicios logísticos no es un sector coherente. Con arreglo a la lista de clasificación sectorial de los servicios W/120 de la Organización Mundial del Comercio, la mayoría de los servicios logísticos se examinan como los servicios de transporte. La importancia de investigar el transporte como un elemento importante de facilitación del comercio se menciona en los estudios del Banco Mundial según los cuales la simplificación del comercio se examina en un sentido más amplio, mirando los aspectos procedimentales del comercio y los gastos al transporte. Sin embargo, muchos servicios logísticos se distribuyen aleatoriamente en otros sectores.

Como consecuencia es obvio que debe ser creado un entorno donde todos los servicios logísticos pueden contribuir a la facilitación del comercio y abarcar toda la cadena de suministro[8]. Las investigaciones han demostrado que para realizar toda la capacidad de las inversiones en infraestructura los gobiernos deben hacer inversiones en las dos infraestructuras al mismo tiempo. El Banco Interamericano de Desarrollo afirma que cuando los gobiernos invierten en la infraestructura «suave» y «dura» las exportaciones se aumentan al doble[9].

III. LA REGULACIÓN DE FACILITACIÓN DEL COMERCIO EN EL NIVEL INTERNACIONAL.

La historia de la formación de la regulación de facilitación del comercio en el nivel internacional se puede dividir en tres periodos. En la primera etapa, la facilitación del comercio se resolvió en el marco de la Liga de las Naciones y el

7 The World Bank. How Countries Stack Up. https://lpi.worldbank.org/

8 Moisé, E., Orlic, T. y Minor, P.: Trade Facilitation Indicators: The Impact on Trade Costs. OECD Trade Policy Papers, No. 118, 2011. http://dx.doi.org/10.1787/5kg6nk654hmr-en

9 Inter-American Development Bank: Investing in integration. The Returns from Software- Hardware Complementarities. 2011. https://publications.iadb.org/publications/english/document/Investing-in-Integration-The-Returns-from-Software-Hardware-Complementarities.pdf

GATT. Los Convenios de la Liga de las Naciones han jugado un papel importante en la elaboración de las reglas de simplificación del comercio que tienen el significado clave en la etapa moderna del desarrollo del derecho de la Organización Mundial del Comercio.

Disposiciones del Convenio Internacional para la Simplificación de las Formalidades Aduaneras de 1923 han entrado en GATT, por ejemplo «es deseable que Estados se abstienen de la aplicación de los castigos rigurosos por las infracciones insignificantes de los procedimientos aduaneros o las reglas»; «ninguna parte no impondrá los castigos rigurosos por las infracciones insignificantes de las reglas aduaneras o los procedimientos». La definición del art. V GATT «Libertad del tránsito» y la prohibición de la discriminación por parte de los estados se basan en las disposiciones del Convenio sobre la libertad de tránsito de 1921.

La facilitación del comercio se abordó por primera vez en en el marco de las negociaciones comerciales del GATT de 1947, cuando en el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio fue mencionada la importancia de reducir y simplificar las formalidades comerciales. El Acuerdo del GATT contenía unas disposiciones generales de la facilitación de los formalidades y trámites, en particular «se trata de los ciertos artículos que se refieren a la libertad de tránsito, a la valoración en aduana, a los derechos y formalidades referentes a la importación y a la exportación, a las marcas de origen, y a la publicación y aplicación de los reglamentos comerciales.

Respectivamente, estas normativas corresponden a los arts. V, VII, VIII, IX y X del GATT de 1947»[10]. Tres artículos del GATT, el art. VII agiliza el procedimiento de la valoración en aduana, el art. VIII indica la necesidad de la reducción de formalidades de exportación e importación, y el art. X exige la publicación de la información sobre las formalidades del comercio exterior tienen la posición clave en GATT, ya que su contenido determina directamente el volumen y el carácter del uso de los procedimientos vinculados con la exportación, la importación y el tránsito de las mercancías.

En la segunda etapa, la facilitación del comercio fue regulada en el ámbito de distintos mecanismos que contribuyen a eliminar los obstáculos de procedimiento al comercio exterior, incluso convenios, estándares internacionales, recomendaciones, directrices, guías, entre otros. Por ejemplo, el Convenio relativo al Transporte Internacional de Mercancías al Amparo de los Carnets TIR (Convenio TIR, 1975), el Convenio Aduanero ATA de Admisión Temporal de Mercancía (Convenio ATA, 1961), el Convenio sobre Aviación Civil Internacional (Convenio de Chicago, 1944), el Convenio para facilitar el tráfico marítimo internacional (Convenio FAL, 1965), el Convenio para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo

10 Herdegen, M.: *Derecho Internacional Económico*, cit, p. 170.

internacional (el Convenio de Varsovia, 1929), el Convenio para la Unificación de Ciertas Reglas para el Transporte Aéreo Internacional (Convenio de Montreal, 1999), el Convenio Internacional sobre la Armonización de los Controles de las Mercancías en las Fronteras de 1982, el Convenio del Sistema Armonizado (SA, 1988), entre otros.

Los instrumentos internacionales abordaron algunos aspectos de la facilitación del comercio, pero no preveían un nivel alto y sistemático de la facilitación del mismo. Los primeros pasos hacia un nivel sistemático de las medidas de facilitación del comercio se llevaron a cabo en el Convenio de Kyoto de 1973, revisado en 1999. La Organización Mundial de Aduanas ha reconocido la importancia de aumentar la eficacia de los procedimientos en las fronteras, especialmente con respecto a la transparencia, la simplificación y la normalización. También un papel importante en la armonización de las normas en la esfera de facilitación del comercio juega el Marco de Estándares para Asegurar y Facilitar el Comercio (SAFE) de la Organización Mundial de Aduanas que determinó el comienzo de las normas modernas de seguridad de la cadena logística y anunció el inicio de un nuevo enfoque para la gestión integral de las mercancías transportadas entre fronteras.

En la tercera etapa, se establece un centro de coordinación de facilitación del comercio, específicamente nos referimos a la Organización Mundial del Comercio, que demuestra la importancia de la facilitación del comercio en el sistema comercial internacional. En la Conferencia Ministerial de la Organización Mundial del Comercio en el Singapur en 1996, en la que se encargó al Consejo del Comercio de Mercancías, se indicó que la realización de trabajos exploratorios y analíticos sobre la simplificación de los procedimientos que rigen el comercio, aprovechando los trabajos de otras organizaciones internacionales pertinentes, con objeto de evaluar si procede establecer normas de la Organización Mundial del Comercio en esta materia. En diciembre de 2013 durante la conferencia Ministerial de la Organización Mundial del Comercio en Bali fue afirmado un proyecto del Acuerdo sobre Facilitación del Comercio.

IV. LOS RASGOS DEL ACUERDO DE LA FACILITACIÓN DEL COMERCIO DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO.

El nuevo Acuerdo es un acuerdo específico en la comparación de otros instrumentos internacionales relacionados con la facilitación del comercio, por los siguientes aspectos.

1. Propone un ordenamiento jurídico complejo de la facilitación del comercio.

El Acuerdo de facilitación del comercio es un acuerdo que contiene diferentes medidas modernas de reducción de obstáculos al comercio exterior elaboradas en las organizaciones internacionales dirigidas a la armonización, la estandarización y la automatización de los procedimientos comerciales que abarcan todo el proceso del comercio internacional. Según la Organización Mundial del Comercio «ninguna de las medidas es nueva, y todas ellas se han venido utilizando con buenos resultados en diversos países del mundo, ya que no solo son beneficiosas para el comercio, sino que pueden también dar lugar a prácticas gubernamentales más eficaces, eficientes y modernas»[11]. El Acuerdo lo complementan algunos documentos, tales como el Convenio Internacional sobre la Armonización de los Controles de las Mercancías en las Fronteras de 1982, el Convenio relativo al Transporte Internacional de Mercancías al Amparo de los Carnets TIR o el Convenio para facilitar el tráfico marítimo internacional, entre otros. Por medio de estos instrumentos, el Acuerdo ha profundizado y reforzado la obligación de realizar la facilitación del comercio.

También el Acuerdo se enfoca a la simplificación del comercio a través del Convenio de Kyoto, ya que es el único documento multilateral de la simplificación del comercio internacional. El Convenio de Kyoto revisado abordó el tema de facilitación del comercio internacional como objetivo fundamental de crecimiento económico, mediante la modernización y armonización de aduanas. Con este respecto la Organización Mundial del Comercio debía incluir disposiciones del Convenio en su estructura. Cuéllar desataca que «en materia de facilitación del comercio, el cuerpo normativo que rige el actuar de las aduanas es un ordenamiento jurídico complejo que se complementa con normas internas y cuya fuente primaria son regulaciones dictadas por organismos internacionales, como la Organización Mundial del Comercio y la Organización Mundial de Aduanas, en respuesta a hechos que trascienden las fronteras nacionales (globalización, delitos transfronterizos, desastres naturales, crisis políticas y económicas mundiales, etc.)»[12].

Tomando en consideración que la Organización Mundial del Comercio y la Organización Mundial de Aduanas al mismo tiempo prestan la atención a los formalidades aduaneros surge la pregunta de la duplicación de los obligaciones entre estas organizaciones y la eficiencia de la regulación de la simplificación del comercio en Convenio de Kyoto y en Acuerdo sobre Facilitación del Comercio. Esa nueva ocupación de la Organización Mundial del Comercio sobre facilitación de las formalidades aduaneros según Basaldúa «pone de manifiesto la concurrencia de dos órdenes de intereses, que pueden ser conflictivos. Por una parte, el interés

11 Organización Mundial del Comercio (OMC): Informe sobre el comercio mundial de 2015. https://www.wto.org/spanish/res_s/booksp_s/world_trade_report15_s.pdf

12 Cuéllar, A.U.: "La Organización Mundial de Aduanas y la facilitación del comercio legítimo", cit, p. 560.

de facilitar el comercio, perseguido por la Organización Mundial del Comercio, y, por otra parte, las funciones encomendadas a las aduanas relativas al control de las mercaderías y la aplicación de restricciones a la importación y a la exportación vigentes en los distintos Estados»[13].

En este caso de la concurrencia entre Organización Mundial del Comercio y Organización Mundial de Aduanas, debemos tomar en cuenta que en los artículos del Acuerdo se establecen las normas para la facilitación del comercio, mientras que los instrumentos de la Organización Mundial de Aduanas -incluido el Convenio de Kyoto revisado - establecen la base y proporcionan orientación práctica, técnica e información para la implementación de esas normas relativas al aduanero[14]. Las disposiciones del Convenio de Kyoto revisado se adaptan a las prescripciones del art. V del GATT y las respetan, en la medida en que las cuestiones puedan ser resueltas por las aduanas.

2. Es un acuerdo vinculante, sin embargo, sus disposiciones dejan a los Estados elegir cómo aplicar las medidas del Acuerdo.

A pesar del carácter obligatorio, el Acuerdo de facilitación del comercio no contiene obligaciones «rígidas» sino que prevé la declaración de las intenciones y las direcciones de la búsqueda de las decisiones definitivas.

En el Acuerdo llama la atención que el lenguaje jurídico del Acuerdo permite un mayor grado de libertad en su ejecución. En el Acuerdo, se usa a menudo tales construcciones lingüísticas: los participantes del Acuerdo «deben aspirar …», «tratarán …» y «aplicarán los esfuerzos».

Por ejemplo, en el caso de la aplicación de la ventanilla única, el sistema de gestión de riesgo para el control aduanero y entre otros, la obligación formulada es como la recomendación. Goldby señala que en el Acuerdo el establecimiento y el mantenimiento de la ventanilla única tiene carácter facultativo aunque los Estados obligados deben «tratar» de aplicarlo[15]. Según la Comisión Económica y Social de las Naciones Unidas para Asia y el Pacífico (ESCAP) un nuevo Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio estimula a los países para la introducción de la ventanilla única en lugar de exigir su aplicación[16].

13 Basaldúa, R.X.: "La Organización Mundial del Comercio: objetivos, principios y medios. La Ronda de Doha", en Acuerdos comerciales y aspectos relacionados con el comercio exterior. Colombia: Editorial Universidad de Rosario. p. 145.

14 Organización Mundial del Comercio (OMC): Cuestiones relativas a la facilitación del comercio incluidas en la Declaración Ministerial de Doha. No. G/C/W/426 de 8 de octubre de 2002.

15 Goldby, M.: "Facilitating the transition to paperless trade: The role of single windows", en Trade Facilitation and the WTO. United Kingdom: Cambridge Scholars Publishing, 2019, pp. 36-56.

16 United Nations Economic and Social Commission for Asia and the Pacific (ESCAP): Trade Facilitation and Paperless Trade Implementation in ASEAN. 2017, p. 18. https://www.unescap.org/sites/default/d8files/

El Acuerdo se parece a la «lengua clásica» del Acuerdo del GATT de 1947 y a los acuerdos de Ronda de Tokio cuyo principio se acompañaba de las condiciones y las cláusulas según las cuales debían ser cumplidos o si por el contrario no se cumplían, unos países podían escoger libremente para sí mismos las obligaciones jurídicas. Probablemente, dada la construcción lingüística del Acuerdo ha abierto el camino a un consenso, habiendo traducido la especificación de las formulaciones a una obligación jurídica.

3. Regula un área del comercio internacional nueva que hasta ahora se había ignorado.

Los países notaban que los arts. V, VIII y X del GATT formulados en 1946, no prestan la influencia esencial para la eliminación de las barreras en el comercio internacional. El desarrollo del Derecho Internacional Económico en GATT estaba concentrado solamente en las cuestiones económicas, tales como el descenso de las medidas arancelarias. Como ha señalado Izam «la existencia histórica del Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio, el primer ámbito que se incorporó al nivel mundial para facilitar el comercio fue la reducción o eliminación de las barreras arancelarias y, posteriormente, la preocupación por disminuir los obstáculos no vinculados a las tarifas, haciendo que la normativa correspondiente sea más clara y transparente para evitar un uso proteccionista de ella»[17].

En lugar de la política de la competencia, las inversiones y las compras estatales empezaban a discutir el problema de la simplificación de los procedimientos del comercio mundial. Esto era vinculado a algunas razones, pero en general consistía que en el fondo del descenso de las aranceles la Organización Mundial del Comercio ha prestado la atención a las esferas no arancelarias, incluso a la simplificación del comercio por la aumentación de los gastos del movimiento de las mercancías y los servicios y que la simplificación, la aceleración, la estandarización y la unificación de las formalidades aduaneros también importante. Las negociaciones sobre la simplificación de los procedimientos del comercio tenían por objetivo crear un acuerdo de las reglas, que deben agilizar los procedimientos del traslado de las mercancías del comercio exterior y mejorar los aspectos correspondientes de los arts. V, VIII y X del GATT.

4. Se amplía las obligaciones a todos los organismos gubernamentales ya que las aduanas por sí solas no pueden garantizar el movimiento de mercancías fluido y eficiente.

knowledge-products/Trade%20Facilitation%20and%20Paperless%20Trade%20Implementation%20in%20ASEAN_8%20Nov%2017.pdf

17 Izam, M.: Facilitación del comercio: un concepto urgente para un tema recurrente. División de Comercio Internacional e Integración. Serie Comercio Internacional, (19), 2001. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/4360/S2001713_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

Se considera que la Organización Mundial del Comercio se centra en la simplificación de los procedimientos aduaneros en la frontera. Cabe destacar que el Acuerdo se fundó sobre la base de los arts. V, VIII y X del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio. Al mismo tiempo, las obligaciones impuestas por los artículos mencionados del GATT sobrepasan el ámbito puramente aduanero.

Así, por un lado, se destaca la complementariedad entre las normas de la Organización Mundial del Comercio y los instrumentos de la Organización Mundial de Aduanas ya que la mayoría parte de las disposiciones del Acuerdo se relacionan con las formalidades aduaneras. La Organización Mundial del Comercio indica que «la simplificación, armonización y modernización de los procedimientos aduaneros, tendrá repercusiones de primer orden en la reducción de los costos y los plazos de la actividad comercial»[18].

El Acuerdo contiene cuarenta medidas técnicas a propósito de la facilitación de las formalidades que eran tradicionalmente elaboradas por la Organización Mundial Aduanera, en particular los artículos del Acuerdo se refieren a la aplicación de sistema de gestión de riesgo para el control aduanero, notificaciones anticipadas y tramitación previa a la llegada, verificación posterior al despacho de aduana; separación de las funciones entre el levante y la determinación definitiva de los derechos de aduana, impuestos, tasas y cargas; establecimiento y publicación de los plazos medios de levante, entre otros. En el Acuerdo se prevé que la aduana es una agencia central gubernamental para la realización del Acuerdo con las otras oficinas que realizan el control en la frontera.

Al mismo tiempo, por otro lado, el Acuerdo de facilitación del comercio muestra que la facilitación del comercio se realiza por medio de las formalidades aduaneras y también unos aspectos referidos a la simplificación de los procedimientos aduaneros en la frontera, lo cual constituye ya de por sí un avance trascendente. El objetivo del Acuerdo está vinculado a la cuestión de la cooperación entre la aduana y otros organismos gubernamentales.

Según el art. 8 del Acuerdo «cada Miembro se asegurará de que sus autoridades y organismos encargados de los controles en frontera y los procedimientos relacionados con la importación, la exportación y el tránsito de mercancías cooperen entre sí y coordinen sus actividades para facilitar el comercio». Las disposiciones dadas en el Acuerdo tienen relación con las disposiciones del Convenio sobre la Armonización de Controles Fronterizos según el cual en los

18 Organización Mundial del Comercio (OMC): Informe sobre el comercio mundial de 2015, p. 38. https://www.wto.org/spanish/res_s/booksp_s/world_trade_report15_s.pdf.

puntos de la entrada el control debe pasar en base al reconocimiento mutuo de todos tipos de control siempre y cuando los objetivos del control coincidan.

Gracias al Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio (los arts. 8, 10 y 12) la nueva redacción de Marcos de Estándares para Asegurar y Facilitar el Comercio de la Organización Mundial de Aduanas era completada por las disposiciones sobre la colaboración con organismos que intervienen en la frontera. Una nueva redacción de los Marco de los estándares de seguridad representa el acceso extendido al trabajo de los órganos aduaneros. En la nueva versión aparece un nuevo componente, «el tercer soporte», es decir, la colaboración entre los órganos de aduana y otros departamentos gubernamentales e intergubernamentales. Esto ha llevado a la aparición la nueva concepción de la organización del control en la frontera que ha recibido el nombre «gestión coordinada de fronteras».

5. Implica disposiciones concretas para facilitar el comercio.

El Acuerdo exige que los gobiernos publiquen cierta información del modo accesible, incluso la publicación de reglas de la importación y la exportación por medio de Internet. Las disposiciones relacionadas de publicación de las reglas se basan en el art. X GATT «Publicación y aplicación de los reglamentos comerciales» que obligan a los Estados miembros a publicar oficialmente toda la normativa mediante la cual regulen el comercio exterior, bajo pena de que, de no hacerlo, esas regulaciones resultan inoponibles para los demás Estados miembros y los comerciantes respectivos[19].

El art. X del GATT se basa en tratados multilaterales como el Convenio relativo a la creación de una unión internacional para la publicación de aranceles de aduanas de 1890 y el Convenio Internacional para la Simplificación de las Formalidades Aduaneras de 1923 de la Liga de las Naciones que prevé facilitar el traslado de las mercancías a través de las fronteras aduaneras de los Estados participantes. Los principios generales del Convenio de 1923 establecieron la obligación de los Estados de publicar las leyes de la legislación aduanera, en la terminología jurídica moderna como una forma obligada de transparentar la legislación.

La complejidad del comercio internacional se relaciona con la falta de transparencia en los procedimientos aduaneros. Los países se preocupan de la proliferación de los obstáculos de procedimiento al comercio, incluso ausencia de la transparencia y ad hoc cumplimiento de las formalidades aduaneras. Por ejemplo, se examinó el art. X del GATT de 1947 en el caso de Estados Unidos contra Japón por la ausencia de transparencia en la importación y el uso extensivo del sistema

19 Basaldúa, R. X.: "La Organización Mundial", cit. p. 123.

administrativo[20]. Padideh señala que el art. X del GATT 1947 fue una disposición silenciosa examinada como un principio adicional de otras disposiciones «claves» del GATT. Desde la creación de la Organización Mundial del Comercio, el art. X ha salido de la oscuridad y se ha convertido en una disposición importante que expresa el principio de transparencia.

La atención al art. X destaca el papel de la Organización Mundial del Comercio en la promoción de normas de «buena gobernanza» tanto en el contexto internacional como en el país, la evolución del GATT de un sistema que se basa en los aranceles, la reciprocidad en los compromisos a un sistema relacionado de la elaboración de normas. La mayoría de las medidas del Acuerdo de facilitación del comercio implican la transparencia a todos los participantes del comercio internacional y responden a las necesidades de cumplir las leyes.

El art. X del GATT en el marco de la Organización Mundial del Comercio se ha ampliado significativamente. En las disposiciones del Acuerdo el término «cumplimiento» se menciona 17 veces. El Acuerdo de facilitación del comercio exige que los gobiernos publiquen por medio de Internet las reglas vigentes de la importación y la exportación; observaciones por las partes interesadas sobre el proyecto de las leyes nuevas o modificadas (antes de la entrada en vigor); resoluciones anticipadas (sobre la clasificación arancelaria de la mercancía), procedimientos de recurso o de revisión (que permite a los sujetos del comercio recurrir a procedimientos de recurso o revisión sobre las decisiones de los órganos aduaneros y otros órganos correspondientes del control); notificar al transportista/importador en caso de la detención.

6. Proporciona los estándares mínimos para las reformas en los Estados.

Las propuestas del Acuerdo sobre Facilitación del Comercio proporcionan una base principal para reducir los costos de cruzar las fronteras, aumentar los flujos de datos transfronterizos, la creación un entorno sólido para el comercio internacional. Al mismo tiempo, el Acuerdo no establece un procedimiento de elaboración de un hipotético acuerdo final.

El art. 10 del Acuerdo indica que se alienta a los miembros a utilizar las normas internacionales pertinentes, o partes de ellas, como base para sus formalidades y procedimientos de importación, exportación o tránsito, salvo disposición en contrario en el Acuerdo. En el presente existe un amplio círculo de recomendaciones, estándares que ayudan a implementar las disposiciones del Acuerdo.

20 Padideh, A.: "From the Periphery to the Center? The Evolving WTO Jurisprudence on Transparency and Good Governance", *Journal of International Economic Law*, núm. 11 (4), 2008, p. 783. https://doi.org/10.1093/jiel/jgn027.

También el Acuerdo, sobre Facilitación del Comercio destaca el papel de las integraciones regionales en la facilitación del comercio. Se reconoce el papel de los países que colaboran para aplicar las medidas a nivel regional. Se menciona el papel de los «servicios de información comunes a nivel region».

Según el art. 1 del Acuerdo, los Miembros de una unión aduanera o que participen en un mecanismo de integración regional podrán establecer o mantener servicios de información comunes a nivel regional. El art. 24 del Acuerdo señala que los Miembros de una unión aduanera o de un arreglo económico regional podrán adoptar enfoques regionales para facilitar la aplicación de las obligaciones que les corresponden en virtud del presente Acuerdo, incluso mediante el establecimiento de órganos regionales y el uso de estos. Se destaca la importancia de los esfuerzos regionales en el contexto de asistencia técnica y creación de capacidad. Por ejemplo, el art. 21 establece que los Miembros se esfuerzan por aplicar actividades para abordar los desafíos regionales y subregionales y promover la integración regional y subregional.

Las integraciones regionales apoyan las disposiciones del Acuerdo sobre Facilitación del Comercio y mejoran los beneficios de la facilitación del comercio. Así, las integraciones regionales pueden reducir los costes de los procedimientos fronterizos al comercio por la creación de uniones aduaneras en las que todas las fronteras interiores se eliminan esencialmente. La unión aduanera implica eliminar las barreras al comercio «entre sí» y, por consiguiente, se ajusta con los objetivos del GATT y la Organización Mundial del Comercio.

Herdegen señala que «la supresión progresiva de aranceles aduaneros y de otras restricciones al comercio dentro de las áreas económicas integradas por los Estados miembros correspondientes constituye, por regla general, el núcleo de la integración económica regional. La eliminación de tales «obstáculos interiores» en el comercio entre los Estados miembros es la característica principal de una forma básica de acuerdo económico regional: la zona de libre comercio»[21].

En el contexto regional los países pueden ir más allá que el acuerdo multilateral, hacia una integración profunda (deep integration). El Acuerdo se ocupa exclusivamente del comercio de mercancías, la integración regional puede centrarse en otras cuestiones que puedan obstaculizar el comercio intrarregional, incluso con respecto a las personas, el transporte y la infraestructura. La Unión Europea ha complementado su enfoque de la libre circulación de mercancías con medidas de apoyo a la circulación de personas y de armonización de la regulación del transporte. La libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales constituyen los objetos esenciales del mercado interior de la Unión Europea gracias

21 Herdegen, M.: *Derecho Internacional Económico*, cit., p. 257.

a la disminución de las restricciones directas e indirectas al comercio interestatal, y que ejercita una política comercial común.

7. Es diferente a otros acuerdos de la Organización Mundial del Comercio por su arquitectura y enfoque de la asistencia técnica.

El Acuerdo abarca una conjunto de cuestiones que exigen la asistencia técnica. Por ejemplo, el uso de las tecnologías de la información hace parte de lo que la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) denomina «conjunto de medidas de asistencia técnica sobre la facilitación del comercio para los miembros de la Organización Mundial del Comercio»[22]. Por ejemplo, una ventanilla única para el comercio, que prevé el Acuerdo, el 38% de los países aún no se han puesto en marcha[23]. La ventanilla única para el comercio es una de las medidas de facilitación para el comercio menos aplicada en los países. Los países en desarrollo y países menos desarrollados han identificado estas medidas en la categoría «C», lo que significa que necesita más tiempo y asistencia técnica y apoyo al fomento de la capacidad antes de la implementación.

A diferencia de acuerdos anteriores, el Acuerdo sobre Facilitación del Comercio no reduce las exigencias para los países menos desarrollados. En su lugar, permite a estos países aplicar las disposiciones por sí mismo y les da apoyo a través de la asistencia técnica y los recursos para garantizar la capacidad del cumplimiento pleno de los estándares del Acuerdo sobre Facilitación del Comercio. El Acuerdo crea un marco importante para la prestación de asistencia técnica a los países en desarrollo para aplicar las disposiciones del Acuerdo sobre Facilitación del Comercio.

El apoyo a los países en desarrollo por parte de los países desarrollados está estrechamente vinculado con el nuevo orden económico mundial que se menciona en la Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1974. La Carta se declara a favor de Estados, sobre todo respecto de los países en desarrollo y el fomento de su desarrollo, por ejemplo, se destaca la promoción de una transferencia tecnológica internacional (art. 13.2), la garantía de precios estables y adecuados de las materias primas (arts. 5 y 14), y el trato preferente a los países en vías de desarrollo por parte de los Estados desarrollados, sobre todo a través del otorgamiento de preferencias arancelarias unilaterales (art. 18).

22 Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD): Conjunto de medidas de asistencia técnica de la UNCTAD sobre la facilitación del comercio. 2014. https://unctad.org/es/system/files/official-document/domtcs2014d1_es.pdf

23 United Nations: UN Global Survey on Digital and Sustainable Trade Facilitation, 2019. https://www.unescap.org/sites/default/d8files/knowledge-products/UNtfsurvey%20global%20report%202019.pdf.

Con la necesidad de hacer inversiones, un papel importante tienen las normas de Sección II del Acuerdo que proponen disposiciones en materia de trato especial y diferenciado para los países en desarrollo miembros y los países menos adelantados miembros. Los países en desarrollo pueden establecer sus propias agendas de implementación de medidas de facilitación del comercio y alentar a los países desarrollados a prestar asistencia técnica y apoyo para el fomento de la capacidad a los países en desarrollo.

En el presente se elaboran varias instrumentos relacionados de asistencia técnica como la iniciativa de la Ayuda para el Comercio de la Organización Mundial del Comercio, el programa «eTrade for Development» del Banco Mundial, «eTrade for all» de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, el Sistema Automatizado de Datos Aduaneros (SIDUNEA) de la UNCTAD, entre otros.

8. Es un acuerdo multilateral relacionado con las mercancías.

El acuerdo se basa en determinadas disposiciones del Acuerdo General sobre Aranceles de Aduana y Comercio (art. V - Libertad del tránsito; el art. VIII - Derechos y formalidades en el ámbito de la importación y exportación, el art. X - Publicación y aplicación de los reglamentos comerciales), y busca mejorar la eficiencia con respecto al comercio de mercancías. El Acuerdo sobre Facilitación del Comercio no se aplica al comercio de servicios. Las leyes que afectan al comercio de servicios no están abarcadas por las disposiciones del Acuerdo sobre Facilitación del Comercio, aunque pueden estar cubiertas por las disposiciones de otros acuerdos de la Organización Mundial del Comercio.

9. Prevé la colaboración entre los organismos gubernamentales y el sector privado.

El Acuerdo sobre Facilitación del Comercio implica la participación del sector privado por medio del Comité de Facilitación del Comercio y las consultas con comerciantes, proveedores de servicios logísticos y otras participantes del comercio internacional.

Según el Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio sobre Comité Nacional de Facilitación del Comercio es un instrumento institucional para las reformas del comercio exterior. La importancia del papel del Comité Nacional de Facilitación del Comercio era reconocida en 1965 en relación al establecimiento del Convenio FAL, se prevé crear los comités nacionales y regionales con objeto de la aplicación de la recomendación de la simplificación de procedimientos, su aceptación y realización. La recomendación fue introducida en la aplicación a la Convención FAL como una recomendación. A principios de los años 70, para el

mantenimiento de la elaboración de la política por medio de la coordinación y la colaboración, fueron establecidos muchos comités nacionales de simplificación del comercio como el instrumento de las consultas entre las administraciones autorizadas y el sector privado.

CEFACT/ONU también recomienda a los gobiernos crear y apoyar a los órganos nacionales de facilitación del comercio con la participación de los representantes de los sectores privados y públicos.

Con este objetivo la Comisión Socioeconómica Económica de las Naciones Unidas para Europa aceptó en 1999 la Recomendación № 4 «Organizaciones Nacionales de facilitación del comercio» (la primera Recomendación fue aceptada en 1974) donde indicado siguiente: la revelación de los problemas que influyen negativamente al coste y la eficiencia del comercio exterior del país; la elaboración de medidas del descenso de gastos y el aumento de eficiencia del comercio internacional; el prestación la ayuda en la realización de tales medidas; la ejecución las funciones del centro nacional de coordinación por la recogida y la aplicación de la información sobre el mejor práctica en el comercio internacional; la participación en las acciones conjuntos de facilitación del comercio y el aumento de eficiencia de comercio.

Como se puede destacar, la creación del Comité Nacional de Facilitación del Comercio o un órgano análogo para las reformas del comercio exterior contribuye a analizar formalidades, cuestiones entre distintas partes interesadas y elaborar las decisiones, incluso las proposiciones al órganos gubernamentales.

10. Se destaca la importancia de implementación de las tecnologías de la información.

El nuevo Acuerdo sobre Facilitación del Comercio contiene una serie de disposiciones dedicadas a las perspectivas del uso de las tecnologías de la información que se refieren al uso de las tecnologías para prestar servicios en la administración pública, en particular, simplificar y automatizar los procedimientos del comercio.

Las normas del Acuerdo incluyen la introducción de una ventanilla única; la conexión a Internet para órganos aduaneros y organismos que intervienen en la frontera; la tramitación previa a la llegada en formato electrónico; las demandas y la emisión de las licencias comerciales en formato electrónico; la representación de las facturas de mar en formato electrónico; la representación de los resguardos de transporte aéreo en formato electrónico; las demandas y la entrega del certificado de origen de la mercancía en en formato electrónico; el pago electrónico de los

derechos de aduana y cargas; la declaración sobre devolución de derechos en formato electrónico.

Unas disposiciones no implican directamente el uso de las tecnologías aunque pueden ser cumplidas por medio del uso las tecnologías. Por ejemplo, el art. 1 Publicación y disponibilidad de la información implica el acceso a la información a través de Internet o a través de otras tecnologías futuras que permiten el uso conjunto de información y adquisición. El art. 2 prevé el acceso a la información y las tecnologías que permiten a las partes interesadas comunicar y ofrecer sus opiniones sobre el proyecto de ley, pueden apoyar la aplicación efectiva de esta normativa. Además, los arts. 5, 7 y 8 del Acuerdo incluyen la necesidad de la comunicación y la publicación que pueden beneficiarse de la aplicación de las tecnologías de información. La mayoría de disposiciones vinculadas con licencias, declaraciones y permisos, pueden ponerse en práctica con más eficacia a través de tecnologías que ofrecen las decisiones del intercambio de datos, la automatización, los pagos, la clasificación y derechos de acceso.

Algunas disposiciones del Acuerdo sobre Facilitación del Comercio contienen referencias a tecnologías específicas, por ejemplo, implican establecer una ventanilla única para el comercio. Otras disposiciones del Acuerdo sobre Facilitación del Comercio, aunque no tienen relaciones similares a tecnologías, pueden realizarse a través de un sistema electrónico, por ejemplo, la gestión de riesgos (párrafo 4 del art. 5 «Otras medidas para aumentar la imparcialidad, la no discriminación y la transparencia» del Acuerdo), la tramitación previa a la llegada (párrafo 1 del art. 7 «Levante y despacho de las mercancías» del Acuerdo), los envíos urgentes (párrafo 8 del art. 7 «Levante y despacho de las mercancías» del Acuerdo) son asociados con la automatización del entorno aduanero y se pueden enlazar a través de una ventanilla única para el comercio. También se establecen disposiciones en materia de transparencia que prevén la posibilidad o la obligación de publicar electrónicamente, por ejemplo en Internet, la información pertinente.

V. CONCLUSIONES.

La importancia de reducir los gastos de comercio e implementar las medidas de facilitación del comercio se examinan en varios instrumentos internacionales. En el artículos se destaca que en el presente la base principal de facilitación del comercio se desarrolla en ámbito de la Organización Mundial del Comercio que elaboró el nuevo Acuerdo de Facilitación del Comercio.

En comparación con otros instrumentos en la esfera de facilitación del comercio, el Acuerdo tiene los siguientes rasgos: propone un ordenamiento jurídico complejo de la facilitación del comercio; las disposiciones del Acuerdo dejan a los Estados elegir cómo aplicar las medidas del Acuerdo aunque es un

acuerdo vinculante; regula un área del comercio internacional nueva que hasta ahora se había ignorado; proporciona los estándares mínimos para las reformas en los Estados; se amplían las obligaciones a todos los organismos gubernamentales, ya que las aduanas por sí solas no pueden garantizar el movimiento de mercancías fluido y eficiente; proporciona las disposiciones concretas para facilitación del comercio; es diferente a otros acuerdos de la Organización Mundial del Comercio por su arquitectura y enfoque de la asistencia técnica, es un acuerdo multilateral relacionado solo con las mercancías; prevé la colaboración entre los organismos gubernamentales y el sector privado; se destaca la importancia de implementación de las tecnologías de la información.

BIBLIOGRAFÍA

BALDWIN, R.: "*Restoring WTO Centrality to a Multi-Tiered Global Trading System*", en The High and Low Politics of Trade, 2015. http://www3.weforum.org/docs/WEF_GAC15_The_High_Low_Politics_Trade_WTO_Centrality_report_2015.pdf

BASALDÚA, R.X.: "La Organización Mundial del Comercio: objetivos, principios y medios. La Ronda de Doha", en Acuerdos comerciales y aspectos relacionados con el comercio exterior. Colombia: Editorial Universidad de Rosario.

Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa (CEPE/ONU): Facilitación del comercio - principios y beneficios. La Guía de Implementación de la Facilitación del Comercio. https://tfig.unece.org/SP/details.html

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD): Conjunto de medidas de asistencia técnica de la UNCTAD sobre la facilitación del comercio. 2014. https://unctad.org/es/system/files/official-document/domtcs2014d1_es.pdf

CUÉLLAR, A. U.: "La Organización Mundial de Aduanas y la facilitación del comercio legítimo", en Acuerdos comerciales y aspectos relacionados con el comercio exterior. Colombia: Editorial Universidad de Rosario.

GOLDBY, M.: "Facilitating the transition to paperless trade: The role of single windows", en Trade Facilitation and the WTO. United Kingdom: Cambridge Scholars Publishing, 2019.

GRAINGER, A.: "Trade Facilitation: A Conceptual Review", *Journal of World Trade,* núm. 45 (1), 2011. https://nottingham-repository.worktribe.com/output/1010737.

HERDEGEN, M.: *Derecho Internacional Económico*. Ed. Civitas, Madrid, 2003.

Inter-American Development Bank: Investing in integration. The Returns from Software- Hardware Complementarities. 2011. https://publications.iadb.org/publications/english/document/Investing-in-Integration-The-Returns-from-Software-Hardware-Complementarities.pdf

IZAM, M.: Facilitación del comercio: un concepto urgente para un tema recurrente. División de Comercio Internacional e Integración. Serie Comercio Internacional, (19), 2001.https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/4360/S2001713_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

Moisé, E., Orlic, T. y Minor, P.: Trade Facilitation Indicators: The Impact on Trade Costs. OECD Trade Policy Papers, No. 118, 2011. http://dx.doi.org/10.1787/5kg6nk654hmr-en.

Neufeld, N.: Trade Facilitation Provisions in Regional Trade Agreements. Traits and Trends, Ginebra: OMC, 2014.

Organización Mundial del Comercio (OMC): Informe sobre el comercio mundial de 2015. https://www.wto.org/spanish/res_s/booksp_s/world_trade_report15_s.pdf.

Organización Mundial del Comercio (OMC): Cuestiones relativas a la facilitación del comercio incluidas en la Declaración Ministerial de Doha. No. G/C/W/426 de 8 de octubre de 2002.

Padideh, A.: "From the Periphery to the Center? The Evolving WTO Jurisprudence on Transparency and Good Governance", *Journal of International Economic Law*, núm. 11 (4), 2008. https://doi.org/10.1093/jiel/jgn027

United Nations: UN Global Survey on Digital and Sustainable Trade Facilitation, 2019. https://www.unescap.org/sites/default/d8files/knowledge-products/UNtfsurvey%20global%20report%202019.pdf.

United Nations Economic and Social Commission for Asia and the Pacific (ESCAP): Trade Facilitation and Paperless Trade Implementation in ASEAN. 2017. https://www.unescap.org/sites/default/d8files/knowledge-products/Trade%20Facilitation%20and%20Paperless%20Trade%20Implementation%20in%20ASEAN_8%20Nov%2017.pdf

World Bank. How Countries Stack Up. https://lpi.worldbank.org/

EL T-MEC Y LA OMC: UN CASO DE FORUM SHOPPING

USMCA AND WTO: A CASE OF FORUM SHOPPING?

Rev. Boliv. de Derecho Nº 33, enero 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 688-705

Gerardo
Enrique LUPIÁN
MORFÍN

ARTÍCULO RECIBIDO: 7 de octubre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 30 de noviembre de 2021

RESUMEN: Entre las Partes del T-MEC, siendo también Miembros de la OMC, la elección del foro representará un problema cuando una controversia se planteé ante estos dos foros y resuelvan en diferentes sentidos, ya que, ¿cuál foro prevalecerá? ¿Aceptaría cualquiera de los foros la decisión del otro?

PALABRAS CLAVE: T-MEC; OMC; controversia; foro; decisión.

ABSTRACT: *Between the Parties of the USMCA, being also Members of the WTO, the choice of the forum will present a problem when a dispute is brought before these two forums and they rule in different directions, since which forum will previal? Would either forum accept the decisión of the other?*

KEY WORDS: *USMCA; WTO; dispute; forum; decision.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. ELECCIÓN DEL FORO.- III. CASOS DE FORUM SHOPPING.- 1. Salvaguardias sobre escobas.- 2. El caso de Jarabe de Maíz de Alta Fructuosa.- IV. COOPERACIÓN MUTUA Y CONSULTAS.- V. ESTABLECIMIENTO DE UN PANEL.- VI. ELECCIÓN Y REQUISITOS DE LOS PANELISTAS.- VII. LA TERCERA PARTE O TERCER PARTICIPANTE.- VIII. PRESENTACIÓN DE INFORMES PRELIMINARES.- IX. EL INFORME FINAL.- X. LA IMPLEMENTACIÓN.- XI. INCUMPLIMIENTO Y SUSPENSIÓN DE BENEFICIOS.- XII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

La ausencia de jurisdicción imperativa para observar las obligaciones internacionales, no solo afecta a los sistemas regionales como el Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá, (abreviadamente, T-MEC), sino también al sistema comercial de la Organización Mundial de Comercio, (abreviadamente, OMC).

Los sistemas de solución de controversias en los acuerdos regionales son, esencialmente los mismos. Con *esencialmente los mismos* me refiero a la instauración de paneles arbitrales *ad hoc*, que resuelven cada controversia en particular; esto después de haber pasado por una fase diplomática que muchas veces fracasa; acto seguido, el tribunal *ad hoc* emite una resolución, sin carácter vinculante y coercitiva, entre las partes en conflicto, ya que éstas tienen la facultad de atenerse a la resolución o no. En este último caso, pueden optar por llegar a una negociación totalmente diferente al informe del panel.

El presente trabajo versa sobre las normas del T-MEC relativas al sistema GATT[1]/OMC que, en su caso ha de aplicar el mecanismo de solución de controversias regulado en su sección A, ya que será el más interesante desde una perspectiva teórica como práctica a la hora de analizar su relación con la OMC.

Cuando surja un problema entre las Partes del T-MEC, éste deberá procurar llegar a un acuerdo para que sea ventilado y solucionado, ya que existe el

1 General Agreement on Tariffs and Trade.

• Gerardo Enrique Lupián Morfín
Licenciado en Derecho por la Universidad Panamericana Campus Guadalajara, México. Obtuvo el grado de Maestro en Derecho Corporativo por la Universidad de Guadalajara, México. Es Máster en Seguridad y Prevención y Doctor en Derecho Público Global por la Universidad Autónoma de Barcelona, España, programa de doctorado adaptado al Nuevo Marco del Espacio Europeo de Educación Superior (EEES). Miembro del Sistema Nacional de Investigadores de México (SNI) Nivel I, Profesor de Tiempo Completo del Departamento de Ciencias Jurídicas y del Posgrado en Derecho de la Universidad de Guadalajara, México. Profesor de Cátedra del Departamento de Derecho del Tec de Monterrey Campus Guadalajara, México. Autor del Libro "El Contrato de Distribución Internacional y sus Figuras Afines", Tirant Lo Blanch, Guadalajara, 2020. Autor del Libro "La OMC y el TLCAN. Los mecanismos de apelación", Editorial Umbral, Guadalajara, 2015. Correo electrónico: gerardo.lupian@academicos.udg.mx.

compromiso de las Partes para intentar en todo momento, resolver la controversia mediante un arreglo satisfactorio y de mutuo acuerdo sobre la interpretación y aplicación del T-MEC, evitando así el uso del mecanismo correspondiente.

II. ELECCIÓN DEL FORO.

Debido a que México, EE.UU. y Canadá son miembros del T-MEC y de la OMC, se provoca una convergencia de normas jurídicas[2], por lo que se da la necesidad de que los socios comerciales elijan previamente en cuál de los dos foros desean resolver el conflicto, siendo éste un caso claro de *forum shopping*[3]. El concepto de *forum shopping* fue acuñado por primera vez en el entendimiento de 1979, que fue parte de los Acuerdos de la Ronda Tokio del GATT debido a la existencia de múltiples foros para la solución de controversias en materia comercial en el mundo.

La elección del foro representará un problema cuando una controversia se planteé ante dos foros[4] y éstos resuelvan en diferentes sentidos, ya que ¿Cuál foro prevalecería? ¿Aceptaría cualquiera de los foros la decisión del otro? La parte perjudicada en el foro de la OMC podría o no ejercer su derecho a apelar, no siendo el caso en el foro del T-MEC, en donde la parte perjudicada no tendría el derecho a acudir a una instancia de apelación por la ausencia de dicho órgano en el

2 *Lex specialis* es una frase latina que significa "ley relativa a la materia específica". Se trata de la máxima legal "lex specialis derogat legi generali". Esta doctrina se refiere a la interpretación de las leyes. Se puede aplicar la ley en ambos contextos nacionales e internacionales. La doctrina establece que una ley que regule una materia específica prevalece sobre una ley que sólo regula lo general. http://definitions.uslegal.com/l/lex-specialis/. (Fecha de consulta el 24 de mayo de 2021). El T-MEC como el derecho de la OMC constituyen *lex specialis* cuando autorizan el establecimiento de contramedidas que afectan derechos de los particulares.

3 Reyes Díaz, C.: *Comercio Internacional, jurisdicción concurrente en materia de prácticas desleales*, Porrúa, México, 2007, p. 134, 144. El "forum shopping" es un concepto propio del Derecho internacional privado. La persona que toma la iniciativa de una acción judicial puede verse tentada a elegir el tribunal en función de la ley que éste aplicará. La persona que inicia la acción puede verse tentada a elegir un foro no porque sea el más adecuado para conocer del litigio, sino porque las normas sobre conflictos de leyes que este tribunal utilizará llevarán a la aplicación de la ley que más le convenga http://ec.europa.eu/civiljustice/glossary/glossary_es.htm#ForumShop. (Fecha de consulta el 24 de mayo de 2021).

4 Petersmann señala, entre las causas más relevantes para la existencia de diversidad de foros comerciales, las siguientes:
1.- La creciente cantidad y diversidad de diferencias entre los gobiernos en el marco de la OMC.
2.- Pérdida gradual de la vigencia de las disposiciones transitorias de la OMC. Este razonamiento atiende a los apoyos otorgados temporalmente a los países menos avanzados; la terminación de estos privilegios cada día aumenta, por lo que las controversias sometidas a la OMC se incrementan.
3.- Superposición de los acuerdos de la OMC respecto de otros acuerdos internacionales.
4.- Creación de diversos tribunales en todo el mundo.
5.- Creciente número de tribunales económicos regionales.
6.- La existencia de tribunales de arbitraje internacional mixtos que otorgan acceso a las partes reclamantes privadas. La imposibilidad de productores, inversionistas y comerciantes privados para acudir a la OMC crea la necesidad de que sean ellos mismos los que tramiten y controlen su propio conflicto, sin la necesaria intervención de sus autoridades estatales. Petersmann Ulrich, E.: *La Proliferación y Fragmentación de los Mecanismos de Solución de Controversias en el Comercio Internacional: Los Procedimientos de Solución de Diferencias de la OMC y los Mecanismos de Solución Alternativa de Controversias, en Solución de Controversias Comerciales Inter-Gubernamentales: Enfoques Multilaterales y Regionales,* Lacarte, J. y Granados, J., BID-INTAL, Buenos Aires, 2004, Pp. 274-280.

mecanismo de solución de controversias de dicho Tratado, limitándose al análisis que realice el panel[5].

De acuerdo con el T-MEC, las controversias que surjan bajo las estipulaciones tanto de éste como de la OMC pueden solucionarse en cualquiera de los foros, a discreción del país reclamante[6]. Esta es la regla tradicional en el litigio nacional, así como en la solución de controversias internacionales[7].

Asimismo, se establece una cláusula de "exclusión de foros". Dicha cláusula prevé que una vez que la parte reclamante haya iniciado un procedimiento de solución de controversias conforme al Tratado o bien uno conforme a la OMC, el foro seleccionado será excluyente del otro, esto evitará el tener que atender la misma controversia en dos foros distintos y la eventual posibilidad de obtener dos decisiones contradictorias sobre el mismo asunto, como lo reconoce el art. 31.3 segundo párrafo del T-MEC.

En un contexto trilateral el TLCAN planteaba, que en el caso de una controversia que incluya a los tres países Miembros donde haya dos Partes reclamantes y una Parte demandada[8], el tercer país cobraría gran importancia en el procedimiento. Si el país reclamante deseaba llevar un asunto ante la OMC, antes de hacerlo debería notificar su intención al tercer país, y si éste deseaba iniciar un procedimiento respecto al mismo asunto conforme al TLCAN, ambos entablarían consultas con el fin de convenir en un foro único[9].

Existe una diversidad de opciones existentes de foros para resolver las controversias, aunque no se mencione de forma clara la posibilidad de que dos o más foros conozcan de la misma causa y resuelvan en consecuencia, en lo que pudiera representar una contradicción de decisiones. Por lo tanto la concurrencia de foros debe proporcionarle a las partes en conflicto la posibilidad de elegir cuál foro es más conveniente para someter su disputa y su confianza para que dicho foro le resuelva su controversia, a sabiendas de que no por el hecho de poder elegir recaerá una solución favorable a sus intereses, pero teniendo la confianza de que sus mismos intereses estarán bien representados en dicho foro. La posibilidad

5 Reyes Díaz, C.: *Comercio Internacional, jurisdicción concurrente en materia de prácticas desleales,* cit., p. 134.

6 Tanto el Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos de América y Canadá (en adelante, ALC) (Art. 1801.2) como el TLCAN (Art. 2005(I) y el T-MEC (Art. 31.3) incorporan la opción de elección de foro en relación con el GATT. En la etapa del ALC hubo casos resueltos por los paneles del GATT así como en el ALC: *Doc GATT DS/17/R, Import, Distribution and Sale of Certain Alcoholic Drinks by Provincial Marketing Agencies (16 de octubre de 1991) y Doc GATT DS/23/R, United States: Measures Affecting Alcoholic and Malt Berverages (16 de marzo de 1992).*

7 Gaines Sanford, E.: *Comments on Dispute Settlement Issues Under NAFTA,* United States-Mexico Law Journal, Albuquerque. The University of New Mexico School of Law, volume 1, number 1, 1993, p. 35).

8 El TLCAN no contemplaba la situación inversa, que existiera un reclamante y dos demandados.

9 Rojas V, H.: *The Dispute Resolution Process Under NAFTA,* United States-Mexico Law Journal, Albuquerque, The University of New Mexico School of Law, volume 1, number 1, 1993, p 21.

de elección de foro no debe confundirse con la posibilidad que tengan las partes a buscar en varios foros a la vez para ver si en alguno de ellos la resolución les favorece[10].

III. CASOS DE FORUM SHOPPING.

En la etapa del TLCAN y la OMC se produjeron una serie de casos muy interesantes de shopping fórum[11] en donde interactuaron dichos foros y que mencionaré a continuación.

1. Salvaguardias sobre escobas[12].

Constituyó el primer caso del TLCAN en que un Miembro solicitó un panel que resuelva una controversia aplicando ambos derechos. Es un caso en donde EE.UU. impuso medidas de salvaguardia sobre las escobas de mijo mexicanas. México después de haber solicitado consultas y tras acudir a la Comisión de Libre Comercio, (abreviadamente, CLC) suspendió, de conformidad al art. 802.6[13], concesiones comerciales elevando el arancel para vinos de mesa y otras bebidas y productos.

De la misma manera México solicitó la constitución de un panel del capítulo XX y alegó ante el panel que EE.UU. violó el derecho del TLCAN como el de la OMC en materia de salvaguardias. México consideró que la Corte de Comercio Internacional estadounidense (abreviadamente, CCI) no ajustó su decisión a la definición de "producto similar" utilizada tanto en el TLCAN como en la OMC y por este motivo no incluyó en su análisis la industria de escobas de plástico; dicha omisión hizo que la CCI definiera incorrectamente el concepto de "industria nacional". México consideró que la diferencia podía dirimirse tanto en el foro del TLCAN como en el de la OMC. EE.UU. argumentó que el Panel del TLCAN no

10 Reyes Díaz, C.: *Comercio Internacional, jurisdicción concurrente en materia de prácticas desleales…*, cit. pp. 154, 208, 209.

11 Los casos presentados en este capítulo son sólo algunos representativos que se han planteado ante paneles del TLCAN y Grupos Especiales de la OMC, pero no son todos los que se encuentran en dicha circunstancia.

12 USA-97-2008-01, caso de la medida de salvaguardia impuesta por los EE.UU. a las Escobas de mijo mexicanas. Informe final (30 de enero de 1998).

13 Art. 802: *Medidas globales.*"Las Partes conservan sus derechos y obligaciones conforme al Art. XIX del GATT o a cualquier otro acuerdo de salvaguardas suscrito al amparo del mismo, excepto los referentes a compensación o represalia y exclusión de una medida en cuanto sean incompatibles con las disposiciones de este art. Cualquier Parte que aplique una medida de emergencia conforme a aquellas disposiciones excluirá de la medida las importaciones de bienes de cada una de las otras Partes, a menos que…802.6: La Parte que aplique una medida de conformidad con este art. proporcionará a la Parte o Partes contra cuyo bien se haya aplicado una compensación mutuamente acordada de liberalización comercial, en forma de concesiones que tengan efectos comerciales sustancialmente equivalentes, o que lo sean respecto del valor de los gravámenes adicionales que se esperen de la medida. Si las Partes implicadas no pueden llegar a un acuerdo sobre la compensación, la Parte contra cuyo bien se aplique la medida podrá imponer medidas que tengan efectos comerciales sustancialmente equivalentes a los de la medida adoptada de conformidad con los párrafos 1 o 3".

tenía jurisdicción para conocer de reclamaciones basadas en obligaciones del art. XIX del GATT y del Acuerdo de Salvaguardas de la OMC porque el art. 802.1 del TLCAN sólo incorpora el art. XIX del GATT de forma genérica, por dicho argumento, para EE.UU., el foro debió ser el Sistema de Solución de Diferencias de la OMC. Sin embargo el panel evitó entrar en la cuestión de la aplicabilidad del derecho de la OMC y resolvió aplicando solamente el derecho del TLCAN de la siguiente manera:

"no era necesario resolver esta objeción preliminar, debido a que era posible resolver las cuestiones en controversia únicamente bajo el Tratado. Después de examinar en su totalidad las reclamaciones legales de México bajo tanto las medidas de salvaguarda de la OMC como las del TLCAN. El panel finalmente concluyó que la controversia podía resolverse con base en la disposición que se establece tanto en el Anexo 803.3 (12) del TLCAN como en el art. 3.1 del Acuerdo sobre Salvaguardias de la OMC… ya que dichas disposiciones son substancialmente idénticas, la aplicación de la versión legal alcanzada de conformidad con el Anexo 803.3 (12) del TLCAN. El Panel eligió fundamentar su decisión en su integridad en el Anexo 803.3 (12), sin tomar en cuenta el art. 3.1 del Código sobre Salvaguardas, por lo tanto fue innecesario que el Panel resolviera respecto a la objeción preliminar de los estadounidenses relativa a la jurisdicción que tiene el Panel de examinar las disposiciones de la OMC relacionadas con el art. 802 del TLCAN" [14].

Tal y como afirma Zapatero, la resolución debería haber sido aplicando también el derecho de la OMC, citando al menos sus reglas reforzando sus argumentaciones jurídicas. Este caso es un ejemplo de cómo los mecanismos de controversias evitan aplicar derecho de otros acuerdos internacionales.

2. El caso de Jarabe de Maíz de Alta Fructuosa[15].

Es uno de los más representativos, en donde México y EE.UU. acudieron a ambos foros. La

14 Zapatero, P.: *Derecho del Comercio Global,* Civitas Ediciones, S.L., Madrid, 2003, p. 252-258.

15 México - Investigación antidumping sobre el jarabe de maíz con alta concentración de fructosa procedente de los Estados Unidos (DS132) Reclamante: Estados Unidos. La medida en controversia fue la adopción de derechos antidumping por parte de México sobre importaciones de jarabe de maíz con alta concentración de fructosa de Estados Unidos. El Grupo Especial concluyó que México actuó en forma incompatible con el art. 3 del Acuerdo Antidumping por no haber realizado una determinación adecuada de la existencia de amenaza de daño. En cumplimiento de las recomendaciones del Órgano de Solución de Diferencias, México emitió una resolución final revisada. EE.UU. solicitó el establecimiento de un Grupo Especial de cumplimiento de conformidad con el art. 21.5 del ESD.
En el procedimiento de cumplimiento, el Órgano de Apelación concluyó que la resolución revisada de México era incompatible con el art. 3 del Acuerdo Antidumping. Lo anterior debido a la insuficiente consideración de la repercusión de las importaciones objeto de dumping sobre la rama de producción nacional, y a la insuficiente consideración de los posibles efectos de un supuesto convenio de restricción en la determinación de la probabilidad de aumento sustancial. http://www.economia.gob.mx/swb/work/models/economia/Resource/433/1/images/Mexico-Jarabe_de_Maiz.pdf. (Fecha de consulta el 21 de mayo de 2021).

controversia inició en 1998, cuando la Unidad de Prácticas Comerciales Internacionales de la entonces Secretaría de Comercio y Fomento Industrial de México (actualmente, Secretaría de Economía), publicó la resolución final en la que se declaró la existencia de dumping por las importaciones estadounidenses a México de jarabe de maíz de alta fructuosa. En la presente controversia entre EE.UU. y México respecto a la aplicación de medidas antidumping sobre las importaciones del jarabe de maíz de los EE.UU., éstos atacaron las medidas mexicanas ante un Grupo Especial de la OMC y casi al mismo tiempo ante un Panel del TLCAN.

En ambos foros el conflicto se llevó hasta el fin, quienes emitieron resoluciones finales en sentido similar, pero es importante resaltar que el asunto nunca coincidió en ambos tribunales, sólo hubo alguna mención que se hizo del procedimiento del TLCAN en las actuaciones de la OMC, la cual no tuvo trascendencia ya que el Grupo Especial no las tomó en cuenta[16]. En el presente asunto el Panel del TLCAN aplicó la doctrina de cortesía, en la que un tribunal ejerce deferencia hacia otro y adopta sus determinaciones y conclusiones para evitar complicaciones[17].

En el contexto del capítulo XIX del TLCAN, el Panel aplicó la ley nacional del país que ha aplicado una medida antidumping, mientras la ley aplicable ante el Grupo Especial de la OMC es el derecho de ésta. De la misma manera en el contexto del capítulo XX del TLCAN, la ley aplicable es el TLCAN, mientras que en el contexto del ESD, la ley aplicable es el derecho de la OMC[18].

Es conveniente mencionar que la doctrina *res judicata* no se aplicó entre las decisiones de los Paneles del TLCAN y los Grupos Especiales de la OMC, ya que para que se pudiera haber aplicado dicha doctrina en los dos procedimientos tuvo que haber : a) las mismas partes, b) el mismo asunto y c) las mismas alegaciones jurídicas. En el presente caso al no aplicarse la misma ley para resolverlo, no se cumplió con el tercer requisito de la doctrina, aunque sean las mismas partes y el mismo asunto[19].

Esta concurrencia de foros no derivó en resoluciones contradictorias de la OMC como del TLCAN respecto de una misma causa, asimismo ninguno de los dos foros propusieron una solución a este problema.

16 Reyes Díaz, C.: *Comercio Internacional, jurisdicción concurrente en materia de prácticas desleales…*, cit. p. 126.

17 Decisión final, Revisión de la Resolución Final de la Investigación Antidumping sobre las Importaciones de Jarabe de Maíz de Alta Fructuosa. Caso MEX-EE.UU. A-98-1904-1, el 3 de agosto de 2001. http://www.nafta-sec-alena.org/app/DocRepository/1/Dispute/español/Capítulo_19_del_TLCAN/Mexicanas/ma98010s.pdf, párrafos 372-389. (Fecha de consulta el 05 de octubre de 2020).

18 http://cdei.itam.mx/medios_digitales/archivos/investigacion/CondonDiferenciasOMCyACR.pdf. (Fecha de consulta el 05 de mayo de 2021).

19 http://cdei.itam.mx/medios_digitales/archivos/investigacion/CondonDiferenciasOMCyACR.pdf. (Fecha de consulta el 21 de mayo de 2021).

IV. COOPERACIÓN MUTUA Y CONSULTAS.

Un objetivo trascendental de los procedimientos de solución de controversias del T-MEC es la prevención o solución de todas las controversias mediante la cooperación mutua y las consultas.

En el caso en que las Partes no logren solucionar el asunto a través de consultas dentro de un breve plazo especificado, cualquiera de las Partes podrá solicitar por escrito que se reúna la CLC[20]. Ésta se reunirá en los diez días siguientes a la entrega de la solicitud y procurará resolver la controversia. Como parte de los esfuerzos tendientes a resolver la controversia, la CLC podrá: 1) recurrir a asesores técnicos o crear grupos de trabajo o de expertos; 2) recurrir a los buenos oficios, la conciliación, la mediación o a otros procedimientos de solución de controversias, o 3) formular recomendaciones para apoyar a las Partes consultantes a lograr una solución amistosa[21].

En la OMC, las consultas es uno de los medios más utilizados para la solución de diferencias[22]. El Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias de la OMC (abreviadamente, ESD) establece la obligación de realizar consultas antes de solicitar la constitución de un Grupo Especial[23].

V. ESTABLECIMIENTO DE UN PANEL.

Si la CLC no resuelve la controversia, cualquiera de las Partes consultantes puede solicitar que se integre un panel. Tras la recepción de la solicitud por escrito, la CLC analizará el asunto que sea objeto de la reclamación y tendrá la obligación de establecer un panel. En el T-MEC no se especifica un plazo para el establecimiento de dicho panel. En cuanto a la efectividad del proceso, en el T-MEC los retrasos excesivos en la constitución de los paneles en todos los casos, podrá suscitar la existencia de imperfecciones procesales muy importantes y significativas en el diseño del mecanismo, particularmente en lo referente a la aparente incapacidad de las Partes de acordar la pronta constitución de los paneles y el limitado grado de apoyo del Secretariado que proveen los tres gobiernos.

Si hay dos Partes contendientes, el panel arbitral se integra con cinco miembros y las partes contendientes procurarán decidir la designación del presidente del panel dentro de los 15 días de la entrega de la solicitud para el establecimiento del panel,

20 Art. 31.5 del T-MEC. Esta es una facultad que le compete sólo a las partes consultantes y no puede hacer uso de ella la parte que permaneció ajena a la controversia.

21 Art. 31.5.4 del T-MEC.

22 Lupián Morfín, G.: *La OMC y El TLCAN. Los mecanismos de apelación,* Umbral, Guadalajara, 2015, p. 51.

23 Art. 4.3 del ESD.

en caso de que las Partes no logren decidir la designación del presidente dentro de este plazo, la Parte contendiente, electa por sorteo, elegirá como presidente, dentro de cinco días, a un individuo que no sea ciudadano de esa Parte.

Dentro de los 15 días de la elección del presidente, cada Parte contendiente seleccionará dos panelistas que sean ciudadanos de la otra Parte contendiente. En el supuesto caso que una Parte contendiente no seleccione a sus panelistas dentro de ese plazo, dichos panelistas se seleccionarán por sorteo entre los Miembros de la lista quienes sean ciudadanos de la otra Parte contendiente.

En caso de que haya más de dos Partes contendientes, el panel arbitral se integrará con cinco Miembros y las Partes contendientes procurarán decidir la designación del presidente del panel dentro de los 15 días de la entrega de la solicitud para el establecimiento del panel y si las Partes no logran decidir la designación del presidente dentro de este plazo, la Parte o Partes del lado de la controversia electa por sorteo, elegirá dentro de 10 días un presidente , que no sea ciudadano de esa Parte o Partes.

Dentro de los 15 días de la elección del presidente, la Parte demandada seleccionará dos panelistas, uno de los cuales sea ciudadano de una Parte reclamante y el otro de los cuales sea ciudadano de otra Parte reclamante y las Partes reclamantes seleccionarán dos panelistas que sean ciudadanos de la Parte demandada.

Si una de las Partes contendientes no selecciona a un panelista dentro del plazo de los 15 días, ese panelista será electo por sorteo de conformidad con los criterios de ciudadanía del párrafo anterior.

VI. ELECCIÓN Y REQUISITOS DE LOS PANELISTAS.

Los árbitros tienen que ser seleccionados de una lista de 30 panelistas y es precisamente lo que el T-MEC prevé: se escogerán de una lista de árbitros. Los panelistas que integran deben ser electos mediante consenso de las Partes, por periodo de tres años, con la posibilidad de ser reelectos. Los miembros de las listas han de tener conocimientos especializados en derecho internacional, comercio internacional, en solución de controversias derivadas de tratados comerciales y serán elegidos en función de su objetividad, confiabilidad y buen juicio.

Para una controversia que surja conforme al Capítulo 23 (Laboral) y Capítulo 24 (Medio Ambiente), cada Parte contendiente seleccionará a un panelista de conformidad con los siguientes requisitos, además de aquéllos establecidos en el párrafo 2 del art. 31.8 del T-MEC. En una controversia que surja conforme al Capítulo 23 (Laboral), los panelistas distintos al presidente tendrán conocimiento

especializado o experiencia en derecho o práctica en materia laboral; y en una controversia que surja conforme al Capítulo 24 (Medio Ambiente), los panelistas distintos al presidente tendrán conocimiento especializado o experiencia en derecho o práctica en materia ambiental.

En controversias referentes a áreas especializadas de derecho que no son mencionadas en el párrafo anterior, las Partes contendientes deberían seleccionar panelistas que aseguren que el panel tenga el conocimiento especializado necesario. Durante las negociaciones del TLCAN se contempló la posibilidad de dos tipos de paneles, como lo prevé el ALC: paneles arbitrales y paneles de expertos, sin embargo se optó por la constitución de un solo tipo de paneles "los paneles arbitrales", los cuales, pese a su denominación, sólo están facultados para emitir recomendaciones. Arts. 1806 y 1807 del ALC respectivamente[24]. La decisión de contemplar un solo tipo de paneles se basó en el hecho de que la existencia de dos tipos de paneles, uno que emite laudos y otro que emite recomendaciones, generalmente propicia el debilitamiento del último. Hubiera sido conveniente que el TLCAN contemplara y regulara el arbitraje, en el caso de que las partes de común acuerdo se sometieran a él. Así lo hace el GATT en su art. XXIII[25].

Para ser integrante de un panel, los candidatos de las listas deben completar una declaración inicial conforme a lo estipulado en el Código de Conducta del T-MEC, éste es fundamental para el proceso. El principio rector es que el candidato de la lista y miembro de un panel debe revelar cualquier interés, relación o asunto que pudiera afectar su integridad o imparcialidad o que pudiera crear apariencia de deshonestidad o parcialidad, por ende los panelistas y miembros de los comités del T-MEC no son árbitros permanentes, sino que se designan para un propósito específico. Un punto muy interesante de esta lista es que el T-MEC no especifica que los miembros de la misma sean ciudadanos de México, Canadá o EE.UU., por lo que se debe entender que pueden ser ciudadanos de cualquier país, inclusive de países no miembros del T-MEC[26].

El panel actúa conforme a las Reglas de Procedimiento para los Paneles (en adelante, Reglas), siempre que las Partes contendientes no acuerden otra cosa. En el T-MEC así como en las Reglas se prevén plazos específicos para cada fase

24 Steger, D.: *El Tratado de Libre Comercio Canadá- Estados Unidos: abriendo nuevos caminos,* en *Aspectos jurídicos del Tratado de Libre Comercio,* (coord. por J. WITKER), UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1992, p. 144. LEIR M, R.: *The Canada-U.S. Free Trade Agreement: New Directions in Dispute Settlement,* American Society of International Law. Proceedings of the 83erd Annual Meeting, Chicago, April 5-8, 1989, p. 253.

25 Witker. J.: *Panorama General de Controversias en el Comercio Internacional Contemporáneo,* en *Resolución de Controversias comerciales en América del Norte,* (coord. por J. Witker), UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1997, p. 40.

26 Camarillo, O.: *El TLC y el Sistema de Resolución de Controversias (Capítulo XX),* en el Seminario Internacional sobre Resolución de Controversias Comerciales en América del Norte, México D.F., UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, conferencia del 14 de octubre de 1993.

o instancia del procedimiento. Resulta positivo el establecimiento de plazos específicos debido a que hasta cierto punto se logrará judicializar en mayor medida el procedimiento, característica que hace que el mecanismo se acerque más a la técnica o método de resolver las controversias con apego a las normas a través de una resolución jurídica y menos al poder a través de una resolución política[27].

El panel iniciará el procedimiento señalando primero los términos de referencia, lo cual permitirá que la controversia se determine en forma precisa y por ende se trate precisamente[28].

La intervención del panel concluye con la emisión de un informe final. Dicho informe tiene la naturaleza de una recomendación ya que las Partes contendientes todavía tendrán que llegar a un acuerdo para la solución del conflicto[29]. De no ponerse de acuerdo, y siempre que el panel haya resuelto a favor de la demandante o reclamante porque encontró que una medida es incompatible con las obligaciones del T-MEC o es causa de anulación o menoscabo de dicho país reclamante "podrá suspender la aplicación de beneficios de efecto equivalente a la Parte demandada, hasta el momento en que alcancen un acuerdo sobre la resolución de la controversia"[30].

Esta condición, que requiere que el panel haya favorecido a la Parte demandante para que pueda proceder a suspender beneficios, tiene como consecuencia dotar de mayor fuerza e importancia a las resoluciones de los paneles y al régimen de solución de controversias en general[31]. Por lo tanto llego a la conclusión, de que en el T-MEC las resoluciones de los paneles tendrán como principal objetivo determinar la legitimidad de los reclamos del demandante, ya que de declararlos no legítimos no tendrá derecho a la compensación.

27 Leycegui, B., Fernandez, R.: *TLCAN ¿Socios Naturales? Cinco años del Tratado de Libre Comercio de América del Norte,* Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2000, México, D.F., p. 557.

28 Art. 31.7: Términos de Referencia del T-MEC. Se basó en el punto 5.1 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC que dice: "el mandato de los Grupos Especiales será el siguiente (…): Examinar, a la luz de las disposiciones pertinentes del Acuerdo General, el asunto sometido a las PARTES CONTRATANTES por (nombre de la parte contratante) en el documento DS (…) y formular conclusiones que ayuden a las PARTES CONTRATANTES a hacer recomendaciones o resolver sobre la cuestión, conforme a lo dispuesto en el art. XXIII.2."

29 Cruz, R.: *El TLC: controversias, soluciones y otros temas conexos,* Mc Graw Hill, México, 1997, pp. 2-5. La trascendencia futura del informe es evidente pues aunque no sea de aplicación obligatoria en casos similares constituirá un precedente que será consultado en su oportunidad. En el caso del Acuerdo de Libre Comercio entre Estados Unidos de América y Canadá (abreviadamente ALC), el capítulo 18, art. 1806, sí estableció el recurso a "arbitraje vinculatorio" para resolver disputas sobre medidas de salvaguardia, así como para otros temas en la medida en que hubiera acuerdo entre las partes. El TLCAN, sin embargo, no incluyó este recurso a arbitraje vinculatorio.

30 Art. 31.19 del T-MEC.

31 Esto se debe a que a diferencia del Acuerdo de Libre Comercio entre EE.UU. y Canadá (ALC), de no favorecer el panel a la Parte demandante, y de no llegar a un acuerdo con su contraparte, ésta no podrá proceder unilateralmente a suspender beneficios.

VII. LA TERCERA PARTE O TERCER PARTICIPANTE.

Debido al contexto trilateral del T-MEC, éste contempla los derechos de la tercera Parte que no participa en una controversia como Parte contendiente para participar como tercero, en vista de que el panel va emitir juicios sobre la interpretación y aplicación del T-MEC, sí le interesa intervenir en ella como *amicus curiae,* esta calidad le otorga el derecho a presentar comunicaciones escritas u orales al panel y a recibir comunicaciones escritas de las Partes contendientes sin estar vinculado para la resolución que emita el panel. Para ello, deberá notificar a las Partes contendientes y a su Sección del Secretariado por escrito su intención de participar[32]. En este sentido, los procedimientos de solución de controversias establecidos en el T-MEC pueden garantizar a la tercera Parte más legitimación que la conferida a los terceros en la mayoría de los procedimientos de solución de diferencias incluidos ante la OMC.

VIII. PRESENTACIÓN DE INFORMES PRELIMINARES.

El panel presentará a las Partes contendientes un informe preliminar a más tardar 150 días siguientes al nombramiento del último panelista y deberá contener: conclusiones de hecho, determinación sobre si la medida impugnada es incompatible con las obligaciones del T-MEC o si causa su anulación o menoscabo[33]. Según este Tratado, las Partes pueden hacer observaciones por escrito al panel sobre el informe preliminar, e incluso solicitar al panel reconsiderar su informe y llevar a cabo cualquier examen ulterior que considere pertinente[34].

IX. EL INFORME FINAL.

Debe realizarse dentro de los 30 días siguientes de haberse rendido el informe preliminar, a menos que las Partes contendientes decidan algo diferente.

X. LA IMPLEMENTACIÓN.

Los procedimientos generales de solución de controversias del T-MEC difieren de los de la OMC en un aspecto importante: la implementación. Éste puede ser un motivo por el cual los procedimientos del T-MEC puedan ser invocados tan ocasionalmente y las Partes prefieran recurrir al sistema de la OMC, a pesar de que las normas de aplicación contempladas en el ESD tienen varias lagunas y por lo tanto disten de ser perfectas.

32 Art. 31.14 del T-MEC.

33 Art. 31.17 del T-MEC.

34 Art. 31.17(4) del T-MEC.

De acuerdo al TLCAN, cuando un panel presentaba su informe final, "las partes contendientes procurarán llegar a un acuerdo sobre la solución de la controversia"[35], en el T-MEC son las Partes las que tendrán la última palabra. Deben de estar de acuerdo por consenso con la resolución de la controversia, pero no están necesariamente obligadas a acatar las determinaciones y recomendaciones del panel. Las Partes pueden convenir otra solución sí así lo desean[36].

Hubiera sido de gran beneficio para las Partes, el haber encargado a la CLC vigilar el cumplimiento de los acuerdos alcanzados para la solución de la controversia, como en el caso de la OMC, aunque el grado de presión será menor en el T-MEC al estar integrado sólo por tres países[37].

El Capítulo 31 del T-MEC indica que la resolución consistirá en la no ejecución o en la derogación de la medida violatoria con este Tratado o aunque no lo contravenga sea causa de anulación o menoscabo de los beneficios del mismo, pero también contempla la posibilidad de otorgar una compensación a falta de una resolución en ese sentido[38]. También en este caso la Sección A de solución de controversias del T-MEC es similar al antiguo sistema de solución de diferencias del GATT y no es tan legalista como el de la OMC.

Según lo dispuesto en el T-MEC, no existe una obligación jurídica similar de que la Parte demandada deba acatar las determinaciones y recomendaciones del panel, y las Partes contendientes pueden acordar otra forma de solucionar la controversia, incluida la compensación como alternativa a la derogación de la medida disconforme.

XI. INCUMPLIMIENTO Y SUSPENSIÓN DE BENEFICIOS.

Si la Parte demandada no ha logrado un acuerdo con la Parte reclamante para solucionar la controversia dentro de los 45 días siguientes a la recepción del informe final del panel, la Parte reclamante podrá suspender la aplicación de beneficios de efecto equivalente a la disconformidad o la anulación o menoscabo hasta tanto se alcance un acuerdo sobre la resolución de la controversia. Dicha suspensión de beneficios es provisional, pues sólo tendrá lugar hasta que ambas Partes alcancen un acuerdo mutuo para solucionar la controversia[39].

35 Art. 31.18 del T-MEC.

36 Lacarte, J. y Granados, J.: *Solución de Controversias Comerciales Inter-Gubernamentales: Enfoques Multilaterales y Regionales,…,* cit., BID-INTAL, Buenos Aires, 2004, p. 194.

37 El art. 19 del ESD regula la ejecución de las recomendaciones y resoluciones emitidas por los Grupos Especiales o por el Órgano de Apelación.

38 Art. 31.18(2) del T-MEC.

39 Art. 31.19 (1) del T-MEC.

Como se puede observar, la suspensión de beneficios queda dentro de la potestad de las Partes contendientes, debido a que en ocasiones habrá controversias en las que sólo participen dos países de los tres que son Miembros del T-MEC. Al igual que lo dispuesto en el ESD de la OMC, la Parte reclamante debe primero procurar suspender los beneficios en otros sectores si considera que no es factible ni eficaz suspenderlos en el mismo sector o sectores. También se podrá establecer un panel para que determine si es manifiestamente excesivo el nivel de los beneficios que una Parte haya suspendido[40].

XII. CONCLUSIONES.

Hasta el día de hoy no sabemos si el T-MEC será el marco más conveniente para resolver las controversias comerciales entre México, EE.UU. y Canadá, ya que en el pasado éstos acudieron más a resolver sus diferencias al foro la OMC que al TLCAN, porque éste tenía más defectos y debilidades.

En el futuro, México, EE.UU. y Canadá acudirán a resolver sus controversias al foro que brinde mejor seguimiento al proceso de implantación y ejecución, ya que éstos países tienen el derecho de usar el foro del T-MEC o el de la OMC, según las circunstancias.

40 Art. 31.19 (3) del T-MEC.

BIBLIOGRAFÍA

Camarillo, O.: *El TLC y el Sistema de Resolución de Controversias (Capítulo XX),* en el Seminario Internacional sobre Resolución de Controversias Comerciales en América del Norte, México D.F., UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, conferencia del 14 de octubre de 1993.

Cruz, R.: *El TLC: controversias, soluciones y otros temas conexos,* Mc Graw Hill, México, 1997.

Gaines Sanford, E.: *Comments on Dispute Settlement Issues Under NAFTA,* United

States-Mexico Law Journal, Albuquerque. The University of New Mexico School of Law,

volume 1, number 1, 1993.

Lacarte, J. y Granados, J.: *Solución de Controversias Comerciales Inter-Gubernamentales: Enfoques Multilaterales y Regionales,* BID-INTAL, Buenos Aires, 2004.

Leir M, R.: *The Canada-U.S. Free Trade Agreement: New Directions in Dispute Settlement,* American Society of International Law. Proceedings of the 83erd Annual Meeting, Chicago, April 5-8, 1989.

Leycegui, B., Fernandez, R.: *TLCAN ¿Socios Naturales? Cinco años del Tratado de Libre Comercio de América del Norte,* Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2000, México, D.F.

Lupián Morfín, G.: *La OMC y El TLCAN. Los mecanismos de apelación,* Umbral, Guadalajara, 2015.

Reyes Díaz, C.: *Comercio Internacional, jurisdicción concurrente en materia de prácticas desleales,* Porrúa, México, 2007.

Rojas V, H.: *The Dispute Resolution Process Under NAFTA,* United States-Mexico Law Journal, Albuquerque, The University of New Mexico School of Law, volume 1, number 1, 1993.

Steger, D.: *El Tratado de Libre Comercio Canadá- Estados Unidos: abriendo nuevos caminos,* en *Aspectos jurídicos del Tratado de Libre Comercio,* coordinador Jorge Witker, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992.

WITKER. J.: *Panorama General de Controversias en el Comercio Internacional Contemporáneo,* en *Resolución de Controversias comerciales en América del Norte,* (coord. por J. WITKER), México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997

ZAPATERO, P.: *Derecho del Comercio Global,* Civitas Ediciones, S.L., Madrid, 2003.

EL TRATAMIENTO DE LA RELACIÓN JURÍDICA CAUSAL EN LOS TÍTULOS VALORES, CONTRASTES ENTRE PERÚ, COLOMBIA Y BOLIVIA

THE LEGAL TREATMENT OF THE UNDERLYING RELATIONSHIP IN SECURITIES, DIFFERENCES BETWEEN PERU, COLOMBIA AND BOLIVIA

Rev. Boliv. de Derecho Nº 33, enero 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 706-723

José Carlos
BERNAL

ARTÍCULO RECIBIDO: 11 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 30 de noviembre de 2021

RESUMEN: Los títulos valores contienen un derecho autónomo, pero no surgen sin tener causa. La "relación causal", y el propio título valor, coexisten. Sin embargo, concepciones erradas sobre la autonomía del título valor podrían inducir al error de creer que la coexistencia de ambos llegase a generar duplicidad de obligaciones de pago para el deudor. Este artículo analiza el acercamiento de Perú y Colombia a este problema, en contraste con la falta de regulación precisa de Bolivia.

PALABRAS CLAVE: relación jurídica causal; obligación subyacente; obligación cambiaria; títulos valores.

ABSTRACT: *Securities contain an autonomous right, but they do not emerge without having a cause. The "underlying relationship" of the security, and the security itself, coexist. However, misconceptions about the autonomy of the obligations under the security could lead to the mistaken belief that coexistence of both generates a duplication of obligations for the debtor. This article analyses the approach of Peru and Colombia to this problem, in contrast with the lack of precise regulation in Bolivia.*

KEY WORDS: *cause of the legal relationship; underlying obligation; securities obligations; securities.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN: EL PROBLEMA DE LA COEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CAUSAL Y LA OBLIGACIÓN CAMBIARIA.- II. EL CONCEPTO DE LA RELACIÓN JURÍDICA CAUSAL EN LOS TÍTULOS VALORES.- III. LA RELACIÓN ENTRE LA OBLIGACIÓN CAUSAL Y LA OBLIGACIÓN CAMBIARIA.- IV. LA REGULACIÓN EN ALGUNOS PAÍSES DE LA REGIÓN.- 1. Perú.- 2. Colombia.- V. LA REGULACIÓN EN BOLIVIA.- 1. El principio de Autonomía.- 2. La regulación de la obligación causal paralela.- VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN: EL PROBLEMA DE LA COEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CAUSAL Y LA OBLIGACIÓN CAMBIARIA.

Una de las bases del derecho cambiario es la autonomía de la obligación cambiaria[1]. Esta ficción legal bien diseñada permite que el título valor cambie de manos rápidamente, transfiriendo la obligación autónoma contenida en el propio documento, y separándola de la "causa" que dio lugar a la emisión del título en un primer momento. Es difícil concebir el derecho cambiario sin esta característica tan particular, que se conoce como "abstracción cambiaria"[2].

Además de la facilidad de transmisión, la autonomía de la obligación cambiaria también genera otro efecto, y es la duplicidad de obligaciones. Por una parte, existe la obligación cambiaria contenida en el título valor, pero también existe otra obligación, conocida como obligación causal, subyacente, o primitiva, que refleja la relación jurídica existente entre el deudor y el acreedor original, que dio lugar a la emisión del título valor. Los títulos valores no se emiten en un vacío, el emisor debe tener una razón por la cual decide comprometerse a pagar al acreedor a un plazo futuro, a través de la emisión de un título valor. Esa "razón", es la relación jurídica causal u obligación causal.

Esta duplicidad de obligaciones no debería dificultar las relaciones comerciales, sino todo lo contrario. Los títulos valores aportan dinamismo y agilidad al comercio, y también alternativas más eficientes para el cobro efectivo de la deuda en casos de incumplimiento, y es por ello que los acreedores están interesados en recibir títulos valores que brinden mayores garantías para el cobro de su acreencia.

1 Cauvi y Lazarte la consideran como la diferencia fundamental entre las obligaciones cambiarias y el resto de obligaciones. Véase Cauvi, J. J., & Lazarte Molina, J. E.: "Los efectos pro soluto y pro solvendo de la entrega de títulos valores", *Advocatus*, núm. 008, 2003, p. 340.

2 Sobre el principio de abstracción cambiaria en general, véase Rodríguez Moreno, H.: "Apuntes básicos en materia de títulos valores", Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín, núm. 104, 2006, pp. 94-96.

• José Carlos Bernal
Licenciado en derecho por la Universidad Privada Boliviana, La Paz, Bolivia. Master en derecho corporativo (LLM) por Harvard Law School, Massachussets, Estados Unidos. Profesor de gobierno corporativo y derecho de obligaciones y contratos en la Universidad Privada Boliviana en La Paz, Bolivia.

Sin embargo, los legisladores y juristas se han encontrado en la necesidad de idear estructuras y mecanismos para describir cómo deberán interactuar las dos obligaciones que coexisten, es decir, la obligación cambiaria y la obligación causal, para evitar que la duplicidad genere injusticias e ineficiencias.

La regulación precisa de esta materia tiene particular importancia para precautelar los derechos del deudor que emite el título valor. En un escenario abstracto, al emitir un título valor, el deudor de una obligación está efectivamente creando una nueva obligación paralela y autocontenida en un documento, que no necesariamente reemplaza a la obligación causal que ya recaía sobre el deudor, sino que la duplica, es decir, que genera una obligación nueva, conocida como obligación cambiaria. Por tanto, está en el mayor interés del deudor el asegurarse que el acreedor de la obligación causal, y el acreedor de la obligación cambiaria (que bien podrían ser la misma persona o dos personas diferentes) no puedan cobrarle ambas deudas, que surgen de una sola raíz. El principio de abstracción cambiaria y la autonomía de la obligación cambiaria, tan útiles para el funcionamiento de los títulos valores en el comercio, no debe sustentar una injusticia como esa.

El presente artículo analiza la legislación de Perú, Colombia y Bolivia, respecto a este tema. Si bien los dos primeros países han abordado esta problemática de manera diferente, ambos han contemplado en sus legislaciones disposiciones positivas y considerablemente detalladas respecto a esta situación, buscando precautelar la seguridad del emisor del título valor. Bolivia, por otra parte, no ha desarrollado con precisión este tema, y su normativa ha dejado vacíos abiertos a la interpretación.

La falta de claridad en la legislación boliviana sobre este importante aspecto, abre la posibilidad a interpretaciones erradas sobre la autonomía de los títulos valores, que lógicamente podrían generar desconfianza y recelo respecto al uso de los mismos por parte de los comerciantes. La legislación boliviana se beneficiaría de una redacción precisa y objetiva, que permita comprender la interacción entre la obligación cambiaria y la obligación causal, precautelando claramente los derechos de los deudores, y que probablemente generaría mayor aceptación de los títulos valores en las prácticas comerciales del país.

II. EL CONCEPTO DE RELACIÓN JURÍDICA CAUSAL EN LOS TÍTULOS VALORES.

La "relación jurídica causal" u "obligación causal" tiene también muchas otras denominaciones. Se la conoce como relación jurídica subyacente, básica, fundamental, y el Código Civil del Perú, por ejemplo, hace referencia a esta

obligación como la "obligación primitiva"[3]. El Código de Comercio de Bolivia, en cambio, parece reconocerlo con los términos "negocio jurídico que dio origen al título-valor"[4], pero no le asigna una denominación específica.

En el estudio del derecho civil, el concepto de "obligación" se comprende sin necesidad de añadir adjetivos como "subyacente" o "primitiva", porque no se contrapone a ningún otro tipo de obligación de la que deba diferenciarse, no obstante las múltiples categorías y clases que componen la "obligación", como las obligaciones mancomunadas, divisibles, facultativas, etc. Sin embargo, en el estudio del derecho cambiario, la obligación subyacente debe diferenciarse de otro tipo de obligación que es característica de la materia, y que es la "obligación cambiaria". Las obligaciones cambiarias son aquellas en las que una obligación específica ha quedado incorporada físicamente en un documento, que legitima el ejercicio de ese derecho ahí contenido.

Al incorporarse una obligación en un documento se crea un documento que tiene, por sí mismo, valor, es decir, se crea un "título valor" en toda la extensión de estas palabras. De esta forma, el documento no sería un medio de prueba que permite confirmar la existencia de una obligación entre un acreedor y un deudor, como lo sería por ejemplo un contrato, sino que el título valor es, en sí mismo, el contenedor de esa obligación.

Los efectos prácticos de esta ficción son diversos. Las obligaciones en el derecho civil están sujetas a las normas de cesión de créditos y delegación de deuda. Eso significa que, si una persona desea transferir el derecho que tiene a cobrar una obligación, debe realizar una cesión del crédito a favor del cesionario, y notificar al deudor, para que este sepa que su obligación de pago ahora debe realizarse a otra persona. En cambio, en el caso de los títulos valores, la transferencia de la obligación se hace a través del endoso del título valor, y su entrega física al adquirente del título, quien pasará a ser el nuevo acreedor. La "abstracción cambiaria" permite que la obligación esté autocontenida en el documento, y que este fluya libremente en el mercado.

Por su parte, el deudor no requiere ser notificado ni dar su autorización para que se realice esta transferencia de la obligación. El deudor debe pagar la obligación que se encuentra contenida en el documento (es decir, la obligación cambiaria), al acreedor de la misma, sin importar que la persona que pretenda cobrar la obligación cambiaria sea, o no, el acreedor original del título valor emitido por el deudor[5].

3 Código Civil del Perú, Decreto Legislativo No. 295, 1984, artículo 1233.

4 Código de Comercio de Bolivia, Decreto Ley 14379, 1977, artículo 492.

5 Cauvi y Lazarte Molina señalan que "Es precisamente la inmanencia entre derecho y título lo que determina la necesidad de transferir el derecho con la entrega del título. Sin título no hay derecho cambiario". Véase

Para que esto funcione, se debe crear esta denominada "obligación cambiaria", a través de la emisión del título valor que la contenga, y que debe cumplir con diversas formalidades específicas que requiere cada legislación, para que un documento adquiera las cualidades especiales de "título valor". Esto lo realiza el deudor, a través de un acto unilateral de voluntad, en el que declara que se obliga al pago de un monto específico, en un plazo de tiempo específico.

El estudio del derecho cambiario comprende múltiples otros aspectos que podrían considerarse sobre la creación de la obligación cambiaria, la titularidad del poseedor, las formas de endoso, e incluso la desmaterialización del título[6]. Esos aspectos escapan al objetivo y alcance del presente artículo académico. Sin embargo, debemos enfocarnos en el momento de creación del título valor y del surgimiento de la obligación cambiaria, por la relación directa que este hecho tiene sobre la otra obligación ya existente en ese momento, es decir, la obligación causal.

Considerando que la obligación cambiaria se genera a través de un acto unilateral del deudor, vale la pena preguntarse por qué una persona decidiría emitir un título valor, y obligarse al pago de una deuda. Este tipo de acciones no surgen en un vacío, sino que tienen una causa que justifica este accionar. Podría tratarse, por ejemplo, de una persona que le debe una cantidad de dinero a su vecino, quien, como mecanismo adicional de garantía para asegurar el pago de la deuda, solicitó que el deudor le firme un pagaré, que es un título valor.

En el momento en el que el deudor emite un pagaré a favor de su acreedor, efectivamente ha creado una obligación cambiaria, pero ya tenía también la obligación subyacente, pues no olvidemos que le debe una suma de dinero a su vecino. En el ejemplo señalado, el vecino acreedor hubiera podido reclamar el pago del monto adeudado al vecino deudor sobre la base de la obligación causal, sin necesidad de la emisión de un pagaré. La obligación subyacente (la deuda original entre vecinos) ya existía antes de que se emita el título valor, que refuerce la obligación de pago. Por tanto, la causa de la emisión del título valor, es esa deuda preexistente y cobrable en derecho, a la cual nos referimos como relación jurídica causal u obligación causal.

III. LA RELACIÓN ENTRE LA OBLIGACIÓN CAUSAL Y LA OBLIGACIÓN CAMBIARIA.

La coexistencia de la relación causal y la obligación cambiaria genera múltiples preguntas, algunas de las cuales son analizadas a continuación, y que dan lugar a la pregunta central de este artículo, que se presenta al final.

Cauvi, J. J., & Lazarte Molina, J. E.: "Los efectos", cit., p. 341.

6 Rodríguez Moreno realiza un resumen completo y conciso sobre diversos aspectos de la materia de títulos valores. Véase Rodríguez Moreno, H.: "Apuntes básicos", cit., pp. 67-109.

¿Reemplaza la obligación cambiaria a la subyacente? En principio no lo hace, aunque, como se analiza más adelante, la obligación cambiaria deja en suspenso las acciones que emergen de la obligación causal. Tanto la obligación cambiaria como la obligación subyacente podrían ser ejecutadas en algún momento futuro, y el surgimiento de la obligación cambiaria no se presume como una novación, o como una dación en pago para cumplir la obligación subyacente, ni genera efectos *pro soluto*[7]. Sin embargo, como en muchos aspectos del derecho comercial, las partes tienen considerable libertad para adecuar sus relaciones de la manera que consideren más apropiada, y por tanto podrían pactar expresamente que el título valor sea una novación de la obligación causal, o que la emisión del título valor sea una "dación en pago" para extinguir la obligación causal.

¿Por qué querría el acreedor que se genere una nueva obligación (la cambiaria) si ya existía la obligación subyacente? Primordialmente por dos razones. En primer lugar, porque la emisión de un título valor brinda al acreedor acceso a mecanismos judiciales que suelen ser más expeditos y eficientes para el cobro de obligaciones cambiarias, en comparación a los mecanismos normales disponibles para el cobro judicial de cualquier otro tipo de deuda. En el caso de Bolivia, por ejemplo, el Código Procesal Civil señala que los "títulos, valores y documentos mercantiles que de acuerdo al Código de Comercio tuvieran fuerza ejecutiva" brindan al acreedor la posibilidad de promover procesos ejecutivos contra el deudor[8], ello en comparación al proceso ordinario, que sería la alternativa lógica del acreedor si la obligación subyacente no se encontrara garantizada por un título valor.

La segunda razón por la que el acreedor podría desear que el deudor emita un título valor, es para tomar ventaja de las particularidades de la transmisibilidad de los títulos valores a través de su endoso, como se describe más arriba en este artículo. De esta forma, el acreedor no necesitaría esperar hasta la madurez o vencimiento del título adquirido para recibir el pago de la deuda por parte del deudor, sino que podría transferirlo, en cualquier momento, a alguna persona que esté dispuesta a comprarlo, a cambio del pago de una contraprestación.[9] Esto le brinda mayores alternativas de obtener liquidez, cuando lo requiera, sin atarse a un momento futuro para cobrar su acreencia.

Finalmente, debemos preguntarnos si la coexistencia de dos obligaciones paralelas genera algún tipo de perjuicio para el deudor, considerando que el título valor contiene un derecho literal y autónomo, debido a la "abstracción

7 De manera general, respecto a los efectos *pro soluto* y *pro solvendo* en el uso de los títulos valores, véase Cauvi, J. J., & Lazarte Molina, J. E.: "Los efectos", cit., pp. 337-355.

8 Código Procesal Civil de Bolivia, Ley 439, 2014, Art 379.

9 Sobre la negociación de títulos valores antes de su vencimiento, y diferentes formas de vencimiento de los títulos valores, véase Andrade Otaiza, J. V.: *Teoría de los Títulos Valores*, Editorial Universidad Católica de Colombia, Bogotá, 2018, pp. 133 y 143-146.

cambiaria". Ello quiere decir que, para hacer valer su derecho, el acreedor de un título valor únicamente requiere contar con la titularidad del documento, y no necesita fundamentar su solicitud de cobro al deudor, ni presentar prueba adicional respecto al monto a ser cobrado. El acreedor de la obligación cambiaria tampoco tendrá necesidad de probar la existencia de una obligación subyacente que justifique la emisión del título valor. El título valor es autónomo y ejecutable por sí mismo, y todos los datos necesarios para su cobro, se encuentran detallados en el propio documento.

La concepción de los títulos valores no sería posible sin esta vital característica. Si no existiera una ficción legal que permita al poseedor de un título valor el cobrarlo de manera autónoma y sin necesidad de vínculo alguno a la obligación subyacente, el título valor carecería de sentido, porque los subsecuentes acreedores que entraran en posesión del título se verían forzados a retornar al origen de la emisión del título valor para sustentar su derecho, restando así toda utilidad a la fácil transmisión de estas obligaciones a través de endosos.

Sin embargo, la autonomía de los títulos valores, interpretada de manera irrestricta, también podría generar un potencial riesgo para los deudores. Ello se debe a que la obligación cambiaria (autónoma y suficiente por sí misma), convive con la obligación subyacente, que, como se analiza arriba, por lo general no ha sido extinguida. Por tanto, si se fuerza la interpretación de la autonomía de la obligación cambiaria, en teoría, el deudor podría enfrentarse al pago de dos obligaciones paralelas, la obligación cambiaria y la obligación causal. Esta posibilidad resulta claramente injusta, y distorsiona la estructura lógica de los títulos valores emitidos con efectos *pro solvendo*, y que en realidad reconocen y refuerzan a la obligación subyacente, pero no tienen como objetivo penalizar al deudor con la duplicación de su deuda.

Si los países no atienden este problema de manera y coherente clara en su legislación positiva, podrían generar incertidumbre entre los comerciantes respecto al uso de títulos valores como mecanismos para garantizar el pago de deudas. A continuación se analiza cómo se han aproximado a este problema las legislaciones de Perú y Colombia, para después contrastarlas con la situación en Bolivia.

IV. LA REGULACIÓN EN ALGUNOS PAÍSES DE LA REGIÓN.

1. Perú.

Desde 1967, los títulos valores en el Perú estaban regulados por una ley específica, la "Ley de Títulos Valores", Ley No. 16587, de 15 de junio de 1967. Esa

ley fue derogada por la "Nueva Ley de Títulos Valores", Ley No. 27287 de 19 de junio de 2000, que es actualmente la ley en vigencia en ese país.

El art. 94 de la Nueva Ley de Títulos Valores contiene un análisis detallado de la duplicidad de obligaciones, y de las acciones alternativas que existen contra el deudor. El artículo señala lo siguiente:

"Artículo 94.- Acción alternativa

94.1 Si las calidades del tenedor y del obligado principal del título valor correspondieran respectivamente al acreedor y al deudor de la relación causal, de la que se derivó la emisión de dicho título valor, el tenedor podrá promover a su elección y alternativamente, la acción cambiaria derivada del mismo o la respectiva acción causal.

94.2 Igual derecho asistirá al endosatario respecto a su inmediato endosante, siempre que el endoso fuere absoluto y derivase de una relación causal, en la que uno y otro tuvieren las calidades de acreedor y deudor, respectivamente.

94.3 Subsiste la acción causal correspondiente a la relación jurídica que dio origen a la emisión y/o transmisión del título valor no pagado a su vencimiento, a menos que se pruebe que hubo novación.

94.4 Si el tenedor opta por ejercitar la acción cambiaria, de acuerdo al Artículo 18 podrá recurrir a cualquiera de las vías procesales que admita la ley procesal".

También tiene particular importancia para el presente análisis, uno de los artículos del Código Civil de Perú. El art. 1233 del Código Civil de Perú señala lo siguiente:

"Artículo 1233º.- La entrega de títulos valores que constituyen órdenes o promesas de pago, sólo extinguirá la obligación primitiva cuando hubiesen sido pagados o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado, salvo pacto en contrario. Entre tanto la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso".

De la lectura conjunta de ambas normas se desprenden algunas conclusiones claras sobre la exigibilidad de la obligación cambiaria y de la acción causal, y el relacionamiento que existe entre ambas.

En primer lugar, el art. 94.3 establece una presunción respecto a la coexistencia de la obligación causal y la obligación cambiaria, aclarando que la acción causal (es decir, la acción judicial para el cobro de la obligación causal) no subsistiría

únicamente si se prueba que hubo novación[10]. Si existiera novación, las partes hubieran determinado, al momento de crear la obligación cambiaria, que ésta reemplazaría completamente a la obligación causal, y que por tanto a partir de ese momento únicamente existiría la obligación cambiaria, mientras que la obligación causal habría sido extinguida. Si las partes no hubieran acordado esa novación de manera expresa, entonces ambas obligaciones coexistirían, es decir, la obligación causal no dejaría de existir por el surgimiento de la obligación cambiaria.

En segundo lugar, y más importante aún para los fines del presente análisis, el art. 94.1 señala que si el tenedor (es decir, el acreedor de la obligación cambiaria), es el mismo que el acreedor de la relación causal, éste tiene dos "acciones" disponibles, pero debe elegir una. Por una parte, puede elegir la acción cambiaria, o alternativamente, puede elegir la acción causal, pero esa facultad de elección significa, a la vez, que no puede utilizar ambos mecanismos. Por tanto, el deudor tiene la certeza de que el acreedor original solamente podrá optar por una opción de cobro en su contra, y no por las dos, por más que la obligación cambiaria se encuentre autocontenida en el documento por virtud del ya mencionado principio de abstracción cambiaria.

En caso de que el título valor hubiese circulado (es decir, se encontrara en manos de un tenedor diferente), el deudor correría el riesgo de que dos acreedores diferentes intenten cobrarle por la misma deuda; tanto el acreedor de la obligación causal, como el acreedor de la obligación cambiaria. En esta sección adquiere importancia lo señalado en el art. 1233 del Código Civil de Perú, al establecer que la obligación causal se extingue con el pago del título valor (léase de la obligación cambiaria), y que en tanto ello no pase, la acción que corresponde a la obligación causal "quedará en suspenso", es decir, que no podrá ejercerse[11].

La lógica detrás de esta estructura está dirigida a proteger los intereses del deudor. Si el acreedor de la obligación (cambiaria y causal), decidiera circular el título valor que posee a una tercera persona, y posteriormente tratara de cobrar la obligación causal a su deudor, el deudor correría el riesgo de que, a futuro, una persona que sea tenedor del título valor pretenda cobrar la obligación cambiaria, obligando al deudor a un doble pago. Por ello, el acreedor de la obligación causal tendrá suspendida la acción causal que le corresponde, y no podrá ejercerla.

La redacción de estas disposiciones de manera expresa en la legislación de Perú, sin duda ayuda a la comprensión del tema, pero también genera críticas

10 Canelo Dávila aclara que las acciones cambiarias son derechos subjetivos cambiarios exigidos judicialmente por la pretensión material que tienen los acreedores de los títulos valores, pero que en realidad no constituyen, como tal, "acciones" diferentes. Véase Canelo Dávila, G.: "Prescripción y Caducidad en la Ley de Títulos Valores", *THEMIS Revista De Derecho*, núm. 19, 1991, p. 24.

11 Código Civil del Perú, Decreto Legislativo No. 295, 1984, art. 1233.

y observaciones. Juan José Cauvi y Jorge E. Lazarte Molina desarrollan varias observaciones a esta estructura, incluyendo el hecho de que la extinción de la obligación causal por perjuicio del título valor, parece una consecuencia demasiado gravosa y severa, en caso de que el título no hubiera circulado, quitando al acreedor ambas alternativas, a menos que el título valor se hubiera perjudicado por causales ajenas a la culpa del acreedor[12].

Sin embargo, para efectos del presente artículo académico, es importante resaltar la claridad de la redacción de estos artículos en la legislación del Perú, respecto a la alternativa de acciones posibles, y a la suspensión de la posibilidad de la acción causal, para evitar que el deudor enfrente el doble cobro en su contra.

2. Colombia.

En Colombia, el tratamiento de la relación entre la obligación causal y la obligación cambiaria está contenido en su Código de Comercio, en los arts. 620, 643 y 882. A diferencia de Perú, la legislación colombiana no posee una norma específica sobre títulos valores, y como veremos más adelante, tampoco Bolivia ni otros países de la región, como Argentina, tienen leyes específicas para regular los títulos valores, sino que han delegado esta materia al propio código de comercio de cada país.

Los arts. 620 y 643 del Código de Comercio de Colombia reflejan la existencia de la obligación causal, y los aspectos básicos de su tratamiento. El art. 620 desarrolla la importancia de los requisitos formales para generar los efectos de los títulos valores, especificando que "la omisión de tales menciones y requisitos no afecta el negocio jurídico que dio origen al documento o al acto". En la referencia al "negocio jurídico que dio origen al documento", la legislación colombiana está en realidad haciendo referencia a la obligación causal, que es la que da "origen" a la emisión del título valor.

Por tanto, si se emitiera un título valor, pero al hacerlo se omitiera por error alguno de los requisitos formales específicamente señalados por ley, este artículo del Código de Comercio de Colombia dicta que ello solamente afectaría el surgimiento de la obligación cambiaria, pero que no afectaría la relación causal subyacente, que estaría vigente y sujeta a sus propios términos, y de la cual podría valerse el acreedor para reclamar el cobro de su acreencia.

Por su parte, el art. 643 del Código de Comercio de Colombia contiene una presunción similar a la señalada en el art. 94.3 de la Nueva Ley de Títulos Valores de Perú discutida arriba. El artículo señala: "La emisión o transferencia

12 Cauvi, J. J., & Lazarte Molina, J. E.: "Los efectos", cit., pp. 352-354.

de un título valor de contenido crediticio no producirá, salvo que aparezca de modo inequívoco intención en contrario de las partes, extinción de la relación que dio lugar a tal emisión o transferencia. La acción causal podrá ejercitarse de conformidad con el artículo 882".

Esta presunción de coexistencia de la obligación causal y cambiaria responde al efecto *pro solvendo* de los títulos valores, como se explica arriba, en este artículo académico. Perú y Colombia asumen posiciones similares respecto a este tema.

El artículo más complejo, pero a la vez más detallado sobre la materia en el Código de Comercio de Colombia, es el art. 882, al que se remite el art. 643 leído arriba. En virtud al art. 882 de este cuerpo normativo se señala lo siguiente:

"La entrega de letras, cheques, pagarés y demás títulos valores de contenido crediticio, por una obligación anterior, valdrá como pago de ésta si no se estipula otra cosa; pero llevará implícita la condición resolutoria del pago, en caso de que el instrumento sea rechazado o no sea descargado de cualquier manera. Cumplida la condición resolutoria, el acreedor podrá hacer efectivo el pago de la obligación originaria o fundamental, devolviendo el instrumento o dando caución, a satisfacción del juez, de indemnizar al deudor los perjuicios que pueda causarle la no devolución del mismo. Si el acreedor deja caducar o prescribir el instrumento, la obligación originaria o fundamental se extinguirá así mismo; no obstante, tendrá acción contra quien se haya enriquecido sin causa a consecuencia de la caducidad o prescripción. Esta acción prescribirá en un año"[13].

De este artículo se rescatan varias conclusiones. En primer lugar, el aspecto más relevante para el presente artículo académico es que la emisión del título valor y su entrega al acreedor, generan un pago de la obligación causal, pero este pago está sujeto a condición resolutoria, y esa condición resolutora es que el título valor sea pagado en el momento de su vencimiento.

Esto significa que si al momento de madurez del título, éste no es pagado por el deudor, se retrotraen los efectos de "pago" que generó la emisión del título valor en un principio, y la obligación causal, vuelve a la vida. No obstante, mientras no haya llegado el momento de madurez del título valor, la obligación causal se considera pagada y, por tanto, incobrable por parte del acreedor.

Esta es la forma en la que la legislación colombiana ha tratado de dar solución al problema de la coexistencia de la obligación cambiaria y la obligación causal. Si la emisión del título valor (es decir, la creación de la obligación causal), genera los efectos de pago de la obligación subyacente, el acreedor no tendría forma de

13 Código de Comercio de Colombia, Decreto 410, 1971, art. 882.

reclamar ambas obligaciones al deudor, porque la obligación subyacente ya se consideraría "pagada". La única forma en la que la obligación subyacente podría ser cobrada, con efectos retroactivos, es que el título valor sea, de acuerdo a la redacción del artículo "rechazado o no sea descargado". Mientras que en Perú se señala que la acción causal queda "en suspenso", en Colombia se la considera pagada, pero con condición resolutoria pendiente, a la espera del pago efectivo de la obligación cambiaria.

En segundo lugar, debe notarse que el rechazo del pago del título por parte del deudor, no genera la extinción de la obligación cambiaria, sino solamente el resurgimiento de la obligación causal. Eso le permite al acreedor tener dos acciones judiciales a su disposición y elección, tanto la acción cambiaria ejecutiva que surge del título valor, como la acción que esté permitida por la relación jurídica causal[14]. Como se analiza arriba, los títulos valores confieren acceso a mecanismos más eficientes de cobro de deudas, y, por tanto, es probable que el acreedor prefiera realizar el cobro a través de la acción cambiaria, pero nada le impediría optar por la otra opción, y buscar el cobro judicial de la obligación causal.

Finalmente, es relevante que si el título valor como instrumento caduca o prescribe (es decir, se afecta el ejercicio del derecho contenido en el título por culpa atribuible a la negligencia del acreedor), tanto la obligación cambiaria como la obligación causal quedan extinguidas. Al igual que en Perú, la legislación de Colombia señala una consecuencia muy severa contra la negligencia del Acreedor en el cobro de la deuda.

V. LA REGULACIÓN EN BOLIVIA.

Como se expone a continuación, en los aspectos generales, la legislación boliviana regula las disposiciones aplicables a los títulos valores bajo los mismos criterios y guías que la legislación de Perú y de Colombia. Sin embargo, su regulación sobre la relación entre la obligación causal y la obligación cambiaria es menos clara que en Perú y Colombia, y deja varios aspectos en el vacío, generando comparativamente mayor incertidumbre sobre el uso de los títulos valores y las consecuencias de la duplicidad de obligaciones.

1. El principio de autonomía.

En Bolivia, las principales disposiciones que regulan los títulos valores están contenidas en los arts. 491 al 738 del Código de Comercio. Estos artículos

14 Lopera Salazar considera que "se abre igualmente la puerta para acudir a la acción causal sin que sea forzoso iniciar o agotar la acción ejecutiva cambiaria como condición de procedibilidad de la pretensión fundada en el negocio subyacente". Lopera Salazar, L. J.: "Vinculación entre la relación causal y la cambiaria", *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas–Universidad Pontificia Bolivariana*, núm. 53, 1981, pp. 54-55.

contienen no solamente el desarrollo de las distintas especies de títulos valores contemplados en la legislación boliviana, sino también disposiciones generales aplicables a la materia.

Es posible considerar que el principio de autonomía de los títulos valores, en Bolivia, tiene como una de sus bases, el primer artículo de esta sección del Código de Comercio, que contiene el concepto de "título valor":

"Artículo 491°.- (Concepto) Título-valor es el documento necesario para legitimar el ejercicio del derecho literal y autónomo consignado en el mismo [...]"[15].

El Código de comercio también posee un artículo específicamente denominado "autonomía de la obligación", sin embargo, la redacción de este artículo no parece estar dirigida a establecer o desarrollar el principio de autonomía de los títulos valores, sino a la obligación individual de los suscriptores de los títulos valores, más allá de las circunstancias que invaliden las obligaciones de otros subscriptores del mismo título.

El art. 499 del Código de Comercio señala lo siguiente:

"Todo suscriptor de un título-valor se obliga autónomamente.

Las circunstancias que invaliden la obligación de alguno o algunos de los suscriptores, no afectan las obligaciones de las demás personas que lo suscriban".

La diferencia entre la relación causal y la relación cambiaria también se sobreentiende en otros artículos de la norma. El art. 492, por ejemplo, establece lo siguiente, confirmando el reconocimiento de la norma a un "negocio jurídico que dio origen al título-valor":

"Los documentos y los actos indicados en este Título sólo producirán los efectos previstos cuando contengan las menciones y llenen los requisitos señalados por el presente Código, salvo que por la misma ley estén implícitos.

La omisión de tales menciones y requisitos no afecta a la validez del negocio jurídico que dio origen al título-valor".

El Código de Comercio de Bolivia también reafirma la autonomía del título valor, al señalar que su eficacia deriva del asentimiento del emisor del mismo, plasmado en el documento a través de una firma, y que se respeta la literalidad del documento, es decir, lo que expresamente se plasme en el mismo. Esta redacción del Código en realidad señala implícitamente que la eficacia del título valor no se

15 Código de Comercio de Bolivia, Decreto Ley 14379, 1977, art. 491.

deriva de ninguna otra relación jurídica (como la relación jurídica causal), sino del tenor literal de lo declarado por el emisor, y plasmado en el título. Un acreedor de la obligación cambiaria no necesita mayores datos o referencias, que aquellas ya contenidas dentro del propio título valor, para ejercer plenamente su derecho de cobro. Esta redacción reafirma que el legislador contempló la autonomía de la obligación cambiaria como una importante característica de los títulos valores.

Los arts. 498 y 500 señalan lo siguiente:

"Artículo 498°.- (Eficacia del titulo-valor) Toda obligación consignada en un título-valor deriva su eficacia de una firma puesta en el mismo y de su entrega al tomador o beneficiario legítimo".

Artículo 500°.- (Obligatoriedad del tenor literal) El que suscribe un título quedará obligado en los términos literales del mismo, a menos que firme con salvedades compatibles con su esencia".

2. La regulación de la obligación causal paralela.

Si bien el Código de Comercio parece reconocer implícitamente la existencia de una obligación causal paralela a la obligación cambiaria, no desarrolla a profundidad cómo deben interactuar estas dos. Recordemos que en Perú la legislación establece que la acción judicial para el cobro de la obligación causal se encuentra "en suspenso", mientras que en Colombia la obligación causal se considera pagada, pero con condición resolutoria sujeta al pago efectivo del título valor. Por su parte, en Bolivia, el legislador ha regulado esta situación de una manera menos clara.

Conforme al art. 510 del Código de Comercio de Bolivia se desarrolla lo siguiente:

"Los títulos valores dados en pago se presumen recibidos bajo la condición salvo buen cobro, cualquiera sea el motivo de la entrega".

De este artículo se podría entender que los títulos valores dados como forma pago (es decir, que tienen efectos *pro soluto*), extinguen la obligación subyacente, pero con la salvedad de que esa extinción solamente se confirmará cuando el título sea cobrado, es decir, cuando ocurra el "buen cobro". Por tanto, si el "buen cobro" no ocurre, el título valor no habrá extinguido la relación causal.

Esta redacción parece tener un sentido similar a la intención de las legislaciones de Perú y Colombia, sin embargo, su redacción y alcances son más limitados. En primer lugar, hace mención a la condición "salvo buen cobro", que no es una

institución de derecho desarrollada por el Código de Comercio de Bolivia, y que solamente se comprende a cabalidad con apoyo de doctrina sobre derecho bancario. En Colombia, en cambio, la legislación fue más precisa al establecer que se trata de una "condición resolutoria", y explicando lo que ocurre con la obligación causal, en caso de que esta condición sea cumplida. En Bolivia, esa interpretación debe inferirse.

En segundo lugar, el artículo del Código de Comercio de Bolivia limita el alcance de esta cláusula solamente a los "títulos valores dados en pago", es decir, a los títulos valores que se emiten con la intención de extinguir la obligación causal a través de "dación en pago". El acreedor podría aceptar voluntariamente el título valor como pago de la obligación subyacente, y así extinguirla. Sin embargo, como se analiza en la parte inicial de este artículo académico, los títulos valores pueden tener efectos *pro soluto* o *pro solvendo*, y si son emitidos con efectos *pro solvendo* en realidad tienen la intención de reforzar la obligación causal, pero sin extinguirla.

Debido a la redacción expresa del art. 510 analizado, la condición "salvo buen cobro" únicamente se presumiría para los títulos valores dados en pago, pero no para los títulos valores que coexisten con las obligaciones causales. Más aún, al señalar las palabras "dados en pago", implícitamente el artículo reconoce que no todos los títulos valores son dados en pago, y que, al contrario, podrían ser simplemente refuerzos adicionales para garantizar deudas preexistentes. No obstante, el cuerpo normativo no regula qué es lo que ocurre con los títulos valores que tienen efectos *pro solvendo.*

Esta falta de regulación positiva genera más incertidumbre en Bolivia, de la que podría generarse en Perú y Colombia. Como se analizó arriba, el Código de Comercio de Bolivia sí desarrolla en profundidad la autonomía de los títulos valores como característica vital de su funcionamiento. Sin embargo, la redacción del art. 510 no brinda la misma certeza a los comerciantes bolivianos, respecto a la coexistencia de los dos tipos de obligaciones, que sí brinda la legislación de Perú y de Colombia. Por tanto, es lógico imaginar que un comerciante en Bolivia tenga un panorama menos claro, respecto a los riesgos que corre debido a la emisión de un título valor, y que, por esa misma razón, sea más renuente a emitir títulos valores.

Ello no quiere decir que, en situaciones prácticas, los deudores se encuentren indefensos ante el potencial doble cobro de un acreedor. Las instituciones de derecho como la excepción de pago, la prohibición de enriquecimiento sin causa, y la equidad, brindan herramientas para que el deudor pueda interponer sus argumentos en corte. Sin embargo, la legislación boliviana se beneficiaría considerablemente de una redacción más precisa sobre esta problemática, que permita una mejor comprensión del tema, y en última instancia, fomente el mayor uso de títulos valores en el comercio.

VI. CONCLUSIONES.

La doctrina y las legislaciones analizadas, incluyendo la legislación boliviana, reconocen la existencia de una dualidad de obligaciones, que se genera por la emisión de títulos valores. Sin embargo, existen diferencias significativas entre cómo se plasma esa dualidad de obligaciones en la legislación positiva de estos países. Tanto en Perú como en Colombia, el legislador ha tenido la virtud de explicar literalmente que, por más que las obligaciones cambiarias sean autocontenidas y se sustenten en el principio de autonomía, su coexistencia con la obligación causal no genera un posible doble cobro para el deudor. De esta forma, han brindado mayor seguridad para el deudor, sin restar fuerza al importante principio de abstracción cambiaria.

La situación en Bolivia es diferente. El legislador ha desarrollado el principio de autonomía de la obligación cambiaria con claridad, pero no ha establecido disposiciones precisas sobre cómo deben interactuar las dos obligaciones coexistentes. El defecto no es fatal, porque el resto de la legislación permitiría atender los vacíos que deja la norma, para evitar que se generen injusticias. Sin embargo, ante la falta de artículos precisos en la legislación positiva, el deudor se encontraría obligado a tener que convencer a una corte, sobre la base normas amplias, doctrina, e incluso lógica y criterios de equidad. Los deudores en Perú y Colombia, por el contrario, tienen un camino más corto y expedito; no tienen más que hacer referencia a su legislación positiva.

La falta de redacción expresa y precisa sobre este tema en el Código de Comercio de Bolivia, también genera un efecto secundario respecto a la aceptación de los títulos valores en el comercio en Bolivia. ¿Cuán perjudicial es esta falta de claridad sobre el uso práctico de títulos valores? Sería lógico pensar que una redacción más clara en la legislación ayudaría a levantar el velo de desconfianza que existe en Bolivia respecto a los títulos valores para el comercio, y propulsaría su uso. La sociedad boliviana, en general, se beneficiaría de una adenda al Código de Comercio, que trate con más precisión la relación entre la obligación causal y la obligación cambiaria, en los títulos valores.

BIBLIOGRAFÍA

ANDRADE OTAIZA, J. V.: *Teoría de los Títulos Valores*, Editorial Universidad Católica de Colombia, Bogotá, 2018.

CANELO DÁVILA, G.: "Prescripción y Caducidad en la Ley de Títulos Valores", *THEMIS Revista De Derecho*, núm. 19, 1991.

CAUVI, J. J., & LAZARTE MOLINA, J. E.: "Los efectos *pro soluto* y *pro solvendo* de la entrega de títulos valores", *Advocatus*, núm. 008, 2003.

LOPERA SALAZAR L. J.: "Vinculación entre la relación causal y la cambiaria", *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas–Universidad Pontificia Bolivariana*, núm. 53, 1981.

RODRÍGUEZ MORENO, H.: "Apuntes básicos en materia de títulos valores", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas-Universidad Pontificia Bolivariana*, núm 104, 2006.

LA CONQUISTA ESPACIAL: LA RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS POR LAS ACTIVIDADES DE LAS EMPRESAS EN EL ESPACIO ULTRATERRESTRE

THE CONQUEST OF SPACE: THE LIABILITY OF STATES FOR CORPORATE ACTIVITIES IN OUTER SPACE

Rev. Boliv. de Derecho Nº 33, enero 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 724-751

Melanie RUIZ CATALÁ

ARTÍCULO RECIBIDO: 1 de diciembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 15 de diciembre de 2021

RESUMEN: Desde que los viajes al espacio pasaron de sueño a realidad, como ocurrió con la llegada del hombre a la luna en 1969, se hizo evidente la necesidad de llevar a cabo una regulación de ámbito espacial. Contamos con cinco grandes tratados espaciales, alguno de los cuales son considerados internacionalmente como "ius cogens", como ocurre con el Tratado del Espacio Exterior. Desde hace unos años las entidades privadas han estado reactivando un sector que parecía dormido, y es por ello que surge la necesidad de tratar la problemática de la responsabilidad que tienen los Estados sobre las actividades que las entidades privadas realizan en el espacio ultraterrestre.

PALABRAS CLAVE: Derecho espacial; responsabilidad; Estados; entidades privadas.

ABSTRACT: *Ever since space travel went from dream to reality, as was the case with man's landing on the moon in 1969, the need for space regulation became evident. We have five major space treaties, some of which are considered internationally as "jus cogens", such as the Outer Space Treaty. For some years now, private entities have been reactivating a sector that seemed dormant, which is why the need to address the issue of the responsibility of States for the activities that private entities carry out in outer space has arisen.*

KEY WORDS: *Space Law; liability; States; private entities.*

SUMARIO.- I. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS EN DERECHO ESPACIAL.- 1. ¿Qué se entiende por responsabilidad?- *A) La responsabilidad internacional.- B) La responsabilidad según el Tratado del espacio exterior.*- II. ACTIVIDADES ESPACIALES QUE SE ESTÁN DESARROLLANDO ACTUALMENTE.- 1. Minería espacial.- *A) Minería en asteroides.- B) Minería en la Luna.- C) Minería en otros cuerpos celestes.- D) Regulación espacial al respecto. ¿Autorizadas o no?.- E) Interpretación del artículo 1 del Tratado del espacio exterior.*- 2. Puesta en órbita de satélites y constelaciones.- *A) Responsabilidad por la colisión de objetos espaciales*.- 3. Bases lunares.- *A) Contextualización sobre la exploración y apropiación de la Luna y otros cuerpos celestes.- B) Legislación aplicable a las bases lunares*.- III. VISIÓN UNILATERAL: LEGISLACIONES ESPACIALES APLICABLES A ACTIVIDADES EN EL ÁMBITO ULTRATERRESTRE POR PARTE DE LOS ESTADOS.- 1. Introducción.- 2. Luxemburgo.- *A) La Ley de Luxemburgo sobre la explotación de recursos espaciales.- B) Apropiación de recursos.- C) Responsabilidad del Estado en la explotación.- 2. Estados Unidos.- A) Explotación de recursos espaciales*.- IV. CONCLUSIONES.

I. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS EN DERECHO ESPACIAL.

1. ¿Qué se entiende por responsabilidad?

Como la presente investigación versa sobre la responsabilidad de los Estados, cabría comenzar sabiendo que debe entenderse por "responsabilidad". El concepto de responsabilidad es utilizado asiduamente en nuestro día a día, pero el mismo puede ser empleado en situaciones distintas, teniendo significados distintos[1]. De esta forma lo percibió el filósofo Hart[2], para quien este concepto podía pertenecer a distintos ámbitos de actividad.

A lo largo de este análisis nos centraremos en el ámbito jurídico del concepto de responsabilidad.

En la doctrina actual se observa un debate sobre cuál debería ser el término que deberíamos emplear al aludir a la responsabilidad. Hay autores que abogan por la "reparación" como idea de responsabilidad; para otros se refiere a "responder ante algo"; y otro sector establece "derecho de daños" para dar una respuesta a un interés individual o colectivo[3].

Actualmente la doctrina ha tomado la decisión de estudiar el concepto de "responsabilidad" como aquella situación en la que se tiene la obligación de

1 Sanz Encinar, A.: *El concepto jurídico de responsabilidad en la Teoría General del Derecho*. Universidad Autónoma de Madrid, 1998.

2 Hart, H.: *Punishment and Responsability: Essay in the Philosophy of Law*. 2ª ed., 1970, p.13.

3 Ghersi, C.: *Reparación de daños*. 2ª ed. Buenos Aires: Universidad, 1992, p.35.

• Melanie Ruiz Catalá
Graduada en Derecho por la Universidad de Valencia. Máster en Estudios Internacionales y Europeos. Becaria de Colaboración en el Departamento de Derecho Internacional "Adolfo Miaja de la Muela" de la Universidad de Valencia. Investigadora predoctoral en este Departamento. Meel000.96@gmail.com.

compensar el perjuicio causado a los intereses o derechos de otra persona, como resultado de una actuación propia o ajena.

A) La responsabilidad internacional.

Además, cabe hacer referencia a lo que se entiende por responsabilidad internacional, pues es el ámbito sobre el que versa el análisis, además del derecho internacional en sí mismo. Tal y como establece la enciclopedia jurídica, cuando hablamos de responsabilidad internacional hablamos de una institución y no un individuo, la cual está dirigida a la reparación del ordenamiento internacional como consecuencia de actuaciones lesivas ocasionadas tanto por Estados como por organizaciones internacionales, por corresponderle una obligación de reparación del daño causado.

B) La responsabilidad según el Tratado del Espacio Exterior.

Entrando ya en la materia que nos concierte, cabe tratar la responsabilidad según el Tratado del Espacio Exterior, y preguntarnos por qué un Estado es responsable de las actividades realizadas por las entidades privadas de su territorio.

Aunque en lo que al ámbito espacial se refiere hay cinco grandes tratados, estando uno de ellos dirigido completamente a tratar el tema de la responsabilidad[4] (posteriormente se hará referencia al mismo con el objetivo de conocer lo que indica al respecto), se considera más importante tratar este apartado sobre responsabilidad espacial por parte de los Estados, tomando como referencia únicamente el OST, puesto que es el único de ellos que se considera como norma de ius cogens internacional[5] y, por tanto, tiene efectos erga omnes, ya que cuenta con el apoyo de la mayoría de la Comunidad internacional al completo, y su objetivo es defender el interés general de la humanidad y la preservación del espacio exterior[6].

El artículo 6 del OST, nos indica que: "Los Estados Parte en el Tratado serán responsables internacionales de las actividades nacionales que realicen en el espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, los organismos gubernamentales o las entidades no gubernamentales, y deberán asegurar que

4 Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales (resolución 2777 (XXVI) de la Asamblea General), el cual se aprobó el 29 de marzo de 1971. Su firma fue abierta el 29 de marzo de 1972, y cuya vigencia está fechada desde el 11 de septiembre de 1972.

5 Según el artículo 53 de la Convención de Viena, una norma internacional de *ius* cogens es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional en su conjunto, cuya derogación no está permitida y sólo puede ser modificada por otra norma posterior de *ius cogens*. Véase Rathore, E.; Gupta, B.: *Emergence of Jus Cogens Principles in Outer Space Law*, Astropolitics, 18(1), 2020, pp. 9-10.

6 Juste Ruiz, J., Castillo, M.; & Bou Franch, V.: *Lecciones de derecho internacional público*, 3ª ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 49-55.

dichas actividades se efectúen en conformidad con las disposiciones del presente Tratado […]".

Para interpretar el citado artículo, cabe poner en contexto el papel de las compañías privadas, estableciendo además que se entiende, como dice el artículo por "actividades nacionales".

Normalmente, cuando nos encontramos en el ámbito del Derecho internacional, se entiende que un Estado es responsable de aquellas actuaciones que se realizan directamente en nombre del Estado, y pudiendo ser únicamente demandados de forma indirecta por las actuaciones que realizaran entidades privadas como consecuencia de la responsabilidad indirecta que ostenta un Estado por las actuaciones de sus nacionales, y por la responsabilidad de "debida diligencia"[7] que éstos deben llevar a cabo en el ámbito privado. Sin embargo, este artículo no establece diferencia alguna entre las actividades que son realizadas por organismos de tipo gubernamental, siendo por tanto actividades directamente atribuibles al Estado de que se trate, o actividades realizadas por entidades de tipo no gubernamental (por parte de actores privados). Lo que nos indica este artículo es, por tanto, que independientemente de quién es el que realice una actividad espacial, un Estado será considerado responsable de las consecuencias que de la misma se deriven[8].

Cabe definir qué se entiende por el concepto de "actividades nacionales" que establece el precepto, pues no se llevó a cabo en la elaboración del Tratado[9] una definición adecuada del mismo, ni tampoco en el ámbito general del Derecho internacional público o en los distintos documentos jurídicos de seguimiento del Derecho espacial internacional[10].

El Acuerdo sobre la Luna[11] reproduce de forma muy similar a la realizada por el OST, en su artículo 14, que los Estados responden de las actividades que se realicen en la Luna (ya sean de ámbito no gubernamental o gubernamental).

7 Cassese, A.: *International Law*, 2ª ed. New York, Oxford University Press, 2005, pp. 176-178.

8 Von der Dunk, F.: *The Origins of Authorisation: Article VI of the Outer Space Treaty and International Space Law*, Space, Cyber and Telecomunications Law, Program Faculty Publications, University of Nebraska, 6, 2011, p. 4.

9 Tratado OST.

10 Von der Dunk, F.: *Private Enterprise and Public Interest in the* European, Space Scape, Space, Cyber and Telecomunications Law, Program Faculty Publications, University of Nebraska, 1998, p.1819.

11 El Acuerdo que debe regir las actividades de los Estados en la Luna y otros cuerpos celestes (resolución 34/68 de la Asamblea General), cuya aprobación fue llevada a cabo el 5 de diciembre de 1979. Se abrió a firma el 18 de diciembre de 1979, entrando en vigor el 11 de julio de 1984. Este Acuerdo en lo que a actividades nacionales se refiere indica en su artículo 14 una reproducción prácticamente igual a la que a este respecto indica en el artículo 6 el Tratado sobre el Espacio Exterior.

Además, el artículo 6 del OST, también señala que las actividades espaciales que se realicen en el espacio exterior, incluyendo la luna y otros cuerpos celestes, deberán estar sometidas a una supervisión constante por parte del Estado[12]. Al igual que indicábamos anteriormente, el Acuerdo sobre la luna repite prácticamente lo mismo en su artículo 14 a este respecto.

Puede ser esclarecedor lo establecido en alguna Resolución de la ONU, en las que se establecen una serie de principios que, aunque no son vinculantes jurídicamente, pueden servir para darnos una mejor visión sobre un asunto concreto. Un ejemplo lo establecido en la Resolución 37/92 de la Asamblea General[13] . Ésta nos indica que los Estados serán responsables de las actividades realizadas por ellos mismos o bajo su jurisdicción, en lo relativo a radiodifusión internacional[14].

Entonces, tanto por lo indicado en el artículo 14 del Acuerdo de la Luna, y como en lo establecido en esta resolución sobre los principios de actividades de radiodifusión, los Estados son responsables tanto de las actividades que realizan directamente ellos mismos, como por aquellas actividades de ámbito no gubernamental que se hallen bajo su jurisdicción. Por ello, todo está respaldado por lo analizado en un primer momento en el artículo 6 del Tratado del Espacio Exterior. Además, a este respecto, en la citada resolución, se pide que las actividades que se vayan a llevar a cabo en el espacio ultraterrestre, la luna u otros cuerpos celestes, haya sido previamente autorizada por el Estado bajo cuya jurisdicción vaya a producirse la actividad que se quiera hacer por parte de una entidad no gubernamental.

Se indica en el citado precepto, por tanto, la responsabilidad de un Estado de todo lanzamiento[15] que se haya producido desde su territorio, habiendo sido autorizado previamente por él. Cabe destacar además el hecho de que no tiene por qué ser responsable un único Estado, sino que pueden serlo varios en virtud

12 El articulo 6 Tratado del Espacio Exterior, indica al respecto que: "Las actividades de las entidades no gubernamentales en el espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, deberán ser autorizadas y fiscalizadas constantemente por el pertinente Estado Parte en el Tratado".

13 Los Principios que han de regir la utilización por los Estados de satélites artificiales de la Tierra para las transmisiones internacionales directas por televisión, los cuales fueron aprobados el 10 de diciembre de 1982 (Resolución 37/92 de la Asamblea General de las Naciones Unidas). A este respecto también tenemos la Resolución 41/65 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, sobre principios relativos a la teleobservación de la Tierra desde el espacio, cuya aprobación tuvo lugar el 10 de diciembre de 1982 (resolución 37/92 de la Asamblea General).

14 El principio 8 de la Resolución 37/92, establece que: "Los Estados deberán ser internacionalmente responsables de las actividades emprendidas en el campo de las transmisiones internacionales directas de televisión mediante satélites que lleven a cabo o que se realicen bajo su jurisdicción, y de la conformidad de cualesquiera de esas actividades con los principios enunciados en el presente documento".

15 Tal como establece el artículo 1.c) del Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, se entiende por "Estado de lanzamiento": (1) Un Estado que lance o promueva el lanzamiento de un objeto espacial, (2) Un Estado desde cuyo territorio o desde cuyas instalaciones se lance un objeto espacial, y (3) Un Estado desde cuyo territorio o desde cuyas instalaciones se lance un objeto espacial".

de lo establecido, ya que puede darse la situación de que haya varios Estados de lanzamiento, o que un Estado haya llevado a cabo el lanzamiento y otro su promoción.

Cuando hablamos del daño por el cual puede ser responsable un Estado, se hace referencia a lo que el artículo 1.a) del Tratado de Responsabilidad dice al respecto: "Se entenderá por daño la pérdida de vidas humanas, las lesiones corporales u otros perjuicios a la salud, así como la pérdida de bienes o los perjuicios causados a bienes de Estado o de personas físicas o morales, o de organizaciones internacionales intergubernamentales […]".

Por todo lo dicho hasta este momento, podemos decir que un Estado será responsable de todo daño que hubiera causado un objeto espacial que hubiera sido lanzado, fabricado, o comercializado entre otras actuaciones, sólo en el caso de que el Estado de que se trate, sea o bien el Estado que llevó a cabo el lanzamiento del objeto, el que ha promovido el mismo, en cuyo territorio se ha utilizado como medio para producir el lanzamiento, o desde cuyas instalaciones se llevó a cabo el mismo.

Lo que se quiere asegurar es que siempre haya un Estado responsable por cualquier actuación privada que pueda darse, para que ningún daño quede impune de resarcimiento. Se puede incluso querer intentar que ningún Estado sea responsable realizando por ejemplo lanzamientos desde aguas internacionales, donde como es sabido no se es de aplicación ninguna jurisdicción concreta[16], pero siempre habría alguna forma de encontrar a un Estado responsable.

En palabras del autor Frank Von der Dunk[17], una sugerencia para que quedara cubierta la responsabilidad sería que en la ley nacional espacial se estableciese que la autorización tuviera un alcance territorial, o establecer el requisito de que el objeto espacial en cuestión fuera de la nacionalidad del Estado de que se trate para que toda responsabilidad quedara cubierta. Además, de que no se trate solo de actividades que se lleven a cabo en su territorio, sino que todas las actividades que hayan sido promovidas por nacionales suyos, queden también bajo su jurisdicción con independencia del lugar en el que se haya realizado la actividad de lanzamiento.

16 Cassese, A.: *International Law*, 2ª ed, New York, Oxford University Press, 2005, pp. 60-61; Kerrest de Rozavel, A.: *Launching Spacecraft from the Sea and the Outer Space Treaty: The Sea launch Project*. Proceedings of the Forthieth Colloquium on the Law of Outer Space, 1998, pp. 267-278.

17 Von der Dunk, F.: Enterprise, cit., p. 4.

II. ACTIVIDADES ESPACIALES QUE SE ESTÁN DESARROLLANDO ACTUALMENTE.

A raíz de lo establecido anteriormente, cabe hacer referencia a la responsabilidad derivada de las actividades espaciales que se realizan o pueden llegar a realizarse en el espacio ultraterrestre en algún momento, con el objetivo de que se establezca una visión experimental sobre los obstáculos que la falta de legislación, o el hecho de que ésta sea obsoleta produce actualmente o producirá en el futuro cuando el sector esté mucho más desarrollado, que es al fin y al cabo lo que podemos observar diariamente que está ocurriendo.

Actualmente la responsabilidad de los Estados puede producirse además de las tradicionales, por otras. Esto se debe principalmente a que en los últimos años el interés por el desarrollo de la materia espacial ha ido aumentando, teniendo como motivo principal el interés de entidades privadas por la evolución en el sector espacial.

Desde que los hombres fueron al espacio por primera vez, nadie se imaginó que lo que un día fue "un pequeño paso para el hombre", realmente se convirtió en un "gran paso para la humanidad". Puesto que aquel 20 de julio de 1969 fue realmente el comienzo de una auténtica carrera espacial.

Las empresas privadas del sector, que en gran medida cuentan con financiación privada, a menudo pueden estar financiadas por los Estados en ánimo de contribuir a la carrera espacial que se da escala mundial, , como es el caso de la empresa Space X.

Algunas de las actividades que actualmente se hallan en auge en el sector espacial, bien como planes de desarrollos futuros, bien como realidades, son la minería espacial, la puesta en órbita de satélites y constelaciones, nuevas estaciones espaciales, y bases lunares (sobre estas últimas haré referencia en concreto posteriormente, por la importancia que en la actualidad presentan).

Entrando a explicar las concretas actividades espaciales que se pueden o podrán llevar a cabo en el espacio ultraterrestre, en primer lugar, cabe hacer referencia a la minería espacial.

1. Minería espacial.

La minería espacial es una actividad, al menos conceptualmente, en auge actualmente, ya que años atrás no se consideraba las ventajas de ésta. La minería espacial podemos encontrarla en distintos ámbitos, desde asteroides hasta en la propia Luna o en Marte.

A) Minería en Asteroides.

En el espacio ultraterrestre podemos encontrar millones de asteroides, y no precisamente lejos de nuestro planeta Tierra[18]. Estos asteroides se caracterizan por la riqueza de minerales que se pueden encontrar en su interior y, en algunas ocasiones, se ha podido encontrar incluso agua[19]. En resumidas cuentas, podemos decir que son un objetivo potencial para los seres humanos.

De todos modos, cabe señalar que no únicamente son útiles para complementar, como decíamos, la gran demanda de recursos que pide la Tierra para seguir siendo óptima para los humanos[20], sino que también se puede encontrar su utilidad para los humanos en su desarrollo en el espacio ultraterrestre[21].

B) Minería en la Luna.

A diferencia de lo visto sobre la minería en asteroides, es algo más complicado realizar este tipo de actividades en la Luna. Esto es debido a que el pozo gravitatorio en ésta es mayor que en los asteroides, y realizar un aterrizaje en la luna de forma suave, requiere de una mayor propulsión. Esta necesidad de una mayor propulsión va a suponer que se requieran para trayectos entre la Luna y la Tierra, transportes que tengan un sistema de propulsión con componentes de tipo nuclear o químico, generando consigo un gran desembolse económico[22].

De todos modos, realizar minería en la luna también supone una serie de ventajas. En primer lugar, al ser la gravedad de la luna mayor que la de los asteroides, no resulta complicado el hecho de manipular materiales en la propia Luna, por lo que se podrían diseñar estructuras allí, puesto que sería muy similar a como se realiza en la Tierra.

Una segunda ventaja es el hecho de ser un cuerpo muy cercano a la Tierra (si lo comparamos con otros cuerpos celestes situados a una proximidad mucho mayor), lo cual otorga una mayor accesibilidad por parte de los humanos que quieran realizar actividades en su superficie, ya sea presencialmente o a distancia.

La Luna ha sido un cuerpo muy estudiado por haber sido el primer cuerpo celeste en ser visitado por un ser humano, lo cual permite que contemos con

18 Estos son conocidos por sus siglas en inglés como NEAs (near-Earth asteroids).

19 James, T.: *Deep Space Commodities: Exploration, production, and trading*, 1ª ed., Palgrave Macmillan, Cham, 2018, p. 81.

20 Hay asteroides que orbitan cerca de la Tierra que contienen principalmente carbono y agua. Lewis, J.: *Resources of the Asteroids* 50, 1997.

21 Asteroides que contienen elementos metálicos como el hierro o el níquel, y no metálicos como carbono y el azufre. Éstos tienen usos como la metalurgia y la construcción.

22 Wingo, D.: *Moorush: Improving Life on Earth with the Moon's Resources*. Collector's Guide, 2004, p. 163.

innumerables muestras sobre la composición mineral y geológica de la misma[23]. Algunas de ellas han sido obtenidas recientemente en la misión Sample return china Chang´e 5.

Según ha señalado el Departamento de Energía de los Estados Unidos, en el ámbito de los usos de los Isótopos, lo más posible es que el Helio-3 sea el recurso que más se vaya a explotar en la Luna, puesto que tiene importantes usos para fines médicos y de ámbito nuclear. Este tipo de componente es muy difícil de encontrar en la Tierra, pero es muy abundante en la Luna, donde además actualmente el recurso más valorado es el agua, tanto para la obtención del propio líquido, como el oxígeno, así como el combustible para los lanzadores.

C) Minería en otros cuerpos celestes.

Además de los lugares descritos previamente, también otros cuerpos celestes pueden ser apropiados o al menos tenidos en cuenta, para realizar actividades de minería, ante el gran abanico de posibilidades que se abre ante nosotros al pensar en la abundancia de recursos que éstos pueden contener.

Cabe destacar que en la actualidad aún se encuentra fuera de nuestro alcance poder realizar actividades de minería y de exploración a efectos de aprovechar los recursos que nos ofrecen estos planetas, porque no contamos con una tecnología suficiente para poderlo llevar a cabo.

A continuación, cabe detenerse a tratar un poco más sobre Marte, puesto que es el planeta que desde hace un tiempo atrás está siendo el más estudiado por presentar aparentemente muchas similitudes con la Tierra. Este planeta, aunque en un primer momento puede parecer muy viable para realizar actividades de minería, por ser como se ha indicado, similar a la Tierra, presenta algunas distinciones que complican esta labor, como el hecho de tener una gravedad más densa. Pero algunos de sus satélites, como Fobos, pueden ser considerados mejores candidatos por no tener los problemas climáticos que presenta el planeta rojo, y también contar aparentemente con una gran riqueza de recursos útiles para la humanidad, como hielo en grandes cantidades. Además, a diferencia de lo que ocurría con la Luna con la dificultad de realizar aterrizajes en ella, motivo por el cual se necesitaba una gran cantidad de energía en la propulsión, no ocurriría así

23 Se ha sabido por distintas misiones espaciales realizadas en la superficie terrestre, mediante las muestras que fueron recogidas en su momento, que su suelo está principalmente compuesto por elementos como oxígeno, calcio y magnesio entre otros. Además, también se ha podido saber que, a diferencia de lo que ocurría con los asteroides antes tratados, la Luna tiene escasez de elementos metálicos, lo cual es de mucha utilidad para objetivos de minería, pero se han estudiado distintos procedimientos para producir hierro y oxígeno a partir de otros elementos, como es el caso de la ilmenita.

en los satélites marcianos, donde se necesita una menor cantidad de energía para realizar trayectos, aterrizajes y despegues en o desde ellos[24].

D) Regulación espacial al respecto. ¿Autorizadas o no?

Una vez vistas las actividades que están al orden del día en lo que a minería espacial se refiere, es necesario plantearse qué dice la legislación espacial al respecto y, por tanto, la comunidad internacional, a modo de conocer si están permitidas o no este tipo de actuaciones. Sin embargo, posteriormente se analizarán que dicen las legislaciones de determinados Estados al respecto.

Como punto de partida, cabe hacer referencia a lo que establece el artículo 1 del OST[25] sobre la exploración y explotación de recursos naturales espaciales. Éste nos indica el principio general de que el espacio exterior es de todos, por lo que todas las acciones que se realicen en el espacio siempre deberán ser en beneficio de la humanidad.

Cabe recordar a este respecto lo que ya señalábamos al principio de esta investigación, al establecer la cualidad de norma internacional de ius cogens a este Tratado, por lo que de ello se desprende el hecho de que ya sea porque un Estado ha ratificado lo establecido en el Tratado, o no, éste le será de aplicación, puesto que debe ser respetado por la comunidad internacional en su totalidad. Esto implica por tanto que aquellas empresas privadas que desempeñen actividades de exploración o explotación en el espacio exterior, incluyendo la Luna y otros cuerpos celestes deberá respetar lo señalado por el artículo.

El artículo 2 de este mismo Tratado nos indica el principio de no apropiación del espacio exterior, pues nos dice que; "El espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, no podrá ser objeto de apropiación nacional por reivindicación de soberanía, uso u ocupación, ni de ninguna otra manera". Por ello aquí no se aplica el principio internacional de *terra nullius*, según el cual cuando un territorio no es de nadie, puede ser reclamado por un Estado, pues al tratar del espacio hay que recordar que este "es de todos", por lo que los Estados no pueden reclamar soberanía sobre estos cuerpos celestes[26].

24 Thomas, P.; Veverka, J.: *Phobos and Deimos: a preview of what asteroids are like?,* Arizona University of Arizona Press, 1979, pp. 630-649.

25 Este artículo indica lo siguiente: "La exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, deberán hacerse en provecho y en interés de todos los países, sea cual fuere su grado de desarrollo económico y científico, e incumben a toda la humanidad. El espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, estará abierto para su exploración y utilización a todos los Estados sin discriminación alguna en condiciones de igualdad y en conformidad con el derecho internacional, y habrá libertad de acceso a todas las regiones de los cuerpos celestes. El espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, estarán abiertos a la investigación científica, y los Estados facilitarán y fomentarán la cooperación internacional en dichas investigaciones".

26 Harn, N.: *Commercial Mining of Celestial Bodies: A Legal Roadmap*, 2015, p.636.

Podemos entonces indicar que en principio lo que habíamos indicado antes de manipular los componentes que encontrábamos en las superficies de los cuerpos celestes, o satélites, se consideraría un acto de exclusividad puesto que se estaría utilizando parte de ese territorio por parte de un solo Estado, y lo mismo al explotarlos a estos o a los asteroides para obtener recursos. Pero cuando se trate de actividades que han sido autorizadas y son constantemente "fiscalizadas"[27] por un Estado se podrán realizar, puesto que el Estado es el que deberá asegurarse de que las actividades se están llevando a cabo respetando lo establecido en los preceptos del Tratado.

Todo lo que hemos establecido deriva de interpretar los artículos citados en un sentido literal de la palabra, pero hay que tener en cuenta el hecho de que es una cuestión ambigua por la falta de establecimiento de límites. Como era de esperar, se han establecido distintas interpretaciones sobre el artículo I OST a modo de intentar explicar si ciertas actividades que a priori parecen no estar avaladas por el Tratado (como lo indicado previamente), haciendo otras interpretaciones sí que lo podrían estar.

E) Interpretación del artículo I del Tratado del Espacio Exterior.

Para tratar este ámbito de interpretación del precepto primero de este Tratado, tendremos en cuenta las interpretaciones realizadas por estudiosos del derecho espacial como Stephen Gorove y Bin Cheng[28].

Hay que partir del punto de si cuando el artículo I establece que "La exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, deberán hacerse en provecho y en interés de todos los países […]", se refiere a una obligación de que todos los Estados deben participar de los beneficios que se obtengan de realizar actividades de exploración o extracción de recursos en el espacio, o si el Tratado únicamente estaba mostrando un "deseo" de que se realicen actividades que sean beneficiosas desde una perspectiva general[29], el profesor Stephen se decantó por esta segunda opción, comparándolo con actividades como las telecomunicaciones, que benefician a un gran número de personas, satisfaciendo por tanto este "deseo".

---

27 Artículo 7 OST.

28 Stephen Gorove fue un pionero en la educación del derecho espacial, siendo profesor de derecho espacial y director de estudios y políticas espaciales desde 1991 a 1998 en la Universidad de Missisippi. Fue quien organizó la primera conferencia norteamericana de derecho espacial de ámbito internacional en la misma universidad, en 1969. Además, fundó y presidió el consejo asesor editorial en la "Journal of Space Law) en el año 1972. Y fue la primera persona que ejerció como director del Centro Nacional de control Remoto, patrocinado por la NASA. https://airandspacelaw.olemiss.edu/team/resources/stephen-gorove/. Por su parte, Bin Cheng, fue estudiante y profesor en la facultad de derecho de Londres, y es una muy respetada autoridad en el ámbito del derecho aéreo y espacial. Fue, además, el presidente honorario del Instituto de Política y Derecho Espacial de Londres, y miembro de la *"Royal Aeronautical Society"*. Mosteshar, S.: *Bin Cheng. In: Studies in International Space Law*, London Institute of Space Policy, 1997, pp.1300-1301.

29 Gorove, S.: *Implications of International Space Law for Private Enterprise*, Air and Space Law, 11, 1982, p. 6.

Hay diversos aspectos que generan dudas en este artículo: Los términos empleados de "en provecho y en interés", son muy subjetivos, puesto que lo que para unos Estados puede considerarse un beneficio, para otros puede ser un perjuicio. Además, si un Estado se embarcase en una misión espacial habiendo hecho una inversión económica a este respecto, no tendría incentivo alguno si tuviera que compartir los beneficios con aquellos que no han asumido ningún riesgo. Y aún en el caso de que existiese la obligación real de compartir los beneficios derivados de su actividad espacial, cabría preguntarse si la repartición de beneficios debería de hacerse a partes iguales, o proporcionalmente al riesgo o a la inversión asumida[30], puesto que en la actualidad no existe un mecanismo que indique cual debería ser la distribución de estos.

Por último, cabe hacer una remisión a lo establecido por el artículo IX OST[31], puesto que también cabe traerlo a colación a raíz de lo establecido en el artículo I y IV del mismo Tratado. Con el artículo IX ocurre algo similar a lo tratado anteriormente en la interpretación del artículo I, y es que al igual que hacer referencia a exploración y explotación de recursos en beneficio de todos los Estados es ambiguo por darse situaciones en las que lo que para unos es beneficiosos no lo es para otros, tampoco los intereses de un Estado tienen porqué ser los mismos que los del resto. Algo que está claro, eso sí, es que cuando se alude al concepto de "intereses" no se está haciendo referencia al ámbito financiero, sino a un ámbito general, lo que supone que no se derive una obligación jurídica positiva para los Estados cuando van a realizar actividades[32].

2. Puesta en órbita de satélites y constelaciones.

La problemática que se da con motivo de la puesta en órbita de satélites es la posibilidad de colisión entre ellos o con otros objetos espaciales como

30 Lee, R.: *Law and Regulation of Commercial Mining of Minerals in Outer Space*, New York, Springer, Space Regulations Library, 2012, p. 55.

31 El artículo IX OST, indica lo siguiente: "En la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, los Estados Partes en el Tratado deberán guiarse por el principio de la cooperación y la asistencia mutua, y en todas sus actividades en el espacio ultraterrestre, incluso en la Luna y otros cuerpos celestes, deberán tener debidamente en cuenta los intereses correspondientes de los demás Estados Partes en el Tratado. Los Estados Partes en el Tratado harán los estudios e investigaciones del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, y procederán a su exploración de tal forma que no se produzca una contaminación nociva ni cambios desfavorables en el medio ambiente de la Tierra como consecuencia de la introducción en él de materias extraterrestres, y cuando sea necesario adoptarán las medidas pertinentes a tal efecto. Si un Estado Parte en el Tratado tiene motivos para creer que una actividad o un experimento en el espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, proyectado por él o por sus nacionales, crearía un obstáculo capaz de perjudicar las actividades de otros Estados Partes en el Tratado en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre con fines pacíficos, incluso en la Launa y otros cuerpos celestes, deberá celebrar las consultas internacionales oportunas antes de iniciar esa actividad o ese experimento. Si un Estado Parte en el Tratado tiene motivos para creer que una actividad o un experimento en el espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, proyectado por otro Estado Parte en el Tratado, crearía un obstáculo capaz de perjudicar las actividades de exploración y utilización del espacio ultraterrestre con fines pacíficos, incluso en la luna y otros cuerpos celestes, podrá pedir que se celebren consultas sobre dicha actividad o experimento".

32 Cheng, B.: *Studies in international Space law*, 1997, p. 235.

basura espacial, algo que preocupa a la comunidad internacional por las graves consecuencias que esto puede acarrear. También se puede producir basura espacial como resultado de las colisiones que se acaban de señalar, o como consecuencia de satélites artificiales que ya no se encuentran operativos y permanecen en la atmósfera. De hecho, se estima que los satélites operativos de la Tierra se encuentran orbitando junto a aproximadamente 500.000 elementos de basura espacial, tal y como ha indicado la NASA. Esto no hace sino aumentar las probabilidades de colisión de los satélites con estas piezas de basura espacial, así como con otros objetos espaciales.

Lo que interesa conocer en este caso es, ¿quién sería responsable de los daños ocasionados por la colisión de estos objetos espaciales?

A) Responsabilidad por la colisión de objetos espaciales.

Podemos encontrarnos con tres tipos de colisiones[33]: (1) Las que tienen lugar entre dos satélites artificiales, (2) las producidas entre basura espacial y satélites artificiales, y la más problemáticas a modo de atribuir responsabilidad, (3) las ocasionadas entre elementos de basura espacial.

A este respecto cabe hacer una remisión a lo establecido en el primer punto de este estudio sobre la responsabilidad de los Estados por las actividades nacionales (gubernamentales o no gubernamentales) que se lleven a cabo en el espacio exterior. En él se hacía referencia a grandes rasgos, al hecho de que tanto del Tratado del Espacio Exterior, como del de Responsabilidad se deriva que: la responsabilidad es del Estado que ha realizado o promovido el lanzamiento de un objeto espacial como puede ser un satélite, e incluso se hacía alusión a la posibilidad de que un Estado solo hubiera servido de territorio de lanzamiento porque otro Estado no tenía las condiciones necesarias para hacerlo desde su territorio, siendo este último el que asume la labor de operador del lanzamiento desde su territorio (es decir, opera el lanzamiento desde un territorio distinto a aquel en el que se ha llevado a cabo este). Esto como ya habíamos dejado ver, suponía que el operador comercial del objeto espacial no fuera un sujeto susceptible de recibir compensación económica alguna en base a los Tratados citados, en todo caso el Estado donde se llevó a cabo el lanzamiento.

Apuntábamos que la empresa privada que hubiera sufrido daños de querer reclamar un resarcimiento económico por los daños que hubiera podido sufrir en sus satélites, tendría que hacerlo por medio del Estado del que fuera nacional, según parece desprenderse de los Tratados del espacio. Una forma en la que

33 Frohloff, J.: *Collisions of Artificial Satellites: The Liability of States and Private Entities*. Air and Space, 45(3), 2020, p. 342.

pudieran los operadores bien recibir una compensación por daños sufridos o asumir la responsabilidad de los daños que sus objetos espaciales causasen a otros es mediante la responsabilidad extracontractual, es decir, elaborar contratos entre el operador y el Estado responsable por ser Estado de lanzamiento a modo de evitar conflictos futuros.

Algo que no habíamos indicado es la posibilidad que nos ofrece el artículo XI del Tratado de Responsabilidad en su segundo apartado[34], pues este nos indica que el operador de satélites que haya sufrido algún daño podrá dirigirse por él mismo ante los tribunales en busca del pertinente resarcimiento que considere que le corresponde, no siendo necesario para ello hacerlo por medio del Estado al que pertenezca.

3. Bases lunares.

A) Contextualización sobre la exploración y apropiación de la Luna y otros cuerpos celestes.

En el Derecho Internacional existen determinados territorios denominados *res communis*, en los cuales se excluye todo tipo de soberanía por parte de un Estado. Esto como sabemos ocurre además en otros territorios como la Antártida. Con ello entramos en una dinámica por tanto de territorios sobre los que un Estado va a poder ejercer su soberanía, y otros en los que no, por no ser éste atribuido a ninguno en concreto.

El espacio ultraterrestre adquiere la calificación de *res communis*, por lo que es el Derecho Internacional Público el que debe determinar cuáles serán las competencias que los Estados y las distintas organizaciones internacionales van a poder ejercitar en el citado ámbito. Esto se hace necesario porque desde hace algún tiempo han entrado en acción empresas privadas con la idea de explorar y explotar el espacio, la Luna, así como distintos cuerpos celestes, por lo que es conveniente determinar cuáles son los límites a los que deben ceñirse[35].

34 Este artículo XI en su apartado segundo dice lo siguiente: "Nada de lo dispuesto en este Convenio impedirá que un Estado o una persona física o jurídica a quien éste represente, hagan su reclamación ante los tribunales de justicia o ante los tribunales u órganos administrativos del Estado de lanzamiento. Un Estado no podrá, sin embargo, hacer reclamaciones al amparo del presente Convenio por los mismos daños respecto de los cuales se esté tramitando una reclamación ante los tribunales de justicia o ante los tribunales u órganos administrativos del Estado de lanzamiento, o con arreglo a cualquier otro acuerdo internacional que obligue a los Estados interesados".

35 El Tratado del Espacio establece en su segundo artículo lo siguiente: "El espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, no podrá ser objeto de apropiación nacional por reivindicación de soberanía, uso u ocupación, ni de ninguna otra manera". Debe este artículo leerse juntamente con el tercero, el cual nos indica: "Los Estados Parte en el Tratado deberán realizar sus actividades de exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, de conformidad con el derecho internacional, incluida la Carta de las Naciones Unidas, en interés del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y del fomento de la cooperación y la comprensión internacionales". Esta prohibición se debe al objetivo de evitar que los Estados puedan llegar a colonizar territorios ultraterrestres, puesto que podrían ser usados para fines como conflictos armados.

La legislación aplicable resulta en ocasiones algo difusa, puesto que no acaba de concretar límites con exactitud, lo cual da lugar a lagunas legales, o a una interpretación diversa.

Esto ocurre por ejemplo con el artículo 11 del Tratado sobre la Luna[36]. Este artículo nos indica en su primer apartado que tanto la Luna como sus recursos naturales son Patrimonio Común de la Humanidad[37]. Actualmente aún no se cuenta con un concepto aceptado mundialmente sobre lo que se entiende por Patrimonio Común de la Humanidad, por lo que puede ser interpretado de distintas formas. Es por ello que los Estados son reacios a adherirse a un Convenio que a priori los estaría limitando a realizar actividades de exploración, o explotación tanto en la Luna como en otros cuerpos celestes, pues no fomenta la realización de inversión privada y comercial.

Esta iniciativa privada se ve además obstaculizada por lo señalado en el séptimo párrafo del mismo artículo, pues este nos indica en su último apartado (d), que: "Entre las principales finalidades del régimen internacional que se ha de establecer figurarán: […] Una participación equitativa de todos los Estados Parte en los beneficios obtenidos de esos recursos, teniéndose especialmente en cuenta los intereses y necesidades de los países en desarrollo, así como los esfuerzos de los países que hayan contribuido directa o indirectamente a la explotación de la Luna".

No se entiende bien a qué se quiere hacer referencia con una "participación equitativa de todos los Estados Parte en los beneficios obtenidos", puesto que podría llevar a aprovechamiento injusto por parte de Estados que no han realizado ninguna inversión en la exploración de que se trate, al poder participar directamente de los beneficios. Está claro que los Estados van a ser reticentes a realizar inversiones sobre actividades de esta índole en base a un Acuerdo como es el de la Launa donde no hay seguridad jurídica por falta de concreción, sobre cuáles van a ser sus derechos y obligaciones tras embarcarse en actividades de exploración o explotación en la Luna u otros cuerpos celestes.

Además, cabe hacer mención del hecho de que hasta la fecha no pareciera que hay intención de revisar lo establecido en el Tratado señalado, lo cual produce una especie de bloqueo a nivel global en cuanto a actividades ultraterrestres se refiere.

36 Acuerdo sobre la Luna de 1979. Entró en vigor en 1984. Es un Acuerdo que no ha sido ratificado por las principales potencias por distintas problemáticas que presenta su articulado en ocasiones.

37 El art. 11.1 dice lo siguiente: "La Luna y sus recursos naturales son patrimonio común de la humanidad conforme a lo enunciado en las disposiciones del presente Acuerdo y en particular en el párrafo 5 del presente artículo". Este párrafo 5 señala que "Los Estados Parte en el presente Acuerdo se comprometen a establecer un régimen internacional, incluidos los procedimientos apropiados, que rija la explotación de los recursos naturales de la Launa, cuando esa explotación esté a punto de llegar a ser viable. Esta disposición se aplicará de conformidad con el artículo 18 del presente Acuerdo".

Hay Estados que ante la situación de pasividad que ante este ámbito se percibe, han decidido legislar por su cuenta para poder seguir avanzando en la exploración espacial que tanta falta hace a la humanidad si queremos avanzar hacía un mayor conocimiento del universo que nos rodea. Un buen ejemplo de ello es Estados Unidos, quien ha establecido una legislación nacional sobre la explotación de los recursos naturales en el espacio ultraterrestre[38].

De todos modos, tal y como nos indica la Doctora Elisa González Ferreiro[39], lo deseable sería que se estableciese un régimen jurídico internacional ad hoc que controlase estas actividades, que fuesen además controladas por una futura Agencia Internacional de Explotación de Recursos Celestes.

B) Legislación aplicable a las bases lunares.

Aquí conviene realizar una distinción en función de que nos encontremos con bases lunares de las que son parte varios Estados, o de que la propiedad sea de solo uno de ellos.

Si estamos ante bases lunares con cooperación de diversos Estados, se aplicará un régimen jurídico similar al que se aplica en la Estación Espacial Internacional[40], mientras que si la base lunar en cuestión es como indicábamos propiedad de solo un Estado, se aplicará su propia legislación.

La base lunar en cooperación con varios Estados se trataría de una estructura formada con pluralidad de elementos, habitados y no habitados, y aportados por distintos Estados (por ejemplo, cuenta con dos Plataformas Polares que tienen como objetivo que se puedan realizar observaciones del planeta Tierra, los cuales fueron proporcionados por la ESA y la NASA).

En cuanto a la atribución de la propiedad, se opta por lo establecido en el artículo 2 del Convenio de Registro[41], se va a considerar que la Estación Espacial

38 Asteroid Act y la US Commercial Space Launch Competitiviness Act de 25 de noviembre de 2015, todas ellas de conformidad con lo establecido en el Tratado del Espacio Ultraterrestre (OST).

39 Directora del Centro de Estudios del Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico y del Espacio y de la Aviación Comercial (IIDAEAC). González Ferreiro, E., Harillo Gómez-Pastrana, R., Gómez de Castro, A.; Moro Aguilar, R., 2017. El régimen jurídico de la Luna. Propuesta de observatorio Lunar, Madrid, Overland Digital, p. 83.

40 Aplicación del Convenio-marco Intergubernamental sobre la cooperación sobre la Estación Lunar Civil Internacional, y Desarrollo, Explotación y Utilización de la Estación Espacial civil habitada en permanencia de 29 de septiembre de 1988. De ahora en adelante, Convenio Intergubernamental.

41 Este artículo indica que: "1. Cuando un objeto espacial sea lanzado en órbita terrestre o más allá, el Estado de lanzamiento registrará el objeto espacial por medio de su inscripción en un registro apropiado que llevará a tal efecto. Todo Estado de lanzamiento notificará al Secretario General de las Naciones Unidas la creación de dicho registro. 2. Cuando haya dos o más Estados de lanzamiento con respecto a cualquier objeto espacial lanzado en órbita terrestre o más allá, dichos Estados determinarán conjuntamente cuál de ellos inscribirá el objeto de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, teniendo presentes las disposiciones del artículo VIII del Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes,

Internacional está formado por un conjunto de elementos espaciales aportados por distintos Estados, y cada uno de ellos deberá registrar el elemento aportado para poder ejercitar sobre él su jurisdicción. Así lo confirma además el artículo 5 del Convenio intergubernamental[42] que viene a decir más o menos lo mismo.

Tal y como nos indica el profesor ALEJANDRO VALLE[43], del régimen desprendido de este artículo 5, se entiende que los Estados por tanto van a ejercer su jurisdicción y control tanto sobre los elementos que hayan proporcionado, como sobre las personas que se encuentren a bordo de la Estación Espacial. Contamos por tanto con dos tipos de criterios de jurisdicción, uno en función del registro realizado sobre el elemento proporcionado, y otro atendiendo a la nacionalidad de las personas. La práctica ha evidenciado que el primer criterio presenta en ocasiones cierta problemática, en cuanto al solapamiento de registros, por lo que "cabe plantear como tendencia de futuro la de la nacionalidad de los objetos espaciales"[44].

Por otro lado, en los casos de base lunar propiedad de solo un Estado ya no se utilizaría la legislación aplicable a la Estación Espacial Internacional, como en el caso acabado de tratar, sino que aquí se tendrá en cuenta el Derecho Internacional en su conjunto en el ámbito espacial, es decir, los cinco grandes Tratados con los que se cuenta en esta materia.

Cabe hacer especial mención al hecho de que, aunque lo habitual cuando empezó hace algunas décadas la exploración espacial, solían ser los Estados los que promovían este tipo de actividades, como hemos podido ver a lo largo de este trabajo, son las entidades privadas las que actualmente han vuelto a reactivar un ámbito que parecía estar completamente dormido. Es por ello por lo que no es de extrañar que sea una empresa privada la que decida invertir en la instalación de una base lunar.

---

y dejando a salvo los acuerdos apropiados que se hayan concertado o que hayan de concertarse entre los Estados de lanzamiento acerca de la jurisdicción y el control sobre el objeto espacial y sobre el personal del mismo. 3. El contenido de cada registro y las condiciones en las que éste se llevará serán determinados por el Estado de registro interesado".

42 Este artículo indica lo siguiente: "1. De conformidad con el artículo II del Convenio sobre el registro, cada socio registrará como objetos espaciales los elementos de vuelo que proporcione [...], el Socio europeo que ha delegado esta responsabilidad en la AEE, actuando en nombre y por cuenta de en nombre de ese socio. 2. De conformidad con el artículo VIII del Tratado sobre el Espacio Ultraterrestre y el artículo II del Convenio de Registro, cada socio deberá mantendrá bajo su jurisdicción y control los elementos que inmatricule [...], y el personal de la Estación Espacial que sea de su nacionalidad. El ejercicio de dicha El ejercicio de dicha jurisdicción y control estará sujeto a las disposiciones pertinentes del presente Acuerdo, Memorandos de entendimiento y disposiciones de aplicación, incluidos los mecanismos de procedimiento pertinentes mecanismos establecidos en el mismo".

43 VALLE GÁLVEZ, J.: *La estación espacial internacional: Algunos problemas jurídicos, Revista Española de Derecho Internacional*, 43(1), 1991, pp. 15-16.

44 CHENG, B.: *Spacecraft, Satellites and Space Object.* Encyclopedia of Public International Law, 11, 1989, pp.316.

En estos casos en los que la instalación fuera promovida por una entidad privada, no hay que olvidar lo indicado en el artículo 6 del OST, el cual ya habíamos explicado en el capítulo I de este trabajo. Este nos indicaba que "los Estados serán responsables internacionalmente de las actividades nacionales que realicen en el espacio ultraterrestre, incluso la luna, y otros cuerpos celestes, los organismos gubernamentales o las entidades no gubernamentales, y deberán asegurar que dichas actividades se efectúen en conformidad con las disposiciones del (Tratado) [...]".

Por tanto, aunque sea una empresa privada la que lleva a cabo una actividad consistente en el establecimiento de una base lunar, el Estado cuya nacionalidad ostenta, es quien deberá responder de sus actuaciones en el espacio ultraterrestre, por haberlas autorizado, además de llevar a cabo un control de ésta[45].

III. VISIÓN UNILATERAL: LEGISLACIONES ESPACIALES APLICABLES A ACTIVIDADES EN EL ÁMBITO ULTRATERRESTRE POR PARTE DE LOS ESTADOS.

1. Introducción.

Desde el esplendor de la conquista espacial de países como Estados Unidos y Rusia hace ya décadas, parecía que el ámbito espacial estaba dormido.

Pero al parecer, esto está cambiando, pues desde hace un par de años se ha reactivado la carrera espacial encabezada por potencias como Estados Unidos, por iniciativa principalmente de carácter privado, como puede ser Space X de Elon Musk.

La inactividad se ha podido deber a situaciones, como ya habíamos apuntado, de confusión en la legislación internacional en el ámbito espacial, pues esta debería ser revisada o concretada. Hay Estados como EEUU que quieren explorar y explotar recursos del espacio ultraterrestre, y parecen verse limitados por la legislación espacial internacional vigente, la cual como acabo de indicar, no deja claro en muchas ocasiones cuales son los derechos y obligaciones de los Estados, debido a la gran ambigüedad que asola este régimen jurídico.

Debido a esta situación de limitación hay Estados que no han querido permanecer en una pasividad absoluta como si lo han preferido hacer otros Estados, y han preferido establecer ellos mismos una legislación nacional que les

45 Hay que tener en cuenta el hecho de que aunque si bien es cierto que un Estado, tal y como hemos indicado, asumirá la responsabilidad de lo realizado por una entidad privada de su nacionalidad, esto no excluye el hecho de que podrá el Estado en cuestión establecer una legislación interna en la que en caso de tener el Estado que abonar una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por la actividad de su entidad privada, pueda repercutir de esta la cantidad que el Estado haya abonado previamente.

permita continuar avanzando en este campo. Este ha sido el caso de Luxemburgo como Estado perteneciente a la Unión Europea (el único), y de Estados Unidos, entre otros. Se han embarcado en la aventura de legislar sobre la exploración y explotación de recursos espaciales, conforme a la legislación internacional, puesto que el artículo 2 del Tratado del Espacio Exterior, habla sobre la apropiación de cuerpos celestes, la Luna o el espacio ultraterrestre en general, pero nada dice de los recursos que se pueden extraer de ellos. En este sentido alcanza una gran relevancia la minería espacial de la que ya se ha hablado con anterioridad.

Hablaremos a continuación de las legislaciones de Luxemburgo y Estados Unidos como pioneros en el ámbito de la exploración y explotación de recursos espaciales.

2. Luxemburgo.

Luxemburgo es un Estado que tiene una gran relevancia en el ámbito espacial en Europa, pues es el primer Estado de este territorio en establecer un régimen jurídico nacional relativo a la utilización y explotación de los recursos espaciales[46].

La legislación que puso en marcha Luxemburgo, en palabras de su ministro de Economía Etienne Scneider, "da garantías a los operadores privados en cuanto a la propiedad de los recursos que extraen en el espacio exterior". El objetivo que se pretende es el de fomentar el desarrollo económico del país diversificando su economía, para ello se pretende atraer a empresas privadas de otros Estados con el objetivo de que inviertan en su Estado. Han sido entidades privadas de diversos Estados las que se han visto atraídas por Luxemburgo, como es el caso de la empresa americana Planetary Resources (de la cual ahora es accionista), o de la japonesa ispace. El Estado busca fomentar el desarrollo de la explotación y exploración de recursos espaciales, motivo por el cual puede subvencionar a empresas privadas a este respecto.

Cabe destacar el hecho de que esta Ley de Luxemburgo ha estado, o al menos es lo que parece, influenciada por EEUU y su Ley de Exploración y Utilización de Recursos Espaciales de 2015[47]. A este respecto, cabe destacar el hecho de que al igual que ocurre con la ley espacial americana, no ha sido bien recibida por muchos Estados europeos, puesto que no parece que tengan la misma intención de explotar el espacio ultraterrestre. Esta reticencia de los Estados puede deberse a que acciones como la de la ley de Luxemburgo, parecen entrar en conflicto con

46 Fue el 13 de julio de 2017 cuando se aprobó el proyecto de ley en cuestión, el cual contó únicamente con dos votos en contra, y 55 a favor. Su entrada en vigor tuvo lugar el 1 de agosto del mismo año.

47 H.R.2262 – U.S. Commercial Space Launch Competitiveness Act, 114th Congress (2015-2016). Esta ley reconoce a los ciudadanos el derecho de poder apropiarse de recursos que procedan de cuerpos celestes que exploten en el futuro.

disposiciones de la legislación espacial internacional, como ocurre por ejemplo con el artículo 2 del OST[48], el cual indica que los Estados no podrán apropiarse de zonas del espacio ultraterrestre.

A) La ley de Luxemburgo sobre la explotación de recursos espaciales.

A continuación, se analizarán diversos artículos de la Ley Espacial de Luxemburgo que internacionalmente tengan relevancia, lo cual no excluye el hecho de que Luxemburgo también cuenta con otros articulados sobre materia espacial, como se observa de diversos reglamentos de carácter administrativo que ostenta.

Solamente trataremos lo relacionado con la apropiación de recursos espaciales, que es donde esta ley ha sido pionera junto con EEUU, y sobre la responsabilidad del Estado sobre las actividades de ámbito espacial, pues es a lo que nos hemos estado refiriendo a lo largo de todo este análisis.

B) Apropiación de recursos.

La Ley Espacial de Luxemburgo, ya nos indica en su artículo 1[49] que el Estado va a poder apropiarse de los recursos espaciales, lo cual como indicábamos anteriormente pareciera que entra en conflicto con lo establecido en el artículo 2 del OST. La diferencia a mi parecer es que la Ley de Luxemburgo hace referencia a "recursos espaciales", mientras que el artículo 2 del OST indica que "El espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, no podrá ser objeto de apropiación nacional por reivindicación de la soberanía, uso u ocupación, ni de ninguna otra manera" ¸ lo cual alude a algo mucho más genérico. Este artículo de la no apropiación hace más bien referencia a no colonizar el espacio ultraterrestre, pues no dice nada sobre los recursos que pueden extraerse de él.

Es por ello que, si seguimos esta interpretación, no podemos decir que esté vulnerando el derecho internacional, puesto que como acabamos de indicar no se vería vulnerado ni siquiera este segundo artículo del OST.

Establecen, además, los autores de la Ley Espacial de Luxemburgo, respecto de la minería en un asteroide (actividad ya explicada con anterioridad), que esta es totalmente lícita para ellos, puesto que es equiparable a la minería que se realiza en el planeta Tierra[50].

48 En concreto, este artículo nos dice lo siguiente: "El espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, no podrá ser objeto de apropiación nacional por reivindicación de la soberanía, uso u ocupación, ni de ninguna otra manera".

49 Ley sobre la exploración y utilización de los recursos espaciales, de 20 de julio de 2017. En adelante: Ley Espacial de Luxemburgo.

50 Froehlich, A.; Seffinga, V.: *National Space Legislation. A Comparative and Evaluative Analysis*. Vienna, Springer, 2018, pp. 139-141.

Al comparar la situación de la minería con la de la Tierra, no podemos equipararla completamente, puesto que encontramos algunas diferencias que no se pueden evadir. Así como en la tierra podemos toparnos con situaciones en las que la propiedad de una mina es diferente de la propiedad de la superficie en la que se encuentra la mina, no ocurre lo mismo en el espacio ultraterrestre.

En la Tierra, la superficie en la que se encuentra la mina es propiedad del Estado en el que ésta está situada, mientras que en el espacio ultraterrestre no se puede reclamar ninguna soberanía.

C) Responsabilidad del Estado en la explotación.

El artículo 2 de la Ley Espacial de Luxemburgo[51], establece que se requiere de una autorización para poder explorar o hacer uso de cualquier recurso espacial, y esta autorización deberá haber sido expedida por parte del ministro o ministros de economía y actividades espaciales. Para evitar cualquier problemática con la ley internacional, puesto que esta es superior jerárquicamente a la nacional, es por ello que el último apartado de este segundo artículo indica que "el operador autorizado sólo puede llevar a cabo la actividad […] conforme a las condiciones de autorización y obligaciones internacionales de Luxemburgo".

Lo que además evidencia esta Ley Espacial, es que su interés principal es el comercial[52].

En lo relativo a la autorización, hay diferencias entre lo que se estableció en un primer momento en el proyecto de Ley Espacial, y lo que ahora establece la misma. En un primer momento se pretendía que la autorización que se concediese sirviera para abarcar la misión para la que se solicitaba la autorización, pero finalmente se decidió que la autorización no se concediese por misión, sino que ésta fuese personal y transferible[53]. También cambia el hecho de que en el proyecto de ley la autorización solo se concedía a solicitantes que fuesen persona jurídica, anónima o comanditaria por acciones, todo ello, por supuesto conforme a la legislación luxemburguesa. En la Ley definitiva, solo se concederá a aquellos solicitantes que sean sociedad anónima, comanditaria por acciones, de responsabilidad limitada

51 Este artículo 2 dice lo siguiente: "1. No person can explore or use space resources without holding a written mission authorization from the minister or ministers in charge of the economy and space activities (hereinafter 'the ministers'). 2. No person shall be authorized to carry out the activity referred to in paragraph 1 either through another person or as an intermediary for the carrying out of such activity. 3. The authorized operator may only carry out the activity referred to in paragraph 1 in accordance with the conditions of the authorization and the international obligations of Luxembourg. 4. This Law shall not apply to satellite communications, orbital positions or the use of frequency bands."

52 Esto se indica en el artículo 3 de la Ley Espacial de Luxemburgo, la cual establece lo siguiente: "The authorization shall be granted to an operator for a mission of exploration and use of space resources for commercial purposes upon written application to the ministers".

53 Artículo 5 de la Ley Espacial de Luxemburgo: "The authorization is personal and non-assignable".

conforme a la legislación de Luxemburgo, o una sociedad europea cuyo domicilio social se encuentre en este Estado (así lo establece el artículo 4 de la Ley Espacial de Luxemburgo).

En cuanto a la responsabilidad, encontraremos una doble responsabilidad, por un lado, la que ostente el Estado en virtud del derecho Internacional del Espacio, como ya hemos ido indicando conforme al artículo 6 del OST, y por otro lado la de la entidad privada a la que se le haya concedido la autorización para poder realizar la misión de que se trate. Pues como ya habíamos indicado, aunque el responsable en primera instancia de los daños derivados de las entidades privadas es de los Estados cuya nacionalidad ostenten, estos podrán después repercutir la cuantía que hubiera tenido que abonar, de la empresa privada, si así lo disponen en su legislación interna.

2. Estados Unidos.

Estados Unidos ha sido desde siempre, junto con Rusia, de los Estados que más han invertido en la exploración ultraterrestre, no hay que olvidar que se propusieron llegar a la Luna, y así lo hicieron el 20 de julio de 1969 con la misión Apolo 11, fecha en la que el hombre pisó por primera vez la luna.

No es por tanto de extrañar que siguieran a la cabeza de esta carrera espacial, aunque a diferencia de en el pasado que era más bien promovido por el Estado a través de su bien conocida NASA[54], desde hace unos años ha sido el sector privado el que ha vuelto a activar la carrera espacial que parecía algo inactiva.

Este Estado, es parte de la mayoría de los Tratados internacionales sobre el espacio ultraterrestre, en concreto de todos menos el Tratado de la Luna, lo cual era de esperar tras todo lo que hemos ido señalando al respecto a lo largo de este trabajo. De hecho, alguno de estos tratados ha sido regulados internamente también por el propio Estado.

Cabe destacar, por tanto, que este país cuenta con la legislación espacial más consolidada y robusta que existe, en comparación con otros países. Y, no solo cuenta con la legislación mejor asentada y desarrollada en ámbito espacial, sino que, además, cuenta con numerosos organismos con funciones en este ámbito. Algunos de estos son: La NASA, como ya señalábamos; el FAA (Administración Federal de Aviación), el cual autoriza los lanzamientos y reentradas de los objetos espaciales entre otras cosas; y el NOAA (Administración Atmosférica y Oceánica), que autoriza las actividades de teledetección.

54 Administración Espacial Aeronáutica de Estados Unidos.

A continuación, se analizarán aspectos de su regulación nacional[55] referente a materia comercial, de explotación de recursos y de responsabilidad.

A) Explotación de recursos espaciales.

Estados unidos adoptó en 2015 su nueva ley sobre la Competitividad de los Lanzamientos Espaciales Comerciales, cuya regulación se dedica principalmente a minería espacial, tanto en la Luna, como en asteroides y otros cuerpos celestes.

Esta ley nos indica en el precepto § 51303[56] del Código de los Estados Unidos que los ciudadanos estadounidenses van a tener derecho a cualquier recurso espacial o de asteroide que haya obtenido, pudiendo disponer de él como si fuera de su propiedad al poderlo poseer, vender o utilizar.

Eso sí, se contará con una constante supervisión por parte del Estado de las actividades ultraterrestres que se realicen, además de tener que estar sujetas a una autorización por parte del Gobierno Federal de los Estados Unidos[57].

Tal y como ya apuntábamos al analizar la legislación de Luxemburgo a este respecto, parecería que se está vulnerando el principio de no apropiación proclamado en el artículo 2 del OST, sin embargo, de la misma forma que ya se había indicado, ese artículo hace referencia a una no apropiación general de la Luna, el espacio ultraterrestre y otros cuerpos celestes, nada indica sobre los recursos que de ellos se pueden extraer. En este sentido, ni Luxemburgo ni EE. UU. han establecido disposición alguna proclamando la soberanía o jurisdicción sobre ningún cuerpo celeste, la Luna o el espacio ultraterrestre, sino que simplemente proclaman la soberanía de aquellos recursos que se puedan extraer del espacio a raíz de actividades como la minería espacial. Podemos decir, por tanto, que la ley estadounidense y la de Luxemburgo sobre esta materia son muy similares, por lo que se engloban en la misma dirección interpretativa.

IV. CONCLUSIONES.

A lo largo de este trabajo he tenido el placer de poder conocer con mayor profundidad gran parte de la legislación internacional sobre el espacio

55 En 2010 tuvo lugar una recodificación en Estados Unidos de las leyes de ámbito espacial, se transfirieron al "Código de los Estados Unidos", y casi todas las disposiciones o leyes referidas al ámbito comercial espacial se encuentran en su Título 51. Smith, M.: *The Space Law Review: USA,* The Law Reviews, Sherman & Howard LLC, 2020 pp. 1-2.

56 "A United States citizen engaged in commercial recovery of an asteroid resource or a space resource under this chapter shall be entitled to any asteroid resource or space resource obtained, including to possess, own, transport, use, and sell the asteroid resource or space resource obtained in accordance with applicable law, including the international obligations of the United States".

57 51 USC § 51302(a)(3): "Promote the right of United States citizens to engage in commercial exploration for and commercial recovery of space resources free from harmful interference, in accordance with the international obligations of the United States and subject to authorization and continuing supervision by the Federal Government".

ultraterrestre, como son los cinco grandes tratados que hay al respecto de las Naciones Unidas: El Tratado del Espacio Exterior, el Acuerdo sobre el salvamento y la devolución de astronautas (aunque este no ha sido objeto de análisis en este proyecto por la materia de la que trata, he podido leer el mismo), el Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, el Convenio sobre el registro de objetos lanzados al espacio ultraterrestre y el Acuerdo de la Luna.

Además, me he dado cuenta de que hay una gran insuficiencia legislativa a este respecto, pues los tratados que acabamos de nombrar se han quedado obsoletos, o necesitan de una mayor precisión para no llevar a incertidumbre por parte de los Estados que deben adherirse a los mismos. Puesto que como ya he ido apuntando a lo largo del análisis, esta es una de las principales causas de ausencias de las grandes potencias en materia espacial como Estados Parte de algunos tratados, como es el caso del Acuerdo de la Luna.

Los Estados se han visto obligados a legislar en mayor o menor medida en sus legislaciones internas, a modo de precisar o desarrollar lo establecido en la legislación espacial internacional, con el objetivo de proporcionar a las entidades públicas y privadas que deseen llevar a cabo actividades espaciales, una mayor seguridad jurídica.

Esto como hemos visto puede llevar a conflictos entre diversas legislaciones, como ocurre con Luxemburgo y Estados Unidos, y su reciente régimen de explotación de recursos espaciales; y la legislación internacional a este respecto, pues a priori puede parecer que se está vulnerando algún precepto internacional, cuando todo es una cuestión de interpretación y falta de concreción o delimitación por parte de los Tratados internacionales espaciales.

En mi opinión, los Estados deberían de poder avanzar en el conocimiento del espacio ultraterrestre, pero se debería de actualizar la legislación internacional, estableciendo unos mínimos que hubiera que respetar por ejemplo en materia de explotación de recursos espaciales, definiendo cuales son los límites de esta actividad.

BIBLIOGRAFÍA

Cassese, A.: *International Law*, 2ª ed. New York, Oxford University Press, 2005.

Cheng, B.: *Spacecraft, Satellites and Space Object*, Encyclopedia of Public International Law, 11, 1989.

Cheng, B.: *Studies in international Space law*, 1997.

E. y Gupta, B.: *Emergence of Jus Cogens Principles in Outer Space Law*, Astropolitics, 18(1), 2020.

Froehlich, A.; Seffinga, V.: *National Space Legislation. A Comparative and Evaluative Analysis*, Vienna, Springer, 2018.

Frohloff, J.: *Collisions of Artificial Satellites: The Liability of States and Private Entities*. Air and Space, 45(3), 2020.

Ghersi, C.: *Reparación de daños*, 2ª ed., Buenos Aires, Universidad, 1992.

Gorove, S.*: Implications of International Space Law for Private Enterprise*, Air and Space Law, 11, 1982.

Harn, N.: *Commercial Mining of Celestial Bodies, A Legal Roadmap*, 2015.

Hart, H.: *Punishment and Responsability: Essay in the Philosophy of Law*, 2ª ed., 1970.

James, T.: *Deep Space Commodities: Exploration, production, and trading*, 1ª ed. Palgrave Macmillan, Cham, 2018.

Juste Ruiz, J., Castillo, M.; & Bou Franch, V.: *Lecciones de derecho internacional público*, 3ª ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

Kerrest de Rozavel, A.*: Launching Spacecraft from the Sea and the Outer Space Treaty: The Sea launch Project. Proceedings of the Forthieth Colloquium on the Law of Outer Space*, 1998.

Lee, R.: *Law and Regulation of Commercial Mining of Minerals in Outer Space*, New York, Springer, Space Regulations Library, 2012.

Lewis, J.: *Resources of the Asteroids* 50, 1997.

Mosteshar, S.: Bin Cheng, *Studies in International Space Law*, London Institute of Space Policy, 1997.

SANZ ENCINAR, A.: *El concepto jurídico de responsabilidad en la Teoría General del Derecho*, Universidad Autónoma de Madrid, 1998.

SMITH, M.: *The Space Law Review, USA*, The Law Reviews, Sherman & Howard LLC, 2020.

THOMAS, P.; VEVERKA, J.: *Phobos and Deimos: a preview of what asteroids are like?* Arizona, University of Arizona Press, 1979.

VALLE GÁLVEZ, J.: *La estación espacial internacional: Algunos problemas jurídicos*. Revista Española de Derecho Internacional, 43(1), 1991.

VON DER DUNK, F.: *The Origins of Authorisation: Article VI of the Outer Space Treaty and International Space Law. Space, Cyber and Telecomunications Law*, Program Faculty Publications, University of Nebraska, 6, 2011.

WINGO, D.: *Moorush: Improving Life on Earth with the Moon's Resources*, Collector's Guide, 2004.

CRÓNICA LEGAL

LA LEY ORGÁNICA 3/2021, DE 24 DE MARZO, DE REGULACIÓN DE LA EUTANASIA

ORGANIC LAW 3/2021, OF MARCH 24, REGULATORY OF EUTHANASIA

Rev. Boliv. de Derecho Nº 33, enero 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 754-775

Josefina
ALVENTOSA
DEL RÍO

ARTÍCULO RECIBIDO: 6 de octubre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 30 de noviembre de 2021

RESUMEN: En España se ha publicado la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, cuyo objetivo fundamental es regular el derecho que corresponde a toda persona que cumpla las condiciones exigidas en esta Ley a solicitar y recibir la ayuda necesaria para morir, considerándolo como un derecho individual. Como consecuencia se despenaliza la eutanasia activa realizada según los parámetros establecidos en dicha ley, pero se sigue sancionando las conductas eutanásicas practicadas fuera de los mismos. La Ley regula fundamentalmente la prestación de ayuda para morir, los supuestos y los requisitos para acceder a dicha prestación, el procedimiento para la realización de dicha prestación, y la creación de las Comisiones de Garantía y Evaluación.

PALABRAS CLAVE: eutanasia; derecho a morir; autonomía del paciente; prestación de ayuda para morir; personas con discapacidad; Comisiones de Garantía y Evaluación.

ABSTRACT: *In Spain, Organic Law 3/2021, of March 24, regulating euthanasia has been published, whose fundamental objective is to regulate the right that corresponds to any person who meets the conditions required in this Law to request and receive the help needed to die, considering it as an individual right. As a consequence, active euthanasia carried out according to the parameters established in said law is decriminalized, but euthanasia behaviors practiced outside of them continue to be sanctioned. The Law fundamentally regulates the provision of aid for dying, the assumptions and requirements to access said provision, the procedure for carrying out said provision, and the creation of Guarantee and Evaluation Commissions.*

KEY WORDS: *euthanasia; right to die; patient autonomy; provision of help to die; people with disabilities; Guarantee and Evaluation Commissions.*

SUMARIO.- I. LA LEY ORGÁNICA 3/2021, DE 24 DE MARZO, DE REGULACIÓN DE LA EUTANASIA.- II. EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE LAS PERSONAS A SOLICITAR LA PRESTACIÓN DE AYUDAS PARA MORIR.- III. REQUISITOS PARA SOLICITAR Y RECIBIR LA PRESTACIÓN DE AYUDA PARA MORIR.- 1. Requisitos que afectan a la persona.- 2. Requisitos de carácter formal.- IV. REQUISITOS DE LA SOLICITUD DE PRESTACIÓN DE AYUDA PARA MORIR. REVOCACIÓN. DENEGACIÓN.- 1. Formulación de la solicitud de prestación de ayuda para morir.- 2. Revocación de la solicitud.- 3. La denegación de la prestación de ayuda a morir.- V. PROCEDIMIENTO PARA LA REALIZACIÓN DE LA PRESTACIÓN DE AYUDA PARA MORIR.- VI. ACCESO EN LA PRESTACIÓN DE AYUDA PARA MORIR.- VII. COMISIONES DE GARANTÍA Y EVALUACIÓN.- VIII. MODIFICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL.

I. LA LEY ORGÁNICA 3/2021, DE 24 DE MARZO, DE REGULACIÓN DE LA EUTANASIA.

Una de las cuestiones, y de las más polémicas, que se ha planteado en torno a la muerte de la persona ha sido la relativa a la situación que se conoce con el término eutanasia.

En el panorama de la sociedad actual y, especialmente en el ámbito médico y jurídico, el tema de la eutanasia se presenta como una de las cuestiones más delicadas que tiene que abordar dicha sociedad.

Es una de las cuestiones más delicadas porque se trata de una situación límite de la vida humana, como lo son también el aborto, la reproducción humana, la clonación, la pena de muerte o el suicidio, entre otras.

Y como en todas ellas, la eutanasia se plantea como una cuestión en la que tiene poca cabida la asepsia valorativa, puesto que el sujeto de estudio se confunde con el objeto del mismo, y no es un objeto neutro al valor.

Por todo ello, en el estudio de la eutanasia están implicados principios y valores que afectan al mismo tiempo al individuo y a la sociedad en su conjunto, configurada hoy como una sociedad plural y diversa, que no acepta soluciones unívocas en materias tan controvertidas.

• Josefina Alventosa del Río
Profesora Titular de Derecho civil en la Universidad de Valencia. Premio Extraordinario de Licenciatura, de la Fundación Cañada-Blanch, y de la Fundación "Fondo para la Investigación Económica y Social". Ha coordinado y participado en diversos proyectos e intervenido en congresos y jornadas nacionales e internacionales. Es miembro del Consejo de Redacción de varias Revistas científicas y de distintas asociaciones; así como miembro de diversos grupos de expertos de los Ministerios de Trabajo, de Sanidad y de Igualdad, realizando labores de asesoramiento a instituciones privadas y públicas, así como diferentes programas de formación destinados a operadores jurídicos. Es autora de dos monografías, y de numerosas publicaciones en diversas revistas científicas, nacionales e internacionales, de reconocido prestigio. Correo electrónico: josefina.alventosa@uv.es.

Esta situación ha suscitado un gran debate tanto en el seno de la propia sociedad como en el ámbito de la medicina, del derecho, de la filosofía y de la religión, que se presenta como un problema ético, social y jurídico.

El referido debate ha determinado que, desde el punto de vista jurídico, la regulación de la eutanasia no haya sido homogénea ni en todos los países ni en todos los momentos históricos, y que aún hoy no sea definitiva; y mucho menos en nuestro país, cuya incorporación a dicha discusión ha sido tardía.

Es necesario esclarecer el supuesto de hecho a que se refiere el término eutanasia, puesto que esta expresión se ha utilizado por la sociedad civil y por especialistas de diversas disciplinas científicas, así como en documentos y en distintos textos legales, con significados totalmente diferentes.

Etimológicamente, eutanasia, en su origen, significa buena muerte. Sin embargo, la evolución del propio concepto a lo largo de la historia lo ha dotado de significados diversos, añadiéndosele, desde distintos puntos de vista (el médico, el filosófico y el jurídico), calificativos muy dispares.

Actualmente, la doctrina científica coincide mayoritariamente en admitir los siguientes tipos básicos de eutanasia: a) Eutanasia pasiva (negativa o lenitiva), que consiste tanto en la no aplicación (eutanasia pasiva por omisión) como en la interrupción (eutanasia pasiva por acción) de la terapia que se aplica a un enfermo con la finalidad de no prolongar los sufrimientos que padecen los enfermos terminales o vegetativos sin posibilidad de recuperar la consciencia o de mejorar su calidad de vida; b) Eutanasia activa (positiva u occisiva), que consiste en todos aquellos actos encaminados a producir deliberadamente la muerte de un ser que sufre; ésta a su vez puede ser eutanasia activa directa, cuando estos actos están encaminados a producir la muerte de una persona que padece una enfermedad incurable actuando sin el consentimiento de la víctima, y eutanasia activa indirecta, que consiste en la administración de fármacos para aliviar el sufrimiento de un enfermo terminal e incurable que conlleva el efecto secundario de producir un acortamiento de la vida del paciente.

En nuestro ordenamiento jurídico sólo estaba penada la eutanasia activa directa en el art. 143 CP, permitiéndose con las limitaciones y precauciones establecidas, sobre todo, en la legislación sanitaria, los otros tipos de eutanasia.

Ello, no obstante, desde ya hacía algún tiempo se venían alzando voces en defensa de la permisibilidad en nuestra sociedad, en base a los principios de respeto a la dignidad de la persona, al libre desarrollo de su personalidad y al derecho la libertad de la misma, de este último tipo de eutanasia, de manera similar a lo que

ocurre en Holanda y Bélgica, donde este supuesto está permitido, habiendo sido rodeado de diversas medidas de seguridad en beneficio de la persona.

Ello dio lugar a pronunciamientos de nuestros tribunales, de los cuales hay que destacar el Auto del TC 242/1998, de 11 de noviembre, dictado sobre el famoso caso de Ramón Sampedro, resuelto cuando ya había fallecido dicha persona y cuyo recurso interpuso su heredera, que abordaba la cuestión de la disponibilidad de la vida humana por su titular, que no resolvió el TC, pues no entró en realidad en el fondo del asunto, por entender que se trataba de una cuestión de carácter personalísimo, señalando que dicha heredera no tenía legitimación para reclamar un derecho que sólo correspondía a la persona fallecida.

En la actualidad, y en virtud de la demanda que la sociedad ha planteado durante tiempo a los distintos gobiernos de España, la cuestión ha sido abordada por la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, que establece una regulación más precisa sobre el derecho que tiene toda persona para recibir la ayuda necesaria para morir, siempre que así lo requiera cuando se cumplan los requisitos señalados por la propia Ley y con las garantías que exige la misma, como posteriormente se indicará, y cuyo objeto, según la propia Ley, "es regular el derecho que corresponde a toda persona que cumpla las condiciones exigidas a solicitar y recibir la ayuda necesaria para morir, el procedimiento que ha de seguirse y las garantías que han de observarse" (art. 1.1).

Ante las diversas concepciones que sobre la eutanasia se han emitido en la doctrina y en las distintas legislaciones internacionales, ha sido el propio legislador español el que ha optado por precisar qué entiende por tal concepto en la Exposición de Motivos de la Ley, y, partiendo de que la eutanasia significa etimológicamente "buena muerte", ésta define a la misma "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", añadiendo que "En nuestras doctrinas bioética y penalista existe hoy un amplio acuerdo en limitar el empleo del término «eutanasia» a aquella que se produce de manera activa y directa, de manera que las actuaciones por omisión que se designaban como eutanasia pasiva (no adopción de tratamientos tendentes a prolongar la vida y la interrupción de los ya instaurados conforme a la *lex artis*), o las que pudieran considerarse como eutanasia activa indirecta (utilización de fármacos o medios terapéuticos que alivian el sufrimiento físico o psíquico aunque aceleren la muerte del paciente –cuidados paliativos–) se han excluido del concepto bioético y jurídico-penal de eutanasia", volviendo a definir la eutanasia más precisamente como "la actuación que produce la muerte de una persona de forma directa e intencionada mediante una relación causa-efecto única e inmediata, a petición informada, expresa y reiterada en el tiempo por dicha persona, y que se lleva a cabo en un contexto de sufrimiento

debido a una enfermedad o padecimiento incurable que la persona experimenta como inaceptable y que no ha podido ser mitigado por otros medios".

En este contexto, estima el legislador que lo que la Ley introduce en nuestro ordenamiento jurídico es un nuevo derecho individual: la eutanasia; observando que dicho derecho conecta con un derecho fundamental de la persona constitucionalmente protegido como es la vida, pero que se debe cohonestar también con otros derechos y bienes, igualmente protegidos constitucionalmente, como son la integridad física y moral de la persona (art. 15 CE), la dignidad humana (art. 10 CE), el valor superior de la libertad (art. 1.1 CE), la libertad ideológica y de conciencia (art. 16 CE) o el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE).

Señala el legislador que es necesario hacer compatibles estos derechos y principios constitucionales con la eutanasia para lo que se requiere una legislación respetuosa con todos ellos. Pues estima que "No basta simplemente con despenalizar las conductas que impliquen alguna forma de ayuda a la muerte de otra persona, aun cuando se produzca por expreso deseo de esta", ya que ello dejaría a las personas desprotegidas respecto de su derecho a la vida que nuestro marco constitucional exige proteger. Lo que se pretende es legislar para respetar la autonomía y voluntad de poner fin a la vida de quien está en una situación de padecimiento grave, crónico e imposibilitante o de enfermedad grave e incurable, padeciendo un sufrimiento insoportable que no puede ser aliviado en condiciones que considere aceptables.

Atendiendo a esta finalidad, el legislador señala que la presente Ley regula y despenaliza la eutanasia en determinados supuestos, definidos claramente, y sujetos a garantías suficientes que salvaguarden la absoluta libertad de la decisión, descartando presión externa de cualquier índole. Por ello, distingue entre dos conductas eutanásicas diferentes: por un lado, la eutanasia activa, que es la acción por la que un profesional sanitario pone fin a la vida de un paciente de manera deliberada y a petición de éste, cuando se produce dentro de un contexto eutanásico por causa de padecimiento grave, crónico e imposibilitante o enfermedad grave e incurable, causantes de un sufrimiento intolerable; y, por otro lado, aquella en la que es el propio paciente la persona que termina con su vida, para lo que precisa de la colaboración de un profesional sanitario que, de forma intencionada y con conocimiento, facilita los medios necesarios, incluido el asesoramiento sobre la sustancia y dosis necesarias de medicamentos, su prescripción o, incluso, su suministro con el fin de que el paciente se lo administre.

La Ley consta de cinco capítulos, siete disposiciones adicionales, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y cuatro disposiciones finales. El capítulo I está destinado a delimitar su objeto y ámbito de aplicación, así como a establecer las necesarias definiciones fundamentales del texto normativo. El capítulo II

establece los requisitos para que las personas puedan solicitar la prestación de ayuda para morir y las condiciones para su ejercicio. El capítulo III va dirigido a regular el procedimiento que se debe seguir para la realización de la prestación de ayuda para morir y las garantías que han de observarse en la aplicación de dicha prestación. El capítulo IV establece los elementos que permiten garantizar a toda la ciudadanía el acceso en condiciones de igualdad a la prestación de ayuda para morir, incluyéndola en la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud y garantizando así su financiación pública, pero garantizando también su prestación en centros privados o, incluso, en el domicilio. Por último, el capítulo V regula las Comisiones de Garantía y Evaluación que deberán crearse en todas las Comunidades Autónomas y en las Ciudades de Ceuta y Melilla a los fines de esta Ley.

Por su parte, las disposiciones adicionales se dirigen a garantizar que quienes solicitan ayuda para morir al amparo de esta Ley se considerará que fallecen por muerte natural, a asegurar recursos y medios de apoyo destinados a las personas con discapacidad, a establecer mecanismos para dar la máxima difusión a la presente Ley entre los profesionales sanitarios y la ciudadanía, entre los cuales se prevé la elaboración de una manual de buenas prácticas que sirva para orientar la correcta puesta en práctica de la Ley[1] y oferta de formación continua específica sobre la ayuda para morir a los profesionales sanitarios, así como un régimen sancionador ante las infracciones de lo dispuesto por la presente Ley, régimen que queda sometido al régimen sancionador previsto en el capítulo VI del título I de la Ley 14/1986, General de Sanidad, sin perjuicio de las posibles responsabilidades civil, penal y profesional o estatutaria que puedan corresponder (Disposición adicional segunda).

De entre tales disposiciones es de destacar la Disposición adicional primera que establece que "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". Ello supone la aplicación de las consecuencias jurídicas determinadas en el Código civil, que estipula en el art. 32 que la muerte de las personas extingue la personalidad civil; lo que produce como efectos importantes la extinción de todas las relaciones jurídicas personales y patrimoniales del difunto no trasmisibles, y entre ellos, como efecto más importante, la apertura de la sucesión *mortis causa* (art. 657 CC).

La Disposición derogatoria única establece la derogación de todas las disposiciones de igual o inferior rango que contradigan o se opongan a lo establecido en la Ley.

1 Dicho "Manual de buenas prácticas en eutanasia" se ha publicado ya, y puede consultarse en la página web del Ministerio de sanidad, consumo y bienestar social https://www.mscbs.gob.es/eutanasia/profesionales/home.htm

En sus disposiciones finales se procede, en consecuencia con el nuevo ordenamiento legal introducido por la presente Ley, a la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, con el objeto de despenalizar todas aquellas conductas eutanásicas en los supuestos y condiciones establecidos por la presente Ley (Disposición final primera). De tales disposiciones, cabe destacar la Disposición final tercera que establece el carácter de Ley Orgánica de la misma, con excepción de los arts. 12, 16.1, 17 y 18, de las disposiciones adicionales primera (consideración de la muerte), segunda (régimen sancionador), tercera (informe anual de la Comisión de Garantía y Evaluación), cuarta (personas con discapacidad), quinta (recurso jurisdiccional), sexta (medidas para garantizar la prestación de ayuda para morir) y séptima (formación de los profesionales), y de la disposición transitoria única (régimen jurídico de las Comisiones de Garantía y Evaluación), que revisten el carácter de ley ordinaria. Por último, la Disposición final cuarta establece la entrada en vigor a los tres meses de su publicación en el BOE (que lo fue el 25 de marzo de 2021), salvo el art. 17 (que se refiere a la composición y creación de las Comisiones de Garantía y Evaluación), respecto del cual se dispuso su entrada en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE.

II. EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE LAS PERSONAS A SOLICITAR LA PRESTACIÓN DE AYUDAS PARA MORIR.

Según se dispone en el art. 1.1 de la Ley, el objeto de la misma "es regular el derecho que corresponde a toda persona que cumpla las condiciones exigidas a solicitar y recibir la ayuda necesaria para morir, el procedimiento que ha de seguirse y las garantías que han de observarse", como ya se ha indicado. Añadiendo en su párrafo segundo que asimismo la Ley "determina los deberes del personal sanitario que atienda a esas personas, definiendo su marco de actuación, y regula las obligaciones de las administraciones e instituciones concernidas para asegurar el correcto ejercicio del derecho reconocido en esta Ley".

Sin embargo, en realidad esta Ley aborda una de las cuestiones más debatidas en la doctrina científica y en la sociedad, cual es la disponibilidad de la propia persona sobre su vida.

Como se ha señalado ya, nuestro legislador ha optado por reconocer el derecho de la persona sobre dicha disponibilidad, y de hecho, se ha visto que en la Exposición de Motivos de la propia Ley el legislador señala que introduce en nuestro ordenamiento jurídico un nuevo derecho individual, el derecho a la eutanasia, que se reconoce como tal en el texto legal en su art. 4.1, al afirmar que "Se reconoce el derecho de toda persona que cumpla los requisitos previstos en esta Ley a solicitar y recibir la prestación de ayuda para morir".

Una vez reconocido este derecho de la persona a decidir sobre su propia muerte, la Ley admite, como consecuencia de este derecho individual, el derecho de dicha persona a solicitar la prestación de ayuda para morir, y establece las circunstancias en que se puede solicitar esa ayuda y los requisitos que se exigen para que se reconozca este derecho.

Una de las primeras cosas que hace la Ley es concretar qué se entiendo por Prestación de ayuda para morir. Y así en el art. 3.1, g), define la "Prestación de ayuda para morir" como la "acción derivada de proporcionar los medios necesarios a una persona que cumple los requisitos previstos en esta Ley y que ha manifestado su deseo de morir. Dicha prestación se puede producir en dos modalidades: 1.ª) La administración directa al paciente de una sustancia por parte del profesional sanitario competente.- 2.ª) La prescripción o suministro al paciente por parte del profesional sanitario de una sustancia, de manera que esta se la pueda auto administrar, para causar su propia muerte".

Ahora bien, este derecho se subordina a la existencia de ciertas condiciones (circunstancias físicas y convicciones morales de la persona) y requisitos para la prestación de ayuda para morir.

Claramente, pues, nuestro ordenamiento jurídico ha admitido la denominada eutanasia activa, aunque dentro del contexto que determina la Ley.

III. REQUISITOS PARA SOLICITAR Y RECIBIR LA PRESTACIÓN DE AYUDA PARA MORIR.

Para recibir la prestación de ayuda a morir se precisan una serie de requisitos que la propia Ley establece principalmente en el art. 5, en relación con otros preceptos.

Así, se exigen los siguientes requisitos, que, se pueden agrupar fundamentalmente en dos grupos, aunque la Ley no lo hace: aquellos que se refieren a la persona a la que se le va a practicar la eutanasia y aquellos que son requisitos de carácter formal.

1. Requisitos que afectan a la persona.

Se puede señalar que los requisitos que se refieren a la persona que va a solicitar la prestación de ayuda a morir son los siguientes.

En primer lugar, tener la nacionalidad española o residencia legal en España o certificado de empadronamiento que acredite un tiempo de permanencia

en territorio español superior a doce meses (art. 5.1)[2]. No se hace diferencia entre nacionalidad de origen o nacionalidad derivativa, como se puede observar, ni tampoco se exige un tiempo mínimo de ostentación de dicha nacionalidad (a diferencia del empadronamiento).

En segundo lugar, se exige ser mayor de edad (art. 5.1). En nuestro país, como es sabido, la mayoría de edad se tiene a los 18 años (art. 12 CE, 240.1 CC). Por tanto, quedan excluidos de la solicitud de eutanasia los menores de edad, sean emancipados o no.

En tercer lugar, se exige que la persona sea capaz y consciente en el momento de la solicitud (art. 5.1). Se entiende que esa capacidad se refiere a las facultades cognitivas y volitivas. Sin embargo, en relación a las personas con discapacidad la propia Ley dispone que se adoptarán las medidas pertinentes para proporcionarles acceso al apoyo que pueden necesitar en el ejercicio de los derechos que tienen reconocidos en el ordenamiento jurídico (art. 4.3, párrf. Segundo); asimismo se establece que "Las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas tendrán garantizados los derechos, recursos y medios de apoyo establecidos en la Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas" (Disposición adicional cuarta). Hay que recordar en cuanto a los derechos de dichas personas la reciente publicación en España de 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; en ella, siguiendo los principios de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, de Naciones Unidas, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, en la que se reconoce capacidad jurídica a las personas con discapacidad en condiciones de igualdad con los demás en todos los aspectos de su vida (art. 12.2), también en nuestro país se reconoce dicha capacidad, arbitrando un sistema de apoyos cuando una persona los necesite para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica, que tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad, medidas que deben establecerse inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales y atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de la persona de que se trate (art. 249 CC).

En cuarto lugar, se requiere también en el art. 5.1, d), que la persona solicitante debe "Sufrir una enfermedad grave e incurable o un padecimiento grave, crónico

2 Hay que tener en cuenta que el art. 2 establece el ámbito de aplicación de la Ley, señalando que ésta será de aplicación "a todas las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, que actúen o se encuentren en territorio español", puntualizando en relación con las personas jurídicas que ésta se encuentra en territorio español cuando tenga "domicilio social, sede de dirección efectiva, sucursal, delegación o establecimiento de cualquier naturaleza en territorio español".

e imposibilitante en los términos establecidos en esta Ley, certificada por el médico responsable". La propia Ley define estas dos circunstancias en las que se debe encontrar la persona que solicita la prestación de ayuda en el art. 3.1. Así, la Ley define el "Padecimiento grave, crónico e imposibilitante" como "situación que hace referencia a limitaciones que inciden directamente sobre la autonomía física y actividades de la vida diaria, de manera que no permite valerse por sí mismo, así como sobre la capacidad de expresión y relación, y que llevan asociado un sufrimiento físico o psíquico constante e intolerable para quien lo padece, existiendo seguridad o gran probabilidad de que tales limitaciones vayan a persistir en el tiempo sin posibilidad de curación o mejoría apreciable. En ocasiones puede suponer la dependencia absoluta de apoyo tecnológico" (letra b); y la "Enfermedad grave e incurable" como "la que por su naturaleza origina sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables sin posibilidad de alivio que la persona considere tolerable, con un pronóstico de vida limitado, en un contexto de fragilidad progresiva" (letra c).

2. Requisitos de carácter formal.

Por su parte, en cuanto a los requisitos que se refieren a cuestiones formales, se podrían señalar los siguientes.

En primer lugar, se requiere un requisito fundamental que es el otorgamiento del consentimiento informado. A él se refiere el art. 5 de la Ley. El art. 3.1, a), define el consentimiento informado como "la conformidad libre, voluntaria y consciente del paciente, manifestada en pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que, a petición suya, tenga lugar una de las actuaciones descritas en la letra g)". Dicho requisito es conforme a la exigencia fundamental que exige toda actuación que se realiza sobre una persona en el ámbito sanitario y que se regula pormenorizadamente 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 (art. 2.2)[3] y en la legislación autonómica correspondiente. De manera general se refiere a este requisito el art. 4.3 de la Ley de la Eutanasia al señalar que "En los procedimientos regulados en esta Ley, se garantizarán los medios y recursos de apoyo, materiales y humanos, incluidas las medidas de accesibilidad y diseño universales y los ajustes razonables que resulten precisos para que las personas solicitantes de la prestación de ayuda para morir reciban la información, formen y expresen su voluntad, otorguen su consentimiento y se comuniquen e interactúen con el entorno, de modo libre, a fin

3 La Ley 41/2002 define el consentimiento informado como "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" (art. 3). Como se observa, ambas definiciones coinciden en lo esencial.

de que su decisión sea individual, madura y genuina, sin intromisiones, injerencias o influencias indebidas".

Como es sabido, el consentimiento informado está integrado por dos elementos: la información previa y el otorgamiento del consentimiento, que se regulan detalladamente en la citada Ley 41/2002. Ambos elementos se han exigido también en la Ley sobre eutanasia con algunas precisiones.

Así, por un lado, en cuanto a la información, el art. 5.1, b), establece que la persona debe "Disponer por escrito de la información que exista sobre su proceso médico, las diferentes alternativas y posibilidades de actuación, incluida la de acceder a cuidados paliativos integrales comprendidos en la cartera común de servicios y a las prestaciones que tuviera derecho de conformidad a la normativa de atención a la dependencia" (información que se exige también en el art. 4.2).

Por otro lado, la Ley en el art. 5.1, e), exige "Prestar consentimiento informado previamente a recibir la prestación de ayuda para morir". Ahora bien, ese consentimiento debe ser libre y consciente. Y de esta manera la Ley señala que "La decisión de solicitar la prestación de ayuda para morir ha de ser una decisión autónoma, entendiéndose por tal aquella que está fundamentada en el conocimiento sobre su proceso médico, después de haber sido informada adecuadamente por el equipo sanitario responsable" (art. 4.2).

La Ley establece que en la historia clínica del paciente debe quedar constancia tanto de que la información ha sido recibida y comprendida por el mismo como del consentimiento prestado (arts. 4.2 y 5.1, e).

En segundo lugar, se exige en el art. 5.1, c), que se formulen dos solicitudes, con los requisitos que se precisan en el art. 6, a los que se aludirá posteriormente, por parte de la persona que solicita la prestación de ayuda a morir. Dichas solicitudes se formularán de manera voluntaria y por escrito, o por otro medio que permita dejar constancia, y que no sea el resultado de ninguna presión externa, dejando una separación de al menos quince días naturales entre ambas. Aunque el propio precepto exonera de este plazo si el médico responsable considera que la pérdida de la capacidad de la persona solicitante para otorgar el consentimiento informado es inminente, pues entonces "podrá aceptar cualquier periodo menor que considere apropiado en función de las circunstancias clínicas concurrentes, de las que deberá dejar constancia en la historia clínica".

Estas formalidades que se exigen, sin embargo, quedan suplidas en determinadas circunstancias por la constancia de la voluntad de la persona en el Documento de Voluntades anticipadas. Así el art. 5.2 dispone que no será de aplicación lo previsto en las letras b), c) y e) del apartado anterior (que se refieren a los requisitos de la

información, el consentimiento y las solicitudes de la persona) 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, cuando cumpla lo previsto en el apartado 1.d) (que se refiere a sufrir una enfermedad grave o incurable o un padecimiento grave, crónico e imposibilitante), 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. Señalando el precepto que la valoración de la situación de incapacidad de hecho por el médico responsable se hará conforme a los protocolos de actuación que se determinen por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud[4]. La norma tiene en cuenta la regulación de los documentos de voluntades anticipadas en la Ley 41/2002, que se concreta en el art. 11, y en la legislación autonómica, que desarrolla esta regulación de forma más concreta[5].

IV. REQUISITOS DE LA SOLICITUD DE PRESTACIÓN DE AYUDA PARA MORIR. REVOCACIÓN. DENEGACIÓN.

Como se ha señalado, uno de los requisitos para recibir la prestación de ayuda para morir es la formulación de dos solicitudes por parte de la persona que requiere dicha prestación.

1. Formulación de la solicitud de prestación de ayuda para morir.

El art. 6 de la Ley 3/2021 establece una serie de requisitos para que tal solicitud sea válida.

4 Se pueden consultar dichos protocolos en la página web del Ministerio de sanidad, consumo y bienestar social https://www.mscbs.gob.es/eutanasia/profesionales/home.htm.

5 La Ley estatal 41/2002 denomina a estos Documentos "Instrucciones previas" y las define en el citado art. 11, señalado que: "Por el documento de instrucciones previas una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo". Es de destacar la diferente terminología que se utiliza en la diversa legislación existente en España para referirse al Documento de voluntades anticipadas. Así se han utilizado las siguientes denominaciones: el término utilizado en la Ley estatal 41/2002 es el de *Instrucciones previas* (art. 11), denominación que ha sido también utilizada en la legislación de las CCAA de Asturias, Castilla-León, Madrid y Murcia; sin embargo, el término más extendido ha sido el de *documento de voluntades anticipadas,* adoptado en la legislación de las CCAA de Cataluña, Galicia, Valencia (en la curiosamente se utilizan las dos expresiones: documento de voluntades anticipadas e instrucciones previas), País Vasco, Extremadura, Aragón, La Rioja, e Islas Baleares; y con una pequeña matización, se ha utilizado la denominación *documento de voluntad vital anticipada* en la legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía. De ahí que la Ley sobre la eutanasia se refiera a estos documentos utilizando la diversa terminología utilizada en nuestro ordenamiento jurídico.

En primer lugar, se exige que la solicitud de prestación de ayuda para morir deberá hacerse por escrito, cosa que también se exige en el art. 5.1, c). Dicho documento debe contener fecha y firma del paciente solicitante; aunque se permite que dicha solicitud se realice por cualquier otro medio que permita dejar constancia de la voluntad inequívoca de quien la solicita, así como del momento en que se solicita. Añade el precepto que en el caso de que por su situación personal o condición de salud no le fuera posible fechar y firmar el documento, podrá hacer uso de otros medios que le permitan dejar constancia, o bien otra persona mayor de edad y plenamente capaz podrá fecharlo y firmarlo en su presencia; dicha persona ha de mencionar el hecho de que quien demanda la prestación de ayuda para morir no se encuentra en condiciones de firmar el documento e indicar las razones (art. 6.1).

En segundo lugar, además de la firma del propio paciente, la Ley requiere también la firma de un profesional sanitario. Como regla general el art. 6.2 exige que este documento deberá firmarse en presencia de un profesional sanitario que lo rubricará, añadiendo que si no es el médico responsable, lo entregará a este. La LO 3/2021 define como médico responsable al "facultativo que tiene a su cargo coordinar toda la información y la asistencia sanitaria del paciente, con el carácter de interlocutor principal del mismo en todo lo referente a su atención e información durante el proceso asistencial, y sin perjuicio de las obligaciones de otros profesionales que participan en las actuaciones asistenciales" (art. 3, d).

Sin embargo, la Ley prevé otras formalidades ante la situación de imposibilidad de cumplir con el protocolo anterior (art. 6.4).

Así, dispone que la solicitud de prestación de ayuda para morir podrá ser presentada al médico responsable por otra persona mayor de edad y plenamente capaz, acompañándolo del documento de instrucciones previas, testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes legalmente reconocidos, suscritos previamente por el paciente. Precisamente por el valor que dichos documentos tienen de reflejar la voluntad del paciente y que otorga la citada Ley 41/2002 (art. 11) y legislación concordante.

En caso de que no exista ninguna persona que pueda presentar la solicitud en nombre del paciente, el médico que lo trata podrá presentar la solicitud de eutanasia. En tal caso, dicho médico estará legitimado para solicitar y obtener el acceso al documento de instrucciones previas, voluntades anticipadas o documentos equivalentes a través de las personas designadas por la autoridad sanitaria de la Comunidad Autónoma correspondiente o por el Ministerio de Sanidad, de conformidad con la letra d) del punto 1 del art. 4 del Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero, por el que se regula el Registro nacional de instrucciones previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal.

Lo que se permite con la finalidad de saber si existe voluntad expresada por tal paciente en dichos documentos a los efectos de permitir o no la eutanasia.

Por último, la Ley establece que el escrito de solicitud deberá incorporarse a la historia clínica del paciente (art. 6.2 *in fine*).

La solicitud de prestación de ayuda para morir puede ser aceptada o denegada, situaciones a las que se hará referencia posteriormente.

2. Revocación de la solicitud.

La Ley también prevé la posibilidad de que la persona que haya solicitado la prestación de ayuda para morir haya cambiado de idea y se retracte. En este sentido, el art. 6.3 dispone que "El solicitante de la prestación de ayuda para morir podrá revocar su solicitud en cualquier momento, incorporándose su decisión en su historia clínica. Asimismo, podrá pedir el aplazamiento de la administración de la ayuda para morir". Como se observa, no se especifica si esta revocación se debe realizar por escrito, como así se exige para la solicitud expresamente en el propio art. 6, en su apartado 1.

Estimo que dicha revocación se puede realizar incluso de forma verbal e inclusive en el mismo momento en que fueran a prestarle la ayuda. Pues la solicitud por escrito es una garantía de la voluntad de disponer de la vida humana frente a terceros y no ante uno mismo. Por tanto, en cualquier momento, la propia persona puede decidir seguir viviendo sin necesidad de manifestarlo por escrito.

3. La denegación de la prestación de ayuda a morir.

Puede suceder que la solicitud de prestación de ayuda para morir sea denegada.

Dicha denegación tiene su fundamento en los requisitos que la propia Ley establece para poder solicitar la prestación.

La Ley determina en el art. 7 unas disposiciones acerca de cómo debe producirse dicha denegación.

En primer lugar, exige que dicha denegación se realice siempre por escrito y de manera motivada por el médico responsable, que deberá realizarse en el plazo máximo de diez días naturales desde la primera solicitud (pues hay que recordar que el art. 5.1, c), exige la existencia de dos solicitudes por parte del paciente con una separación de 15 días naturales entre las mismas).

Contra dicha denegación, la persona que la hubiera solicitado podrá presentar en el plazo máximo de quince días naturales una reclamación ante la Comisión

de Garantía y Evaluación competente (cuya creación, composición y funciones se regulan en los arts. 17 a 19 de la Ley, a los que se hará alusión posteriormente). El médico responsable que deniegue la solicitud está obligado a informarle de esta posibilidad.

En segundo lugar, el médico responsable que deniegue la solicitud de la prestación de ayuda para morir, con independencia de que se haya formulado o no una reclamación ante la Comisión de Garantía y Evaluación competente, deberá remitir, en el plazo de cinco días contados a partir de que se le haya notificado la denegación al paciente, los dos documentos especificados en el art. 12 (que contienen todos los datos del paciente, enfermedad, solicitud, etc.), adaptando el documento segundo de modo que incluya los datos clínicos relevantes para la evaluación del caso y por escrito el motivo de la denegación.

Ante ello, la Comisión de Garantía y Evaluación deberá resolver en el plazo máximo de veinte días naturales las reclamaciones que formulen las personas a las que el médico responsable haya denegado su solicitud de prestación de ayuda para morir (art. 18, a).

En el caso de que la resolución sea favorable a la solicitud de prestación de ayuda para morir, la Comisión de Garantía y Evaluación competente 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.

Si en el transcurso del plazo de veinte días naturales no se ha dictado resolución, ello 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, párr. cinco).

V. PROCEDIMIENTO PARA LA REALIZACIÓN DE LA PRESTACIÓN DE AYUDA PARA MORIR.

La propia Ley regula el procedimiento para la realización de la prestación de ayuda a morir en los arts. 8 a 12.

Una vez recibida la primera solicitud de prestación de ayuda para morir, el médico responsable, en el plazo máximo de dos días naturales, una vez verificado que se cumplen los requisitos previstos en el art. 5.1.a), c) y d), realizará con el paciente solicitante un proceso deliberativo sobre su diagnóstico, posibilidades terapéuticas y resultados esperables, así como sobre posibles cuidados paliativos, asegurándose de que comprende la información que se le facilita. Sin perjuicio de que dicha información sea explicada por el médico responsable directamente al

paciente, la misma deberá facilitarse igualmente por escrito, en el plazo máximo de cinco días naturales. Téngase en cuenta que dicha información debe darse también antes de presentar la solicitud de prestación de ayuda a morir, como se ha visto, para que dicho paciente otorgue el consentimiento informado.

Transcurrido el plazo previsto en el art. 5.1, c), y una vez recibida la segunda solicitud, el médico responsable, en el plazo de dos días naturales, retomará con el paciente solicitante el proceso deliberativo al objeto de atender, en el plazo máximo de cinco días naturales, cualquier duda o necesidad de ampliación de información que se le haya planteado al paciente tras la información proporcionada después de la presentación de la primera solicitud (art. 8.1).

Hay que observar que se insiste en la información que se debe dar al paciente.

Transcurridas veinticuatro horas tras la finalización del proceso deliberativo al que se refiere el apartado anterior, el médico responsable recabará del paciente solicitante su decisión de continuar o desistir de la solicitud de prestación de ayuda para morir. En el caso de que el paciente manifestara su deseo de continuar con el procedimiento, el médico responsable deberá comunicar esta circunstancia al equipo asistencial, especialmente a los profesionales de enfermería, así como, en el caso de que así lo solicitara el paciente, a los familiares o allegados que señale.

Igualmente deberá recabar del paciente la firma del documento del consentimiento informado (art. 8.2), como así lo exige el art. 5.1, e) de la Ley.

En el caso de que el paciente decidiera desistir de su solicitud, el médico responsable pondrá este hecho en conocimiento del equipo asistencial.

El médico responsable deberá consultar a un médico consultor, quien, tras estudiar la historia clínica y examinar al paciente, deberá corroborar el cumplimiento de las condiciones establecidas en el art. 5 en el plazo máximo de diez días naturales desde la fecha de la segunda solicitud, a cuyo efecto redactará un informe que pasará a formar parte de la historia clínica del paciente. Las conclusiones de dicho informe deberán ser comunicadas al paciente solicitante en el plazo máximo de veinticuatro horas. Define la Ley al médico consultor como el "facultativo con formación en el ámbito de las patologías que padece el paciente y que no pertenece al mismo equipo del médico responsable" (art. 3, e).

Como se ha señalado, la solicitud de realización de prestación de ayuda puede ser denegada. Si hay informe desfavorable del médico consultor sobre el cumplimiento de las condiciones que exige el art. 5.1, el paciente podrá recurrir a la Comisión de Garantía y Evaluación (art. 8.4).

Una vez cumplido lo previsto en los apartados anteriores, el médico responsable, antes de la realización de la prestación de ayuda para morir, lo pondrá en conocimiento del presidente de la Comisión de Garantía y Evaluación, en el plazo máximo de tres días hábiles, al efecto de que se realice el control previo previsto en el art. 10 (art. 8.5).

Si se aprecia que existe una incapacidad de hecho en el paciente, ya se ha visto que se debe seguir el procedimiento previsto en el art. 5.2, y consultar si existe la voluntad del paciente manifestada en documentos de voluntades anticipadas, en cuyo caso el médico responsable está obligado a aplicar lo previsto en las instrucciones previas o documento equivalente (art. 9).

Como se ha anticipado, el médico responsable, antes de la realización de la prestación de ayuda para morir, lo pondrá en conocimiento del presidente de la Comisión de Garantía y Evaluación para su control, procedimiento que se regula en el art. 10; en ese momento, el presidente de la Comisión designará, en el plazo máximo de dos días, a dos miembros de la misma, un profesional médico y un jurista, para que verifiquen si, a su juicio, concurren los requisitos y condiciones establecidos para el correcto ejercicio del derecho a solicitar y recibir la prestación de ayuda para morir, para lo cual tendrán acceso a la documentación que obre en la historia clínica y podrán entrevistarse con el profesional médico y el equipo, así como con la persona solicitante.

En el plazo máximo de siete días naturales, emitirán un informe. Si la decisión es favorable, el informe emitido servirá de resolución a los efectos de la realización de la prestación. Si la decisión es desfavorable a la solicitud planteada, quedará abierta la posibilidad de reclamación. En los casos en que no haya acuerdo entre los dos miembros citados, se elevará la verificación al pleno de la Comisión de Garantía y Evaluación, que decidirá definitivamente (art. 18, a, parr. segundo).

La resolución definitiva deberá ponerse en conocimiento del presidente para que, a su vez, la traslade al médico responsable que realizó la comunicación para proceder, en su caso, a realizar la prestación de ayuda para morir, lo que deberá hacerse en el plazo máximo de dos días naturales.

Si la resolución es desfavorable, se podrá recurrir ante la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 18, a, párr. quinto).

Una vez recibida la resolución positiva, la realización de la prestación de ayuda para morir debe hacerse con el máximo cuidado y profesionalidad por parte de los profesionales sanitarios, con aplicación de los protocolos correspondientes, que contendrán, además, criterios en cuanto a la forma y tiempo de realización de la prestación (art. 11.1).

En el caso de que el paciente se encuentre consciente, este deberá comunicar al médico responsable la modalidad en la que quiere recibir la prestación de ayuda para morir, modalidades que se recogen en el art. 3, g), como ya se ha indicado.

Si se trata de la administración directa de sustancia por el profesional sanitario, el médico responsable, así como el resto de profesionales sanitarios, asistirán al paciente hasta el momento de su muerte.

Si se trata de la auto administración, 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 éste hasta el momento de su fallecimiento.

Una vez realizada la prestación de ayuda para morir, y en el plazo máximo de cinco días hábiles después de ésta, el médico responsable deberá remitir a la Comisión de Garantía y Evaluación de su Comunidad Autónoma o Ciudad Autónoma los siguientes dos documentos separados e identificados con un número de registro:

a) El primer documento ("documento primero"), sellado por el médico responsable, deberá recoger los siguientes datos: identificación y domicilio de la persona solicitante de la ayuda para morir y, en su caso, de la persona autorizada que lo asistiera; identidad, dirección y número de identificación profesional del médico responsable; identidad, dirección y número de identificación profesional del médico consultor. Si la persona solicitante disponía de un documento de instrucciones previas o documento equivalente y en él se señalaba a un representante, identificación del mismo. En caso contrario, identidad de la persona que presentó la solicitud en nombre del paciente en situación de incapacidad de hecho.

b) El segundo documento ("documento segundo") deberá recoger los siguientes datos: sexo y edad de la persona solicitante de la ayuda para morir; fecha y lugar de la muerte; tiempo transcurrido desde la primera y la última petición hasta la muerte de la persona; descripción de la patología padecida por la persona solicitante (enfermedad grave e incurable o padecimiento grave, crónico e imposibilitante); naturaleza del sufrimiento continuo e insoportable padecido y razones por las cuales se considera que no tenía perspectivas de mejoría; información sobre la voluntariedad, reflexión y reiteración de la petición, así como sobre la ausencia de presión externa; si existía documento de instrucciones previas o documento equivalente, una copia del mismo; procedimiento seguido por el médico responsable y el resto del equipo de profesionales sanitarios para realizar la ayuda para morir; y capacitación de los médicos consultores y fechas de las consultas.

VI. ACCESO EN LA PRESTACIÓN DE AYUDA PARA MORIR.

La Ley dedica su Capítulo IV a establecer los elementos que permiten garantizar a toda la ciudadanía el acceso en condiciones de igualdad a la prestación de ayuda para morir, incluyéndola en la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud, garantizando así su financiación pública. Asimismo, dispone también su prestación en centros privados o, incluso, en el domicilio, siempre, por supuesto que se cumplan los requisitos establecidos en la norma (arts. 13 y 14).

Hay que destacar que se garantiza dicha prestación sin perjuicio de la posibilidad de objeción de conciencia del personal sanitario (art. 14, segundo inciso), a quienes se reconoce podrán ejercer dicho derecho (art. 16.1). El art. 3, f), define la "Objeción de conciencia sanitaria" como el "derecho individual de los profesionales sanitarios a no atender aquellas demandas de actuación sanitaria reguladas en esta Ley que resultan incompatibles con sus propias convicciones". Sin embargo, el propio art. 14 determina que dicha objeción no puede menoscabar el acceso y la calidad asistencial de la prestación de ayuda a morir. Esta objeción se debe realizar por escrito y anticipadamente (art. 16.1, segundo párrafo). A estos efectos se prevé la creación de un registro de profesionales sanitarios objetores de conciencia a realizar la ayuda para morir, en el que se inscribirán las declaraciones de objeción de conciencia para la realización de la misma y que tendrá por objeto facilitar la necesaria información a la administración sanitaria para que ésta pueda garantizar una adecuada gestión de la prestación de ayuda para morir, sometido a la debida confidencialidad y reserva (art. 16.2).

Asimismo, se dispone que no podrán intervenir en ninguno de los equipos profesionales quienes incurran en conflicto de intereses ni quienes resulten beneficiados de la práctica de la eutanasia (art. 14, *in fine*).

Por último, se establece la protección del derecho a la intimidad de las personas solicitantes de la prestación de ayuda a morir (art. 15.1), como derecho fundamental de las personas consagrado en el art. 18 CE, que se recoge en particular en el ámbito sanitario en la citada Ley 41/2002 como un principio básico de toda actuación realizada en dicho ámbito (arts. 2.1 y 7).

Igualmente, y como consecuencia de ello, se establece el deber de confidencialidad y de protección de los datos de carácter personal (art. 15.1 *in fine*). También ello es consecuencia del principio básico de guardar la reserva debida en relación a la información y documentación que se establece en la referida Ley 41/2002 (arts, 2.7, 7.2 y 14.4). Y en este sentido se señala que los centros deben contar con sistemas de custodia activa de las historias clínicas de los pacientes y establecer las medidas de seguridad oportunas. Pues recuerda la Ley que los tratamientos afectan a categorías especiales de datos previstas en

el art. 9 del 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 (Reglamento general de protección de datos); además, hay que recordar que en nuestro ordenamiento jurídico en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal los datos relativos a la salud se configuran como datos especialmente protegidos en el art. 7.3.

VII. COMISIONES DE GARANTÍA Y EVALUACIÓN.

Finalmente, la Ley regula en el capítulo V las Comisiones de Garantía y Evaluación que deberán crearse en todas las Comunidades Autónomas y en las Ciudades de Ceuta y Melilla, regulando la creación, composición y funciones de las mismas.

En cuanto a su composición, se señala que deben tener carácter multidisciplinar y contar con un número mínimo de siete miembros entre los que se incluirán personal médico, de enfermería y juristas, debiéndose constituirse en el plazo de tres meses a partir de la entrada en vigor de este precepto, cuyo régimen jurídico será establecido por los gobiernos autonómicos o por el Ministerio de Sanidad en el caso de las ciudades de Ceuta y Melilla, así como proveerse de un Reglamento de orden interno, estableciendo que el Ministerio de Sanidad y los presidentes de las distintas Comisiones de las Comunidades Autónomas se reunirán anualmente, bajo la coordinación del Ministerio, para homogeneizar criterios e intercambiar buenas prácticas en el desarrollo de la prestación de eutanasia en el Sistema Nacional de Salud (art. 17).

En cuanto a las funciones de dichas Comisiones, la Ley dispone en su art. 18 que son las siguientes: a) resolver las reclamaciones que formulen las personas a las que el médico responsable haya denegado su solicitud de prestación de ayuda para morir, así como dirimir los conflictos de intereses, resolver las reclamaciones a las que se refiere el citado art. 10.3, y resolver las solicitudes pendientes de verificación y elevadas al pleno por existir disparidad de criterios entre los miembros designados que impida la formulación de un informe favorable o desfavorable; b) verificar en el plazo máximo de dos meses si la prestación de ayuda para morir se ha realizado de acuerdo con los procedimientos previstos en la ley; c) detectar posibles problemas en el cumplimiento de las obligaciones previstas en la Ley, proponiendo, en su caso, mejoras concretas para su incorporación a los manuales de buenas prácticas y protocolos; d) resolver dudas o cuestiones que puedan surgir durante la aplicación de la Ley, sirviendo de órgano consultivo en su ámbito territorial concreto; e) elaborar y hacer público un informe anual de evaluación acerca de la aplicación de la Ley en su ámbito territorial concreto, que deberá

remitirse al órgano competente en materia de salud (función sobre la que hace hincapié la Disposición adicional tercera); y f) aquellas otras que puedan atribuirles los gobiernos autonómicos, así como, en el caso de las Ciudades de Ceuta y Melilla, el Ministerio de Sanidad.

Por último, la Ley establece el deber de secreto y confidencialidad para los miembros que integren dichas Comisiones sobre el contenido de sus deliberaciones y sobre los datos personales que, sobre profesionales sanitarios, pacientes, familiares y personas allegadas, hayan podido conocer en su condición de miembros de la Comisión (art. 19).

VIII. MODIFICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL.

Como se ha señalado anteriormente, y dado que no existía una regulación sobre la disponibilidad de la propia vida, y en concreto, sobre la eutanasia, nuestro Código penal en el art. 143 sancionaba la eutanasia activa directa.

Como consecuencia de la reforma realizada por la LO 3/2021, la Disposición final primera de la misma modifica el apartado 4 y añade un apartado 5 al art. 143 del Código Penal.

La nueva redacción del precepto dispone: "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".

Y el apartado 5 añadido establece: "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".

Por tanto, se sigue sancionando la eutanasia activa directa realizada fuera del cauce establecido en la LO 3/2021.

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

PRIMERA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE MEDIDAS DE APOYO PRONUNCIADA DESPUÉS DE LA PUBLICACIÓN DE LA LEY 8/2021. COMENTARIO A LA STS 589/2021, DE 8 DE SEPTIEMBRE

FIRST JUDGMENT OF THE SUPREME COURT ON SUPPORT MEASURES DELIVERED AFTER THE PUBLICATION OF LAW 8/2021. COMMENT TO STS 589/2021, OF SEPTEMBER 8

Rev. Boliv. de Derecho Nº 33, enero 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 778-799

Josefina
ALVENTOSA
DEL RÍO

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 30 de noviembre de 2021

RESUMEN: Recién entrada en vigor el 3 de septiembre de 2021 en España la Ley 8/2021 sobre discapacidad, se publica la STS 8 septiembre 2021, que aborda un caso cuyos hechos se produjeron antes de la entrada en vigor, e incluso antes de la publicación de dicha Ley. El TS se ha pronunciado sobre la aplicación de la Ley al caso en base a la DT 6ª de la misma, sobre los nuevos principios instaurados en dicha regulación, sobre la necesidad de aplicar las medidas de apoyo, en particular la curatela, y sobre el alcance de la negativa del afectado a que se le establezcan dichas medidas.

PALABRAS CLAVE: persona con discapacidad; medidas de apoyo; curatela; negativa del discapacitado; disposiciones transitorias.

ABSTRACT: *The Law 8/2021 on disability recently entered into force on September 3, 2021 in Spain, the STS is published September 8, 2021, which addresses a case whose events occurred before the entry into force, and even before the publication of said Law. The Supreme Court has ruled on the application of the Law to the case based on DT 6 of the same, on the new principles established in said regulation, on the need to apply support measures, in particular the curatorship, and on the scope of the affected party's refusal to establish said measures.*

KEY WORDS: *person with a disability; support measures; guardianship; refusal of the disabled person; transitory provisions.*

SUMARIO.-COMENTARIO: I. 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. BREVE REFERENCIA.- II. APLICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES TRANSITORIAS DE LA LEY 8/2021 A LAS SITUACIONES DE DISCAPACIDAD.- III. REFERENCIA A LA CURATELA COMO MODO DE APOYO EN LA LEY 8/2021.- IV. CUESTIONES PLANTEADAS EN LA STS 8 SEPTIEMBRE 2021.- 1. Referencia a los principios que rigen la regulación sobre la situación de las personas con discapacidad.- 2. Aplicación al caso de la Disposición transitoria sexta de la Ley 8/2021.- 3. El establecimiento de medidas de apoyo y la constitución de la curatela.- 4. Alcance de la voluntad de la persona afectada en contra de las medidas de apoyo.

SUPUESTO DE HECHO

Recién entrada en vigor el 3 de septiembre de 2021 en España 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, se pronuncia la STS 589/2021, de 8 de septiembre *(Tol 8.585.229),* que aborda un caso cuyos hechos se produjeron antes de la entrada en vigor, e incluso antes de la publicación de dicha Ley, sobre la aplicación de medidas de apoyo a una persona que se encuentra en una situación que produce perjuicios tanto a sí mismo como a terceros. En las conclusiones el TS se han pronunciado sobre las situaciones de transitoriedad de la Ley y sobre los nuevos principios instaurados en la regulación de la Ley.

El supuesto de hecho que dio origen a la STS fue el siguiente: En octubre de 2018, Dámaso, de 66 años, vivía solo y sin conocérsele parientes próximos. Alertados por la situación en la que éste se encontraba, los vecinos del inmueble se pusieron en contacto con la fiscalía preocupados por la situación en que se hallaba su vecino, comunicando que éste acumulaba en su vivienda trastos y alimentos que recogía de los cubos de la basura de la vía pública, y que no acudía al médico desde hacía años, por lo que su situación personal se estaba deteriorando progresivamente y necesitaba atención social y sanitaria.

Ante la comunicación de los vecinos, el Ministerio Fiscal presentó demanda de juicio verbal ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Oviedo, para

• Josefina Alventosa del Río
Profesora Titular de Derecho civil en la Universitat de València. Premio Extraordinario de Licenciatura, de la Fundación Cañada-Blanch, y de la Fundación "Fondo para la Investigación Económica y Social". Ha coordinado y participado en diversos proyectos e intervenido en congresos y jornadas nacionales e internacionales. Es miembro del Consejo de Redacción de varias Revistas científicas y de distintas asociaciones; así como miembro de diversos grupos de expertos de los Ministerios de Trabajo, de Sanidad y de Igualdad, realizando labores de asesoramiento a instituciones privadas y públicas, así como diferentes programas de formación destinados a operadores jurídicos. Es autora de dos monografías, y de numerosas publicaciones en diversas revistas científicas, nacionales e internacionales, de reconocido prestigio.

la determinación de la capacidad de Damaso, medios de apoyo y salvaguardias adecuadas y efectivas para el ejercicio efectivo de aquélla. Se solicitaba que se dictase sentencia que contuviera: fijación precisa de la extensión de su capacidad jurídica, los medios de apoyo más idóneos para la conservación de la misma, los actos a los que se refiera su intervención, cuando así proceda, y nombramiento de persona que haya de asistirle o representarle y velar por él, así como las salvaguardas adecuadas y efectivas para asegurar que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, y finalmente que sean proporcionales y adaptadas a sus circunstancias personales.

La Administración del Principado de Asturias contestó a la demanda y solicitó al Juzgado pronunciamiento respecto a la modificación de la capacidad de Damaso deducida por el Ministerio Público en función de las pruebas que se practicasen, singularmente del informe del Médico Forense, constituyéndose, asimismo, en su caso, la institución tutelar oportuna.

Damaso se opuso expresamente a la provisión de apoyos, aduciendo que no padecía ninguna enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico que justificara la declaración de que carecía de capacidad para regir su persona y administrar sus bienes.

El Juzgado de Primera Instancia, en base al Informe forense y a la exploración judicial, dejó constancia de que: 1) el demandado padece de síndrome de Diógenes con posible trastorno de la personalidad; 2) tal patología le condiciona en el cuidado correcto de su salud y su higiene, así como de la higiene del inmueble en el que reside, con riesgo evidente para la salubridad general y, en concreto, para la de sus vecinos de edificio; 3) según el forense, tal situación debería ser abordada mediante el tratamiento médico correspondiente que detecte otras posibles patologías o trastornos; 4) en la exploración judicial el demandado se ha mostrado preciso y coherente en su razonamiento, respondiendo a todas las preguntas planteadas, tanto edad, nacimiento, estado familiar, recursos económicos, aspectos de su vida diaria, y argumentando que aunque es cierto que rebusca en la basura, solo recoge cosas en buen estado, incluyendo comida, y que si sale algún olor de su casa es porque recientemente había cogido comida de la basura y la había dejado fuera y podía oler algo; también ha explicado que tiene dinero ahorrado y que, precisamente, no gastando, consigue ahorrar ese dinero, llegando a hablar de un depósito de 150.000 euros y de varias propiedades; 5) y, por último, que el síndrome de Diógenes que padece el demandado no ha generado situaciones de urgencia que hayan supuesto riesgos efectivos e inmediatos para el propio demandado y/o para terceros. En base a todo ello, dicho Juzgado dictó sentencia el 18 de marzo de 2019 estimando parcialmente la demanda formulada por el

Ministerio Fiscal y, en consecuencia, modificó la capacidad de obrar de Damaso acordando como medida de apoyo la asistencia en el orden y limpieza de su domicilio, de modo que se autorizó a la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, como tutora del demandado, a la entrada en el domicilio del sujeto con la periodicidad que estime la tutora conveniente a los efectos de limpiar y ordenar dicho domicilio, tutelando la entidad pública a Damaso solo en este preciso aspecto en las condiciones reseñadas.

La sentencia fue recurrida por Damaso en apelación ante la Audiencia Provincial de Asturias, que desestimó dicho recurso en sentencia de 19 de junio de 2019, concluyendo que el apelante padecía "una incapacidad relevante e importante para cuidar su salud e higiene con riesgo para la salubridad de sus vecinos en el inmueble, haciendo realmente insoportable la situación que desde tiempo atrás vienen padeciendo, no pudiendo olvidarse su negativa a permitir la entrada en su domicilio y a aceptar cualquier ayuda de los Servicios Sociales, básicamente por no ser consciente de su anomalía, lo que igualmente pudo ser constatado por este Tribunal cuando llevó a efecto el examen del mismo en esta segunda instancia. Dicho trastorno grave de la personalidad, en suma, le incapacita para gobernarse por sí mismo en el aspecto personal y doméstico, alimentación, vestido, cuidado de la casa y bienestar personal dentro de su lugar de residencia, y ello con relevante y grave repercusión y perjuicio para terceros, agravado por su no reconocimiento de tal patología".

Ante esta desestimación, Damaso recurrió en casación la SAP que se había pronunciado a favor de la Administración Pública de Asturias, siendo parte el Ministerio Fiscal.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

El recurso de casación presentado por Damaso se basaba en un único motivo: infracción del art. 199 CC en relación con los arts. 200 y 322 del mismo referidos a las causas de incapacitación y presunción de capacidad, con infracción de la jurisprudencia que los interpreta, pues la sentencia recurrida se apoya en un posible trastorno, lo que resulta insuficiente para modificar la capacidad de obrar. En dicho recurso se precisaba que Damaso es una persona orientada, sin alteraciones sensoperceptivas ni deterioro cognitivo, que había mantenido fluidez y cabal conocimiento y contenido de las preguntas que le fueron formuladas, evidenciando de sus respuestas una capacidad decisoria respecto a sus intereses personales y una total autonomía para los actos de su vida cotidiana, por lo que, en suma, no cabía predicar la incapacitación de una persona cuyas manías o extravagancias puedan causar rechazo, pero que en ningún caso deben abocar en una solución judicial como la adoptada que contenía un remedio de suma incidencia en su vida, obligándole a permitir la entrada en su domicilio a terceros

para que limpien y ordenen su vivienda en contra de su voluntad, y a su costa, con merma a su derecho a la intimidad e inviolabilidad domiciliaria reconocida en el art. 18 CE.

Mientras se estaba tramitando el procedimiento (la votación y el fallo del recurso se habían previsto para ser efectuados el día 27 de mayo de 2021), estaba prácticamente concluida la tramitación parlamentaria de la Ley 8/2021, por lo que el TS, en atención al contenido de sus disposiciones transitorias, especialmente la sexta, resolvió dar vista a las partes para que pudieran informar sobre la incidencia de la reforma legal en el presente caso, y realizar un nuevo señalamiento para votación y fallo.

En la audiencia concedida por el TS, las partes adujeron lo siguiente.

Damaso reitera que no se le debe imponer ninguna medida de apoyo y que debe mantenerse su plena capacidad jurídica y de obrar, sin restricción alguna.

El Ministerio Fiscal estima que la reforma legislativa ampara la solicitud de medidas de apoyo que ya realizó al oponerse al recurso, dado el trastorno grave de la personalidad diagnosticado a Damaso que afecta a su facultad de decidir y ordenar su propia conducta no solo en la cuestión relativa a su acumulación compulsiva de basura en el domicilio sino también en lo que se refiere a su higiene y cuidado personal, por lo que se deduce que la voluntad se ha expresado bajo la influencia de un trastorno de la personalidad provocada por el síndrome de Diógenes, lo que aconseja no solo garantizar los tratamientos y terapias de todo tipo que requiera para el control y cuidado de su afección, sino también paliar los problemas de la habitabilidad de su vivienda. Considera que del conjunto de medidas de apoyo que enumera el actual art. 250 CC solo la curatela se presenta adecuada a las necesidades de Dámaso, entendiendo que no resultaría justificado de inicio en este caso la inclusión de funciones representativas. Añade que, conforme a los actuales arts. 249, 268 y 269 CC, tanto la medida de apoyo que se acuerde en cada caso concreto como la actuación del curador deben de respetar la dignidad de la persona y la voluntad, deseos y preferencias del afectado, estando orientados también a fomentar que la persona pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro, informándola, ayudándola en su comprensión y facilitando que pueda expresar sus preferencias y tomar decisiones. Estima que la solicitud que se hizo resultaría respetuosa con la nueva regulación pero que podría ser matizada en el sentido de que se le diera participación a Damaso no solo en la selección del servicio de limpieza de la vivienda sino también en la decisión de cuándo resulta conveniente esa limpieza. Además, solicita que la curatela se ampliara a las decisiones y actuaciones sanitarias tendentes a garantizar los tratamientos y terapias de todo tipo que requiriera el interesado para el control y cuidado de la enfermedad, y que se establezca un plazo de seis meses para la

revisión de la medida de apoyo que se solicita. Señalando, finalmente, que si los esfuerzos del curador no dieran los resultados pretendidos, ante la negativa de Damaso a seguir tratamientos o normas de higiene sobre su persona y vivienda que sigan comprometiendo su salud, podría plantearse la necesidad de establecer facultades de representación.

En el conflicto planteado, el TS realizó los siguientes pronunciamientos.

La primera cuestión que aborda el TS se refiere a los principios que recoge la Ley 8/2021 y la posibilidad de aplicar dicha Ley al caso que enjuicia.

En base a la Disposición transitoria sexta, que se refiere a los procesos en tramitación, como es el caso, el TS estima que, en la medida en que esta sentencia iba a ser dictada con fecha posterior a la entrada en vigor de la Ley 8/2021 (3 de septiembre de 2021), el Tribunal estaba afectado por esta disposición transitoria; de ahí que se ajuste a lo previsto en dicha disposición, y resuelva el recurso de casación atendiendo al nuevo régimen de provisión de apoyos contenido en el Código civil. Estima que los nuevos procedimientos regulados son flexibles, en los que prima que pueda adoptarse la resolución más acorde con las necesidades de la persona con discapacidad y conforme a los principios de la Convención; de manera que en este contexto, la Disposición transitoria sexta es coherente con la finalidad de la ley y no contraría la seguridad jurídica, máxime si se tiene en cuenta que la reforma legal, para asegurar la implantación de este nuevo régimen, exige revisar todas las tutelas y curatelas vigentes al tiempo de la entrada en vigor de la ley, para adaptarlas al nuevo régimen de provisión de apoyos (DT 5ª). De tal forma que, concluye el TS, en este caso, aunque se hubiera podido dictar sentencia justo antes de la entrada en vigor de la nueva ley, carecía de sentido resolver de acuerdo con la normativa anterior a la reforma, sabiendo que necesariamente lo resuelto, en breve tiempo, iba a ser revisado y adaptado al nuevo régimen de provisión de apoyos.

A continuación, y en la ya resolución del recurso, destaca los preceptos de la Ley que considera más importantes para dicha resolución.

Así, señala los elementos caracterizadores del nuevo régimen legal de provisión de apoyos: i) es aplicable a personas mayores de edad o menores emancipadas que precisen una medida de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica; ii) la finalidad de estas medidas de apoyo es "permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad" y han de estar "inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales"; iii) las medidas judiciales de apoyo tienen un carácter subsidiario respecto de las medidas voluntarias de apoyo, por lo que sólo se acordaran en defecto o insuficiencia de estas últimas; iv) no se precisa ningún

previo pronunciamiento sobre la capacidad de la persona; y v) la provisión judicial de apoyos debe ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad, ha de respetar la máxima autonomía de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y debe atenderse en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias. Destaca también que la reforma ha suprimido la tutela y concentra en la curatela todas las medidas judiciales de apoyo continuado. Añade, no obstante, que en sí mismo y más allá de la aplicación de la regulación legal sobre su provisión, del nombramiento de la(s) persona(s) designada(s) curador(es), del ejercicio y la extinción, la denominación "curatela" no aporta información precisa sobre el contenido de las medidas de apoyo y su alcance. Y que el contenido de la curatela puede llegar a ser muy amplio, desde la simple y puntual asistencia para una actividad diaria, hasta la representación, en supuestos excepcionales. Concluyendo que es el juez quien debe precisar este contenido en la resolución que acuerde o modifique las medidas (FD 4.1).

En consecuencia con lo dicho anteriormente, señala el TS que el juez necesariamente ha de tener en cuenta las directrices legales previstas en el art. 268 CC, es decir, que las medidas tomadas por el juez en el procedimiento de provisión de apoyos deben responder a las necesidades de la persona que las precise y ser proporcionadas a esta necesidad, han de respetar "la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica" y atender "en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias". Además, la ley presenta como regla general que el contenido de la curatela consista en las medidas de asistencia que fueran necesarias para cada caso; consecuentemente, el párrafo segundo del art. 269 CC prescribe que el juez debe precisar "los actos para los que la persona requiere asistencia del curador en el ejercicio de su capacidad jurídica atendiendo a sus concretas necesidades de apoyo". Y subraya que la curatela en principio no tiene facultades representativas, salvo de manera excepcional, y que no podrá incluir la mera privación de derechos (FD 4.2).

A la vista de ello, el Tribunal pasa a examinar si lo acordado en la instancia se acomoda al nuevo régimen de la provisión judicial de apoyos.

Y recuerda que el fallo de la sentencia de primera instancia, confirmado por la de apelación, contiene dos pronunciamientos: el primero se refiere a la modificación de la capacidad de Damaso, nombrando como tutora a la Administración Pública de Asturias; y el segundo acuerda como medida de apoyo la asistencia en el orden y la limpieza de su domicilio, autorizando a dicha tutora a la entrada en el mismo con la periodicidad que considere conveniente.

Estima el TS que el primer pronunciamiento, tras la reforma de la Ley 8/2021, debe suprimirse, ya que desaparece cualquier declaración judicial de modificación de capacidad; aunque señala que cuestión distinta es que la provisión de apoyos,

en cuanto que debe tener en cuenta la necesidad de la persona con discapacidad y acomodarse a ella, entrañe necesariamente un juicio o valoración de los efectos de la discapacidad en el ejercicio de sus derechos y, en general, de su capacidad jurídica. Por tanto, no cabe el nombramiento de tutor puesto que tal figura ha desaparecido para las personas con discapacidad.

En cuanto al segundo pronunciamiento, que acuerda la medida de apoyo, se debe examinar si se acomoda al nuevo régimen legal.

Para realizar este examen, estima el TS que se deben proyectar las reseñadas directrices legales del art. 268 CC al caso concreto y evaluar si las medidas de apoyo acordadas responden a las necesidades de la persona y están proporcionadas a esas necesidades, si respetan la máxima autonomía de Damaso en el ejercicio de su capacidad jurídica, y si se atiende a su voluntad, deseos y preferencias.

En la instancia considera el TS que ha quedado acreditado que Dámaso padece un trastorno de la personalidad, un trastorno de conducta que le lleva a recoger y acumular basura de forma obsesiva, al tiempo que abandona su cuidado personal de higiene y alimentación. Al margen del trastorno de conducta, no se aprecian sustancialmente afectadas sus facultades cognitivas.

Es un hecho objetivo que el trastorno que padece Damaso está degenerando en una degradación personal, sin que sea consciente de ello, incide directamente en el ejercicio de su propia capacidad jurídica, también en sus relaciones sociales y vecinales, y pone en evidencia la necesidad que tiene de las medidas de apoyo asistenciales acordadas; de modo que precisa de la ayuda de otras personas que aseguren la satisfacción de las necesidades mínimas de higiene personal y salubridad en el hogar, sin dejar de contar, en la medida de lo posible, con su voluntad, deseos y preferencias. Por lo que estima que es lógico que mientras perdure la falta de conciencia de su situación y rechace la asistencia de los servicios sociales, será necesario suplir en esto su voluntad.

Estima el Tribunal que estas medidas, que en su ejecución, como muy bien informa el Ministerio Fiscal, deben tratar de contar con la anuencia y colaboración de Damaso, cuando fuera necesario podrán requerir el auxilio para la satisfacción del servicio que precisa el afectado. En principio, el ejercicio de esta función de apoyo no requiere que la curadora asuma funciones de representación, si no es para asegurar la prestación de los servicios asistenciales y de cuidado personal cuando no exista la anuencia del interesado

Pero el TS plantea una cuestión fundamental, pues señala que, en realidad, el principal escollo que presenta la validación de estas medidas a la luz del nuevo régimen de provisión judicial de apoyos, es la directriz legal de que en la provisión

de las medidas y en su ejecución se cuente en todo caso con la voluntad, deseos y preferencias del interesado. Y, por tanto, se cuestiona si, en un caso como el presente en que la oposición del interesado a la adopción de las medidas de apoyo es clara y terminante, pueden acordarse dichas medidas en estas condiciones, es decir, si en algún caso es posible proveer un apoyo judicial en contra de la voluntad manifestada del interesado.

El TS estima que la propia ley da respuesta a esta cuestión. Al regular como procedimiento común para la provisión judicial de apoyos un expediente de jurisdicción voluntaria (arts. 42 bis a], 42bis b] y 42 bis c] LJV), la Ley de Jurisdicción Voluntaria dispone que se ponga fin al expediente cuando, tras la comparecencia del fiscal, la persona con discapacidad, su cónyuge y parientes más próximos, surja oposición sobre la medida de apoyo, debiendo acudir a un procedimiento contradictorio, un juicio verbal especial (art. 42 bis b]. 5 LJV). Añadiendo que es muy significativo que "la oposición de la persona con discapacidad a cualquier tipo de apoyo", además de provocar la terminación del expediente, no impida que las medidas puedan ser solicitadas en un juicio contradictorio, lo que presupone que ese juicio pueda concluir con la adopción de las medidas, aún en contra de la voluntad del interesado.

Y aclara el alcance del art. 268 CC, pues considera que lo que prescribe dicho precepto es que en la provisión de apoyos judiciales hay que atender en todo caso a la voluntad, deseos y preferencias del afectado, y que el empleo del verbo "atender", seguido de "en todo caso", subraya que el juzgado no puede dejar de recabar y tener en cuenta (siempre y en la medida que sea posible) la voluntad de la persona con discapacidad destinataria de los apoyos, así como sus deseos y preferencias, pero no determina que haya que seguir siempre el dictado de la voluntad, deseos y preferencias manifestados por el afectado, pues el texto legal emplea un término polisémico que comprende, en lo que ahora interesa, un doble significado, el de "tener en cuenta o en consideración algo" y no solo el de "satisfacer un deseo, ruego o mandato".

Por lo que el TS considera que dictaminar si hay que atender dicha voluntad o no siempre que esté justificado es algo que debe precisar el tribunal y que para determinarlo habrá que atender a las singularidades de cada caso.

Señala asimismo que la voluntad contraria del interesado, como ocurre con frecuencia en algunos trastornos psíquicos y mentales, es consecuencia del propio trastorno que lleva asociado la falta de conciencia de enfermedad. En los casos como el presente, en que existe una clara necesidad asistencial cuya ausencia está provocando un grave deterioro personal, una degradación que le impide el ejercicio de sus derechos y las necesarias relaciones con las personas de su entorno, principalmente sus vecinos, está justificada la adopción de las medidas

asistenciales (proporcionadas a las necesidades y respetando la máxima autonomía de la persona), aun en contra de la voluntad del interesado, porque se entiende que el trastorno que provoca la situación de necesidad impide que esa persona tenga una conciencia clara de su situación.

Y estima que no intervenir en estos casos, bajo la excusa del respeto a la voluntad manifestada en contra de la persona afectada, sería una crueldad social abandonar a su desgracia a quien por efecto directo de un trastorno (mental) no es consciente del proceso de degradación personal que sufre. En el fondo, la provisión del apoyo en estos casos encierra un juicio o valoración de que si esta persona no estuviera afectada por este trastorno patológico, estaría de acuerdo en evitar o paliar esa degradación personal

En consecuencia con todo lo anterior, el TS estima en parte el recurso de casación, en cuanto que deja sin efecto la declaración de modificación de capacidad, y sustituye la tutela por la curatela (que sigue atribuyendo a la Administración Pública de Asturias). Y, en cuanto al contenido de las medidas de apoyo, las confirma, declarando que son de carácter meramente asistencial, permitiendo que la entidad designada como curadora realice, por una parte, los servicios de limpieza y orden de la casa del afectado, estando, para cumplir esta función, autorizada a entrar en el domicilio con la periodicidad necesaria; y, por otra parte, asegurar la efectiva atención médico-asistencial de Damaso, en lo que respecta al trastorno que padece y lo que guarde directa relación con él. Además, el TS completa su fallo con algunas de las propuestas realizadas por el Fiscal; en concreto, establece la revisión cada seis meses del resultado de las medidas y de la incidencia práctica que hayan podido tener; y señala que a la hora de prestar el apoyo, la curadora debería esmerarse en conseguir la colaboración del interesado y sólo en los casos en que sea estrictamente necesario podrá recabar el auxilio imprescindible para asegurar el tratamiento médico y asistencial de Damaso.

COMENTARIO

I. 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. BREVE REFERENCIA.

La situación de las personas con discapacidad ha sido regulada por diversas normas a lo largo del tiempo, fundamentalmente en el Código civil y en la Ley de Enjuiciamiento civil, a través del instituto de la incapacitación (arts. 199 a 201 CC y arts. 756 a 763 LEC). En el ámbito internacional, la norma más importante en relación a las personas en situación de discapacidad es la *Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad* de Naciones Unidas, de 13 de diciembre

de 2006, hecha en Nueva York. La aparición de dicha Convención determinó en nuestro país la publicación de una serie de normas para adaptar la regulación sobre la situación de las personas con discapacidad de nuestro ordenamiento jurídico a los nuevos principios instaurados por la citada Convención. Entre ellas, recientemente se ha producido la publicación de 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, que ha entrado en vigor el 3 de septiembre de 2021 (según la Disposición final tercera de la Ley, que establece su entrada en vigor a los tres meses de su publicación en el BOE). En su Exposición de Motivos se señala que con esta reforma se pretende dar un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención Internacional de Naciones Unidas, fundamentalmente en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida, estableciendo las modificaciones necesarias en el proceso judicial de determinación de apoyos para la toma libre de decisiones de las personas con discapacidad que los precisen. Asimismo, se señala también que dicha Ley está inspirada en el respeto a la dignidad de la persona, en la tutela de sus derechos fundamentales y en el respeto a la libre voluntad de la persona con discapacidad, que recoge la CE en el art. 10, así como en los principios de necesidad y proporcionalidad de las medidas de apoyo que pueda necesitar dicha persona en el ejercicio de su capacidad jurídica.

La Ley 8/2021 modifica el Código civil, la Ley Notarial, la Ley Hipotecaria, la Ley de Enjuiciamiento civil, la Ley del Registro civil, la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, la Ley de 18 noviembre de 2003, el Código penal, y el Código de comercio.

En particular, en relación al Código civil, la Ley 8/2021 suprime la figura de la incapacitación, la declaración de prodigalidad, la patria potestad prorrogada y rehabilitada, y reforma totalmente las instituciones tutelares, circunscribiendo la tutela a los menores de edad no emancipados, y estableciendo la curatela como medida de apoyo más importante para las personas con discapacidad; asimismo incide en instituciones conexas, modificando algunos preceptos relativos a la patria potestad, a la filiación y a las medidas comunes a la nulidad matrimonial, separación y divorcio, y otros artículos del Código civil (por ejemplo, en materia de contratos y de sucesiones).

El principio fundamental que rige esta regulación es el respeto a la autonomía de las personas con discapacidad, con pleno respeto a su voluntad, sus deseos y preferencias. Y ello con la finalidad de permitir el pleno desarrollo de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad (como así se recoge en el art. 249 CC). Por tanto, siguiendo las directrices establecidas en la Convención Internacional de 2006, se considera a las personas con discapacidad plenos sujetos

titulares de derechos y no meros objetos de tratamiento y protección social, tomando en consideración su voluntad y sus deseos, y procurando que tomen decisiones sobre su vida de modo autónomo.

Como consecuencia, la Ley instaura un sistema de medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica cuando necesitan ayuda para un ejercicio adecuado de la misma (arts. 249 a 253 CC), distinguiendo entre medidas voluntarias y medidas legales o judiciales de apoyo (arts. 254 a 262 CC), e incluye como medidas de apoyo la curatela, la guarda de hecho y el defensor judicial (según el art. 250.I CC), a las que dota de una nueva regulación (arts. 268-294, 263-267 y 295-298 CC, respectivamente).

II. APLICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES TRANSITORIAS DE LA LEY 8/2021 A LAS SITUACIONES DE DISCAPACIDAD.

Una de las cuestiones que se plantea en la STS comentada se refiere a la aplicación de la Ley 8/2021 a las situaciones en las que se encuentran las personas con discapacidad antes de la entrada en vigor de la misma.

La Ley se sancionó el 2 de junio de 2021, publicándose en el BOE de 3 de junio y entrando en vigor a los tres meses de su publicación en el mismo, el 3 de septiembre de este año.

Como es obvio, en este corto período de tiempo se han producido situaciones de necesidad relativas a las personas con discapacidad, además de que existen pronunciamientos judiciales anteriores sobre las mismas (incapacitaciones judiciales, nombramiento de tutores, curadores y defensores judiciales, guarda de hecho, entre otras circunstancias).

La Ley ha tenido en cuenta estas situaciones. Y así, ha establecido una serie de Disposiciones transitorias (seis) que regulan el tránsito de las situaciones producidas antes de la publicación de la Ley a la nueva normativa derivada de la misma. De entre ellas cabe destacar las Disposiciones transitorias quinta y sexta. La Disposición transitoria quinta se refiere a la revisión de las medidas ya acordadas estableciendo que "Las personas con capacidad modificada judicialmente, los declarados pródigos, los progenitores que ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada, los tutores, los curadores, los defensores judiciales y los apoderados preventivos 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 presente Ley, para adaptarlas a esta. La revisión de las medidas deberá producirse en el plazo máximo de un año desde dicha solicitud. Para aquellos casos donde no haya existido la solicitud mencionada en el párrafo anterior, la revisión se realizará por parte de la autoridad judicial de

oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en un plazo máximo de tres años". Por su parte, la Disposición transitoria sexta, que es la que más interés tiene para el caso, se refiere a los procesos en tramitación, disponiendo que "Los procesos relativos a la capacidad de las personas que se estén tramitando a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán por lo dispuesto en ella, especialmente en lo que se refiere al contenido de la sentencia, conservando en todo caso su validez las actuaciones que se hubieran practicado hasta ese momento". Las otras disposiciones transitorias se refieren a la privación de derechos de las personas con discapacidad, que queda sin efecto (DT primera); a la situación de tutores, curadores, defensores judiciales y guardadores de hecho, a la situación de la patria potestad prorrogada o rehabilitada y a la situación de las declaraciones de prodigalidad, quienes ejercerán su cargo conforme a las disposiciones de esta Ley a partir de su entrada en vigor, y hasta que se produzca la revisión de los procesos tal como se señala en la DT quinta (DT segunda); a las previsiones de autotutela que se entenderán referidas a la autocuratela y se regirán por la presente Ley, y a los poderes y mandatos preventivos otorgados con anterioridad a la Ley, que se ajustarán a lo prevenido en la misma (DT tercera); y a las sustituciones realizadas en virtud del art. 776 CC, respecto de las que se establece que en el caso de que la persona sustituida hubiera fallecido con posterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, se aplicará lo previsto en ésta y, en consecuencia, la sustitución dejará de ser ejemplar, sin que se pueda suplir el testamento de la persona sustituida (DT cuarta).

III. REFERENCIA A LA CURATELA COMO MODO DE APOYO EN LA LEY 8/2021.

Otra de las cuestiones importantes que se plantea en la citada sentencia es la constitución de la curatela como una de las medidas de apoyo establecidas para el afectado.

El Código civil define la curatela como "una medida formal de apoyo que se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado. Su extensión vendrá determinada en la correspondiente resolución judicial en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad y con sus necesidades de apoyo" (art. 250.5º CC).

La curatela se constituye por la autoridad judicial mediante resolución judicial motivada en el procedimiento de provisión de apoyos cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad (art. 269.1º CC).

Las medidas que adopte la autoridad judicial serán proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise, respetarán siempre la máxima

autonomía de ésta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias (art. 268.1º CC).

Dichas medidas serán revisadas periódicamente en un plazo máximo de tres años. No obstante, la autoridad judicial podrá, de manera excepcional y motivada, en el procedimiento de provisión o, en su caso, de modificación de apoyos, establecer un plazo de revisión superior que no podrá exceder de seis años (art. 268.2º CC), siendo revisadas, en todo caso, ante cualquier cambio en la situación de la persona que pueda requerir una modificación de dichas medidas.

El Código civil prevé dos modos de designar curador: un nombramiento realizado por la propia persona que puede llegar a encontrarse en un futuro en situación de no poder ejercer su capacidad jurídica, denominado la autocuratela (art. 271 CC), y un nombramiento realizado por la autoridad judicial.

A falta de designación de curador por el propio interesado, la ley establece que el nombramiento del curador lo realizará la autoridad judicial en expediente de jurisdicción voluntaria (arts. 44 y ss. LJV). La tramitación del expediente relativo a la curatela sigue la misma regulación que para el establecimiento de la tutela, regulándose conjuntamente en la LJV. Así, igual que en la tutela, el expediente se iniciará mediante solicitud presentada por el Ministerio Fiscal o por cualquiera de las personas legalmente indicadas para promover la tutela o curatela. En la comparecencia se oirá al promotor, a la persona cuya designación se proponga si fuera distinta al promotor, a aquel cuya curatela se pretenda constituir si fuera mayor de 12 años, a los parientes más próximos, al Ministerio Fiscal, y a cuantas personas se considere oportuno. Tanto el Juez como el Ministerio Fiscal actuarán de oficio en interés del menor y respetando la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad en lo que conste, adoptando y proponiendo las medidas, diligencias, informes periciales y pruebas que estimen oportunas (art. 45 LJV).

Como regla general se establece que pueden ser curadores las personas mayores de edad que sean aptas para el adecuado desempeño de las funciones de la curatela.

Y pueden serlo tanto las personas físicas como las personas jurídicas sin ánimo de lucro, públicas o privadas, entre cuyos fines figure la promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad.

En defecto de nombramiento por la persona que necesita apoyo, la autoridad judicial nombrara curador: 1.º Al cónyuge, o a quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, siempre que convivan con la persona que precisa el apoyo. 2.º Al hijo o descendiente. Si fueran varios, será preferido el que de ellos conviva con

la persona que precisa el apoyo. 3.º Al progenitor o, en su defecto, ascendiente. Si fueren varios, será preferido el que de ellos conviva con la persona que precisa el apoyo. 4.º A la persona o personas que el cónyuge o la pareja conviviente o los progenitores hubieran dispuesto en testamento o documento público. 5.º A quien estuviera actuando como guardador de hecho. 6.º Al hermano, pariente o allegado que conviva con la persona que precisa la curatela. 7.º A una persona jurídica en la que concurran las condiciones indicadas (art. 275.2º CC). Este orden que ha establecido el legislador para el nombramiento de curador, puede ser alterado por la autoridad judicial, una vez oída la persona que precise apoyo, y si lo considera oportuno, puede nombrar a quien considere más idóneo para comprender e interpretar la voluntad, deseos y preferencias de dicha persona (art. 276, 3º y 4º, CC).

Una vez constituida la curatela, la persona designada como curador debe aceptar su nombramiento y tomar posesión de su cargo en presencia del letrado de la Administración de Justicia (arts. 282.1º CC y 46, 1 y 3, LJV). Las resoluciones judiciales de nombramiento de curador se inscribirán en el Registro civil (art. 46.5 LJV).

La curatela se puede establecer de dos maneras: bien tan solo como una medida de apoyo y asistencia a la persona con discapacidad o bien con facultad representativa, la cual se establecerá solo en casos excepcionales en los que resulte imprescindible cuando la persona con discapacidad no pueda ejercer su capacidad jurídica (art. 269.3º CC).

El contenido de la curatela viene determinado por la autoridad judicial quien delimitará los actos para los que la persona requiere asistencia del curador en el ejercicio de su capacidad jurídica atendiendo a sus concretas necesidades de apoyo, sin que pueda incluirse en la resolución judicial la mera privación de derechos. En cualquier caso, el curador actuará bajo los criterios fijados en el art. 249 CC (art. 269.5º CC).

El curador estará obligado a desempeñar las funciones encomendadas con la diligencia debida, y a mantener contacto personal con la persona a la que va a prestar apoyo, asistir a la persona en el ejercicio de su capacidad jurídica, respetando su voluntad, deseos y preferencias, procurar que pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, y fomentar las aptitudes de la persona de modo que pueda ejercer su capacidad con menos apoyo en el futuro (art. 282 CC).

El curador con facultades representativas, sin embargo, requiere autorización judicial para la realización de los actos que determine la resolución judicial, y en todo caso para los actos señalados en el art. 287 CC.

La curatela se extingue de pleno derecho por la muerte o la declaración de fallecimiento de la persona con medidas de apoyo, y por resolución judicial cuando ya no sea precisa esta medida de apoyo o cuando se adopte otra medida más adecuada para la persona que necesite dicho apoyo (art. 291 CC).

Por último, hay que señalar que en el caso de que en el expediente de jurisdicción voluntaria dirigido al nombramiento de curador se haya formulado oposición, o cuando el expediente no haya podido resolverse, la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad se regirá por lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento civil, que dedica un Capítulo específico donde trata "De los procesos sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad" (que constituye el contenido del Capítulo II del Título I del Libro IV, arts. 756 a 763).

IV. CUESTIONES PLANTEADAS EN LA STS 8 SEPTIEMBRE 2021.

En esta primera sentencia que ha pronunciado el Tribunal Supremo después de la publicación de la Ley 8/2021 se plantean algunas cuestiones sobre el alcance y aplicación de la nueva regulación instaurada en dicha Ley, de las cuales conviene destacar las siguientes.

1. Referencia a los principios que rigen la regulación sobre la situación de las personas con discapacidad.

En primer lugar, cabe señalar que el TS comprime en esta sentencia los nuevos principios que rigen la regulación de la situación de las personas con discapacidad, destacando algunos de ellos.

Así, asevera que la nueva normativa suprime la posibilidad de modificar judicialmente, y muchos menos de suprimir, la capacidad jurídica de las personas con discapacidad (FD 4.3), y esto se afirma aun cuando explícitamente nada se dice en la Ley 8/2021, aunque parece está implícito en el espíritu de dicha Ley, ni tampoco se señala expresamente en la Convención Internacional de Nueva York. Aunque esta afirmación la realiza el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (creado en la Convención de 2006 con la finalidad de supervisar la aplicación de la misma en los Estados Partes) en la Observación general Núm. 1 (2014), considerando que "El artículo 12 no permite negar la capacidad jurídica de ese modo discriminatorio, sino que exige que se proporcione apoyo en su ejercicio" (apartado II, 15).

Subraya también la eliminación de la incapacitación en nuestro ordenamiento jurídico y su sustitución por un sistema de medidas de apoyo a la persona en situación de discapacidad, y la sustitución asimismo de la figura del tutor por la

del curador. Cosa que, como ya se ha indicado, se señala expresamente en la Exposición de Motivos de la Ley 8/2021.

Por otro lado, el TS recalca que el eje de la reforma se basa en el respeto a la autonomía de la persona con discapacidad, de manera que las medidas de apoyo y la salvaguarda de las mismas se deben acomodar a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las requiera, y que, por ello, la provisión de apoyos judiciales deja de tener un carácter preferente y se supedita a la ausencia o insuficiencia de las medidas previstas por el propio interesado (FD 4.2). Esta afirmación del TS se basa en los principios recogidos en el art. 249.1º CC, que establece que las medidas de apoyo a las personas mayores de edad o menores emancipados que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica, tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad, señalando explícitamente cómo se ha de desarrollar la función de las personas que presten apoyo, que deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera, y procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias, fomentando que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro (art. 249.2º CC). Asimismo, el TS hace alusión también a la posibilidad de que tales medidas se puedan establecer por el propio sujeto afectado (medidas voluntarias de apoyo), a las que hace alusión los arts. 249.1º y 250 CC.

En este discurso, es de reseñar que el propio Tribunal señala los elementos caracterizadores del nuevo régimen legal de provisión de apoyos, ya indicados anteriormente en el epígrafe relativo a la doctrina jurisprudencial, elementos que no se establecen en el texto legal, pero que el propio Tribunal deduce de la regulación del Código civil y del art. 12 del Convenio Internacional de 2006 (FD 4.1).

2. Aplicación al caso de la Disposición transitoria sexta de la Ley 8/2021.

En la citada sentencia hay que señalar que el Tribunal Supremo justifica la aplicación de la nueva regulación a un supuesto que acontece antes de la publicación y de la entrada en vigor la misma.

El fundamento de tal aplicación lo ancla el TS en la Disposición transitoria sexta, con acierto, que establece que los procesos relativos a la capacidad de las personas que se estén tramitando a la entrada en vigor de la Ley se regirán por lo dispuesto en ella, especialmente en lo que se refiere al contenido de la sentencia, conservando en todo caso su validez las actuaciones que se hubieran practicado hasta ese momento. Por tanto, el TS hace aplicación textual de dicha

disposición, pero, además, añade una razón práctica, puesto que, indica, aunque se hubiese dictado sentencia antes de la entrada en vigor de la Ley, por imperativo de la misma (recogido en la Disposición transitoria quinta), hubiera procedido la revisión para su adaptación al nuevo régimen de provisión de apoyos (FD 3).

En este sentido, pues, se podría afirmar que el TS reconoce que la Ley 8/2021 establece la retroactividad de la norma a supuestos que se han producido antes de la entrada en vigor de la misma, cosa que subraya el propio TS.

3. El establecimiento de medidas de apoyo y la constitución de la curatela.

El TS en la sentencia comentada considera, a la vista de la situación de la persona afectada, la necesidad de establecer medidas de apoyo. Pero, considerando que el art. 249.1º CC requiere que esas medidas deben ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad, limita esas medidas de apoyo solo a algunos aspectos de la vida del afectado (en este caso, a la necesidad de limpieza de la casa y sometimiento al tratamiento adecuado que requiere el padecimiento de dicha persona), pero no establece más medidas más allá de las necesitadas por el sujeto afectado; y, por tanto, no limita otros aspectos de la vida del mismo.

Sin embargo, sí que considera que es necesaria la designación de un curador, persona que, según el art. 250.5º CC, es una medida de apoyo que se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado. El TS acentúa el papel de la curatela como la medida judicial de apoyo continuado más relevante. Sin embargo, destaca que en la regulación de la misma no se aporta información precisa acerca del contenido de las medidas de apoyo que incluye dicha curatela, por lo que estima que el contenido de la curatela puede ser muy amplio. Y señala que es el juez quien debe precisar este contenido en la resolución que acuerde o modifique las medidas. Ciertamente, en la regulación de la curatela en el CC, no existe precepto alguno que establezca el contenido de la misma. Sólo se dice en el art. 268 que las medidas de apoyo serán proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise, subrayando que deberán respetar en todo caso la autonomía de ésta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias, y en el art. 269 que será la autoridad judicial quien determinará los actos para los que la persona requiere asistencia del curador. Sin embargo, el art. 287 puede ofrecer indicios de tal contenido al señalar una serie de actos para los cuales el curador con facultades representativas requiere autorización judicial.

El TS también pone de relieve que sólo se admiten estas funciones representativas en casos excepcionales que igualmente quedan a la libre apreciación del Juez, en consonancia con lo que dispone el art. 249.3º CC, que establece que "En casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo

considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas"; así, el TS afirma que es consciente de que no cabe precisar de antemano en qué casos estarán justificadas dichas facultades de representación, pues hay que atender a las singularidades de cada caso.

De todo lo cual, cabe deducir que la función del juez va a ser fundamental a la hora de establecer dichas medidas, aún y cuando tiene que tener en cuenta todas las premisas y previsiones legales que condicionan el establecimiento de dichas medidas.

4. Alcance de la voluntad de la persona afectada en contra de las medidas de apoyo.

Por último, cabe referirse a una de las cuestiones más importantes que se plantean en los pronunciamientos de esta sentencia, y que se refiere al valor de la voluntad de la persona con discapacidad.

El respeto a la autonomía de la persona es el eje sobre el que pivota la nueva regulación establecida por la Ley 8/2021, como ya se ha puesto de manifiesto. Dicha autonomía se revela en la manifestación de la voluntad, deseos y preferencias de la persona en situación de discapacidad. Las medidas de apoyo se deben adoptar teniendo en cuenta esa voluntad del sujeto, proporcionadas a las necesidades del mismo y respetando la máxima autonomía de la persona.

El problema se plantea cuando la voluntad de la persona se manifiesta en contra de la adopción de estas medidas de apoyo (como sucede en el caso controvertido en la sentencia).

El TS, ante esta situación, realiza varias observaciones que fundamentan su decisión, que es la de constituir medidas de apoyo y nombramiento de curador. Por un lado, recuerda que cuando en el expediente de jurisdicción voluntaria para la provisión de apoyos (art. 42 bis y ss LJV) la propia persona con discapacidad se oponga a estas medidas, la Ley de Jurisdicción Voluntaria dispone que se pondrá fin al expediente y se deberá acudir a un procedimiento contradictorio (art. 42 bis b, 5 LJV en relación con el art. 756.1 LEC; este procedimiento se refiere a los procesos sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad, que se regulan en los arts. 756 y ss de la LEC), lo que presupone, en palabras del propio Tribunal, que ese juicio pueda concluir con la adopción de las medidas de apoyo, aun en contra de la voluntad del interesado. Por otro lado, precisa el alcance del mandato contenido en el art. 268 CC, señalando que dicho precepto estipula que el tribunal debe tener en cuenta la voluntad del afectado, pero no determina que haya que seguir siempre el dictado de la voluntad, deseos

y preferencias manifestados por el mismo. Por último, el TS recuerda que la voluntad contraria a la medida de apoyo en una persona que puede sufrir un trastorno psíquico y mental "puede ser consecuencia del propio trastorno que lleva asociado la falta de conciencia de enfermedad"; en base a ello, el TS considera justificada la adopción de la medida de apoyo, aun contra la voluntad de la persona con discapacidad, pues entiende que el trastorno que provoca la situación de necesidad impide que esa persona tenga una conciencia clara de su situación, hasta el punto de que considera que "No intervenir en estos casos, bajo la excusa del respeto a la voluntad manifestada en contra de la persona afectada, sería una crueldad social".

Con estas precisiones el TS ha matizado la exigencia legal de contar con la voluntad de la persona con discapacidad a la hora de establecer medidas de apoyo. Cuestión que no ha precisado la nueva regulación sobre discapacidad, dado que ha hecho más incidencia en la autonomía de la voluntad que en la ausencia de dicha autonomía.

En definitiva, esta primera sentencia del Tribunal Supremo después de la entrada en vigor de la Ley 8/2021 ha establecido ciertas interpretaciones de la regulación sobre la situación de la persona con discapacidad, precisando algunos extremos que la nueva regulación había obviado.

ESTADO ACTUAL DEL INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES. COMENTARIO A LA STC 73/2021, DE 18 DE MARZO

CURRENT STATUS OF THE INCIDENT OF NULLITY OF ACTIONS. COMMENT TO STC 73/2021, OF MARCH 18

Rev. Boliv. de Derecho Nº 33, enero 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 800-821

Luis DE LAS HERAS VIVES

ARTÍCULO RECIBIDO: 1 de diciembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 15 de diciembre de 2021

RESUMEN: El presente comentario tiene por objeto analizar la reciente STC 73/2021, de 18 de marzo, y abordar el estado actual del incidente de nulidad de actuaciones para reafirmar que se trata de un remedio procesal artificioso y que únicamente entorpece al ciudadano en materia de protección de los derechos fundamentales. Por tanto, defender planteamientos formalistas alrededor del incidente de nulidad de actuaciones es contrario a la tutela eficaz y efectiva de los derechos fundamentales.

PALABRAS CLAVE: incidente de nulidad de actuaciones; protección de los derechos fundamentales; recurso de amparo.

ABSTRACT: *The purpose of this commentary is to analyze the recent STC 73/2021, of March 18, and to address the current state of the incident of nullity of actions to reaffirm that it is an artificial procedural remedy and that it only hinders the citizen in the protection of fundamental rights. Therefore, defending formalistic approaches to the incident of nullity of actions is contrary to the efficient and effective protection of fundamental rights.*

KEY WORDS: *incident of nullity of actions; the protection of the fundamental rights; writ of amparo.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA NATURALEZA DEL INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES.- III. MOMENTO PROCESAL DEL INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES.- IV. LA DECADENCIA DEL INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES Y CON ELLO DE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA COMO PRIMER PROTAGONISTA EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. LA CORRECTA DOCTRINA SENTADA EN LA STC 73/2021, DE 18 DE MARZO, Y EL *HABEAS CORPUS*.

SUPUESTO DE HECHO

El objeto de controversia, en esencia, pivota alrededor de la denegación por el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Badajoz de la incoación del procedimiento de habeas corpus instado por la defensa Sr. Rocho Leal a la fuerza actuante de su detención del 8 de noviembre de 2019.

Tras los avatares procesales, por Auto de 9 de noviembre de 2019, el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Badajoz, en funciones de guardia, acordó denegar la incoación del procedimiento de *habeas corpus* solicitado y el archivo del procedimiento, bajo el razonamiento de que según la información que constaba en la copia del atestado policial, remitida junto con la solicitud de habeas corpus, al señor Rocho Leal le había sido imputado un presunto delito de atentado a agente de la autoridad, eventualmente "cometido justo antes del momento de la detención, por lo que dicha detención policial cumpliría los requisitos exigidos en el artículo 492 de la Ley de enjuiciamiento criminal, adjuntándose al atestado sendos informes médicos de las lesiones ocasionadas a los agentes de policía". Razonándose, además, en el citado auto que: "[t]ambién consta en la copia del atestado la correspondiente 'Diligencia de detención e información de derechos y de los elementos esenciales de las actuaciones para impugnar la detención', donde se reflejan claramente tanto la hora y el lugar de la detención como el delito que se imputa al investigado, apareciendo en dicha diligencia la firma del detenido y la voluntad de este de ser asistido por el letrado señor Pereira Arangüete, letrado distinto del que posteriormente ha presentado en su nombre la solicitud de habeas corpus". Concluyéndose, por tanto, que "[n]o se dan, por tanto, ninguno de los supuestos previstos en el artículo anteriormente mencionado".

Frente a esta resolución, la defensa del Sr. Rocho Leal se alza en amparo deduciendo su demanda en base a los siguientes argumentos:

• Luis de las Heras Vives
Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona. Vicepresidente del Instituto de Derecho Iberoamericano. Socio de Durán & Durán Abogados Penalistas.

Que el Sr. Rocho Leal no fue puesto inmediatamente a disposición del juzgado de guardia, puesto que el letrado que le asistía presentó, en su nombre e interés, la solicitud escrita de habeas corpus a las 23:30 horas del día 8 de noviembre de 2019 y constaron "en el auto (de 9 de noviembre de 2019) la hora a la que se realizaron cada una de las diligencias, no produciéndose el acto de personación en las dependencias de la Jefatura Superior de Policía, por parte del Juzgado de Instrucción núm. 3 hasta las 13:30 horas del 9-11-19, al objeto de notificar el auto del procedimiento de habeas corpus solicitado el día 8-11-19 a las 23:30 horas". Añade a lo expuesto, que el señor Rocho Leal no fue puesto a disposición judicial hasta el domingo día 10 de noviembre de 2019 a las 10:00 horas.

Seguidamente el demandante de amparo señala que "en el atestado consta que el instructor de la diligencia de comunicación a la autoridad judicial, informa acerca de la solicitud del procedimiento de habeas corpus, al titular del Juzgado de Instrucción núm. 3 mediante llamada telefónica el 8 de noviembre de 2019 a las 23:40 horas, (subrayado en el texto de la demanda) diciendo el titular del juzgado en dicha comunicación telefónica que no resolverá hasta que lea la comparecencia que recogen las actuaciones policiales reseñadas en el atestado". Señalándose que "una vez más ha sido incumplida [la doctrina de este tribunal] haciendo ineficaz y dejando sin contenido expresamente lo que dispone el tan vulnerado art. 1 de la Ley Orgánica reguladora del procedimiento de habeas corpus y su exposición de motivos"

Asimismo, en cuanto a la interposición del amparo sin interponer el incidente de nulidad de actuaciones, señala el demandante que: "una vez más ha sido incumplida [la doctrina de este tribunal] haciendo ineficaz y dejando sin basta comprobar que los órganos judiciales han tenido la oportunidad de pronunciarse sobre los derechos fundamentales luego invocados en vía de amparo constitucional, para estimar cumplido el requisito de agotamiento de la vía judicial previa. Lo contrario, dice, supondría cerrar la vía de amparo constitucional con un enfoque formalista y confundir la lógica del carácter subsidiario de su configuración". expresamente lo que dispone el tan vulnerado art. 1 de la Ley Orgánica reguladora del procedimiento de habeas corpus y su exposición de motivos". Respecto del caso de autos, pone de manifiesto la demanda que no hubiera tenido ningún sentido promover el incidente de nulidad de actuaciones "ya que al tener que dar traslado al fiscal y en su caso al resto de partes se hubiera proveído y resuelto después de ser puesto a disposición judicial, esto es, al día siguiente del dictado del referido auto, como se puede comprobar en las actuaciones".

En cuanto a la especial trascendencia constitucional, la demanda justifica la especial transcendencia constitucional del recurso en la consideración de que concurre el supuesto previsto en el FJ 2 e) de la STC 155/2009, de 25 de junio.

Entiende que el órgano judicial que intervino en el procedimiento de habeas corpus, ha incumplido la doctrina de este tribunal "en relación con la inmediata puesta a disposición judicial una vez solicitado el habeas corpus". Finaliza solicitando la declaración de nulidad del auto de 9 de noviembre de 2019 del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Badajoz.

El Ministerio Fiscal, en la oscilación procesal a la que acostumbra en materia de tutela de derechos fundamentales, interesó la desestimación del recurso de amparo y, de modo subsidiario, su estimación, por entender vulnerado el derecho a la libertad personal del demandante (art. 17, apartados 1 y 4 CE), y la anulación del auto de 9 de noviembre de 2019 del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Badajoz.

Por lo que respecta a la desestimación [en puridad, realmente, sería una inadmisión porque supondría la no cognición del fondo y rechazo de plano], señala que la demanda de amparo debe desestimarse por no haberse interpuesto el pertinente incidente de nulidad de actuaciones". Agrega que la demanda no ha alegado nada en contra de la actuación policial, que permitiera su incardinación por la vía del art. 43 LOTC "dándose la circunstancia de que, en tal caso, además, el amparo sería extemporáneo".

De superarse ese escollo, señala el Ministerio Fiscal que entonces sí que procedería su estimación por vulneración del derecho a la libertad personal. A tal fin, recoge una extensa cita de la STC 72/2019, de 20 de mayo, FJ 2, y añade que, en el presente caso, el letrado del demandante "presentó solicitud de habeas corpus a última hora del día 8 de noviembre de 2019, alegando haber sido detenido sin motivo alguno y haberse llevado a cabo dicha detención de forma innecesariamente violenta, identificando a algunas personas que serían testigos presenciales de los hechos y que estaban dispuestos a declarar" a lo que el juzgado de instrucción, con informe favorable del fiscal, denegó la incoación del procedimiento con el argumento de que le había sido imputado un delito de atentado contra agente de la autoridad, por lo que la detención cumplía los requisitos del art. 492 LECrim. Según destaca el Ministerio Fiscal ante el Tribunal Constitucional, en el auto impugnado lo que hizo el juzgado fue adoptar la decisión de fondo sobre la legalidad de la privación de libertad gubernativa del demandante (art. 6 LOHC), sin haber llegado a incoar el procedimiento. Tal actuación supone, a su juicio, la vulneración del derecho a la libertad (art. 17.1 y 4 CE), "por la privación de la plena sustanciación del procedimiento de habeas corpus y haberse frustrado el control judicial de la privación de libertad gubernativa de que era objeto el demandante".

Ante estos planteamientos, el Tribunal Constitucional acuerda:

Considerar que "no es necesario el planteamiento del incidente de nulidad de actuaciones para el agotamiento de la vía judicial, cuando la demanda de amparo alegue vulneración del derecho a la libertad personal mediante el procedimiento de habeas corpus. Igualmente, este tribunal declara, que al igual que en otras ocasiones y respecto de otros supuestos (SSTC 31/2019, de 28 de febrero, FJ 3, y 112/2019, de 3 de octubre, FJ 3), la interposición de un incidente de nulidad de actuaciones contra la resolución judicial que inadmite a trámite un procedimiento de habeas corpus no podrá considerase un recurso manifiestamente improcedente y, en consecuencia, su interposición no podrá determinar la extemporaneidad del recurso de amparo por alargamiento indebido de la vía judicial".

Otorgar el amparo "por vulneración del derecho a la libertad personal del mismo (arts. 17, 1 y 4 y 24.1 CE), al no haber resuelto el Juzgado con celeridad sobre la solicitud de habeas corpus presentada por el letrado del recurrente, detenido en las dependencias policiales, y por no haber efectuado aquel, de modo efectivo, el control que requiere la incoación del procedimiento de habeas corpus solicitado por el recurrente, la audiencia del mismo, con asistencia de su letrado defensor e intervención del Ministerio Fiscal, para verificar que la privación de libertad hubiera sido adoptada conforme a la ley por los funcionarios policiales actuantes".

Por parte del Exmo. Sr. D. Antonio Narváez Rodríguez se formula voto particular, al que se adhieren los Exmos. "Srs. D. Santiago Martínez-Vares García y D. Alfredo Montoya Melgar, señalan que "el óbice procesal de falta de agotamiento de la vía judicial previa, invocado por el Ministerio Fiscal ante la omisión por el recurrente del incidente de nulidad de actuaciones, tendría que haber sido acogido y el recurso de amparo inadmitido o, al menos, haber llegado a la desestimación respecto de la queja apoyada en el art. 17.4 CE, por eventual vulneración del derecho al control judicial de la detención del recurrente. Como, a mi modo de ver, la fiscal exponía con todo acierto, el recurso de amparo ha impugnado únicamente el auto de 9 de noviembre de 2019 del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Badajoz, que inadmitió a trámite el procedimiento de habeas corpus solicitado por el letrado del recurrente, formalizando su denuncia por vulneración del art. 17.4 CE, al amparo de la vía del art. 44 LOTC. En consecuencia, el recurrente debería haber interpuesto previamente el incidente de nulidad de actuaciones".

Asimismo, también formula voto particular el Exmo. Sr. D. Pedro José González-Trevijano proyectando su discrepancia también sobre la no apreciación del óbice de falta de agotamiento de la vía judicial, respecto de la queja de vulneración del art. 17.4 CE por la inadmisión de la solicitud de habeas corpus acordada por la autoridad judicial. Así señala que: "no comparte las razones dadas para exonerar de la necesidad de interponer el incidente de nulidad, en los supuestos en que la

vulneración se atribuya, ex artículo 17.4 CE al órgano judicial, principalmente por denegar la incoación del procedimiento de habeas corpus por razones de fondo. El carácter autónomo de esta vulneración no parece cuestionable, pues no solo se imputa a una persona distinta de aquellas que practicaron la pretendida "privación ilegal de libertad", sino que su fundamento se vincula a la decisión judicial que impide el eventual reconocimiento de la lesión producida por los terceros y, en su caso, la reparación de la misma. En suma, el órgano referido sería el autor de la lesión (art. 44 LOTC), precisamente por no haber accionado debidamente el procedimiento legalmente habilitado para enjuiciar las vulneraciones del derecho a la libertad".

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL [EXTRACTO]

De conformidad con la sentencia objeto de comentario:

"La doctrina de este tribunal no ha sido uniforme en relación con la exigencia de promover el incidente extraordinario de nulidad de actuaciones del art. 241 LOPJ, como requisito para agotar la vía judicial previa en los supuestos de recursos de amparo formalizados contra resoluciones judiciales recaídas en procedimientos de habeas corpus, lo que, a su vez, ha generado dudas razonables en la práctica procesal acerca de la necesidad de interponer o no dicho incidente. Se trata, por tanto, de que este tribunal, a partir de las particularidades que ofrece el caso de autos, establezca un criterio doctrinal que: (i) aporte claridad sobre la procedencia o no del incidente de nulidad de actuaciones en estos supuestos, y (ii) de estimar dicha procedencia, en qué casos debe ser promovido aquel.

El estudio detallado de los numerosos pronunciamientos de este tribunal, recaídos en recursos de amparo que, a semejanza del caso de autos, fueron interpuestos contra resoluciones judiciales denegatorias de la admisión a trámite de solicitudes de habeas corpus ha pasado, a partir de la reforma introducida en el art. 241.1 LOPJ por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por sucesivas etapas en los que la previa formalización del incidente extraordinario de nulidad de actuaciones ha incidido o no en el sentido y alcance de sus fallos sobre las cuestiones de fondo debatidas en los mismos:

a) En un primer momento, este tribunal no objetó, ni de oficio ni tampoco a instancia de parte o del Ministerio Fiscal, la necesidad de promover el indicado incidente de nulidad para agotar la vía judicial previa. Tal es el caso, entre otras, de las SSTC 165/2007, de 2 de julio, 88/2011, de 6 de junio, o 95/2012, de 7 de mayo. En todas las indicadas, relativas a alegadas vulneraciones del derecho fundamental a la libertad personal semejantes a las ahora denunciadas, y que, en síntesis, versaban sobre la injustificada tardanza en la resolución judicial sobre la admisibilidad de la solicitud de habeas corpus presentada, en la puesta a disposición

judicial del detenido y en el control judicial de la detención, fueron resueltas en sentido estimatorio por este tribunal, sin hacer referencia alguna a la necesidad de promover previamente el incidente de nulidad de actuaciones.

b) En una larga relación de pronunciamientos en los que la parte demandante o el Ministerio Fiscal impugnó, no solo el auto denegatorio de la admisión a trámite de la solicitud de habeas corpus, sino también la resolución que inadmitió o desestimó el incidente de nulidad de actuaciones promovido contra aquel, el tribunal, ni suscitó ni tampoco hizo referencia a la procedencia de este incidente, sino que pasó a resolver directamente en relación con la alegada vulneración del art. 17.4 CE (SSTC 12/2014, de 27 de enero; 32/2014, de 24 de febrero; 195/2014, de 1 de diciembre, y 42/2015, de 2 de marzo, entre otras). Fue, sin embargo, a partir del ATC 73/2015, de 21 de abril, desestimatorio de un recurso de súplica interpuesto por el Ministerio Fiscal contra una providencia de la Sala Primera, Sección Segunda, que había inadmitido a trámite el recurso de amparo interpuesto contra una resolución judicial denegatoria de la admisión a trámite de un procedimiento de habeas corpus, cuando este tribunal razonó sobre la procedencia del incidente de nulidad de actuaciones y vino a exigir su previa formalización para entender agotada la vía judicial en un caso en el que el recurso de amparo había impugnado, en exclusiva y por la alegada vulneración del art. 17.4 CE, aquella resolución denegatoria. Con posterioridad, no se ha suscitado esta cuestión en las resoluciones de este tribunal relativas a la alegada vulneración del art. 17.4 CE, pues todos aquellos recursos de amparo vinieron precedidos del incidente de nulidad de actuaciones (STC 204/2015, de 5 de octubre y más recientemente SSTC 72/2019, de 20 de mayo, y 181/2020, de 14 de diciembre, por todas).

c) Por último, una tercera alternativa resolutoria ha quedado reflejada en la STC 21/2018, de 5 de marzo, en la que, con ocasión de enjuiciar un recurso de amparo mixto, en el que se denunciaban eventuales vulneraciones del derecho fundamental a la libertad personal del art. 17 CE, una imputable a los funcionarios policiales (art. 17.3 CE) y la otra, de modo exclusivo, a la resolución judicial denegatoria de la incoación del procedimiento de habeas corpus (art. 17.4 CE), el tribunal desestimó, por falta de agotamiento de la vía judicial previa [art. 44.1 a) LOTC], la última de las quejas citadas, aunque, en cambio, se pronunció sobre la formulada contra la actuación de los funcionarios policiales en la detención, resolviendo sobre la misma. Como se deduce de los anteriores supuestos enunciados, el tribunal no ha mantenido un criterio uniforme en el enjuiciamiento y resolución de casos en los que el presupuesto de hecho ha sido la denunciada vulneración del derecho a la libertad personal del art. 17 CE, bien en referencia exclusiva a la garantía del procedimiento de habeas corpus (art. 17.4 CE), bien en conexión con quejas por la infracción de otras manifestaciones del derecho reconocido en el

art. 17 CE. Razones de seguridad jurídica imponen la fijación de una doctrina que permita esclarecer la exigencia o no del incidente extraordinario de nulidad de actuaciones del art. 241 LOPJ en los supuestos en que, de modo exclusivo o bien en combinación con otras quejas, aparezca denunciada la vulneración del derecho fundamental a la libertad personal y la garantía que comporta el procedimiento de *habeas corpus*.

Por ello, antes de abordar el análisis del óbice alegado por el Ministerio Fiscal, es preciso que el Pleno de este tribunal, por las citadas razones de seguridad jurídica y de clarificación, establezca un criterio doctrinal uniforme sobre la procedencia del incidente de nulidad de actuaciones en los casos citados.

El procedimiento de habeas corpus se sustenta sobre dos notas que le son propias; de una parte, la ya citada de la celeridad, en el sentido de que, con la mayor rapidez posible, el juez haga cesar la vulneración del derecho a la libertad; y, de otro lado, la inmediación, entendida esta última como la presencia del detenido ante el juez. Al respecto, el Tribunal ha declarado que "la esencia de este proceso consiste, precisamente, en que el juez compruebe personalmente la situación de la persona que pida el control judicial, siempre que se encuentre efectivamente detenida, es decir, 'haber el cuerpo' de quien se encuentre detenido para ofrecerle una oportunidad de hacerse oír, y ofrecer las alegaciones y pruebas (STC 37/2008, de 25 de febrero, FJ 3)" (STC 12/2014, de 27 de enero, FJ 3, y 72/2019, de 20 de mayo, FJ 2, por todas).

(I) Caso en que el recurrente apoye su pretensión de amparo en la eventual vulneración del art. 17.4 CE cuando el órgano judicial, después de admitida a trámite la solicitud de habeas corpus e incoado el correspondiente procedimiento, oída en comparecencia la persona privada de libertad, asistida de letrado y con intervención del Ministerio Fiscal, dicte resolución desestimando la solicitud. En tal caso no será precisa la interposición del incidente extraordinario de nulidad de actuaciones para la presentación de la demanda de amparo. Consideramos que el órgano judicial ha conocido y resuelto sobre el hecho de la privación de libertad, de las causas que la motivaron, del tiempo de permanencia en aquella situación, así como de las demás condiciones en que la misma tuvo lugar, por lo que ha dado una respuesta motivada y proporcionado debida tutela al privado de libertad.

Este supuesto resulta extensible, también, a los denominados recursos de amparo "mixtos", esto es a los que las quejas sobre el derecho a la libertad personal del art. 17 CE, van dirigidas, de una parte, contra la actuación de las autoridades y funcionarios no judiciales y, de otro lado, contra el órgano judicial que, de conformidad con el art. 17.4 CE, haya controlado la privación de libertad y las condiciones de esta.

(II) Los casos en que el juez ha denegado la incoación del procedimiento de habeas corpus y la demanda de amparo denuncia la vulneración del art. 17.4 CE, bien de modo exclusivo, bien en combinación con otras quejas derivadas de la actuación de autoridades o funcionarios no judiciales.

En estos casos la doctrina de este tribunal no ha sido uniforme en lo que respecta a la exigencia del incidente extraordinario de nulidad de actuaciones para entender agotada la vía judicial previa. Se han sucedido hasta tres etapas que han discurrido por diferentes alternativas, pasando desde el inicial punto de partida, en que no era requerida la interposición del incidente, hasta llegar a la exigencia del mismo e incluso, en algún pronunciamiento, delimitando la formalización de aquel incidente el agotamiento de la vía judicial para la queja apoyada en el art. 17.4 CE.

En los precedentes que se han citado a partir del ya mencionado ATC 73/2015, este tribunal, denunciada la vulneración del art. 17.4 CE, ha tenido que verificar si fue promovido o no el incidente de nulidad de actuaciones, como paso previo a tener que decidir sobre la adecuación al derecho fundamental del art. 17.4 CE de resoluciones judiciales que denegaron la incoación del procedimiento de habeas corpus. En tales casos y, como se ha indicado anteriormente, el Tribunal ha exigido la formalización del incidente extraordinario de nulidad de actuaciones del art. 241 LOPJ, aunque, también, en algún supuesto (STC 21/2018) haya rechazado el motivo de amparo del art. 17.4 CE por falta de agotamiento de la vía judicial previa al constatar que el incidente no había sido interpuesto, pero ha resuelto sobre los restantes motivos, que se habían apoyado en otros apartados del art. 17 CE.

Hasta el momento presente, el tribunal ha declarado reiteradamente que la resolución del órgano judicial incurre en una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, autónoma del derecho a la libertad, cuando aquel desatiende el mandato constitucional de realizar un control efectivo de la privación de libertad del detenido o de las condiciones en que aquella se llevó a efecto. Se ha entendido que la no formalización del incidente de nulidad de actuaciones deviene en un pronunciamiento de inadmisión o de desestimación del recurso de amparo por no haber dado la parte oportunidad al órgano judicial de pronunciarse sobre la vulneración del derecho y acudir directamente a esta vía subsidiaria del recurso de amparo.

El Tribunal ha considerado que se trata de una pretensión autónoma en la que se denuncia la supuesta vulneración del derecho a que el juez competente para el conocimiento del habeas corpus dicte una resolución judicial motivada que tutele la privación de libertad del recurrente y de las condiciones de aquella. Sin embargo, esta pretensión de tutela judicial efectiva presenta unas peculiaridades específicas que la hacen diferente del resto de recursos de amparo en los que sea invocada la vulneración del art. 24.1 CE.

El constituyente quiso dotar a este instrumento procesal de un diseño de tutela judicial efectiva propio y distinto de la genérica tutela del art. 24.1 CE. En la estructura constitucional del reconocimiento del derecho a la libertad personal del art. 17 CE decidió regular sistemáticamente ese procedimiento dentro del propio art. 17 CE, hasta el punto de integrarlo en un apartado específico, como garantía peculiar y exclusiva de aquel y singularizando, por tanto, la tutela judicial a este derecho, respecto del reconocimiento genérico del art. 24.1 CE.

De este modo, el derecho a la libertad y el procedimiento de habeas corpus, en cuanto garantía constitucional destinada a asegurar la efectividad de aquel mediante el control judicial de la privación de su ejercicio, están tan íntimamente conectados entre sí que no es posible concebir la existencia de este último si no es en relación con el ejercicio de aquel, pues este instrumento procesal solo es posible actuarlo para su debida protección y defensa. Esto es lo que, precisamente, diferencia esta vertiente del derecho a la tutela judicial que se actúa a través del procedimiento de habeas corpus respecto de la genérica del art. 24.1 CE. La Constitución la ha establecido como una modalidad tutelar específica, que es propia y exclusiva del derecho a la libertad personal, a diferencia de la tutela judicial que ofrece el derecho reconocido en el art. 24.1 CE, aplicable a todo tipo de procesos judiciales y de jurisdicciones, aun cuando, por su conexión con otros derechos fundamentales, deba tener aquella un carácter reforzado en ocasiones.

No es coherente con la función de este tribunal, ni tampoco con la finalidad del amparo constitucional, dejar al margen, por no haber sido interpuesto un incidente de nulidad de actuaciones, el análisis de la actuación del órgano judicial encargado de efectuar el control de la privación de libertad denunciada como ilegal cuando la eventual vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva se desenvuelve, en este caso, en la órbita del derecho a la libertad personal. El juez, a partir de la solicitud de habeas corpus presentada, ha tenido ocasión de hacer efectiva la protección del derecho en un caso en que se le ha puesto de manifiesto la supuesta ilicitud de una privación de libertad realizada por autoridades o funcionarios no judiciales, ya lo sea por las causas que han determinado su adopción, ya por las condiciones, o ya por el tiempo o circunstancias en que aquella se haya producido.

Hemos, pues, de reconsiderar el planteamiento de una doctrina estrictamente formalista, que distingue, a los efectos del presupuesto de agotamiento de la vía judicial previa, según que el órgano judicial haya o no admitido a trámite y sustanciada su actuación con la audiencia de la persona privada de libertad, para después llegar a la misma resolución de inadmisión o de desestimación que enjuicia sobre la adecuación a derecho de aquella situación privativa de libertad, cuando en ambos casos, lo determinante es que al juez le haya sido puesta de manifiesto una denuncia que invocaba la vulneración de su derecho a la libertad personal.

Por todo ello, no parece razonable la exigencia del incidente de nulidad de actuaciones para entender agotada la vía judicial previa cuando la demanda de amparo alegue vulneración del derecho a la libertad personal del art. 17 CE e invoque, tanto la vulneración del art. 17.4 CE en exclusiva, como la concurrencia de una serie de quejas que resulten imputables a autoridades y funcionarios no judiciales, así como al órgano judicial encargado del control de la medida limitativa del derecho fundamental, que, según se denuncia, no haya llegado a tutelarla de modo efectivo.

En definitiva, el Tribunal, matizando su anterior doctrina, declara que no es necesario el planteamiento del incidente de nulidad de actuaciones para el agotamiento de la vía judicial, cuando la demanda de amparo alegue vulneración del derecho a la libertad personal mediante el procedimiento de habeas corpus. Igualmente, este tribunal declara, que al igual que en otras ocasiones y respecto de otros supuestos (SSTC 31/2019, de 28 de febrero, FJ 3, y 112/2019, de 3 de octubre, FJ 3), la interposición de un incidente de nulidad de actuaciones contra la resolución judicial que inadmite a trámite un procedimiento de habeas corpus no podrá considerase un recurso manifiestamente improcedente y, en consecuencia, su interposición no podrá determinar la extemporaneidad del recurso de amparo por alargamiento indebido de la vía judicial".

I. INTRODUCCIÓN.

Nuestro legislador de 2007, en una ensoñación más a las que nos tiene acostumbrados en materia de tutela de derechos fundamentales, afirmó en la exposición de motivos de la LO 6/2007, de 24 de mayo que: "La protección y garantía de los derechos fundamentales no es una tarea única del Tribunal Constitucional, sino que los tribunales ordinarios desempeñan un papel esencial y crucial en ella. Por ello, y con la intención de aumentar las facultades de la jurisdicción ordinaria para la tutela de los derechos fundamentales se modifica el incidente de nulidad de actuaciones del artículo 241.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio. De este modo se introduce una configuración del incidente de nulidad de actuaciones mucho más amplia, porque se permite su solicitud con base en cualquier vulneración de alguno de los derechos fundamentales referidos en el artículo 53.2 de la Constitución en lugar de la alegación de indefensión o incongruencia prevista hasta el momento. Esta ampliación del incidente de nulidad de actuaciones previo al amparo busca otorgar a los tribunales ordinarios el papel de primeros garantes de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico".

Ante esto, y con la serenidad que nos aporta el transcurso del tiempo al permitirnos la vista atrás, sólo podemos afirmar que esperar de la jurisdicción ordinaria una correcta tutela de los derechos fundamentales es poco menos que

una entelequia. Especialmente cuando el incidente de nulidad de actuaciones opera como una suerte de recurso frente al mismo órgano jurisdiccional para resolver sobre lo que ya ha resuelto. Distinta opinión nos merece aquellos casos en los que el incidente opera como un mecanismo para resolver lesiones de derechos fundamentales novedosas en la resolución frente a las que se interpone el incidente de nulidad de actuaciones.

Sea como fuere, la STC 25/2012, de 27 de febrero, a los adagios del legislador, evidenció que este "nuevo" incidente: "se incardina en el sistema de garantías de los derechos fundamentales (STC 43/2010, de 26 de julio), con la finalidad de agotar la vía jurisdiccional previa, dando ocasión al órgano judicial para reparar las vulneraciones de los derechos que se cometan en resoluciones firmes, frente a las que no quepa recurso…".

En este sentido, nos recuerda la STC 208/2015, de 5 de octubre que: "La reciente STC 9/2014, de 27 de enero, FJ 3, recordando otras anteriores, vuelve a subrayar que en el incidente de nulidad "se plasma la opción del legislador, en el ejercicio de la habilitación que constitucionalmente le confiere el art. 161.1 b) CE, en relación con su art. 53.2, por una nueva configuración del recurso de amparo, toda vez que, en principio, tras la reforma llevada a cabo la mera lesión de un derecho fundamental o libertad pública tutelable en amparo ya no será por sí sola suficiente para admitir el recurso, pues es imprescindible, además, su especial trascendencia constitucional, frente a la configuración por la que esencialmente se caracterizaba en su anterior regulación, en tanto que recurso orientado primordialmente a reparar las lesiones causadas en los derechos fundamentales y libertades públicas del demandante susceptibles de amparo". Y añade: "De esta forma, se configura por el legislador el sistema de garantías de los derechos fundamentales encomendado a los Jueces y Tribunales como guardianes naturales y primeros de dichos derechos (STC 227/1999, de 13 de diciembre, FJ 1), a los que confiere un mayor protagonismo en su protección (ampliación del incidente de nulidad de actuaciones), y culminado por el Tribunal Constitucional que, además de garante último, es su máximo intérprete (arts. 53.2 y 123 CE y 1.1 LOTC)".

En este punto, especialmente sugerente resulta la STS 9 marzo 2012 (ECLI:ES:TS:2012:1832) al razonar que: "en todo caso, debe tenerse en cuenta que, tras la reforma de la LOPJ en lo referente al incidente de nulidad de actuaciones llevada a cabo por la Disposición Final 1ª de la LO 6/2007 de 24 de mayo, dicho incidente queda configurado como la forma principal de satisfacción última de los derechos fundamentales, quedando atribuido su conocimiento al órgano judicial que dictó la resolución firme a la que se imputa la lesión , y siendo ya el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional un remedio quizá residual y sujeto a la consideración por el TC de la relevancia constitucional del caso planteado.

En definitiva, podría decirse que cuando concurre vicio grave generador de indefensión tras una sentencia firme el cauce natural de su sanación es el incidente de nulidad de actuaciones, y si así es no cabría sostener que el plazo de caducidad de tres meses para interponer la demanda de error judicial sigue corriendo, en tanto se está utilizando una vía razonable de satisfacción del derecho fundamental vulnerado que, además, evitaría luego la responsabilidad patrimonial del Estado. Sólo en caso de que el incidente no fuera resuelto satisfactoriamente para la parte, comenzaría el plazo para la demanda de error judicial, salvo, claro está, que la vía utilizada para dar contenido al incidente de nulidad de actuaciones (art. 11.2 LOPJ) fuera manifiestamente abusiva, fraudulenta o con ánimo dilatorio -lo que dependería de que así lo califique la correspondiente Sala del TS alresolver el incidente planteado- en cuyo caso el plazo de caducidad de la acción para interponer la demanda de error judicial no se habría visto interrumpido.

Sin embargo, esta optimista opinión viene desacompasada de una regulación huérfana al no prever la norma procesal la existencia de un auténtico procedimiento de nulidad de actuaciones pretiriendo aspectos esenciales como la posibilidad de que la parte solicitante pueda recabar fuentes de pruebas o practicar medios probatorios en orden a la sustentación fáctica de su denuncia. De hecho, como ocurre en otros recursos ordinarios, tampoco se contempla la posibilidad de una vista previa a su resolución para que así las partes puedan sostener con mayor precisión sus posturas y exponer sintéticamente sus pretensiones para mayor facilidad del tribunal.

II. LA NATURALEZA DEL INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES.

Hemos visto como el legislador de 2007 consideró que el incidente de nulidad de actuaciones suponía un mecanismo de garantías de los derechos fundamentales y último bastión de la jurisdicción ordinaria para su tutela. Concretamente, afirmó la STC 227/1999, de 13 de diciembre que los Jueces y Tribunales son los guardianes naturales y primeros de los derechos fundamentales.

En puridad lo que se pretendió es compensar la desacertada regulación del amparo, convirtiendo el amparo en excepción y el incidente en lo ordinario.

Así leemos con Carrasco Durán, M.: "La tutela de los derechos fundamentales a travésdel incidente de nulidad de actuaciones", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2012, núm. 95, mayo-agosto, p. 66, que, con la doble reforma del amparo y el incidente de nulidad de actuaciones, ambas instituciones procesales "se complementan, de suerte que la limitación del recurso de amparo que aquélla supone se ha pretendido compensar con la ampliación del espacio del incidente de nulidad de actuaciones". Es por ello por lo que: "es posible advertir en la Ley Orgánica 6/2007 dos finalidades, ambas ligadas estrechamente a la nueva

regulación del trámite de admisión del recurso de amparo. Por una parte, compensar la restricción del acceso al recurso de amparo con una ampliación del incidente de nulidad de actuaciones, de forma que la nueva regulación del recurso de amparo no conlleve una rebaja en las garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales citados en el artículo 53.2 CE".

Ante esto, por tanto, señala que la citada modificación buscó "compensar la restricción del acceso al recurso de amparo con una ampliación del incidente de nulidad de actuaciones, de forma que la nueva regulación del recurso de amparo no conlleve una rebaja en las garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales citados en el artículo 53.2 CE", convirtiéndose, por tanto, el incidente de nulidad de actuaciones como un mecanismo de tutela de derechos fundamentales por los jueces y tribunales ordinarios.

Por su parte, Aragón Reyes, M.: "El incidente de nulidad de actuaciones como remedio previo al recurso de amparo: la función del Ministerio Fiscal", *Teoría y Realidad Constitucional*, 2011, núm. 28, pág. 378, ha señalado que tras la reforma de 2007 el incidente de nulidad es un amparo judicial. Y en esta línea el ATSJ Cataluña 29 julio 2013 (Rec. 204/2012): "Nos hallamos ante un proceso que constituye un amparo judicial general de los derechos fundamentales es decir: del principio de igualdad reconocido en el artículo 14 de la CE y de los derechos reconocidos en la Sección primera del Capítulo II del Título I (artículos 15 a 29), más el derecho de objeción de conciencia al servicio militar, previsto en el artículo 30.2 CE. Como requisitos se exigen que la posible vulneración de tales derechos no haya podido denunciarse antes de recaer la resolución que ponga fin al proceso, así como que la resolución del proceso no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario, resultando además improcedente un incidente de nulidad de actuaciones en el que se pretendan plantear nuevamente las vulneraciones de derechos fundamentales que hayan sido objeto de debate en el proceso previo. Y como hemos señalado antes en este proceso no se pueden sustentar cuestiones distintas de la lesión de alguno de aquellos derechos fundamentales pues su finalidad no consiste en una nueva revisión completa de lo aportado en el proceso sino en los aspectos determinados que son objeto de denuncia por el recurrente porque en definitiva este incidente excepcional no puede servir de medio de expresión de argumentos que fueron tenidos en cuenta en la sentencia cuya nulidad se pretende. Por ello no entraremos aquí a examinar las críticas que sobre el fondo del asunto efectúa la recurrente, más que en aquellos aspectos que son necesarios para resolver el incidente".

Asimismo, nos recuerda el ATC 42/2010, de 12 de abril que "con arreglo a lo dispuesto en el párrafo primero del art. 241.1 LOPJ (en la redacción que le ha dado la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo), el incidente de nulidad de actuaciones no

es un recurso más, sino un remedio al que se puede acudir "excepcionalmente" para reparar la vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el art. 53.2 CE, "siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario".

III. MOMENTO PROCESAL DEL INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES.

Dispone el art. 43.1 LOTC que: "Las violaciones de los derechos y libertades antes referidos originadas por disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho del Gobierno o de sus autoridades o funcionarios, o de los órganos ejecutivos colegiados de las comunidades autónomas o de sus autoridades o funcionarios o agentes, podrán dar lugar al recurso de amparo una vez que se haya agotado la vía judicial procedente".

Y el art. 44.1 LOTC: "Las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial…" imponiéndose, entre otros requisitos, que: "se hayan agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial".

Ante esto, pues, se plantea el problema de cuando procede o no el incidente, si en todo caso o ante nulidades *ex novo* producidas ante el propio órgano jurisdiccional ante el que se interpone.

Sobre la planteada disyuntiva, resulta lógico que la STC 182/2011, de 21 de noviembre afirmara que: "La interposición del incidente, en definitiva, situaba a la actora "ante una encrucijada difícil de resolver, toda vez que si no utiliza todos los recursos disponibles dentro de la vía judicial ordinaria su recurso de amparo podrá ser inadmitido por falta de agotamiento de la vía judicial previa, y si decide, en cambio, apurar la vía judicial, interponiendo todos los recursos posibles o imaginables, corre el riesgo de incurrir en extemporaneidad al formular alguno que no fuera en rigor procedente (últimamente, por todas, STC 192/2005, de 18 de julio, FJ 2)".

Y a este respecto el TC ha señalado reiteradamente que en su condición -el incidente de nulidad de actuaciones- de remedio procesal es procedente para la reparación de la lesión del derecho fundamental. En este sentido, leemos en la STC 93/2002, de 22 de abril, a tenor de lo entonces previsto en el artículo 240.3 de la LOPJ (v. 1997): "el incidente de nulidad de actuaciones, que el solicitante de amparo promovió frente a la Sentencia dictada en el proceso ejecutivo, resultaba un recurso o remedio procesal procedente y adecuado para reparar la supuesta

situación de indefensión, que se denuncia en la demanda de amparo, como consecuencia de haber sido citado de remate o emplazado por medio de edictos en el juicio ejecutivo, y, en cuanto tal, su interposición resultaba exigible antes de acudir en amparo ante este Tribunal Constitucional" (STC 105/2001, de 23 de abril).

En idéntico sentido, la STC 105/2001, de 23 de abril: "aun cuando el incidente de nulidad de actuaciones frente a resoluciones judiciales firmes constituía un recurso manifiestamente improcedente antes de la reforma del art. 240 LOPJ operada por la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre (por todas, SSTC 185/1990, de 15 de noviembre, FJ 4; 245/2000, de 16 de octubre, FJ 2; 12/2001, de 29 de enero, FJ 2; y 15/2001, de 29 de enero, FJ 3), sin embargo se muestra como imprescindible tras la citada reforma en orden al cumplimiento del requisito previsto en el art. 44.1 a) LOTC, relativo al agotamiento de todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial (SSTC 108/1999, de 14 de junio, FJ 2; 169/1999, de 27 de septiembre, FJ 3; 82/2000, de 27 de marzo, FJ 2; 178/2000, de 26 de junio, FJ 3; y 284/2000, de 27 de noviembre, FJ 3)".

Ante esta encrucijada es obvio que la zona de inseguridad es enorme. Así, es sugerente la STC 112/2017, de 16 de octubre cuando afirma que: "debe ser inadmitida a limine por cuanto, como con acierto ha destacado el Ministerio Fiscal, la eventual infracción constitucional habría sido cometida primera y directamente por la Sentencia del Tribunal Supremo, por lo que la parte debería haber promovido el incidente extraordinario de nulidad de actuaciones…, a fin de dar oportunidad al órgano judicial a que pudiera considerar la vulneración del derecho fundamental invocada, antes de acudir a esta vía subsidiaria del recurso de amparo. Concurre, pues, la causa de inadmisibilidad del recurso por falta de agotamiento".

Precisamente por ello, la STC 169/2013, de 7 de octubre, recuerda que: "Desde la reforma de 2007 que modificó la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional ha existido un profundo debate sobre el incidente del art. 241 LOPJ, ya desde el prisma del agotamiento del amparo ya desde otros planos y, en concreto, también en lo concerniente a la posibilidad de canalizar a través del amparo constitucional lesiones autónomas de derechos fundamentales causadas por las resoluciones que se dictan con ocasión de ese remedio procesal".

Y en cuanto a los intentos de interponer simultáneamente incidente de nulidad y amparo debemos destacar la STC 99/2009, de 27 de abril: "al haberse hecho coexistir esta jurisdicción constitucional de amparo con la vía judicial ordinaria… Es la fecha de interposición en la que se registra este Tribunal la solicitud de amparo … la que marca el dies ad quem de su interposición (ATC 163/2009, de 31 de mayo, FJ 2), pues con este proceder procesal la demandante compareció ante este Tribunal Constitucional cuando aún no se habían resuelto los medios

de impugnación que había puesto en marcha dentro de la vía judicial previa, provocando así la coexistencia temporal de ambos procedimientos…".

Ante estos caóticos lineamientos, la STC 216/2013, de 19 de diciembre, intentó precisar su doctrina al afirmar que: "…debemos establecer que la conclusión a la que llegó el ATC 200/2010 al exigir en estos supuestos la interposición del incidente de nulidad de actuaciones como condición para poder considerar cumplido el requisito del agotamiento de la vía judicial previa, debe ser revisada. Este requisito del art. 44.1 a) LOTC responde, según ha sostenido de forma unánime y constante la doctrina de este Tribunal, "a la finalidad de preservar el carácter subsidiario del recurso de amparo, evitando que el acceso a esta jurisdicción constitucional se produzca per saltum, es decir, sin brindar a los órganos judiciales la oportunidad de pronunciarse y, en su caso, remediar la lesión invocada como fundamento del recurso de amparo constitucional" (por todas, últimamente, SSTC 42/2010, de 26 de julio, 91/2010, de 15 de noviembre, y 12/2011, de 28 de febrero). De modo que, en supuestos como el que ahora nos ocupa, basta comprobar que los órganos judiciales han tenido la oportunidad de pronunciarse sobre los derechos fundamentales luego invocados en vía de amparo constitucional, para estimar cumplido el mencionado requisito. Lo contrario supondría cerrar la vía de amparo constitucional con un enfoque formalista y confundir la lógica del carácter subsidiario de su configuración. Como hemos advertido en nuestra STC 11/2011, de 28 de febrero, FJ 4, "el presupuesto procesal del agotamiento no puede configurarse como la exigencia de interponer cuantos recursos fueren imaginables, incluso aquellos de dudosa viabilidad. El agotamiento queda cumplido con la utilización de aquéllos que razonablemente puedan ser considerados como pertinentes sin necesidad de complejos análisis jurídicos". Es asimismo doctrina reiterada de este Tribunal, que la determinación de qué remedios procesales son pertinentes en cada caso concreto es una cuestión de legalidad ordinaria que corresponde decidir a los órganos de la jurisdicción ordinaria, de modo que la fiscalización por la jurisdicción constitucional del agotamiento de la vía judicial, en cuanto requisito previo a la interposición del recurso de amparo, no habilita a este Tribunal para suplantar a los órganos de la jurisdicción ordinaria en la interpretación de la legalidad procesal. Por ello hemos afirmado también que, en la evaluación del cumplimiento del requisito del agotamiento de la vía judicial, "no se trata de establecer con total precisión si un recurso es o no procedente, sino de decidir si era razonablemente exigible su interposición" (STC 11/2011, de 28 de febrero, FJ 3)".

IV. LA DECADENCIA DEL INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES Y CON ELLO DE LA JURISDICCIÓN ORIDNARIA COMO PRIMER PROTAGONISTA EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. LA CORRECTA DOCTRINA SENTADA EN LA STC 73/2021, DE 18 DE MARZO Y EL *HABEAS CORPUS*.

Es sobradamente conocida la STC 180/2015, de 7 de septiembre que afirma que: "Según la doctrina de este Tribunal, los órganos judiciales, a la vista de la ordenación del recurso de amparo tras la reforma operada por Ley Orgánica 6/2007, deben realizar una interpretación no restrictiva de las causas de inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones, motivando suficientemente su decisión, puesto que la reforma ha acentuado la función de los Tribunales ordinarios como primeros garantes de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico, con el fin de lograr que la tutela y defensa de esos derechos por parte del Tribunal Constitucional sea realmente subsidiaria. »El incumplimiento de esta jurisprudencia constitucional que este Tribunal puede observar es grave, carece de justificación, se repite con frecuencia en la jurisprudencia que este Tribunal viene observando, lo cual dota de especial trascendencia constitucional a este recurso y, así, en relación a esta misma cuestión, entre otras, se ha pronunciado recientemente en las SSTC 153/2012, de 16 de julio; 9/2014, de 27 de enero; 204/2014, de 15 de diciembre; 91/2015, de 11 de mayo; 98/2015, de 25 de mayo; 101/2015, de 25 de mayo, y 142/2015, de 22 de junio".

Que el incidente de nulidad de actuaciones no es un remedio eficaz es una obviedad de la realidad diaria de nuestros tribunales que acostumbran a sustanciarlos con lacónicas resoluciones y, por supuesto, ignorando abordar el problema constitucional -de derechos fundamentales- que se plantea.

Por su parte, el legislador no ha dotado a este instituto de un verdadero amparo normativo y, sobre todo, su deficiente tratamiento lleva al paroxismo de la desconfianza en la medida que quien conoce el incidente es el mismo órgano que causó o agravó la lesión del derecho fundamental lo que, en puridad, es una lesión del derecho al juez imparcial del art. 24.2 CE. Si acudimos a la estadística judicial del año 2020 publicada por el CGPJ, observamos los siguientes datos:

Año 2016: 6.685 recursos de amparo ingresados en el TC. 7.787 incidentes de nulidad de actuaciones ingresados en los órganos judiciales (art. 241.1 LOPJ).

Año 2017: 6.286 recursos de amparo ingresados en el TC. 7.552 incidentes de nulidad de actuaciones ingresados en los órganos judiciales (art. 241.1 LOPJ).

Año 2018: 6.918 recursos de amparo ingresados en el TC. 7.537 incidentes de nulidad de actuaciones ingresados en los órganos judiciales (art. 241.1 LOPJ).

Año 2019: 7.554 recursos de amparo ingresados en el TC. 8.699 incidentes de nulidad de actuaciones ingresados en los órganos judiciales (art. 241.1 LOPJ).

Año 2020: 6.515 recursos de amparo ingresados en el TC. 7.785 incidentes de nulidad de actuaciones ingresados en los órganos judiciales (art. 241.1 LOPJ).

Podemos observamos como la tendencia es que los recursos de amparo en modo alguno disminuyen y se observa una preocupante (más o menos) simetría. Y esto, como sabemos todos los que nos dedicamos al ejercicio profesionales, significa que el incidente de nulidad de actuaciones no sirve para absolutamente nada salvo para acreditar el requisito procesal previo del recurso de amparo. Ante esto, lógicamente, nos debemos preguntar que si para este viaje eran necesarias estas alforjas.

Por supuesto, esto, además evidencia el fracaso del legislador, pues, el incidente de nulidad de actuaciones ni ha servido para tutelar más eficaz y eficientemente los derechos fundamentales ni ha servido para aminorar el número de recursos de amparo.

Ante estas circunstancias, sólo puedo adherirme a los planteamientos de la mayoría del Tribunal Constitucional en la sentencia objeto de comentario, pues el instituto del incidente de nulidad de actuaciones es una creación artificiosa para entorpecer al ciudadano en materia de defensa de derechos fundamentales y, por tanto, es contrario a la lógica constitucional el planteamiento de una doctrina estrictamente formalista. Y en particular, en relación al habeas corpus, como se lee en la Sentencia: "no parece razonable la exigencia del incidente de nulidad de actuaciones para entender agotada la vía judicial previa cuando la demanda de amparo alegue vulneración del derecho a la libertad personal del art. 17 CE e invoque, tanto la vulneración del art. 17.4 CE en exclusiva, como la concurrencia de una serie de quejas que resulten imputables a autoridades y funcionarios no judiciales, así como al órgano judicial encargado del control de la medida limitativa del derecho fundamental, que, según se denuncia, no haya llegado a tutelarla de modo efectivo".

Por ello, esta Sentencia no puede valorarse sino como muy positiva, pues todo debilitamiento del incidente de nulidad de actuaciones comportará que el ciudadano tenga que superar un escollo menos en la que hoy podemos calificar como "carrera de obstáculos procesales". Como he dicho, el incidente de nulidad de actuaciones solo tiene sentido constitucional en las lesiones de derechos fundamentales creadas *ex novo* en la resolución judicial frente a la que se interpone el incidente de nulidad, si no, simple y llanamente el incidente se convierte en un recurso en el que reiterar los términos de debate que ya han sido conocidos previamente.

Y como última conclusión no quiero dejar de advertir que es preocupante que uno de los recursos más antiguos de defensa de la Libertad, el *habeas corpus*, cuyo recorrido histórico es milenario, en pleno siglo XXI el Tribunal Constitucional español pueda siquiera plantearse interpretaciones formales para laminar o dificultar el control constitucional del *habeas corpus*. Por eso, precisamente, cualquiera otra interpretación del Tribunal Constitucional distinta a la doctrina fijada en la Sentencia 73/2021, de 18 de marzo, solo podría ser calificada de aberrante -en la literalidad de esta expresión- e incompatible con el instituto del *habeas corpus* y de la tutela de la libertad exigible en las democracias occidentales. Más aún si como ha sido expuesto, el incidente de nulidad de actuaciones es una teratología procesal merecedora de supresión inmediata.

APLICACIÓN DE LA STC 182/2021, DE 26 DE OCTUBRE, QUE DECLARA LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PLUSVALÍA MUNICIPAL. COMENTARIO DE LA SENTENCIA NÚM. 350/2021, DE 10 DE NOVIEMBRE, DEL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO N° 11, DE MADRID

APPLICATION OF STC 182/2021, OF OCTOBER 26, DECLARING THE UNCONSTITUTIONALITY OF MUNICIPAL CAPITAL GAIN. COMMENT OF JUDGMENT NO. 350/2021, OF NOVEMBER 10, OF THE CONTENTIOUS-ADMINISTRATIVE JUDGED Nº 11, OF MADRID

Rev. Boliv. de Derecho Nº 33, enero 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 822-833

Fernando
HERNÁNDEZ
GUIJARRO

ARTÍCULO RECIBIDO: 29 de noviembre de 2021
ARTÍCULO APROBADO: 30 de noviembre de 2021

RESUMEN: El presente estudio analiza la sentencia 350/2021 de 10 de noviembre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, nº 11 de Madrid, que ha aplicado la STC 182/2021, de 26 de octubre, que declaró la inconstitucionalidad y nulidad de los art. 107.1, segundo párrafo, 107.2.a) y 107.4 TRLHL. Para ello, comentaremos la STC y los efectos declarados en la misma; seguiremos con el análisis del pronunciamiento del Juzgado de lo contencioso-administrativo; y, por último, comentaremos nuestra opinión sobre la aplicación del fallo constitucional a la luz de los principios generales del derecho.

PALABRAS CLAVE: plusvalía municipal; inconstitucionalidad; efectos de la STC 182/2021; principios generales del derecho.

ABSTRACT: *This study analyzes judgment 350/2021 of November 10, of the Contentious-Administrative Court, No. 11 of Madrid, which has applied STC 182/2021, of October 26, which declared the unconstitutionality and nullity of art. 107.1, second paragraph, 107.2.a) and 107.4 TRLHL. To do this, we will comment on the STC and the effects declared in it; We will continue with the analysis of the pronouncement of the Contentious-Administrative Judged; and, finally, we will comment on our opinion on the application of the constitutional ruling in light of the general principles of law.*

KEY WORDS: municipal capital gain; unconstitutionality; effects of STC 182/2021; general principles of law.

SUMARIO.- SUPUESTO DE HECHO.- DOCTRINA.- COMENTARIO.- I. La nulidad de la plusvalia municipal.- II. los efectos de las Sstc cuando declaran inconstitucional una ley.- III. La SENTENCIA DEL JUZGADO A LA LUZ DE PRINCIPIOS GENERALES.- 1. Publicidad.- 2. Seguridad jurídica.- 3. Proporcionalidad.- IV. CONCLUSIONES.

SUPUESTO DE HECHO

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 11 de Madrid ha dictado la sentencia número 350/2021, en fecha 11 de noviembre de 2021, por la que ha estimado el recurso interpuesto contra la resolución desestimatoria del Tribunal Económico-Administrativo Municipal de Madrid, de fecha 17 de diciembre de 2020, en la reclamación presentada contra la resolución que negaba la solicitud de rectificación y devolución de ingresos indebidos correspondiente al impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana (en adelante, IIVTNU). En su fallo, el Juzgado de lo contencioso-administrativo, acuerda que la actuación administrativa recurrida es disconforme a Derecho y, por ello, la anula ordenando la devolución de las cantidades que fueron ingresadas.

Es importante tener presente los hechos acaecidos hasta la resolución judicial analizada. Para ello, debemos comenzar trayendo a colación la STC 182/2021, de 26 de octubre, que declaró la inconstitucionalidad y nulidad de varios artículos de la Ley que regula el IIVTNU. En efecto, la citada sentencia decidió: "estimar la cuestión de inconstitucionalidad núm. 4433-2020, promovida por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, con sede en Málaga y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad y nulidad de los arts. 107.1, segundo párrafo, 107.2.a) y. 107.4 del texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, en los términos previstos en el fundamento jurídico 6". Siendo dicho fundamento en el que se fijaba el alcance y efectos de la sentencia constitucional. A saber:

- En primer lugar, la expulsión del ordenamiento jurídico de los preceptos legales mencionados, dejando un vacío normativo sobre la determinación de la base imponible que impide la liquidación, comprobación, recaudación y revisión de este tributo local y, por tanto, su exigibilidad;

• 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 Universidad de Valencia. 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.

- En segundo lugar, no pueden ser revisadas con fundamento en dicha sentencia aquellas obligaciones tributarias devengadas por este impuesto que, a la fecha de dictarse la misma, hayan sido decididas definitivamente mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada o mediante resolución administrativa firme.

- Y, en tercer lugar, otorgando la consideración de situaciones consolidadas (i) las liquidaciones provisionales o definitivas que no hayan sido impugnadas a la fecha de dictarse esta sentencia y (ii) las autoliquidaciones cuya rectificación no haya sido solicitada ex art. 120.3 LGT a dicha fecha.

Ante este escenario abierto por el TC, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 11 de Madrid, dicta sentencia anulando las resoluciones administrativas y aplica la STC pese a que la misma no ha sido publicada en el BOE, pero sí en la web del citado tribunal.

DOCTRINA

El mencionado Juzgado fundamenta su sentencia anulatoria sobre los siguientes razonamientos jurídicos:

- Que, aunque el art. 38 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (en adelante, LOTC) declara que las sentencias dictadas en procedimientos de inconstitucionalidad vinculan a todos los Poderes públicos y producen efectos generales desde la fecha de su publicación en el BOE, no hay que olvidar que dicha eliminación es una declaración de un vicio en el momento mismo de la formación de la ley inconstitucional.

- Que, sin perjuicio de que la STC de 26 de octubre aún no haya sido publicada en el BOE, ésta ha sido publicada en la sede electrónica del Tribunal Constitucional y ha tenido como reacción el dictado del RDley 26/2021, de 8 de noviembre, aprobado para suplir el vacío legal provocado por ésta.

- Que la causa que provoca la declaración de nulidad determina su eficacia *ex tunc*, es decir, eficacia desde el mismo momento de su formación o entrada en vigor. En definitiva, como si la ley nunca hubiese existido. Sólo salvado por el matiz de aquellos casos en los que las normas procesales que sean de aplicación impidan discutir la aplicación de la ley inconstitucional.

- Como conclusión, el juzgador de instancia manifiesta que la decisión de inconstitucionalidad tiene indudables efectos retrospectivos en cuanto inválida la ley desde su mismo origen. La STC debe recibir aplicación incluso para actos y situaciones jurídicas anteriores al tiempo de su publicación siempre que existan impugnaciones en los que se discuta sobre ello. En definitiva, el acto administrativo

dictado al amparo de una ley inconstitucional no habría tenido cobertura en ningún momento porque la ley que se la daba era aparente, no real.

COMENTARIO

I. LA NULIDAD DE LA PLUSVALÍA MUNICIPAL.

La Oficina de Prensa del Gabinete del Presidente del Tribunal Constitucional, emitía, el pasado día 26 de octubre de 2021, la nota informativa número 99/2021 denominada: ADELANTO DE PARTE DISPOSITIVA El Pleno del TC declara la inconstitucionalidad y nulidad de los arts. 107.1 párrafo segundo, 107.2 a) y 107.4 del TRLHL. Dicha comunicación se publicaba en el portal web del TC.

En dicha nota se informaba que el Pleno había resuelto como parte dispositiva de su sentencia lo siguiente: "en atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación española, ha decidido: Estimar la cuestión de inconstitucionalidad núm. 4433-2020, promovida por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, con sede en Málaga y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad y nulidad de los arts. 107.1 segundo párrafo, 107.2.a) y 107.4 del texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, en los términos previstos en el fundamento jurídico 6".

Sobre la fundamentación de la resolución se expresaba que "La sentencia, de la que ha sido ponente el magistrado Ricardo Enríquez, considera que son inconstitucionales y nulos los artículos 107.1, segundo párrafo, 107.2.a) y 107.4 del texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales (RD Legislativo 2/2004, de 5 de marzo), porque establece un método objetivo de determinación de la base imponible del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana que determina que siempre haya existido aumento en el valor de los terrenos durante el periodo de la imposición, con independencia de que haya existido ese incremento y de la cuantía real de ese incremento".

En cuanto a los efectos de la resolución sobre las situaciones jurídicas anteriores a la misma, la nota fijaba que "el fallo declara la intangibilidad de las situaciones firmes existentes antes de la fecha de la aprobación de la sentencia". Sin embargo, finalmente, el fallo, irá más allá de los actos firmes en su declaración tal y como se ha expuesto en el anterior aparado relativo al supuesto de hecho.

II. LOS EFECTOS DE LAS SSTC CUANDO DECLARAN INCONSTITUCIONAL UNA LEY.

El art. 38.1 de la LOTC es el que delimita temporalmente la producción de efectos de las sentencias dictadas con este objeto. En efecto, dicho precepto establece sin género de dudas que "las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincularán a todos los Poderes Públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado»".

La publicación de las normas o resoluciones con efectos *erga omnes* es de vital importancia. No en vano, el art. 131 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC), establece que las normas con rango de ley habrán de publicarse en el diario oficial correspondiente para que entren en vigor y produzcan efectos jurídicos (también, facultativamente, las Administraciones Públicas podrán establecer otros medios de publicidad complementarios). La publicación del BOE en la sede electrónica del Organismo competente tendrá carácter oficial y auténtico, derivándose de dicha publicación los efectos previstos en el título preliminar del Código Civil y en las restantes normas aplicables.

La importancia de este principio general ha llevado al Tribunal Supremo a afirmar que la publicidad "no constituye un mero requisito formal susceptible de subsanación, sino de un condicionamiento irrenunciable para la legitimidad de la norma"[1]. Y de la misma forma que dicho principio es aplicado a la producción normativa, el mismo rigor y aplicación debe tener este mandato de publicidad para las sentencias del Tribunal Constitucional que expulsan del ordenamiento jurídico las leyes inconstitucionales.

Es cierto que el art. 32.6 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP) afirma que estas sentencias producirán efectos desde la fecha de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», salvo que en ella se establezca otra cosa. Supuesto que sucede en la STC 182/2021. Sin embargo, entre la ley ordinaria y la Ley orgánica, por jerarquía, prima la orgánica. Pero es que, además, el TC sólo está sometido a la CE y a su Ley Orgánica (art. 1.1 LOTC), por lo que debe primar el art. 38.1 LOTC frente al 32.6 LRJSP. En todo caso, lo que no resulta dable es atribuir efectos anteriores a su publicación sin motivar y quebrado la seguridad jurídica de los administrados que *a priori* desconocen dicha fecha hasta que la sentencias es publicada semanas después en el BOE.

1 STS 8 noviembre 1999, rec. núm. 1348/1995.

Por todo lo expuesto, entendemos que otorgar efectos con anterioridad a la fecha de su publicación por parte de las SSTC, nos plantea serias dudas de su adecuación a Derecho pues, además de estar recogido el principio de publicidad en el art. 9.3 de la CE, es un principio jurídico de ámbito general y aplicable a los Estados que se hacen llamar de Derecho. No en vano, el propio TC, en anteriores sentencias de idéntica naturaleza afirmaba que: "ha de añadirse una precisión sobre el alcance concreto del fallo. Por exigencia del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), y al igual que hemos hecho en otras ocasiones (por todas, SSTC 22/2015 de 16 de febrero, FJ 5, y 73/2017, de 8 de junio, FJ 6), únicamente han de considerarse situaciones susceptibles de ser revisadas con fundamento en esta sentencia aquellas que, a la fecha de publicación de la misma (…)"[2].

En definitiva, nos surge la cuestión sobre la adecuación a Derecho de los efectos anteriores a la publicación de la STC 182/2021 en los casos en que sea en perjuicio de los contribuyentes. No así en los supuestos en los que su aplicación sea en beneficio de éstos; como el caso de la sentencia del juzgado que en este artículo se analiza.

III. LA SENTENCIA DEL JUZGADO A LA LUZ DE PRINCIPIOS GENERALES.

A la hora de comentar la sentencia del Juzgado de Madrid, consideramos que los principios jurídicos son un buen estándar de juridicidad, ya que éstos son "la atmósfera en que se desarrolla la vida jurídica, el oxígeno que respiran las normas y que penetra por eso tanto su interpretación como su propia aplicación, que han de ajustarse necesariamente a ellos"[3]. Es por ello por lo que, sin perjuicio de otros posibles principios aplicables al caso, nos centremos en los que seguidamente citamos.

1. Publicidad.

La publicación de las normas es condición para su vigencia y ha de reunir tanto sus requisitos formales (publicación en el Diario Oficial señalado, con exclusión de otro medio de divulgación) y materiales (inserción íntegra del texto normativo). En palabras del propio TC: "la Constitución, en su art. 9.3, garantiza el principio de la publicidad de las normas. Esta garantía aparece como consecuencia ineluctable de la proclamación de España como un Estado de derecho, y se encuentra en íntima relación con el principio de seguridad jurídica consagrado en el mismo art. 9.3 C. E.: pues sólo podrán asegurarse las posiciones jurídicas de los ciudadanos, la posibilidad de éstos de ejercer y defender sus derechos, y la efectiva sujeción de los ciudadanos y los poderes públicos al ordenamiento jurídico, si los destinatarios

2 STC 126/2019, de 31 de octubre (RTC 2019/126).

3 STS 8 junio 1992, siendo ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Delgado Barrio, reiterada posteriormente, entre otras, por la STS 9 febrero 1994.

de las normas tienen una efectiva oportunidad de conocerlas en cuanto tales normas, mediante un instrumento de difusión general que dé fe de su existencia y contenido, por lo que resultarán evidentemente contrarias al principio de publicidad aquellas normas que fueran de imposible o muy difícil conocimiento"[4]. En coherencia jurídica, esta misma publicación debe ser exigible y aplicable a las STC que, como en el presente caso, expulsan del ordenamiento jurídico leyes. Carecería de sentido, por lo tanto, aplicar el principio de publicidad en el nacimiento y entrada en vigor de las disposiciones legales, y no así en su defunción o nulidad como consecuencia de su expulsión del ordenamiento jurídico.

De conformidad con lo expuesto, la declaración de nulidad de un precepto legal por el TC conllevará, necesariamente, que los Tribunales de la jurisdicción ordinaria deban resolver los procedimientos vivos en los que dichos artículos hayan sido aplicados como si tales disposiciones no existieran. En el supuesto analizado, es cierto que la sentencia del Tribunal Constitucional no constaba publicada todavía en el BOE. Sin embargo, entendemos que, con buen criterio, el Juzgador, de una forma razonada y razonable, extiende sus efectos al caso de autos dado que el contenido de la sentencia ya había sido publicado en el portal web del citado Tribunal. Por lo tanto, conocedor del fallo y sus fundamentos, ningún obstáculo le impedía aplicar la nulidad de las disposiciones que se ventilaban en el proceso. El retraso de su pronunciamiento a la espera de la publicación en el BOE de la sentencia del TC, no dejaría de ser una dilación innecesaria.

2. Seguridad jurídica.

Este principio significa "predictibilidad, es decir, que los ciudadanos puedan predecir las consecuencias jurídicas que se derivan de un determinado acto"[5]. Dicho de otra forma, "certidumbre jurídica, certeza jurídica del sometido al Derecho respecto a sus obligaciones y derechos y a las consecuencias de su

4 STC 179/1989, de 2 de noviembre (RTC 1989/179). Además, continúa afirmando esta sentencia que "esa garantía de publicidad aparece reflejada en la Constitución en varios de sus preceptos: así, disponiendo la inmediata publicación de las Leyes aprobadas por las Cortes Generales, tras la sanción real (art. 91) y, respecto de los tratados internacionales, condicionando su eficacia a su publicación oficial en España (art. 96.1). En términos más generales, la Constitución reserva al Estado la emisión de las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas (art. 149.1.8), lo que (independientemente de la «vexata quaestio» de si la publicación es un requisito esencial de la existencia de la norma o una condición para su eficacia) es evidentemente aplicable a los requisitos referidos a su publicación. La traducción en la legislación ordinaria de tal garantía se halla, respecto de las leyes, en el art. 2 del Código Civil («Las leyes entrarán en vigor a los veinte días de su completa publicación en el «Boletín Oficial del Estado», si en ellas no se dispusiera otra cosa») y, respecto de disposiciones administrativas, en el art. 29 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado («para que produzcan efectos jurídicos de carácter general los Decretos y demás disposiciones administrativas habrán de publicarse en el «Boletín Oficial del Estado», y entrarán en vigor conforme a lo dispuesto en el art. 1 del Código Civil») y en el art. 132 de la Ley de Procedimiento Administrativo («para que produzcan efectos jurídicos, las disposiciones de carácter general habrán de publicarse en el "Boletín Oficial del Estado" y entrarán en vigor conforme a lo dispuesto en el art. 1 del Código Civil»)".

5 Alzaga Villaamil, O., Gutiérrez Gutiérrez, I. y Rodríguez Zapata, J.: *Derecho Político Español*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1997, p. 237.

aplicación"[6]. Por ello, una forma cabal de aplicar este principio nos lleva a afirmar que sus consecuencias conllevan la nulidad de todos los actos no firmes dictados sobre la base de una ley inconstitucional.

En efecto, como afirma el juzgador de instancia, la nulidad tiene efectos *ex tunc*, es decir, desde siempre. El vicio se retrotrae al principio; en el mismo origen de la norma. Y esta eficacia *ab initio* que procede del Derecho Civil y extiende su aplicación en el Derecho Administrativo, debe otorgar la seguridad para los contribuyentes que han soportado la aplicación de una ley inconstitucional, que el acto de aplicación de dicha norma que han sufrido es nulo. Pues la seguridad jurídica implica que todos, tanto los Poderes Públicos como los ciudadanos, sepan a qué atenerse.

En definitiva, la extensión de la nulidad de los preceptos legales a los actos dictados sobre la base de éstos no es otra cosa que la aplicación de la regla jurídica: "los actos nulos producen efectos nulos", o como afirma el Tribunal Supremo: la nulidad de pleno derecho "sólo se produce en los supuestos en que expresamente lo establece una norma con rango de Ley, llevando sólo ésta aparejada la retroactividad de la invalidez a todos los actos posteriores al que se declara nulo"[7]. De no darse esta consecuencia, se quebraría la confianza legítima de los administrados ante las garantías del Estado de Derecho pues: por un lado; acatarían las resoluciones en aplicación de las leyes constitucionales; y, por otro, sufrirían estoicamente los mismos efectos en la aplicación de las leyes inconstitucionales.

Por todo lo expuesto, el fallo dictado por el juzgador de instancia nos parece del todo acertada. Incluso la aplicación retroactiva de la STC que, a la fecha de dictar la sentencia, no había sido publicada aun en el BOE.

3. Proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad tiene una íntima relación con la justicia, pues si ya desde el mundo de la Filosofía griega se preconizaba la virtud-justicia "en el término medio"[8], también el Derecho, en palabras de Sánchez Gil, se "funda precisamente en ella: en una determinada "proporción" entre las cosas, cuya trasgresión torna injusta su relación, es decir, la vuelve desproporcionada"[9] y por

6 Ferreiro Lapatza, J.J.: *Curso de Derecho Financiero Español*, Marcial Pons, Barcelona-Madrid, 2000, pp. 66-67.

7 STS 3 abril 2000, rec. núm. 3570/1994.

8 Aristóteles, *Moral a Nicómaco,* Espasa Calpe, Madrid, 1993, p.112.

9 Sánchez Gil, R.: *El principio de proporcionalidad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, México, 2007, p. 13.

ello, "siempre que el concepto justicia interviene en algún aspecto jurídico, implica la idea de proporcionalidad"[10].

Uno de los autores que más ha desarrollado este principio es Robert Alexy. Este ilustre jurista estableció un test de proporcionalidad para resolver conflictos de orden constitucional. En efecto, este control jurídico tiene varias etapas, a saber: 1) idoneidad; 2) necesidad; y 3) ponderación o proporcionalidad en sentido estricto.

Analizando la proporcionalidad en la sentencia del Juez de lo contencioso-administrativo, entendemos que cumplen correctamente con los requisitos de las tres etapas. Por una parte, resuelve un conflicto donde se aplicaba una ley nula razonando los efectos de la nulidad de pleno derecho que implica la STC que, como hemos visto, goza de doctrina y jurisprudencia consolidad al respeto. Por otra parte, la necesidad es palmaria dado su deber inexcusable de resolver (art. 1.7 CC) y evitar dilaciones innecesarias dado el conocimiento íntegro de la sentencia del Alto Tribunal. Y, por último, la valoración de los derechos en liza que realiza en sus fundamentos es del todo ponderada y, por lo tanto, adecuada a Derecho.

IV. CONCLUSIONES.

Nos encontramos ante una sentencia de la jurisdicción ordinaria que aplica una STC que ha resuelto una cuestión de inconstitucionalidad expulsando del ordenamiento jurídico varios preceptos del IIVTNU.

El pronunciamiento del Tribunal Constitucional ha estado rodeado de unas circunstancias poco habituales, a saber; sus efectos y forma de darse a conocer el fallo. Ello ha generado mucho debate sobre su aplicación y una inseguridad jurídica que ha terminado con un Real Decreto-Ley dictado tras más de cuatro años de inacción legislativa.

En este contexto de incertidumbre, la sentencia comentada aplica la STC haciendo un desarrollo de los efectos de la nulidad de las normas y concluye que la falta de cobertura legal de las liquidaciones derivadas del impuesto, como consecuencia de su expulsión del ordenamiento jurídico, implica la estimación del recurso presentado sobre las mismas. No siendo óbice para ello la falta de publicación del pronunciamiento del TC en la medida en que la sentencia había sido publicada en el portal web del citado órgano.

Por todo lo expuesto, valoramos positivamente el pronunciamiento del Juzgado dado que razona la aplicación de la STC, realiza su función jurisdiccional de forma

10 Sánchez Gil, R.: *El principio de proporcionalidad*, cit. p. 14.

eficaz y sin retrasos innecesarios, y, por último, abre la vía para la resolución del todos los procesos o procedimientos de revisión vivos en atención a la falta de ley que avale las liquidaciones giradas en su momento por este impuesto.

RECENSIONES

LITERATURA JURÍDICA PARA UNA PANDEMIA.

A propósito de la obra *Aspectos jurídicos del coronavirus,* del prof. Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla

I. Dice mi maestro, en el prólogo de esta obra, que "hace muchos años, en el prólogo a una importante monografía del *maior*, en el sentido prístino del latín, no ligado a la edad, sino a la excelencia, de mi discípulo, Profesor Francisco Capilla, que, siguiendo la definición de prólogo contenida en el venerable *Tesoro de la lengua castellana o española*, de Covarrubias, se podría deducir de ella que si la prefación ha de tener como finalidad el esclarecimiento del discurso ajeno, no ha de ser utilizada como vehículo del pensamiento propio. La verdad es que, aunque se quiera obsequiar la admonición, no resulta tarea fácil, salvo que el prólogo sea una mera reseña o abreviatura, con el peligro que esta última conlleva, de lo que el autor ha desarrollado. El deslizamiento del prólogo al género recensión solo necesita atravesar una línea tenue, y no siempre es factible evitarlo; aunque desde

luego, hay quien no lo entiende así, tanto que en el prólogo de un gran maestro (cuyo nombre no diré) a un libro sobre la colación de quien también terminaría siendo un brillante académico, le pone de manifiesto que su fórmula de cálculo de un supuesto particional con bienes colacionables es aritméticamente incorrecta. Claro que todo es cuestión de medida y proporción, una de cuyas vías es la noticia de lo que el prologuista cree que es el significado del libro, dentro del panorama de la ciencia, lo que le autoriza a apreciaciones personales, no sobre las conclusiones o tesis del autor, sino de carácter extrínseco a estas, lo que sí puede tener un cierto carácter valorativo".

Disculpen si he comenzado situándome en la zona de confort que me ofrece la sabiduría propia del prof. López y López, pero no he encontrado mejor manera de deslizar la idea de que la recensión se encuentra en la difícil encrucijada de decantarse por asimilarse al prólogo o prefacio, que es la "parte de la misa que precede al canon", u optar por ser un resumen más o menos aseado del contenido de la obra recensionada. Vaya por adelante que será una combinación de ambas pues, por más que se pretenda, resulta casi imposible no acabar componiendo un trabajo ecléctico que no siempre sirve a sus objetivos.

Por otra parte, creo haber leído u oído en una ocasión -es cierto que se trata de un dato estadístico que hay que contextualizar, porque la estadística es también la ciencia que dice que si tu vecino tiene dos coches y tú no tienes ninguno, ambos tenéis uno…- que un artículo académico (sea publicado en obra colectiva o en una revista especializada) tiene una media de 5 lectores -se refiere a lectores que lo sean en su compleción- durante toda la vigencia del trabajo. ¿Cuáles serán los datos para una recensión? Es probable que el lector, docente o investigador, puestos a adentrarse en la ardua tarea de aprender de lo que otros han escrito, vaya directamente -y más le conviene- a la obra, no a su apología. Puesto que va de suyo que la recensión es una noticia breve sobre el contenido científico de un trabajo que, si se acepta, debe ser por las bondades del propio texto recensionado, salvo, como contaba mi maestro antes, que haya que hacer constar que algún contenido o parte de él no se ajusta a la realidad, no está bien enfocado o aparece mal interpretado.

Pero esta labor, así lo creo, salvo en lo referente a eventuales errores groseros, no compete a quien realiza la recensión, sino a quien aborda el contenido de la materia.

II. Y esto, aunque mi maestro no lo dice, lo aprendí de él: no se presenta ni se representa un recorrido investigador idóneo el profesor de Derecho civil que no se asome al complejo -en el sentido más latino del término, aunque ello nos conduzca a la llamada falacia etimológica- universo del Derecho constitucional (el compendio del prof. López y López publicado en Sevilla en 2015, *Derecho civil*

constitucional, es, además de una obra insondable que permite a su autor entrar, una vez más, en el panteón de los clásicos, toda una declaración de principios). Complejo, en sus orígenes, era *copulatio*, conexión, lo que implicaba forzosamente conjunción de conceptos en sentido amplio. Pero, claro, debe llamarse la atención sobre dos perspectivas: la primera, que podríamos llamar objetiva, es que -como diría Konrad Hesse, en su *Derecho constitucional y Derecho privado*, 1995- es poco comprensible que no se busquen los parámetros de equivalencia entre ambas disciplinas, que están permanentemente vigentes; la segunda, que pertenece a la lógica de la perspectiva del sujeto -subjetiva-, es que el investigador del Derecho civil, aunque las musas de la ciencia no le acompañen, se ve guiado permanentemente por la sensación de que "algo vuela sobre el nido del cuco"; ese adverbio neutro indeterminado es normalmente el Derecho constitucional.

III. Además de las referencias en las que acabo de apoyarme, cuento con el inestimable y pulcro trabajo de recensión, que ya realizó para la primera edición de esta obra, el prof. Lacruz Mantecón; podría alegar muchas razones para pedir humildemente al lector que conviene que acuda antes a la que él realizó para la primera edición -que se publicó en la *Revista de Derecho Civil*, http://nreg.es/ojs/index.php/RDC, ISSN 2341-2216, vol. VII, núm. 4 julio-septiembre, 2020) Varia, pp. 345-355, y la razón principal es que podría suscribir todos sus argumentos, matizaciones, aclaraciones y conclusiones. No obstante, acudiremos al prof. Lacruz en varias ocasiones, después de añadir una noticia: esta segunda edición que recensiono es ampliable a los apartados que no estaban incluidos en la primera edición, y que se condesan básicamente en el *Epílogo* de la obra: *Entre Escila y Caribdis, entre su independencia y su democratización: el Consejo General del Poder Judicial*, el apartado que el prof. Cerdeira dedica a *La "Ley Celaá" y el derecho de las personas con discapacidad a una educación inclusiva: "Más plurales, más libres y más iguales"* y su apéndice sobre un tema que al autor le es especialmente querido: *La propuesta de nueva Ley "trans": ¿mucho ruido y pocas nueces?, ¿"de minimis non curat lex"?*

Así las cosas, seguiré, a la manera de recensión impropia, con cierto rigor el orden y guión que llevó el prof. Lacruz para aquilatar o comentar algunas de sus glosas, y concluir luego, a la manera de recensión propia, con los apartados que se han incorporado a esta segunda edición.

Antes, conviene que, aunque sea breve, dedique unas palabras a su autor. Y eso haré. Para decir, primero, que creo que el prof. Cerdeira Bravo de Mansilla representa esa rara mezcla de catedrático con mando en plaza que se niega a situarse en la retaguardia jurídica para ver pasar los acontecimientos y las situaciones conflictuales en la sociedad que han de motivar la labor del jurista; segundo que, como me comentó en una ocasión la admirada Silvia Díaz Alabart

mientras departíamos en los prolegómenos de la defensa una tesis doctoral, "intenta siempre seguir a Guillermo en la temática jurídica que elija; tiene una intuición jurídica inmejorable, es un visionario". A la sazón, es probable que el prof. Cerdeira no haya anticipado la pandemia que se cernía sobre nosotros (pero esta intuición no es jurídica), pero sí ha anticipado la taxonomía jurídica de los problemas que principian a emerger de los conflictos sociales.

IV. Me ha parecido oportuno centrar, como lo hace el autor de la obra, los diversos trabajos -que podrían y, de hecho, han tenido autonomía propia en la mayoría de los casos a través de artículos jurídicos en Revistas, capítulos de libros… o reseñas en los *mass media*- en los capítulos que componen la obra. Todos, desconozco si su autor ha reparado en ello, vinculan, como dijimos antes, el viejo y útil Derecho civil con el nuevo e inepto a veces Derecho constitucional, con una lógica impecable.

Así, *Entre la autoridad del gobierno y la prudencia del intérprete*, que es como se llama el Capítulo Primero, el prof. Cerdeira se adentra en la conflictiva función interpretativa auténtica para sopesar que, hoy en día, ninguna interpretación auténtica es vinculante, en cuanto excluyente de cualquier interpretación judicial, doctrinal … Posición que resume en la agudeza de Dualde, al decir sobre la interpretación auténtica que "si es auténtica, no es interpretación, (porque sería norma vinculante directa) y si es interpretación, no es auténtica (porque no necesariamente ha de ser empleada en otro cuerpo normativo o llevada a cabo por el legislador en sentido completo)", a la que yo añadiría otra paradoja: la regla *in claris non fit interpretatio* favorece la oscuridad… Son cuestiones que debe dilucidar el lector después de haber disfrutado de un apartado con tanta y tan buenas dosis de discreción propia y ajena.

Añade el prof. Cerdeira, a modo de *excursus*, una reflexión sobre la prórroga del estado de alarma y se pregunta sobre el carácter constitucional o no de tal prebenda (ya advertí antes la capacidad anticipatoria, y es aquí donde reside la inteligencia, del autor). Pues bien, Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucional (27.10.2021) por seis votos frente a cuatro varios aspectos del segundo de estado de alarma decretado por el Ejecutivo. El Alto Tribunal ha entendido que esa única prórroga fue infundada y obligó al Parlamento a renunciar a llevar a cabo la función de control al Poder Ejecutivo. Dicho en otras palabras, el Constitucional cree que se desapoderó a la Cámara Baja de una de sus principales funciones establecidas en la Carta Magna. La cuestión es discutida y discutible.

V. El Capítulo Segundo lleva la rúbrica *Entre el interés general y la libertad individual, entre seguridad y justicia,* y aborda tres cuestiones cruciales: la concesión de la nacionalidad española por carta de naturaleza para las víctimas extranjeras de la pandemia que se hallara en España, la controvertida declaración de las clínicas

veterinarias y los paseos con animales como actividad esencial y el trasunto de la cuestión a los paseos con menores mientras el estado de alarma estaba vigente.

Respecto del primer asunto, y como ya apuntó Lacruz Mantecón en su brillante recensión, "… frente a la alegación de que la carta de naturaleza supone una rémora histórica y un privilegio, amén de una absoluta discrecionalidad por parte de la Administración concedente, que la utilizó en épocas pretéritas de un modo abusivo, estima el autor que su concesión es un acto de solidaridad y de generosidad, justificado por motivos de equidad. No se fundamenta en ninguna responsabilidad por hecho propio, ni ajeno, como ya se señaló en el caso del atentado del 11-M, «[…] ni mucho menos lo sería con una hipotética concesión de la españolidad a las víctimas extranjeras del COVID-19, que, indudablemente, constituye un claro supuesto de fuerza mayor» (pág. 92)". Yo añadiría aquí una reflexión: en cualquier caso, téngase en cuenta que las cuestiones de salud no están sujetas a criterios de una subasta a la holandesa, y la piedad y la caridad no son, hoy menos que nunca, conceptos jurídicos; dicho lo cual, la posición que toma el prof. Cerdiera podrían incardinarse también dentro de principios de justicia material.

Sé que -y estamos ya en el segundo apartado de este Capítulo- que los conflictos relacionados con animales, en sentido amplio, y Derecho, en sentido amplio también, son queridos al autor, que puede ser tomado en consideración de alguna manera como baluarte actual de un pretendido -y necesario- Derecho civil de los animales. ¿Era dable plantearse que los paseos con animales, <<seres sintientes>> al decir de los Tratados internacionales, se encontraban comprendidos entre las situaciones de necesidad del art. 7 RD 463/2020, o entre cualquier otra actividad de análoga naturaleza que el mismo precepto recoge con carácter residual? Parece llegar a la conclusión el prof. Cerdeira de no estaríamos ante la tan cacareada aplicación analógica, sino ante supuestos de aplicación directa de tal precepto, pues se podría encuadrase en el marco de una actividad realizada por motivos de necesidad ineludibles, de similar condición y naturaleza a los demás supuestos reseñados en el citado artículo.

En cuanto al tercer tema que se aborda, el relativo a los paseos con menores, debiera parecer un asunto de menor debate social y jurídico, lo que no evitó, como ha recogido adecuadamente su autor, una publicación en cascada de normas jurídicas -de diferente contenido y rango- para intentar dilucidar si dicha actividad estaba justificada y enjaretada en la regulación que se había dispensado. En mi opinión, más que de una cuestión debatible desde el punto de vista jurídico, la enjundia del asunto se encontraba en la manera, torpe y contradictoria, en la que el legislador abordó la cuestión.

VI. El Capítulo Tercero, acaso el más puro de Derecho privado, lleva por título *La autonomía de la voluntad -siempre- en estado de crisis*. Quizá se encuentre aquí mi principal argumentación derivada de la sana crítica para reflejar dos aspectos, que se derivan de un mismo fenómeno: en primer lugar, puede resultar excesivo dedicar a un capítulo con ese título tan absorbente -hablamos de la autonomía de la voluntad, permítase la licencia- para tratar un asunto importante, pero tangencial en relación con las múltiples aristas que ha generado la pandemia en el ámbito de la autonomía de la voluntad; y segundo, algunos de los planteamientos y soluciones propuestas suscitan perplejidades, pues el problema de los alquileres de estudiantes durante la pandemia no es un problema derivado de la economía de los alumnos sino de la economía de sus padres (tutores, en su defecto). Y como dice Lacruz (ibidem), "aquí el autor mantiene una posición crítica afirmando que la pandemia no impide el cumplimiento de las obligaciones ni de arrendador ni de arrendatario, y siguiendo a Carrasco Perera estima que «lo que propiamente ha podido afectar a la mayoría de los contratos de arrendamiento ha sido, no tanto la pandemia, sino o bien la enfermedad o la muerte misma provocada por el virus, o bien el estado de alarma declarado con la consiguiente crisis social y económica» (pág. 201). Es sobre esta base donde cabe argumentar la aplicabilidad de los Decretos-Leyes sobre arrendamientos de vivienda y de locales de negocio. Pero diferenciando el Decreto-Ley 11/2020, que al estar pensado para el inquilino económicamente vulnerable no puede ser aplicado al caso de los estudiantes, porque el suyo no es un arrendamiento de vivienda habitual; y tampoco se les puede aplicar el Decreto-Ley 15/2020, previsto para los locales de negocio, ni extensivamente ni por analogía. Las residencias de estudiantes plantean sus propios problemas, pues al tratarse de alojamientos a largo plazo no deberían verse afectadas por el cierre decretado para los hoteles turísticos… Ante esta falta de una norma directamente aplicable, se recurre a los remedios del Derecho común del Código civil, la cláusula *rebus sic stantibus* o los conceptos de caso fortuito y fuerza mayor, y el autor nos recuerda, con gran acierto, que la «peste» aparece en el art. 1575 Cc como supuesto de caso fortuito".

La solución que se propone -*¿quid iuris*?- es *pacta sunt servanda*: principalmente pienso que lo que estaba en juego no era tanto un problema de vigencia del contrato *mientras permanecían así las cosas*, sino un problema de frustración del fin del contrato o, apurando más, de alteración de la causa vinculada al fin económico del arrendamiento, por ello las primeras soluciones jurisprudenciales iban orientadas a una facultad de moderación judicial de la cláusula económica del arrendamiento porque lo que se produce es una alteración sobrevenida extraordinaria e imprevisible (por ello se vincula a supuestos de caso fortuito o fuerza mayor) que produce un desequilibrio prestacional entre las partes que firmaron el acuerdo, lo que acercaría la solución a criterios de *soft law* que, no se olvide, puede ser válidos si las partes lo traen a colación y así se asumen. Quizá el

panorama, presentado magistralmente, argumentado y contraargumentado por el prof. Cerdeira, haga virar su sentido si consideramos dos eventualidades:

a) Técnicamente, en el contrato de arrendamientos estacionales para estudiantes, yo distinguiría dos figuras jurídicas: el arrendatario-obligado (progenitores/tutor) y el usuario del arrendamiento (alumno/alumna).

La recepción de la cláusula *rebus* solo tendría sentido cuando, siendo el progenitor/tutor el obligado/arrendatario, la pandemia haya alterado grave e irremisiblemente su economía, lo que le impediría atender sus obligaciones corrientes (sería incluso interesante plantear la posibilidad de que este obligado presentara judicialmente un concurso de acreedores de persona física).

Cuando se dé en la misma persona la condición de usuario (alumno) y contratante=obligado (alumno), habría que analizar en cada caso -como así se hace judicialmente- si la alteración ha influido gravemente en la economía que le permite el pago de las rentas (por ejemplo, porque le han resuelto su contrato de trabajo a consecuencia de la pandemia lo que puede llegar a ser incluso probable y demostrable acudiendo a la actividad y al sistema de seguridad social -la empresa pagadora, por ejemplo, ha entrado en ERTE-).

b) ¿En qué otro sentido podría tener cabida la cláusula *rebus* si no es en una pandemia, encajada en el caso fortuito o en la fuerza mayor, tanto monta…, para activar los mecanismos propios del derecho contractual solutorio? E insistimos: quizá no tanto si pensamos que el problema de los alquileres de los estudiantes durante la pandemia no es un problema derivado de la economía de los alumnos sino de la economía de sus progenitores.

VII. El Capítulo Cuarto cuenta con dos excelentes trabajos de investigación y actualidad cuyo título ("La Administración de Justicia en puro estado crítico: ¿remedios de urgencia o reforma estructural?") ya revela una de las claves del impacto de la pandemia en el proceso. Y cuando hablamos de cuestiones de Derecho procesal, es irremisible referir dos aspectos que son tratados en el libro: la importante cuestión de los plazos -administrativos y procesales- y el recurso -utilizado aquí este término sin ningún componente técnico-jurídico- a la mediación a distancia y el papel que han podido desempeñar los notarios en estos tiempos.

Para apreciar la importancia de los temas tratados, diremos, en el primer caso, que no debe olvidarse que en el principio del Derecho fue el procedimiento. El prof. Cerdeira da buena cuenta de que atribuir el adjetivo "adjetivo" -disculpen la licencia- al Derecho procesal no es apropiado ni siquiera en tiempos de profundo estertor del sistema jurídico.

El autor parte de la acertada distinción entre la suspensión e interrupción, las legitima históricamente y las analiza en sus justos términos, para acabar concluyendo que la irrupción de medidas emanadas de la *voluntas legislatoris* ha de interpretarse como una apuesta decidida por la suspensión, como lo demuestra el hecho de que la normativa hablaba de "reanudación de plazos", además, el nudo gordiano de la distinción está en que «[…] mientras que la interrupción ha sido tradicionalmente contemplada sobre todo desde el interés privado de los sujetos implicados en la prescripción (acreedor y deudor, propietario y posible usucapiente …); en cambio, la suspensión, a lo largo de la historia, ha venido casi siempre justificada por razones de interés y orden público, para casos, efectivamente, de extraordinaria y urgente necesidad, como puede suceder con algunos siniestros o catástrofes (naturales -epidemias, sequías, terremotos, …-, económicas, bélicas, …), que el gobierno entiende como razón para suspender la prescripción».

El otro tema inserto en este capítulo es la mediación y la función notarial en este sentido: podría decirlo de todos los trabajos del prof. Cerdeira, y éste podría ser una buena muestra, el acierto en la elección bibliográfica y en la historiografía de los temas tratados es un aval indiscutible en su obra. La sensación -hablo como autor que también ha dedicado muchas páginas y esfuerzos formativos a la mediación- es que la actividad "incentivadora" -como la llama el autor- de la mediación no tiene mucho recorrido; si acaso a nivel cultural, pero no en el escenario real. Pero esta intuición no es en absoluto ajena al prof. Cerdeira, quien ya de entrada trae a colación la importancia de que el legislador opte por la mediación obligatoria en algunos supuestos -siempre defendí que su ámbito idóneo era el conflicto matrimonial con menores, pero esta idoneidad no excluye en absoluto otros supuestos- y se fija en el modelo italiano, donde se llamó sistema de obligatoriedad mitigada, que es de donde traía causa el anteproyecto español de impulso de la mediación, que la pandemia ha desbaratado porque el legislador decidió publicar el 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, que más que una apuesta por la mediación obligatoria, lo que ha hecho es fomentar (de nuevo, un verbo insuficiente) el uso de medios telemáticos tanto para los actos procesales como para la justicia alternativa. Era obvio que el resultado no iba a ser en absoluto prometedor. A pesar de los más que demostrados y certeros esfuerzos del autor por cantar las bondades de una mediación telemática, la realidad -así me lo ha confirmado el consejo notarial de Andalucía- es que apenas ha tenido incidencia. Ello, no obstante, no quita un ápice de valor al trabajo publicado.

VIII. "A modo de epílogo", y "como instantánea del momento histórico, aborda el autor otros temas de actualidad durante la pandemia", entra de lleno en un tema que aún sigue candente, que se sobrepone incluso a las situaciones excepcionales,

sin duda porque tiene un alto componente político-constitucional que Guillermo Cerdeira aborda con una maestría que, por ser terreno de Derecho público, pudiera parecer impropia de un catedrático de Derecho civil. Lo hace, además, con una referencia mitológica -sorprendente para quien, como yo, es un furibundo aficionado y defensor de esta semiología-, recurso que he encontrado en otros clásicos (d. Jaime Guasp llamaba al arbitraje "el perro del hortelano jurídico" o d. Antonio Garrigues que, en su insuperable explicación del contrato civil de compraventa -sí, civil; no mercantil-, acudía a Jano y a las dos caras de una misma moneda…-.), pero pocas veces tan acertado como recurrir a Escila y Caribdis para transmitir gráficamente la diatriba -y, de paso, permítase la licencia, el ditirambo- a la que el Consejo General del Poder Judicial se ha visto avocado precisamente a raíz de su formulación constitucional y de su desarrollo a través de la infravalorada ley orgánica. La explicación que aporta el prof. Cerdeira, para un comparatista como yo, es antológica, por certera y sugerente: "En los países adscritos a tal sistema del *case law* la judicatura goza de una cierta representatividad democrática (o incluso aún divina, en algunos lares de desaborida tradición), de la que carece –al menos, en la tradición más cercana- el juez continental o de tradición romana. De cierta forma, en aquel otro sistema, la justicia procede indirectamente del pueblo, a través de los jueces, del modo en que también procede del pueblo la ley a través del Parlamento; lo que, por ejemplo -y el ejemplo no es baladí- explica que allí la jurisprudencia sea -no solo- fuente del Derecho, sino la primera, antes incluso que la ley".

Solo añadiría un matiz, también de Derecho comparado: no es ajena a esta idea el hecho de que las altas instancias judiciales -del poder judicial- no se bifurquen en el amplio espectro del Common Law; el Tribunal Supremo Federal y el Tribunal Constitucional de EEUU son un solo órgano, "9 avispas metidas en una botella", como los definiría el ilustre Oliver Wendell Holmes JR (por si alguien tuviera dudas, fue uno de los más afamados jueces de la Corte Federal norteamericana). Sin duda, esa frase gráfica viene a significar también lo proceloso que resulta lidiar con la votación de sentencias que emanan de un grupo heterogéneo de jueces nombrados por políticos que se enfrentan, en más de una ocasión, a la disyuntiva imposible de Escila y Caribdis.

El siguiente apartado aborda, sin esquivar ningún envite, la compleja -en el sentido etimológico del término- relación entre los principios constitucionales que involucran la educación en sentido amplio -el propio autor maneja con precisión los conceptos para, cuando no procede, no hablar de derechos constitucionales- con los derechos subjetivos-positivos de la nueva formulación legal de la ley para las personas con discapacidad. La problemática de la educación inclusiva sigue vigente, aderezada con lo que entiendo que es un nuevo paradigma: la norma asistencial, que es tanto como decir una norma que no parte de un supuesto de

hecho al que aplico una consecuencia jurídica, a modo de disposición-sanción. Se trata de un nuevo modelo en el que la persona con discapacidad tiene una voluntad y unas necesidades que atender, y las soluciones idóneas pasan por buscar medidas asistenciales, proscribiendo las listas de actividades reflejadas en sentencia que pueden o no hacer, establecimiento de figuras tutelares restrictivas. La clave está aportada por el autor; no se trata de un antojo ideológico, sino de una serie de medidas contempladas en una Convención internacional…

El siguiente punto aborda la ley de transexualidad desde la perspectiva de los proyectos y anteproyectos que se han presentado en la reciente democracia española y que se ha visto cristalizada este verano pandémico. Además de su habitual relato histórico, el prof. Cerdeira transmite las dudas de profundidad que le genera su contenido, no por su nimiedad, sino por su inconsistencia. Y es que, como aquellos barros traen estos lodos, la nueva ley -anteproyecto, en ese momento- parecía no deslindarse de la errónea visión de la de 2007 que, en su literalidad -dice el autor- estima la transexualidad como enfermedad o trastorno; me atrevo a añadir que ello iba en la línea del famoso documento médico DSM-IV, que era y es un manual de diagnosis y estadística de los trastornos mentales; ahí estaba, ¡*laus deo*!, la transexualidad. Creo, con el prof. Cerdeira, que las claves están en la clásica identificación de la edad con la madurez y en el que podríamos llamar derecho de reversión. ¿*Quid iuris* cuando hay arrepentimiento del transexual que ya ha cambiado su género? Las páginas de Guillermo Cerdeira revelan mucho más de lo que dicen…

Termina este libro que ahora recensiono con una nueva dimensión del Derecho.

Con ocasión de un tribunal de tesis doctoral, me tocó en suerte la compañía y sabiduría -ambos éramos vocales- de la profesora Silvia Díaz-Alabart; en algún momento de su agradable charla, y que seguro que no molesta que revele, cuando le hablé de algún proyecto que compartía con el profesor Cerdeira, me dijo:

"Tengo el firme convencimiento desde hace tiempo de que Guillermo Cerdeira representa una nueva dogmática, rompedora e inteligente. Si a eso unes una intuición jurídica infalible -tema que toca, tema que se convierte en actualidad-; es conveniente seguir sus criterios en ese sentido.

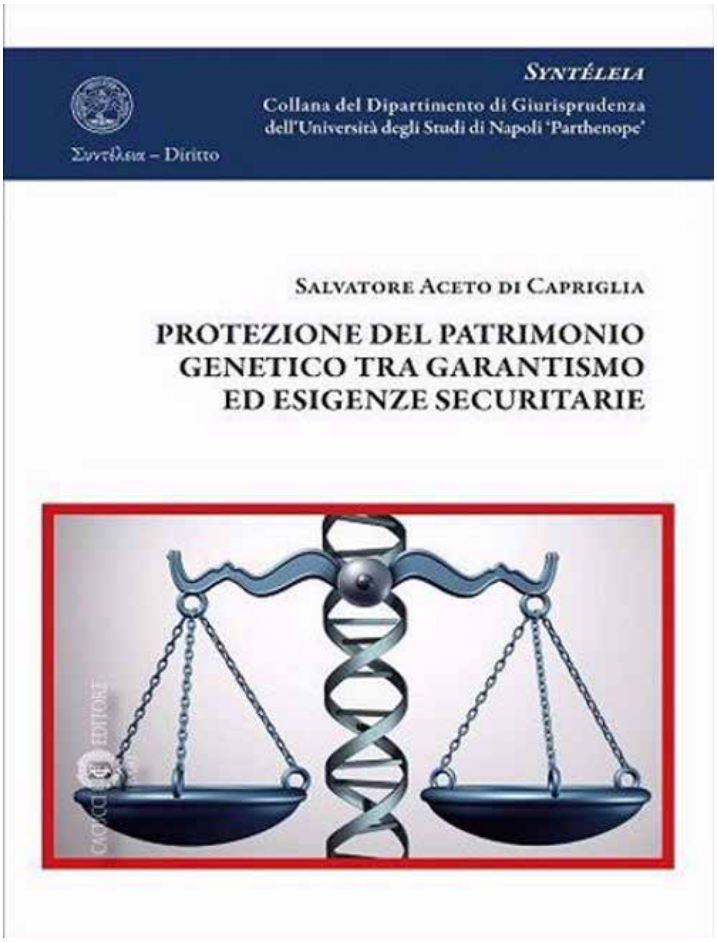
Si unes innovación, intuición e inteligencia, tienes las claves de la excelencia en investigación".

Y, en efecto, hay que tener una fina intuición jurídica para empezar a construir un incipiente cuerpo que se está generando ya, y que trae causa de una desconocida Declaración Universal de los Derechos de los animales formulada

por la Organización de las Naciones Unidas en 1976. Considerando los derechos que se promulgan en esa Declaración, creo que pueden condensarse, a modo de mandamiento católico, en uno: todo animal que el hombre ha escogido como compañero tiene derecho a que la duración de su vida esté conforme con su longevidad natural. Aunque parezca un comentario sazonado de hilaridad, solo faltan a este derecho dos matices: uno, que debía hablarse de persona, no de hombre, incluyendo así a las mujeres, y que, en su formulación, ambos son bienes fungibles, en el sentido correcto -que no erróneo- de nuestro Código civil. Lo que nos conduce, aunque parezca mentira, a cuestiones de Derecho de familia. Que son también abordadas por el inefable profesor Cerdeira.

Eugenio Pizarro Moreno
Prof. Titular UPO
Dr. Derecho Civil e Internacional Privado US

Salvatore Aceto di Capriglia, *Protezione del Patrimonio genetico tra garantismo ed esigenze securitarie*, Bari, Cacucci Editore, 2021.



L'interessante monografia del prof. Salvatore Aceto di Capriglia, docente di Diritto Comparato nel prestigioso ateneo "Parthenope" di Napoli, su "Protezione del patrimonio genetico tra garantismo ed esigenze securitarie" rappresenta un contributo imprescindibile per chi desideri approfondire senza preconcetti, e in una prospettiva interdisciplinare e multilivello il complesso fenomeno della tutela dei dati genetici.

Nel patrimonio genetico di ogni uomo è scritto il suo destino, la sua essenza più intima e anno dopo anno, con il progredire degli studi e delle scoperte scientifiche, ci rendiamo conto che dall'analisi approfondita della sequenza di quella catena di basi azotate, disposta nella sua iconica forma a doppia elica (efficacemente riportata sulla copertina del volume in un gioco grafico che la unisce alla stadera

della giustizia) dipendono sempre più aspetti della nostra vita. Per esempio, la presenza o meno di un gene può determinare la predisposizione di un soggetto ad essere colpito da determinate patologie o, al contrario, ad esserne praticamente immune. Le implicazioni sul piano giuridico, si pensi ai casi relativi ai rapporti di lavoro o ai contratti di assicurazione, sono notevolissime. Un datore di lavoro o una compagnia di assicurazione che siano venuti in possesso di informazioni genetiche potrebbero ben farne un utilizzo scorretto, rifiutando di stipulare contratti con soggetti semplicemente perché "in teoria" esposti a determinate conseguenze nell'arco della vita. È inevitabile dunque, da parte dello studioso, rivolgere l'attenzione agli strumenti di tutela dei dati genetici: sempre più preziosi e forieri di informazioni al pari dei più celebri dati personali. Ed è esattamente ciò che fa l'insigne giurista italiano Salvatore Aceto di Capriglia in una ampia disamina del fenomeno lungo quattro interessanti capitoli, prendendo le mosse dall'esperienza nordamericana, pioniera nel settore.

L'autore, nel primo capitolo, fornisce un ampio resoconto delle vicende relative alla tutela del patrimonio genetico oltreoceano. L'orizzonte nordamericano è, come al solito, estremamente variegato: se da un lato ha riconosciuto tutela alla riservatezza del dato genetico, ricomprendendolo nel più ampio *genus* dei dati personali oggetto di tutela della *privacy*, dall'altro ha affrontato, con alterne conseguenze il tema, ancor più scottante della sua brevettabilità. Vengono quindi citate e attentamente descritte le note vicende *Moore*, *Lacks* e la più recente *Myriad Genetics*. Se la vicenda Moore aveva statuito la impossibilità di rivendicare un diritto assoluto sui prodotti unici del proprio corpo, tuttavia ne consentiva l'utilizzo economico. La vicenda Myriad Genetics, datata 2013, introduce poi la fondamentale differenza fra invenzione e scoperta nel settore dello sfruttamento economico dei dati genetici con conseguenze diametralmente opposte sul piano della brevettabilità (possibile nel caso di sequenze genomiche "artificiali", non ammessa per quelle "naturali").

Il secondo capitolo, di spiccata marca europea, prende le mosse dalla Convenzione di Oviedo e prosegue nella disamina della attenta normativa euro-unitaria recentemente confluita nel GDPR. La delicatezza della tematica è sottolineata grazie ad un interessante approfondimento del principio di precauzione applicato ad una vicenda che ha profondamente diviso le coscienze giuridiche in Italia pochi anni fa. Il caso della Xylella, malattia riscontrata negli ulivi della regione Puglia. La Puglia è una regione nel sud dell'Italia che basa una parte della propria economia sulla coltivazione di ulivi e sulla produzione di olio. I provvedimenti, da una parte della politica giudicati eccessivi, che disponevano l'abbattimento di centinaia, forse migliaia di questi alberi secolari, perché attaccabili dalla malattia, rappresentano una base di partenza per il dibattito in merito al tema della massima

precauzione nella tutela delle informazioni scientifiche, per loro natura soggette a magmatiche evoluzioni, e fra queste quelle relative al patrimonio genetico.

Più sintetico rispetto agli altri, ma non certamente meno interessante, risulta essere il terzo capitolo. L'autore, in ossequio al suo spiccato carisma di comparatista, opera una panoramica non soltanto europea delle esperienze giuridiche e il loro rapporto con la tutela delle informazioni genetiche in ambito giudiziario e penale. Non v'è chi non veda quanto le informazioni derivanti da campioni di DNA siano sempre più protagoniste assolute di ogni pagina di cronaca nera. Dalle impronte digitali alle prime banche dati organizzate sistematicamente, si è passati, nel corso del ventesimo secolo a gargantueschi database ricchi di informazioni. I campioni DNA ivi conservati vengono utilizzati per la profilazione dei sospettati nei casi più intricati. Le discipline attraverso le quali tali dati vengono acquisiti, conservati, utilizzati e in fine distrutti presentano interessanti differenze tra un paese e un altro e tali aspetti vengono attentamente indagati dall'autore. Alcuni orditi normativi presentano un approccio decisamente più "garantista" del diritto alla riservatezza (Francia) altri invece propendono decisamente sul piano pubblicistico e della sicurezza sociale, la quale può operare una compressione dei diritti della persona (Germania). Anche nel settore della raccolta dei campioni del DNA per fini di indagini giudiziarie gli Stati Uniti e, in Europa, il Regno Unito rappresentano i casi maggiormente emblematici.

Il quarto ed ultimo capitolo invece rivolge la sua attenzione al panorama italiano. L'analisi prende le mosse dalla disciplina per la tutela dei dati personali e sensibili come innovata dal GDPR risalente al 2016 e recepito attraverso l'emanazione del d. lgs. 101/2018.

Preliminarmente vengono enumerate ed esaminate le tipologie di trattamenti ammessi: in ambito sanitario trovano legittimità i test diagnostici finalizzati a individuare la presenza di mutazioni genetiche associate a malattie non ancora sintomatiche oppure di tipo predittivo e quelli orientati a indentificare la potenzialità che il soggetto sviluppi o meno tali patologie. È ammesso il test farmacogenetico, in grado di predire la risposta immunologica relativa a particolari farmaci in termini di efficacia e di rischio. Rientrano tra i test ammessi ovviamente quelli sulla parentela, anche di tipo ancestrale (utili questi ultimi a fini storico genealogico e statistici) e infine quelli di identificazione genetica volti ad individuare la compatibilità di un campione con un dato soggetto. La sola calendazione di tali trattamenti ammessi riporta necessariamente alla memoria tematiche di estremo interesse ed attualità; non a caso lo studioso fa ricorso a episodi giudiziari molto recenti per meglio illustrare le problematiche connesse soprattutto in caso di illecito trattamento. Ampio spazio è dedicato alla vicenda tristemente nota di Yara Gambirasio di 13 anni, scomparsa nel Bergamasco il 26 novembre 2010 e ritrovata assassinata il

26 febbraio 2011. Nell'impossibilità di risalire al colpevole del feroce omicidio, la Procura aveva disposto un massiccio e mai adoperato in precedenza *screening* del DNA a tutta la popolazione del paese di Brembate di Sopra (nel quale risiedeva la vittima). Il DNA di Massimo Bossetti risultò essere compatibile con quello ritrovato sulla scena del delitto ed attribuito al soggetto denominato "ignoto 1" e dopo una lunga indagine ed un ancora più articolato processo, è stato riconosciuto come unico autore dell'omicidio e condannato all'ergastolo in via definitiva.

In tema di brevettabilità delle scoperte e delle invenzioni in ambito genetico il panorama italiano si conferma, come del resto avviene in ambito euro unitario, fondamentalmente più protettivo e garantista rispetto al contesto d'oltreoceano, il quale e*x adverso* mostra una più radicale "simpatia" per le realtà economico-scientifiche. Ovviamente non mancano le zone d'ombra nella disciplina italiana (di diretta derivazione comunitaria) delle quali lo *scholar* fornisce compiuta analisi.

Il lavoro nel complesso ha il raro pregio di interessare sia l'operatore del diritto che lo studioso, ma si rivolge anche alla persona comune, non necessariamente di formazione giuridica, grazie al ricorso a episodi di cronaca e all'analisi di celebri casi giudiziari.

La pregevole monografia di Salvatore Aceto di Capriglia, non diversamente dalle altre sue opere già edite nel corso degli anni, riesce ad approfondire e ricostruire con rigore scientifico un fenomeno complesso e costantemente *in itinere*, ricco di implicazioni sotto vari profili giuridici e idoneo peraltro ad incidere su aspetti fondamentali della persona umana.

José Ramón de Verda y Beamonte
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Valencia

AYLLÓN GARCÍA, J. D.: *Las parejas de Hecho. Nuevas Tendencias*, Reus, Madrid, 2021.

El trabajo que tengo el placer de reseñar es fruto de la Tesis Doctoral que su autor, Jesús Daniel Ayllón García defendió en enero de 2021 en la Universidad de Cantabria bajo la dirección de Eduardo Vázquez de Castro, Profesor Titular de Derecho Civil, quien además la prologa, y Carmen Fernández Canales, Contratada Doctora en Derecho Civil, ambos de la mencionada Universidad. La editorial Reus decidió incluir esta obra en su colección *Biblioteca Iberoamericana de Derecho* y la coeditó con la editorial UBIJUS, de Ciudad de México, dotándola así de un alcance internacional.

Bajo el título *Las parejas de hecho. Nuevas tendencias*, el autor se centra en un análisis integral de este modelo familiar en el Ordenamiento Jurídico español a través de la doctrina más relevante en la materia y la casuística jurisprudencial.

Pese a tratarse de una obra en la que el enfoque principal es el Derecho Civil me gustaría destacar que el Dr. Ayllón ha sabido apreciar el perfil multidisciplinar de las uniones de hecho por lo que, sin dejar de lado el análisis desde una perspectiva civilista, ha abordado importantes cuestiones de Derecho Constitucional, de Derecho de Seguridad Social, de Derecho Administrativo, así como de Derecho Internacional Privado, sin las que no hubiera sido posible elaborar una de las obras más completas que se han publicado en la materia en los últimos años. Por ello, entiendo que cuenta con mérito especial. Se trata de un texto que ordena, clarifica y sistematiza el régimen jurídico de una materia como el de las parejas de hecho, tan diversa, dispersa y heterogéneamente tratada que, por este mero hecho, ya justificaría su utilidad. Además, a medida que uno se introduce en su lectura, se puede comprobar el rigor y minuciosidad con el que aborda el análisis de cada cuestión o problema que plantean en la práctica las relaciones personales y patrimoniales de las uniones de hecho.

A lo largo de la obra el autor analiza, por un lado, las cuestiones abordadas anteriormente por civilistas de reconocido prestigio, tales como los antecedentes históricos, o el concepto de pareja de hecho, actualizando dichos estudios con la jurisprudencia y legislación más reciente en la materia. De este modo, se incluyen las modificaciones introducidas en esta materia por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica con entrada en vigor el 3 de septiembre de 2021, así como jurisprudencia del Tribunal Supremo que aborda cuestiones relevantes, por ejemplo, en materia de pensión de viudedad para este modelo familiar en la STS de 7 de abril de 2021; y por otro lado, analiza los aspectos que suscitan un mayor reto en la actualidad en el campo del Derecho, a saber, la atribución y uso de la vivienda familiar, los derechos sucesorios del conviviente supérstite y la sospechosa constitucionalidad de su normativa.

La obra que se reseña está divida en cinco capítulos, un apéndice, unas conclusiones y, pese a que a lo largo de la obra se aprecian soluciones y propuestas personales con interesantes argumentaciones jurídicas, el estudio se complementa con una reflexión personal final del autor que enriquece la obra.

El Capítulo I bajo la rúbrica "Familia: conceptos y modelos de familia" contiene un estudio del concepto de familia desde el punto de vista de la doctrina, del derecho positivo y de la jurisprudencia, así como un análisis de los distintos modelos familiares existentes en España, con apoyo en informes del Instituto Nacional de estadística que muestran el auge, en algunas ocasiones, y el declive, en otras, de algunos de esos modelos familiares. En este capítulo el autor señala la existencia de múltiples modelos de familia, si bien no reconocidos todos ellos de manera explícita por nuestra Carta Magna del modo en que sucede con el matrimonio

en el artículo 32. Al menos, en virtud del artículo 39 del texto constitucional y según respalda la abundante jurisprudencia que se señala en la obra, las parejas de hecho son reconocidas como uno de los modelos de familia dotados de protección constitucional. También recoge datos estadísticos y conceptuales de otros modelos de familia, como las familias monoparentales (o monomarentales tal y como el autor lo cita en algunas ocasiones intentando utilizar un lenguaje inclusivo), la familia extensa, las familias reconstituidas, las familias homoparentales, y va aún más allá cuando hace referencia al fenómeno del *cohousing* como un nuevo modelo de familia múltiple, así como a las relaciones convivenciales de ayuda mutua que se enmarcan exclusivamente dentro del derecho civil propio de Cataluña. Es por todo ello, que este primer capítulo no se trata de una mera recopilación conceptual ni de una relación de modelos familiares, sino que, a través de datos estadísticos, el autor nos muestra, al mismo tiempo que va definiendo cada tipo de familia, el impacto que tiene en la sociedad y la relación que existe entre la familia y el derecho.

En el capítulo II el autor presenta cronológicamente los antecedentes históricos de la institución de las parejas de hecho desde el concubinato romano, pasando por la barraganía de las VII Partidas de Alfonso X, hasta las familias de hecho tal y como las conocemos en la actualidad. Tras el análisis histórico, abarca el estudio del concepto de pareja de hecho desde el punto de vista doctrinal, legislativo y, sobre todo, jurisprudencial para terminar analizando cuáles son los rasgos definidores que han de concurrir para entender que nos encontramos ante una pareja de hecho. No es cuestión baladí la problemática que se plantea en torno al concepto de pareja de hecho y así lo ha mostrado el autor al analizar, a lo largo de más de cuarenta páginas en las que plasma de manera clara y ordenada los veintidós conceptos de pareja de hecho que existen en España. Cada modelo, con sus peculiaridades y aunque guardan una relación entre sí, también presentan diferencias que, tal y como se expone en la obra, dan lugar a numerosas discriminaciones en función del territorio y en función del modelo de familia que dos personas elijan para desarrollar su vida en común. Como consecuencia de esta heterogeneidad normativa y con ánimo de proporcionar una solución al respecto, el autor propone, *lege ferenda*, un concepto único de pareja de hecho para el ordenamiento jurídico español que palíe los problemas que la dispersa y heterogénea normativa provoca. Lo más novedoso en el concepto que ofrece el Dr. Ayllón es la cualidad subjetiva de sus integrantes que ha denominado *capacidad suficiente*. Hasta ahora se había empleado el término capacidad de obrar, tal y como se ha venido exigiendo para el matrimonio. Sin embargo, tras la entrada en vigor de ya citada Ley 8/2021, de 2 de junio, ya no es posible la distinción entre capacidad de obrar y capacidad jurídica, por lo que el autor ha decidido emplear acertadamente el término capacidad suficiente en su propuesta de concepto.

En el Capítulo III, bajo la rúbrica "Regulación legal de las parejas de hecho" se hace un recorrido legislativo por el ordenamiento jurídico español estatal y autonómico, determinando todas aquellas normas que hacen referencia a las parejas de hecho y, por tanto, a su régimen jurídico. El autor hace una especial referencia a la normativa estatal sobre pensión de viudedad, subrogación arrendaticia *mortis causa* de vivienda y a la indemnización por daños en accidentes de circulación, ya que son las tres únicas normas a nivel estatal que se han encargado de regular de manera específica los derechos de los que pueden ser beneficiarios los integrantes de una pareja de hecho con un concepto propio para cada caso concreto. Tal y como también se recoge en la obra, ni el Código Civil ni la Constitución hacen referencia alguna a este modelo de familia. En un principio, estaba previsto su reconocimiento expreso en el artículo 27 del anteproyecto de Constitución Española. También se ha intentado regular este modelo de familia a través de tres proposiciones de ley sobre uniones civiles en la década de los 90. Todo ello sin éxito. El autor se muestra, sin embargo, optimista en relación con el reconocimiento expreso de las parejas de hecho en un futuro ya que el legislador estatal está teniendo en cuenta a este modelo de familia en sus normas más recientes, como en aquellas relativas a las ayudas sociales de alquileres como consecuencia de la crisis ocasionada por el COVID o por la ya citada Ley 8/2021 que ha introducido alguna referencia a las parejas de hecho. En relación con la normativa autonómica y de las ciudades autónomas, el autor optó por hacer un análisis comparado de las diecinueve normas existentes en la materia (normas con diferentes rangos que van desde leyes autonómicas, hasta reglamentos autonómicos e incluso municipales); análisis digno de ser resaltado por la lectura amena que de ello deriva. Nuevamente el autor se muestra crítico con la heterogeneidad de la normativa autonómica, sin embargo, defiende que ello se debe a la pasividad del legislador estatal en la materia, situación que provocó que los legisladores autonómicos decidieran regular sobre la materia, si bien, tal y como refleja en el siguiente capítulo de la obra, extralimitándose de sus competencias al legislar en una materia que es exclusiva del Estado, con las salvedades de los derechos civiles históricos, como es la relacionada con las relaciones *inter privatos* o civiles.

Tras el análisis estatal y autonómico y, antes de adentrarse en el capítulo relativo a la constitucionalidad de la normativa en la materia, el Dr. Ayllón dedica algunas páginas a reflexionar sobre las parejas de hecho de puro hecho, es decir, aquellas que en ninguna de las maneras se ajustan a la normativa analizada, bien por concurrir prohibiciones legales que se lo impidan, bien por haberlo querido así de manera voluntaria. Es lo que el autor ha denominado parejas de hecho *extra legem* y, además, ha aprovechado dicho apartado para abordar importantes cuestiones que no podían faltar en la obra por ser puntos fundamentales en materia de familia, tales como la liquidación del patrimonio generado constante la convivencia, la compensación económica en caso de ruptura de la pareja de hecho

o cuestiones relativas a la custodia de los hijos comunes. Cuestiones todas ellas que, aunque se refieran a las parejas de hecho *extra legem*, se aplican a las parejas de hecho formalizadas en aquellos puntos en los que no exista un pacto entre los integrantes de la pareja.

El Capítulo IV contiene un análisis de todas aquellas cuestiones relacionadas con la dudosa constitucionalidad de la normativa autonómica sobre parejas de hecho, haciendo un especial análisis de las Sentencias del Tribunal Constitucional que declaran no ajustadas a la Constitución parte de las Leyes de uniones de hecho navarra, madrileña y valenciana y cómo estos pronunciamientos pueden llegar a afectar al régimen jurídico de este modelo familiar. Como ha percibido el autor, tras el estudio de toda la normativa se aprecia que algunos preceptos autonómicos comparten un idéntico contenido al ya declarado inconstitucional en otras disposiciones. Para tratar de paliar esta problemática, el autor propone algunas soluciones para facilitar el control de constitucionalidad de este tipo de normas refutadas en los principios generales del Derecho y refrendados en mecanismos provenientes del Derecho Comparado, como sería el supuesto de la doctrina constitucionalista alemana. La rigurosidad y minuciosidad con la que realiza el análisis constitucional de la normativa y el zigzagueante camino hasta lo que ha denominado *autocuestión de inconstitucionalidad* como solución a la problemática que he señalado, enriquecen la obra dotándola de un carácter multidisciplinar.

En el último capítulo, bajo la rúbrica "aspectos patrimoniales de la disolución de la relación de la pareja de hecho", el Dr. Ayllón se centra en el estudio de los efectos jurídicos de las parejas de hecho tras la disolución de la relación y lo hace desde dos puntos de vista concretos. Por un lado, se analizan las consecuencias en aquellos supuestos en los que la disolución es *inter vivos*, centrándose en el estudio jurisprudencial del derecho de uso y atribución de la vivienda familiar. Por otra parte, se analizan las consecuencias jurídicas de la disolución *mortis causa* de la relación, esto es, los derechos sucesorios de los convivientes de hecho supérstites.

La primera de las cuestiones la aborda, principalmente, desde el plano jurisprudencial debido a la laguna legal en esta materia, pues si bien el artículo 96 del Código Civil regula esta cuestión para los supuestos de crisis matrimoniales, no hace alusión alguna a las parejas de hecho. Hace un análisis de la vacilante jurisprudencia estudiando por separado los supuestos en los que la pareja tiene descendencia común de aquellos en los que no tienen descendencia. Además, nuevamente acude a otros ordenamientos jurídicos en búsqueda de soluciones. En este supuesto concreto acude al ordenamiento francés y al portugués para proponer la inclusión del arrendamiento forzoso impuesto por el juez para dar solución a los supuestos de atribución y uso de la vivienda familiar ante la falta de pacto entre los integrantes de la pareja.

La segunda parte del Capítulo V corresponde a los derechos sucesorios del conviviente supérstite y nuevamente hace un análisis desde el punto de vista del derecho común y el derecho foral. Como ocurre en otras tantas ocasiones, el derecho común incluye a los convivientes de hecho supérstites entre los denominados legitimarios, por lo que la única opción es que el premuerto haya dejado en testamento al otro conviviente su parte de libre disposición. Por su parte, el Derecho civil propio de los distintos territorios forales proporciona mayores beneficios al miembro supérstite, equiparándolo al cónyuge viudo en algunas ocasiones y dotándolo de ciertos derechos en otras. Nuevamente el autor se muestra contrario a la postura adoptada por el legislador estatal y lo argumenta con apoyo en el fundamento del Derecho sucesorio que, si bien no es el compartido por la doctrina mayoritaria, entiende que el fin último del derecho sucesorio y de las legítimas es proteger a los miembros de la familia que pueden haber quedado desamparados con la muerte del causante, y ello, según el autor, debe persistir, con independencia de que la pareja haya contraído matrimonio o no pues, como bien señala, la Constitución compele a los poderes públicos proteger a todas las familias, y no solo a la matrimonial.

En el Apéndice final el Dr. Ayllón aborda algunas cuestiones generales de Derecho Internacional Privado en relación con las parejas de hecho, tales como el problema de la calificación ante una diversidad exagerada de modelos familiares en todo el mundo, siendo de gran utilidad para quienes ejercen la profesión de abogado en el ámbito del tristemente olvidado Derecho Internacional Privado. Dicho apéndice contiene una relación de la legislación propia de cada continente con el objetivo de demostrar el actual auge de estos modelos familiares. Se trata de una labor que, a simple vista puede parecer sencilla, pero no lo es sino por la claridad de exposición del autor ya que, tras el resultado final plasmado en el apéndice, se intuye un muy laborioso trabajo de investigación e, incluso, me atrevería a afirmar que el autor, por cuestiones de forma, se haya podido reservar parte de los resultados de esa investigación para seguir trabajando sobre los mismos. Prueba de ello es que ya ha publicado algún artículo doctrinal de derecho comparado en materia de parejas de hecho entre los ordenamientos jurídicos español e italiano a lo largo del año 2021, bajo el título de "Análisis legislativo y jurisprudencial de las uniones extramatrimoniales en Italia ¿un ejemplo para el ordenamiento jurídico español?, en la *Revista de Derecho de la UNED, núm. 27,* muy en sintonía con la obra que vengo reseñando.

En relación con las conclusiones, destaco la capacidad que ha tenido el Dr. Ayllón de integrar en un todo coherente aquellas cuestiones que suelen estudiarse en parcelas separadas, pues ha sido capaz de integrar en una sola obra cuestiones de Derecho Constitucional, de Seguridad Social, de Derecho Internacional

Privado, de Derecho Administrativo e, incluso, algunas cuestiones en materia penal y procesal y, todo ello, sin perder de vista la perspectiva *ivs civilista*.

Finalmente, ya adelanté que la obra se cierra con una reflexión personal del autor en relación con la necesidad de una reforma legislativa. Si bien el autor defiende que las parejas de hecho están asentadas en España, pues hay más de 4.000.000 millones de personas que han optado por este modelo de familia y que es necesario que exista un único concepto de pareja de hecho para todo el territorio nacional, no defiende que deba regularse este modelo de familia de manera minuciosa como se hace con el matrimonio. De manera acertada defiende que los que libremente decidieron constituirse como pareja de hecho, libremente decidieron que no se les aplicase un régimen jurídico imperativo como es el del matrimonio. Entiende que el Código Civil, en lo que a esta materia se refiere, únicamente ha de ser actualizado para introducir un concepto de pareja de hecho y que las normas relativas a la vivienda familiar y al derecho sucesorio sean actualizadas acorde a la realidad imperante en España. De este modo, las parejas que han optado libremente por esta decisión dejarían de encontrase en la situación de inseguridad jurídica actual. Además, tacha de innecesario que las relaciones personales y patrimoniales de las uniones de hecho se positivicen, puesto que nuestro ordenamiento jurídico dispone de normas generales para regir las relaciones entre particulares, estando a la cabeza el principio de autonomía de la voluntad y, de manera supletoria, tal y como se puede observar a lo largo de la obra, otras disposiciones generales como la de comunidad de bienes o sociedad irregular que se aplicarán atendiendo a los *facta concludentia* de los miembros de la pareja. Y, con la proclama a una actualización del Código Civil es como cierra definitivamente su obra en los siguientes términos: *es necesario un nuevo Código Civil que cohesione y vertebre todas las esperanzas e ilusiones que la ciudadanía tiene depositadas en el Derecho, como instrumento de cambio y progreso social.*

En último lugar, me gustaría destacar nuevamente que se trata de una obra basada en el ordenamiento jurídico español y que constituye una fuente de consulta imprescindible para cualquier jurista que quiera documentarse sobre las parejas de hecho; donde el autor aborda, de manera multidisciplinar, materias que son de utilidad tanto para académicos como para abogados dedicados al libre ejercicio de la profesión, pero también para quienes anhelen tener un conocimiento más acabado acerca de cuestiones que afectan la vida de todos, pues no estamos hablando de otra cosa que de la familia, y la familia es el modelo en el que se organiza nuestra sociedad. En definitiva, se trata de una obra rigurosa y bien cuidada, tanto en el fondo como en la forma, cuya consulta es recomendada para todos aquellos que deseen conocer los aspectos principales, más orgánicos y necesarios en el estudio del modelo de familia de las parejas de hecho, con las últimas actualizaciones en la materia. Por tal razón, expreso mi más sincera enhorabuena al Dr. Ayllón por

el trabajo realizado y la exhaustividad en el planteamiento de sus posiciones que auguran una exitosa carrera académica e investigadora.

Araya Alicia Estancona Pérez
Profesora Ayudante Doctor
Universidad de Cantabria

En Santander, a 15 de diciembre de 2021

De la iglesia Monje, Mª I.: *El allegado. Su derecho de relaciones personales (visita, comunicación y estancias) con el menor*, Dykinson, 2021.

Con agrado he recibido la oportunidad de reseñar la obra "El allegado. Su derecho de relaciones personales (visita, comunicación y estancias) con el menor", monográfico de la profesora María Isabel de la Iglesia Monje, Profesora Titular de la Universidad Complutense de Madrid.

Digo y matizo oportunidad porque estamos en presencia de una obra de relevancia por muchas cuestiones y me viene a la mente esa frase que alguna vez he leído, que los primeros en morir son los pioneros. Afortunadamente no es el caso.

Buscando y repasando la materia, y haciendo uso de la memoria, que a veces flaquea, la primera vez que tuve conocimiento del término de allegado -por

lo menos que me interesara el concepto-, fue cuando en plena pandemia y en Navidad, se empleó con vistas a las reuniones familiares. Antes, y debe ser por mi especialidad en materia de Derecho de sucesiones, como mínimo en sede de Derecho civil común, no era un término o categoría que a efectos de las sucesiones tuviera una importancia, o relevancia, porque el parentesco vence a los llamados allegados.

Aunque he de confesar que, con la lectura del trabajo, me siento como diría la frase: "sólo sé que no sé nada", por lo cual agradezco infinitamente la oportunidad de adentrarme en el mundo del derecho de familia, y de la familia, que como bien expone la autora en el Capítulo introductorio, al referirse a la familia como una realidad prenormativa, y por tanto acomodada a la realidad social y a las circunstancias históricas, económicas, sociales y políticas de cada momento.

Por suerte y para mí, tengo en mis manos la citada obra de la profesora De la Iglesia, que me ha permitido, en un domingo gris, deleitarme con esta categoría y profundizar delicadamente en las aristas de la figura que le ha ocupado, seguramente muchas horas, de fatiga. Ya que estamos en presencia de una monografía exhaustiva en torno a la figura, cabe añadir.

Dicho esto, y sin ánimos de agotar la obra y privar a futuros estudiosos del tema de la suerte de leer, analizar, citar la monografía que aquí se nos presenta, me gustaría destacar algunas cuestiones que ameritan y ponen de manifiesto la importancia de este trabajo, que estoy segura se convertirá en un clásico en la materia y de referente tanto para la academia como para los prácticos del derecho, que encontrarán en la misma una fuente inagotable de aprendizaje y sobre todo de utilidad.

Recordemos que, si una obra no sirve para el ejercicio del derecho, quedará en nuestros anaqueles como un ejercicio teórico de esos tantos que aparecen en los académicos, en muchas ocasiones por necesidad de la carrera docente, que se ha convertido en una carrera de resistencia para muchos.

Entre las cuestiones que desde mi punto de vista resaltan la obra, tenemos la sistematización que la autora hace de la figura en cuestión, que nos deleita con un trabajo profundo, actual y sobre todo muy cercano al lector y de lectura amena.

Así, ya en el Capítulo I denominado "Aproximación a la figura", nos introduce en el término de allegados como parte de lo que denomina democratización de la familia -idea que no deja de ser un claro ejemplo de la síntesis en una simple línea de la evolución de la familia en las últimas décadas-, a lo que se une como bien señala la autora la heterogeneidad del término y las dificultades añadidas que tiene, el tener que delimitar el concepto y el contenido de la citada categoría, en

la búsqueda de descifrar y desarrollar el Estatuto del allegado familiar, que como bien señala la autora es la finalidad del trabajo, poniendo de esta forma un cierto cierre y organización frente a la dispersión de la materia, tanto legislativa, doctrinal y jurisprudencial.

En este sentido y continuando con la lectura y adentrándonos en la puesta en marcha de la obra, los capítulos siguientes van poniendo en manos del lector, con una verdadera minuciosidad de relieve, todas y cada una de las cuestiones tanto teóricas como prácticas que acompañan al nacimiento de la institución. Cumpliendo así otro de los objetivos propuestos por la autora, entre los que podemos destacar, además del mencionado Estatuto del allegado familiar.

Destaco además la metodología, organización y exposición de las cuestiones más relevantes expuestas todas en cada uno de los capítulos de esta obra, que por demás se caracteriza por una minuciosidad de todos y cada uno de los detalles de la figura, que no deja espacio a una duda. Sin contar que la bibliografía es extensa, particularmente profusa, así como la referencia jurisprudencial.

Isabel de la Iglesia buscaba una respuesta y la ha encontrado. Quería abordar los problemas planteados por la evolución social familiar que han conducido a la aparición de la figura, y lo ha logrado.

Todo ello con la responsabilidad, que conlleva para una civilista de formación clásica, mantener el equilibrio y el respeto con las instituciones y categorías básicas de la familia.

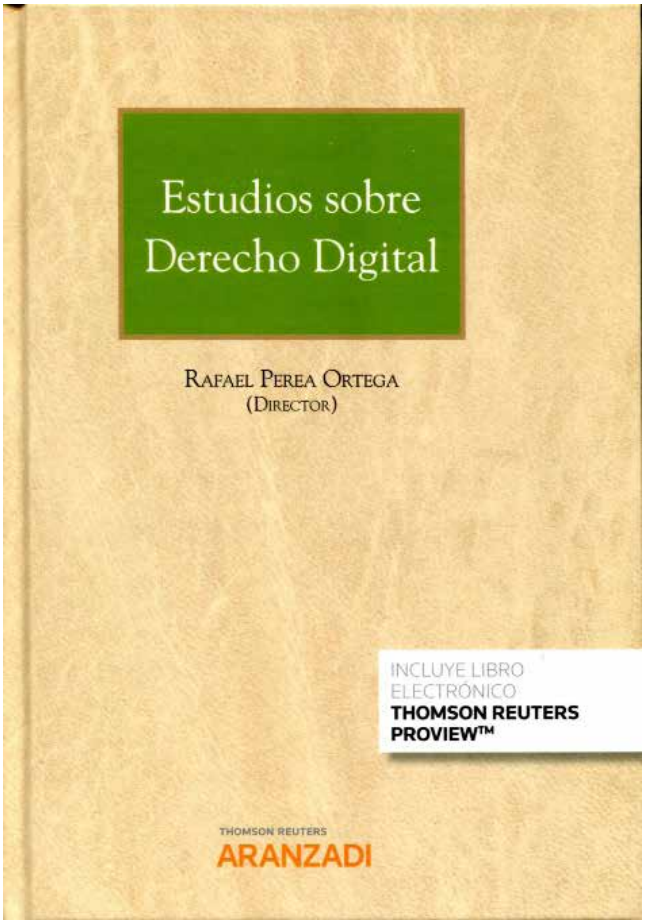
Puede estar tranquila en cualquier sentido, porque este es uno de los méritos más destacados de la obra, sin perder la nota y las garantías que rodean el derecho de familia, la protección del interés superior del menor ha logrado configurar y ofrecer conclusiones que permiten a los neófitos en el tema, y a los que no lo son tanto, encontrar un marco de referencia tanto conceptual, como jurisprudencial, en torno a la disciplina y al allegado familiar. Ha empleado además como un irrefutable elemento de argumentación la autonomía de la voluntad que constituye un principio orientador en derecho civil, para lograr un encaje de la figura.

Pero ahí no se ha detenido, de lectura recomendable las conclusiones de la monografía, lo que dice mucho del especial interés que tiene la autora de que haya una aplicación legislativa y práctica de la materia, que como he señalado anteriormente debe ser una de las premisas de un trabajo de actualidad, con propuestas concretas de modificación legislativa, que vienen precedidas de un análisis y construcción teórica en orden al derecho civil, haciendo posible que la institución pueda obtener un encaje dentro del derecho de familia, bajo un sustento doctrinal.

Sólo me resta recomendar esta obra al mundo jurídico. Felicitar a la autora por el gran trabajo, y rematar estas breves líneas con una frase que le dedico, que alguna vez la he dicho, acoto, que no recuerdo la autoría, esperando que no haya problemas de derechos de autor: "la suerte existe, pero te tiene que encontrar trabajando". Y este es uno de esos casos.

María Elena Cobas Cobiella
Profesora Titular de Derecho civil
Universitat de València

PEREA ORTEGA, R. (dir.), *Estudios sobre Derecho digital*, Thomson Reuters, Navarra, 2021.



Desde tiempos remotos, la tecnología ha ido modificando las costumbres y las formas de consumo de las personas. Tales cambios, según la perspectiva desde la que se visualicen, conllevan efectos positivos y negativos. En la actualidad, las nuevas tecnologías generan una vorágine de cambios a las que el Derecho va respondiendo. La regulación se mueve en una situación de difícil equilibrio. En efecto, las normas que disciplinen estos aspectos no han de sobrepasarse, condicionando o limitando el progreso, pero tampoco han de pecar de inactividad, permitiendo, entre otros aspectos, la invasión de derechos. La obra que es objeto de reseña aborda diferentes cuestiones susceptibles de englobarse dentro del fenómeno de la transformación digital desde una óptica jurídica. En este sentido, se analizan los principales riesgos y oportunidades vinculados con la Estrategia

Digital Europea, la privacidad, la sociedad de la información y las tecnologías de carácter disruptivo -sobre todo en el ámbito financiero-.

La obra, de carácter interdisciplinar, se divide en tres bloques claramente diferenciados, siendo su extensión total de diecisiete capítulos. La primera parte de la misma se refiere al fenómeno de la transformación digital en Europa, desde una óptica interdisciplinar, con especial atención del sector financiero. El segundo bloque alude a ciertos aspectos que se incluyen dentro de la transformación digital y, en concreto, la privacidad, los servicios de la sociedad de la información y el uso de la tecnología. Finalmente, se analizan diversas cuestiones vinculadas con la aplicación de la tecnología disruptiva en el Derecho de sociedades.

El primero de los capítulos efectúa una aproximación a la configuración del futuro digital europeo, partiendo, a tal fin, de la Estrategia Digital Europea 2020. Esta última incluye los fundamentos del próximo entorno digital europeo, identificando, para ello, los desafíos inherentes a la transformación digital, sin perder de vista los riesgos y temores. Como Perea Ortega dispone, Europa presenta los medios y puntos fuertes para aprovechar, de manera satisfactoria, las oportunidades y abordar los retos a los que se enfrenta el sector digital, garantizando su sostenibilidad, equilibrio geográfico y sus beneficios para todos los Estados miembros. Ahora bien, tal y como concluye el autor, para lograr los objetivos de la Estrategia Digital Europea, es preciso un impulso sustancial de la inversión, así como una mayor coordinación de la misma.

Uno de los ejes de la transformación digital es el dato. De ello versa el segundo capítulo que, entre otros aspectos, se refiere a las metodologías para la explotación y desarrollo de la economía del dato. En especial, alude a las que están vinculadas con la inteligencia artificial y el aprendizaje autónomo. Existen numerosos sectores que están dedicándose a estas técnicas como el *LegalTech*. Son, asimismo, muy sugerentes los ejemplos del uso del dato que la autora refiere al sector financiero. Como determina Martínez Alba, una sólida gestión de datos es el factor decisivo. Para las empresas es fundamental poder traducir los datos en valor para su negocio. De igual manera, no debe perderse de vista que la regulación ha de ser lo más neutra posible, permitiendo la innovación y la entrada de competidores, al mismo tiempo que se asegura la igualdad de oportunidades.

El siguiente capítulo se refiere a los fundamentos económicos de la transformación digital. Han surgido nuevos productos y servicios y, asimismo, se han desarrollado novedosas formas de efectuar transacciones con los mismos. Como Perales Dominique advierte, hay supuestos en los que resultaría de gran utilidad para el profesional del Derecho recurrir al análisis económico para enfrentarse a un contrato o a una disputa vinculada con la nueva realidad digital.

El primer bloque de la obra concluye con un capítulo en relación al ámbito de los medios de pago. A este respecto, se tienen en consideración ciertas novedades introducidas por la Payment Services Directive de 2015. Resulta ciertamente sugerente el conocimiento de las relaciones jurídicas que se plantean en la operativa de los medios de pago, pero también los riesgos que imperan en tal escenario.

A continuación, en la segunda parte de esta sugerente monografía, por parte de Madrid Parra, se abordan las cuestiones jurídicas que se suscitan a propósito de la identidad y autenticación electrónicos. Todo ello, de acuerdo al Proyecto de normas de UNCITRAL sobre el reconocimiento transfronterizo de sistemas de gestión de la identidad y servicios de confianza. Como es conocido, desde hace algún tiempo, tanto la identificación de personas como de cosas se efectúa en virtud de medios telemáticos. Es, por consiguiente, deseable que contemos con una regulación legal de índole global que sea susceptible de adaptarse a la evolución que la tecnología está experimentando. El proyecto que el autor analiza resulta lo suficientemente amplio y flexible en su planteamiento como para poder acoger y, con ello, aplicarse a tecnologías que ya están en uso, pero también a otras que puedan implementarse en el futuro.

El siguiente capítulo, muy vinculado al anterior, versa sobre las perspectivas de futuro de la firma electrónica. El mismo efectúa un análisis pormenorizado de la ordenación legal de la firma electrónica en España en sus distintas modalidades, así como sus implicaciones. Desde un plano empresarial, ha de conjugarse la confianza de los prestadores de servicios con los instrumentos tecnológicos oportunos, para, de esta forma, alcanzar cierta madurez en la transformación digital de la empresa. Todo cuanto Pérez Garrido analiza, pone de manifiesto cierto cambio cultural en las organizaciones que, para que resulte efectivo, debe regularse a nivel interno a través de los protocolos y procedimientos correspondientes. Estos últimos, como bien manifiesta la autora, deben llevar aparejada cierta formación jurídico-técnica a los usuarios para conocer no sólo como se utilizan, sino, lo que resulta más significativo, el alcance y la validez de las herramientas que se ponen a su disposición.

Seguidamente, se examina la normativa vigente aplicable en el ámbito de la protección de datos de carácter personal, a raíz de la pandemia del coronavirus. En este sentido, se presta especial atención a las medidas adoptadas por el sector público en materia sanitaria, educativa y laboral. Debemos considerar si estas medidas afectan a los derechos fundamentales de las personas y si las mismas se prolongarán en el tiempo. Como García Murillo señala, la situación ciertamente excepcional que venimos padeciendo, a raíz del COVID-19, exige la aplicación de medidas igualmente excepcionales para poder superar la crisis de manera

igualmente efectiva. Debemos ser conscientes de que la tecnología es susceptible de desempeñar un papel nuclear y puede configurarse como una valiosa herramienta que puede frenar la propagación del virus, si bien también debemos tener en cuenta que la tecnología en sí misma no es la solución si no va acompañada de una planificación estratégica que sitúe al individuo -y sus derechos- en el centro de la toma de decisiones. Se trata, en suma, de que se adopten medidas que sean necesarias, proporcionadas e idóneas para combatir la pandemia y garantizar que en el despliegue de dichas medidas se hayan analizado y garantizado los derechos de los interesados.

Los derechos de las personas son susceptibles de verse afectados, entre otras cuestiones, por la brecha tecnológica. Esta última se encuentra relacionada con la limitación de acceso a los productos y servicios digitales por diversos motivos (entre los que está la falta de acceso a la Red o la ausencia de formación en materia tecnológica). A este respecto, el siguiente capítulo se refiere a los efectos que, en este orden de cuestiones, pueden jugar las *Fintech*. En cualquier caso, el auge de tales plataformas no está exenta de problemas como su imbricación en el sistema bancario decimonónico que, dicho sea de paso, cada vez está más digitalizado. Los supervisores financieros vienen siguiendo en los últimos años la evolución de las *Fintech*, sobre todo por lo que respecta a su mandato de preservar la estabilidad financiera y la prevención de la aparición de nuevos riesgos significativos. Si bien los supervisores suelen ser neutrales, desde la perspectiva tecnológica, es decir ni fomentan ni desincentivan las tendencias de los mercados financieros y las elecciones de sus usuarios, sí están pendientes de que se dé el oportuno tratamiento a los riesgos que se plantean -entre los que podemos citar, sin ánimo agotador, el riesgo de crédito, tipo de interés, riesgo país…-.

Las redes de conexión resultan fundamentales para la transformación digital europea. Van más allá de la velocidad en la transmisión de datos, pues esencialmente se vinculan con el acceso a las mismas por todos los europeos en condiciones similares, de manera que no se planteen diferencias sociales ni entre regiones. A tal efecto, existe un capítulo específico dedicado al marco regulador de la tecnología 5G. Esta última representa una innovación susceptible de aportar un enorme valor a la sociedad y a la economía en un sentido amplio. Como determina Ruiz Lorente, es fundamental entender el 5G desde el prisma del avance que supone, el porqué de su trascendencia, los beneficios y riesgos que implica, los agentes que participan, los bienes jurídicos que se quieren proteger y los intereses en juego.

La publicidad tiene un enorme valor en el mundo digital. Dos de los capítulos de la obra se refieren a tal fenómeno. El primero de ellos analiza la publicidad en las redes sociales, con especial consideración de la actividad que, en este sentido,

están desempeñando los *influencers*. Como señala Batanás Rodríguez, el contenido publicitario en redes sociales está en pleno apogeo y sólo queda esperar que siga con tal trayectoria ascendente. La ausencia de legislación específica, respecto a las redes sociales, no debería impedir que las autoridades o los perjudicados pudieran instar a la regularización del contenido patrocinado o el ejercicio de las acciones que le permite la legislación -incluyendo la indemnización de daños y perjuicios-.

Vinculado con lo anterior, existe otro capítulo relativo a la publicidad electrónica personalizada y los problemas que tal práctica suscita en materia de privacidad. Desempeña un protagonismo muy significativo, en todo este orden de cuestiones, la normativa sobre comunicaciones electrónicas. A juicio de la autora del capítulo, la regulación aprobada a nivel europeo respecto a la protección de la privacidad y los datos de carácter personal en general -Reglamento General de Protección de Datos- y, de forma particular, en el ámbito electrónico va a suponer un novedoso cambio en las estrategias de marketing y publicitarias de las empresas electrónicas. El actual panorama legislativo ha incrementado, de manera notable, el nivel de tutela de los derechos y libertades de los sujetos en el ámbito virtual, la seguridad de su intimidad y los datos de carácter personal. Se busca establecer un sistema *opt-in* respecto al tratamiento de la información y datos del destinatario con fines comerciales en el espacio electrónico.

Resulta esencial el cumplimiento normativo en materia digital para asegurar la observancia de los derechos de los usuarios. Como bien apunta el capítulo posterior, a medida que se va desarrollando el proceso de transformación digital, las obligaciones normativas son más relevantes y la diligencia exigible debe modularse a las particularidades de cada caso. Dentro de la casuística a la que podríamos referirnos, destaca el teletrabajo. Ha sido la propia historia de Internet y la transformación digital de las Administraciones Públicas, las empresas y sobre todo de los ciudadanos las que han configurado un nuevo escenario en el que se concibe como indispensable la obligación de minimizar los riesgos inherentes a la sociedad digital y, con ello, las plenas garantías de los derechos y las libertades fundamentales en el sector público y privado. Es, en este ámbito, donde el *Compilance* Digital adquiere un papel nuclear para alcanzar tal propósito.

El segundo bloque de la monografía finaliza con un capítulo dedicado a la evolución de las Tecnologías de la Información y la Comunicación, la ordenación de la misma, así como los valores -éticos y sociales- vinculados con la privacidad y la protección de los datos de carácter personal. De manera cotidiana, nos enfrentamos al dilema de ceder nuestros datos de carácter personal a cambio de ciertos beneficios -en numerosas ocasiones relacionados con el uso gratuito de ciertos servicios-. Empezamos a ser conscientes de hasta qué punto la Red nos observa y manipula. Resulta oportuna la apreciación sobre las *Privacy*

Enchancement Technologies -PET- es decir, tecnologías que mejoran o fortalecen la privacidad o, en otros términos, combaten los riesgos inherentes que para la privacidad suponen las tecnologías.

El tercer y último bloque de la obra se refiere al Derecho de sociedades. El primero de los capítulos del mismo, a cargo de COHEN BENCHETRIT, alude a la Directiva de Digitalización y su impacto en el sistema de constitución y registro de sociedades y sucursales. Uno de los reclamos del ámbito societario está vinculado con la ausencia de agilidad en la constitución de las sociedades de capital. En cualquier caso, la posibilidad de crear digitalmente una sociedad de capital debe conjugarse con el control preventivo de legalidad del ordenamiento español -identidad, capacidad y representación-. El legislador tiene la compleja tarea de encontrar el equilibrio adecuado entre la salvaguarda de nuestro sistema de control preventivo de la legalidad societaria y las ventajas que ofrece la nueva Directiva, con vistas a convertir nuestro ordenamiento societario en un marco competitivo.

Una de las tecnologías disruptivas que más interés está despertando es el *blockchain*. El capítulo de la obra dedicado al mismo, aborda sus efectos en cuanto al funcionamiento de las sociedades de capital y los medios de control judicial. Es muy probable que en el futuro cercano muchos aspectos de la vida societaria se acometan mediante tecnologías de registro distribuido. Como dispone SANJUÁN Y MUÑOZ, el *blockchain* representa una tecnología que ofrece soluciones inteligentes frente a las ineficiencias del sistema clásico de administración de las empresas y, en concreto, en las relaciones entre la compañía y la propiedad de las mismas.

También se aborda el estudio del uso de la tecnología en el gobierno de las sociedades de capital, desde las más originarios -como el sitio Web corporativo- a las medidas excepcionales tomadas a raíz de la pandemia del coronavirus. Dentro de estas últimas, destacan las medidas adoptadas respecto al funcionamiento de la junta y la administración de sociedades. Tales aspectos ponen de manifiesto la repercusión que juega el fenómeno digital en el ámbito financiero.

El mencionado *blockchain* tiene múltiples aplicaciones prácticas. Una de ellas es los contratos inteligentes -*smart contracts*- y los tokens. De todo ello versa el último capítulo. El imparable avance de tal tecnología demanda la adopción de ciertas normas legales. En este sentido, resulta aconsejable cierta flexibilidad y dinamismo de la normativa con el objetivo de que la misma pueda adaptarse a la velocidad que demanda el desarrollo tecnológico. Se ocupa de los efectos que la cadena de bloques supone en los mercados financieros y, en concreto, en los servicios bancarios, mercado de valores y sector asegurador. Como apunta el autor, es necesario contar con la acción legislativa de los Estados, mayor comprensión de la tecnología y procesos de producción de normas ágiles, adaptados a la realidad, que

se encuentra en permanente evolución. Aunque podamos recurrir a la analogía, la tecnología siempre va muy por delante del Derecho.

En suma, nos encontramos ante una sugerente obra en materia de Derecho digital que aborda numerosas cuestiones susceptibles de ser englobadas dentro de tal fenómeno. Los cambios tecnológicos modifican la realidad de las cosas, por lo que se hace necesaria una regulación legal actualizada. Como la situación actual pone de manifiesto, es bastante probable que en el futuro cercano vivamos una verdadera revolución tecnológica a lo que deberá responder el legislador. De todo el panorama legal y jurídico, en cuantiosos aspectos del presente que vivimos, da buena cuenta la obra que se reseña.

Dr. David López Jiménez
EAE Business School

RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: *Microtargeting, transparencia, datos y propiedad intelectual. Una reflexión sobre los nuevos retos de la inteligencia artificial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

La obra objeto de la presente recensión aborda los denominados nuevos retos de la inteligencia artificial a través del estudio del *microtargeting*, la transparencia, los datos y la propiedad intelectual, que se ponen en relación a través de distintas perspectivas que ponen de relieve el interés de una investigación rigurosa y novedosa como son las nuevas tecnologías de la información y comunicación (TICs). Se invita a la reflexión sobre el buen gobierno, la transparencia, la minería de datos, la ética y la responsabilidad mediante el análisis de la distinta legislación aplicable

(en continua evolución), así como la postura de la doctrina y la jurisprudencia que ha aportado soluciones a los distintos problemas que se plantean.

Se trata de una obra de referencia donde la información digitalizada es tratada a través de los usos, técnicas analíticas automatizadas, sin dejar de lado la actividad de las máquinas y los robots, en relación con los datos personales y la utilización de los algoritmos. Nos adentramos en las relaciones jurídicas a través de sistemas electrónicos y la necesidad de adaptación de la legislación a los espacios virtuales que se van generando con la evolución de la tecnología.

La obra ha sido publicada por una de las editoriales de más prestigio en el ámbito jurídico, Tirant lo Blanch, que goza de una alta calidad en investigación jurídica, así como una consolidada difusión internacional. Está situada en la primera posición del ranking SPI (Scholarly Publishers Indicators) del año 2018.

Respecto a la autora, Francisca Ramón Fernández, Profesora Titular de Derecho civil en la Universitat Politècnica de València, realiza la investigación que se ha plasmado en la presente monografía objeto de recensión, dentro del marco del Proyecto I+D+i «Retos de investigación» del Programa estatal de I+D+i orientado a los Retos de la Sociedad del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades «Contratos, transparencia y protección de datos en el marcado digital» RTI2018-097354-b-100 (2019-2022), y del Proyecto de I+D+i Retos MICINN «Derechos y garantías frente a las decisiones automatizadas en entornos de inteligencia artificial, IoT, big data y robótica» PID2019-108710RB-100 (2020-2022), consolidando una línea de investigación novedosa.

Por lo que respecta a la estructura de la obra, se divide en cuatro bloques que se dedican el primero al *microtargeting* o microfocalización, como herramienta de influencia en el comportamiento de los sujetos y la relación con la protección de datos de carácter personal, teniendo en cuenta lo indicado en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, así como su empleo en las actividades electorales, con la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General en relación con el art. 58 bis. Se plantean distintos aspectos jurídicos en torno a su aplicación en la propaganda cognitiva electoral, haciendo referencia a su prohibición en la Circular 1/2019, de 7 de marzo, de la Agencia Española de Protección de Datos, y la postura del Tribunal Constitucional en la Sentencia 76/2019, de 22 de mayo, que falla declarando contrario a la Constitución y nulo el apartado 1 del art. 58 bis referido.

El segundo bloque se dedica a la transparencia y buen gobierno, en el que se analiza el principio de transparencia y el acceso a la información, siendo objeto de análisis el Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo,

de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Se deslindan los principales problemas dentro del ámbito civil y la relación de este principio y la protección de datos. Se detiene la autora en las cuestiones referentes al acceso a la información en relación con el principio de transparencia, los medios de comunicación y la confidencialidad, con la intención de detectar posibles conflictos y aportar soluciones a los mismos.

En el bloque tercero, que se dedica a la minería de textos, datos y propiedad intelectual, se analizan las Directiva (UE) 2019/790, sobre los derechos de autor y derechos afines en el Mercado Único Digital y por la que se modifican las Directivas 96/9 CE y 2001/29/CE y la minería de textos y datos, y la Directiva (UE) 2019/1024, relativa a los datos abiertos y la reutilización de la información del sector público y la minería de textos y datos. Se ocupa de analizar este bloque la información digitalizada, técnicas analíticas y la inseguridad jurídica que se plantea, así como la protección de la autoría y la necesidad de autorización.

El último cuarto bloque se orienta a los nuevos retos de la inteligencia artificial, la protección de datos, la ética y la responsabilidad. Se centra en el estudio de la Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un marco de los aspectos éticos de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas [2020/2012 (INL)], y la Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial [2020/2014 (INL)]. Las TICs propician que las relaciones jurídicas se realicen a través de sistemas electrónicos y es necesario adaptar la legislación. La actividad de máquinas y robots plantean diversas cuestiones en relación a los datos personales y la utilización de los algoritmos, tal y como ha mostrado la Carta de Derechos Digitales.

En fin, la obra que se reseña constituye una obra de referencia dentro de la materia, donde el lector podrá disponer de las claves para resolver las distintas cuestiones que giran en torno al *microtargeting*, transparencia, datos y propiedad intelectual, con un estudio riguroso y solvente en el que se aplica de forma clara y adecuada la legislación, doctrina y jurisprudencia más reciente.

José Ramón de Verda y Beamonte
Catedrático de Derecho Civil
Universitat de València

VILALTA NICUESA, A. E.: *Smart legal contracts y blockchain*, Wolters Kluwer, 2019.

La cadena de bloques, notablemente conocida por el uso que de la misma han operado las criptomonedas con carácter general y el bitcoin en particular, tiene un extraordinario potencial en materia de contratación. Representa un cambio de paradigma en la historia de la contratación a lo que el Derecho no ha de permanecer ajeno. A pesar de que los contratos inteligentes -*smart contracts*- y la cadena de bloques -*blockchain*- son relativamente novedosos, se han expandido a gran velocidad, a nivel social, por lo que no resultan desconocidos. En este orden de cuestiones, debemos considerar que, a mediados de la década de los noventa del siglo pasado, Nick Szabo -ingeniero y jurista norteamericano- tomó conciencia

de que la cadena de bloques podía ser utilizada, con cierto éxito, para los contratos inteligentes. Esta última denominación, criticada por muchos, ha determinado que también hayan sido acuñadas otras denominaciones como, entre otras, contratos automatizados, de ejecución propia o contratos de carácter digital. Szabo los definió como protocolos informáticos aptos para ejecutar cláusulas de un contrato. En este sentido, consideraba que los contratos eran susceptibles de convertirse al lenguaje informático y ser almacenados en la red de computadores que ejecuta el *blockchain*. En la actualidad, son muy numerosas las bondades inherentes a los contratos inteligentes. De hecho, pueden incidir en numerosos actividades -como la contratación electrónica, los servicios financieros y los seguros-. Estamos ante fenómenos que no son pasajeros, sino que han llegado para quedarse.

A toda esta problemática se refiere el libro de Vilalta Nicuesa, profesora agregada de Derecho Civil de la Universidad Oberta de Catalunya (UOC). Es, además, investigadora del *Internet Interdisciplinary Institute* (IN3). Parte del *National Center of Technology and Dispute Resolution* (NCTDR), del *International Mediation Institute* (IMI) y del *European Law Institute* (ELI): *Dispute Resolution SIG* y *Digital Law SIG*. Asimismo, ha sido delegada española, en calidad de experta, en las Naciones Unidas -Grupo de trabajo WG III de UNCITRAL-, árbitro del Tribunal Arbitral de Barcelona y de la Cámara de Comercio de Madrid.

La monografía presenta ocho grandes bloques. Los dos primeros, de carácter introductorio, incluyen un elenco de ideas preliminares que representan un sugerente punto de partida, y, asimismo, ofrece un conjunto de definiciones en relación a diversas cuestiones vinculadas con la cadena de bloques. Resulta muy apropiada la distinción que la autora efectúa de *Smart contract* y *Smart legal contract*. Los primeros -*Smart contract*- serían la tecnología que integra los sistemas de bloques y las librerías distribuidas descentralizadas, mientras que los segundos -*Smart legal contract*- serían una aplicación concreta de los *Smart contract*: los contratos inteligentes desde una perspectiva legal. En otros términos, se atribuye a los primeros cualquier expresión manifestada en lenguaje de código, y al segundo el contrato en sentido estricto. Este último -*Smart legal contract*- sería el acuerdo de voluntades entre dos o más sujetos de derecho en relación a un objeto y una causa de obligarse que se expresa tanto en lenguaje natural como de código y que se ejecuta mediante la cadena de bloques.

Las características clave, prerrogativas, desventajas y límites de la cadena de bloques son objeto de análisis en el apartado tercero. Dentro de las características que la autora esboza, en relación a la tecnología de bloques aplicada a la contratación y al registro, cabe destacar su naturaleza electrónica, su estructura interna condicional, así como su descentralización y su faceta autoejecutiva. Como acertadamente dispone, es poco realista considerar que esta tecnología

puede solventar todos los problemas inherentes a la contratación tradicional o estimar que están libres de incidencias. Tampoco puede esperarse que todos los contratos electrónicos se conviertan en inteligentes, de la misma manera que, como la práctica pone de manifiesto, no todo contrato puede ser digitalizado. La estructura tecnológica del *blockchain*, no parece la más adecuada para contratos en los que existan numerosos elementos valorativos o subjetivos, pero tampoco cuando dependan de numerosos datos que procedan del mundo exterior.

Para tomar conciencia de la implantación de la cadena de bloques a nivel global y del estado del arte normativo debe prestarse atención al apartado cuarto de la obra. Al comienzo del mismo, se realiza una completa clasificación de las aplicaciones de la cadena de bloques en dos amplias categorías -aplicaciones de registro y aplicaciones contractuales-. Especialmente interesante resultan las apreciaciones que la autora realiza en relación a las iniciativas y casos de estudio más significativos de la tecnología *blockchain*. La casuística, ordenada por orden alfabético, resulta extraordinariamente sugerente. Sin perjuicio de que los ejemplos en los que podemos detenernos son muy numerosos, podemos, entre otros, destacar el caso de *Bitnation*. Esta última se erige en la primera nación voluntaria sin fronteras descentralizada a nivel mundial. A pesar de que empezó a funcionar hace siete años, cuenta con registros de identidad, registros de matrimonios de *blockchain*, certificados de nacimientos de personas e identificación de emergencia para refugiados. Ha puesto en práctica embajadas virtuales, permitiendo, además, la identificación de los refugiados para darles asistencia. La parte final de este apartado cuarto se dedica íntegramente al Derecho comparado. En la actualidad, son limitadas las iniciativas legislativas que disciplinan estas nuevas relaciones jurídicas. La mayoría de las mismas tiene como objetivo regular el uso de las criptomonedas como medio de pago, los efectos jurídicos de los contratos y los registros que hacen uso de la cadena de bloques.

El apartado quinto se refiere a uno de los aspectos nucleares cual es la naturaleza jurídica de los contratos inteligentes. Como la autora apunta, no estamos ante un nuevo tipo contractual, sino ante una nueva estructura contractual. Esta última se caracteriza por realizarse a distancia, por medios electrónicos, estar redactado en lenguaje natural y en código en la cadena de bloques, lo cual le permite garantizar el cumplimiento del principio *pacta sunt servanda*. En suma, representa una novedosa estructura formal que puede adquirir un contrato. La naturaleza jurídica no se ve modificada, sino solo modelizada por esta nueva estructura. Asimismo, la normativa contractual aplicable será la del tipo contractual elegido a la que se añadirá las especificidades derivadas de esta novedosa estructura.

La estructura y dinámica de los contratos inteligentes se analiza en el apartado sexto. Es intrínseco a la naturaleza de cualquier contrato el cumplimiento de su

contenido obligacional. Este último se encuentra constituido por aquello que las partes han acortado, pero también por todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, el uso y la ley. La eficacia del contrato se refiere al despliegue de las consecuencias jurídicas que se derivan de todo el contenido obligacional. A pesar de que el entorno y las herramientas mediante las cuales se formalizan, perfeccionan y consuman los contratos inteligentes son distintos, como dispone la autora, la estructura y dinámica cohonestan, apreciándose una estrecha correlación con el iter de formación, perfección, desarrollo del programa y consumación de una relación contractual.

El apartado séptimo se refiere a los retos legales que suscitan los contratos inteligentes. En tal apartado, la autora no realiza un estudio del régimen jurídico que delimita conceptualmente este nuevo fenómeno del tráfico jurídico, sino que se limita a dejar constancia de las cuestiones que deben abordarse en cada de una de las etapas por las que atraviesa la vida de un contrato inteligente. A tal efecto, tiene en cuenta el Marco Común de Referencia para el Derecho contractual europeo, que representa el fundamento de lo que en el futuro podría llegar a ser el Código civil europeo.

Los apartados previos han analizado, entre otros aspectos, el estado del arte, las manifestaciones más originarias de la cadena de bloques fomentadas por la industria, así como los retos que se derivan de su irrupción en materia de contratación. Teniendo en consideración los postulados precedentes, el apartado octavo se refiere a los principios y estándares aplicables en la cadena de bloques. Se efectúa una exploración de los criterios, directrices, principios y estándares que permiten un adecuado desarrollo, uso y gestión de la cadena de bloques. Los estándares podrían incluirse en códigos de conducta, manifestación de la autorregulación, normas ISO y, en definitiva, un elenco de buenas prácticas. Todo ello representa un paso decisivo en la provisión de las garantías de seguridad jurídica, fiabilidad y confianza.

En definitiva, estamos ante una obra de referencia en materia de la cadena de bloques y los contratos inteligentes desde el punto de vista del Derecho privado. El Derecho ha de ofrecer respuestas jurídicas, estableciendo los fundamentos que garanticen que la tecnología subyacente a estos nuevos modelos se ponga al servicio de las personas. Únicamente en la medida en que la cadena de bloques mejore el régimen contractual tiene pleno sentido su implementación. En efecto, la tecnología no ha de ser un fin en sí misma, sino un medio al servicio de la calidad de vida de las personas.

Dr. David López Jiménez
EAE Business School