rBD

REVISTA
BOLIVIANA
DE DERECHO

FUNDACIÓN IVRIS TANTVM

IDIBE
Instituto de Derecho Iberoamericano

tirant lo blanch

REVISTA BOLIVIANA DE DERECHO / EDICIÓN SEMESTRAL / ENERO 2023 / 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

35

DOCTRINA

A) DERECHO DE FAMILIA

01/ Las uniones no matrimoniales y el derecho a la vida familiar en el ámbito de la Unión Europea. María del Carmen Chéliz Inglés (España) 14

02/ Diritto al parto in anonimato e interesse alla verità biologica della filiazione nel panorama europeo. Angela Mendola (Italia). 34

03/ Mecanismos de inscripción de los nacidos por gestación subrogada en el Registro Civil español. Silvia Vilar González (España) 66

B) DERECHO DE SUCESIONES

04/ La primacía del supérstite en la sucesión legal en Inglaterra: comparativa con la regulación del Código civil y el Derecho civil vasco. Maitena Arakistain Arriola (España). 98

05/ El derecho de alimentos sucesorio, ¿alternativa a la legítima? Jon Atxutegi Gutiérrez (España). 126

06/ La sucesión contractual en el Derecho civil vasco: ejercicio de contraste entre la regulación sustantiva y la normativa fiscal concerniente al Impuesto de Sucesiones y Donaciones. Leire Imaz Zubiaur (España). 148

C) DERECHO MERCANTIL

07/ La infracción de las patentes: ¿tutela judicial o administrativa? España y México como paradigmas. José Manuel Magaña Rufino (México) y Marta Cantos Pardo (España). 188

D) DERECHO TRIBUTARIO

08/ Contrato de *escrow* e Impuesto Europeo sobre el Valor Añadido. Enrique de Miguel Canuto (España). 220

E) DERECHO PENAL

09/ *Online child grooming* en España: Análisis del tipo penal a través de la teoría del delito. María Sol Cinosi Fernández (Argentina) 248

F) DERECHO PROCESAL

10/ Las víctimas del delito y su participación en el proceso ante la Corte Penal Internacional. Rosa Pascual Serrats (España) 290

G) DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

11/ Los acuerdos de asociación entre América latina y Europa como instrumento para la defensa de sus valores comunes. Mónica Chinchilla Adell (España). 332

H) DERECHO Y BIOÉTICA

12/ Una propuesta legislativa para la regulación de la gestación por sustitución en España. Laura Fernández Echegaray (España). 354

13/ Las patentes farmacéuticas de las vacunas contra el COVID-19 en contraposición al derecho a la salud en África: viabilidad de la exención del Acuerdo sobre los ADPIC. María Hurtado Benetó (España). 386

I) DERECHO Y NUEVAS TECNOLOGÍAS

14/ Maternidad subrogada, inteligencia artificial, algoritmos y selección de embriones. Francisca Ramón Fernández (España) 414

15/ Criptomonedas: propuestas legislativas para Argentina. Antonella Di Laudo (Argentina) 438

CUESTIONES DE INTERÉS JURÍDICO

16/ La capitalización de la pensión por alimentos en la liquidación del régimen económico matrimonial. Sergio Tudela Chordà (España). .. 466

17/ Revictimización de menores de edad por violación sexual y rol de los operadores de justicia de la selva peruana en el marco del derecho a la integridad. Erika Paola Campoverde Flores (Perú) 486

18/ La confesión del imputado y la garantía de no autoincriminación en el sistema inquisitivo. Guido Adrián Palacín (Argentina). 502

COMENTARIOS

A) DERECHO DE FAMILIA

19/ Los derechos afectados por la intervención de detectives en los procedimientos de familia. Comentario a la STS de España núm. 851/2021, de 9 de diciembre. Juan José Nevado Montero (España) .. 518

20/ Cassazione S.U. 18641/2022 e riflessioni sull'assegnazione della casa familiare. Martina Rodovero (Italia). 528

21/ El derecho de visita como instrumento de resolución de conflictos en la guarda de hecho. Comentario a la SAP Santander 85/2022, de 14 de febrero. Celia Prados García (España) 540

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

22/ Resolución de los contratos de compraventa de inmuebles vinculados a posteriores desarrollos urbanísticos. Comentario a las SSTS de España, núm. 484/2022, de 15 de junio; 488/2022, de 21 de junio; 656/2022, de 11 de octubre, y 801/2022, de 22 de noviembre. José Mª. Cardós Elena (España) 554

C) DERECHO TRIBUTARIO

23/ Aplicación de la STC 182/2021, de 26 de octubre, que declara la inconstitucionalidad de la plusvalía municipal. Comentario de la Sentencia núm. 126/2022, de 5 de abril, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3, de Valencia. Fernando Hernández Guijarro (España).....570

PANORAMA

24/ Recorrido jurídico sobre medidas de apoyo a las personas con discapacidad. Gema Polonio de Dios (España).....588

25/ Los planes de reestructuración en el nuevo régimen de la insolvencia español. Roberto Rivas Urbina (España).....626

26/ La construcción y descategorización de los derechos fundamentales al debido proceso y a una resolución debidamente fundamentada en Bolivia. Dora Montenegro Caballero (Bolivia). 658

RECENSIONES

27/ Agustonoy Guilayn, A. y Monclús Ruiz, J. *Aspectos legales de las redes sociales,* Madrid, Wolters Kluwer, 2021. Patricia Vargas Portillo 684

29/ Díaz Limón, J. A.: *Derecho en tiempos de Zuckerberg. Estudio jurídico sobre las condiciones políticas y normas de Facebook,* Tirant Lo Blanch, México, 2019. David López Jiménez. 688

29/ García Más, F. J.: *Firma electrónica, contratos electrónicos y otras cuestiones,* Cuniep Editorial, Madrid, 2022. David López Jiménez. 691

30/ Martínez Calvo, J.: *El derecho al olvido digital como remedio frente a la hipermnesia de Internet,* Thomson Reuters, Navarra, 2021. Patricia Vargas Portillo.....696

31/ Ramón Fernández, F.: *Vivienda inteligente: domótica, inteligencia artificial y regulación legal,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2022. José Ramón de Verda y Beamonte.....700

32/ Shklar, J. N. (trad. Ramos Fontecoba, R.): *Sobre la utopía, Página Indómita,* Barcelona, 2021. Rodolfo Marcone Lo Presti 703

32/ Cobas Cobiella, Mª. E.: *Derecho de Sucesiones. Bases para una reforma,* Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor..... 713

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 Emérito 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, Universidad de Valencia, 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
Catedrático 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
Contratado "Margarita Salas", Universidad de Alicante, España

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

GONZALO MUÑOZ RODRIGO
Profesor Ayudante, Universidad de Valencia, España

DR. RICARDO PAZOS CASTRO
Profesor colaborador asistente, Universidad Pontificia Comillas de Madrid, España

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

DOCTRINA

LAS UNIONES NO MATRIMONIALES Y EL DERECHO A LA VIDA FAMILIAR EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA*

NON-MARRIAGE UNIONS AND THE RIGHT TO FAMILY LIFE IN THE SCOPE OF THE EUROPEAN UNION

Rev. Boliv. de Derecho Nº 35, enero 2023, ISSN: 2070-8157, pp. 14-33

* Trabajo realizado como resultado de una estancia de investigación postdoctoral en el *Institut de recherche en Droit International et Européen de la Sorbonne (IREDIES)*, realizada gracias a una ayuda concedida por la Universidad de Zaragoza, Fundación Bancaria Ibercaja y Fundación CAI, cuyo número de referencia es CH 7/21.

María del Carmen CHÉLIZ INGLÉS

ARTÍCULO RECIBIDO: 20 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 15 de diciembre de 2022

RESUMEN: El objetivo del presente trabajo es analizar el alcance del derecho a la vida familiar de los miembros de las uniones no matrimoniales. En este contexto, tanto la Directiva 2004/38, como la Directiva 2003/86, contemplan, aunque con distinto alcance, las uniones registradas e incluso las no registradas como modelos familiares que pueden resultar, bajo determinadas circunstancias, beneficiarios del derecho a la libre circulación y residencia, y a la reagrupación familiar. Sin embargo, la virtualidad de estos derechos en la práctica, en ocasiones, puede verse afectada cuando su ejercicio está condicionado por el reconocimiento de la unión en el Estado en el que desean ejercer su libertad de circulación o de residencia, o su derecho a reagruparse. Por ello, se trata de delimitar las limitaciones y obstáculos con los que se pueden encontrar en la práctica en relación con los derechos a la libre circulación y residencia, y a la reagrupación familiar. Además, se analizarán las diferencias existentes entre las uniones registradas y las no registradas.

PALABRAS CLAVE: Uniones no matrimoniales; parejas de hecho; reagrupación familiar; derecho a la vida familiar.

ABSTRACT: *The objective of this paper is to analyze the scope of the right to family life of members of non-marital unions. In this context, both Directive 2004/38 and Directive 2003/86 contemplate, although with different scope, registered and even unregistered unions as family models that may result, under certain circumstances, beneficiaries of the right to free movement and residence, and family reunification. However, the virtuality of these rights in practice can sometimes be affected when their exercise is conditioned by the recognition of the union in the State in which they wish to exercise their freedom of movement or residence, or their right to regroup. For this reason, it is about delimiting the limitations and obstacles that can be found in practice in relation to the rights to free movement and residence, and to family reunification. In addition, the differences between registered and unregistered unions will be analyzed.*

KEY WORDS: *Non-marital unions; de facto couples; family reunification; right to family life.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LAS UNIONES REGISTRADAS.- 1. Derecho a la libre circulación de la pareja del ciudadano de la Unión Europea.- 2. Derecho a la reagrupación familiar de la pareja del ciudadano de un tercer Estado.- III. LAS UNIONES NO REGISTRADAS.- 1. Derecho a la libre circulación de la pareja del ciudadano de la Unión Europea.- 2. Derecho a la reagrupación familiar de la pareja del ciudadano de un tercer Estado.- IV. LAS UNIONES DE CONVENIENCIA Y LA LUCHA CONTRA EL FRAUDE.- V. CONSIDERACIONES FINALES Y RETOS PENDIENTES.

I. INTRODUCCIÓN.

Junto al tradicional modelo familiar, representado por el matrimonio, desde hace algunos años se ha instaurado, en muchos de los países de la Unión Europea, un conocido fenómeno social representado por las parejas de hecho. Las parejas de hecho se pueden definir como aquellas uniones afectivas de dos personas, que conviven en una comunidad de vida, sin estar unidas en matrimonio. Partiendo de esta definición genérica, hay que distinguir también entre aquellas parejas que se han inscrito como tal en un Registro (uniones registradas), de aquellas otras que no lo han hecho (uniones no registradas).

Como muestra de esta realidad social, según datos del INE[1], en España el número de parejas de hecho aumentó cerca de un 200% entre el año 2001 y el 2011. Datos más recientes muestran que se ha pasado de 1.567 parejas registradas en el año 2013, a 1.826 en el año 2020. En contrapartida a este aumento de las parejas de hecho, cada vez son menos los matrimonios celebrados, a pesar de que siguen superando por mucho a las parejas de hecho. Así, en el año 2013 fueron 9.889 los matrimonios celebrados, mientras que en el año 2020 únicamente se celebraron 9.480. Por lo tanto, se puede observar una disminución del número de matrimonios celebrados, y un aumento de las uniones de hecho como vía para establecer una familia. Y esta situación se ha producido también en la mayoría de los países de nuestro entorno[2].

1 Datos extraídos de la página web del Instituto Nacional de Estadística (INE), disponibles en el siguiente enlace: https://www.ine.es/jaxi/Tabla.htm?path=/t20/p274/serie/prov/p01/l0/&file=01018.px&L=0.

2 Los últimos datos estadísticos extraídos de Eurostat datan del año 2011, y reflejan una disminución progresiva de la celebración de matrimonios, pese a que en torno a un 71,2 % de todas las familias de la UE estaban compuestas por parejas casadas. Las parejas de hecho, las uniones libres y las familias monoparentales representaban algo más de una cuarta parte (28,8 %) del total de núcleos familiares. En dicho estudio se muestra que los porcentajes más altos de parejas que optaron por la unión libre se encuentra en varias regiones de los países bálticos y nórdicos. Así, más de un tercio de las parejas de varias regiones estonias y suecas y de la capital danesa Byen København vivían en unión libre. Por su parte, la

• María del Carmen Chéliz Inglés
Profesora Ayudante Doctora de Derecho Internacional Privado en la Universidad de Zaragoza. Responsable de Administración de Millennium DIPr. Miembro del Instituto Universitario de Investigación en Empleo, Sociedad Digital y Sostenibilidad (IEDIS) de la Universidad de Zaragoza. Miembro del Grupo Consolidado de Investigación del Gobierno de Aragón "Ius Familiae". Correo electrónico: mcheliz@unizar.es.

De manera paralela a este aumento de las parejas de hecho, en las últimas décadas se ha asistido a un incremento de las relaciones privadas internacionales. Salta a la vista que hoy en día vivimos en un mundo totalmente globalizado, y una de las consecuencias que conlleva es que existe una gran movilidad de personas, que ha incrementado las relaciones privadas internacionales en el ámbito personal y familiar. En consecuencia, cada vez son más frecuentes las parejas de hecho mixtas (formadas por dos personas de distinta nacionalidad), y la movilidad de estas parejas dentro de la Unión Europea.

En este marco global e internacional, las diferentes concepciones sobre la familia en los distintos Estados hacen que la regulación de las parejas de hecho varíe mucho y sea muy dispar de unos países a otros[3]. Hasta el punto de que hay 6 países de la UE, como son Bulgaria, Letonia, Lituania, Polonia, Rumanía y Eslovaquia, en los que no se contempla este tipo de unión. Además, entre los países que sí que prevén la institución de las uniones de hecho, se observa asimismo una gran disparidad en su regulación y en los efectos que se les otorga[4].

Estas grandes divergencias pueden acarrear en la práctica una importante problemática en relación con el derecho a la vida familiar y, en especial, a la libre circulación de personas en la Unión Europea y al derecho a la reagrupación familiar.

Por un lado, el legislador europeo contempla las uniones registradas como modelos familiares beneficiarios del derecho a la libre circulación y residencia, en el marco de la Directiva 2004/38 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los

proporción más alta de parejas de hecho registradas se halló en Bélgica. Datos disponibles en el siguiente enlace: https://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=cens_11fts_r3&lang=en.
En Francia, el número de PACS (pacto civil de solidaridad) casi ha alcanzado al de matrimonios. Así, durante el año 2019 se celebraron 227.000 matrimonios y en el año 2018 fueron 209.000 las PACS formalizadas, según datos del *Bilan démographique 2019*, realizado por *L'Institut national de la statistique et des études économiques*. Estudio disponible en el siguiente enlace: https://www.insee.fr/fr/statistiques/4281618. El PAC es, junto con el matrimonio, una de las dos formas de unión civil admitida en el ordenamiento jurídico francés. Viene definido por el art. 515-1 del CC francés como un "contrato concluido por dos personas físicas mayores de edad, de igual o diferente sexo, para organizar su vida en común". Para más información sobre esta figura véase, entre otros: Martineau-Bourgninaud, V.: *Le PACS, 20 ans après!*, París, Dalloz, 2020; Beignier, B./Torricelli-Chrifi, S.: *Droit des régimes matrimoniaux, du PACS et du concubinage*, Collection cours, Lextenso, 2018, especialmente pp. 307-328; Renault-Brahinsky, C.: *Droit des personnes et de la famille*, Collection mémentos, Gualino, 2021/2022, especialmente pp. 117-128 ; Javier, Y.: "La notion de couple de fait en droit français: "Concubinage" vs. PACS et mariage", *Actualidad jurídica Iberoamericana*, agosto 2019, pp. 64-77.

3 Las diferencias se encuentran ya desde un inicio en la propia denominación de la figura. Algunos Estados utilizan el término de "parejas de hecho", pero también se emplean otros términos como "unión estable", "cohabitación legal", "cohabitación confirmada", "unión civil", "unión de hecho", "pacto civil de solidaridad", etc. A ello hay que añadir que, en muchos casos, el significado de estos términos y los requisitos exigidos para ser considerados como tal también son diferentes.

4 A modo de ejemplo, algunos países como Dinamarca, Suecia, Finlandia, Islandia, o Italia únicamente prevén la figura de las parejas de hecho, para las parejas del mismo sexo. En cambio, otros países sí que permiten que establezcan este tipo de unión tanto las parejas del mismo sexo, como también las de sexo diferente. Entre estos países se encuentran, por ejemplo, Países Bajos, Bélgica, Francia, o España a través de la normativa de las distintas Comunidades Autónomas.

Estados. Asimismo, respecto de las uniones estables no registradas debidamente probadas, se establece que los Estados faciliten la entrada y residencia de la pareja estable.

Por otra parte, el debido respeto a la vida familiar exige extender el derecho a la libre circulación a los miembros de la familia, con independencia de su nacionalidad, así como articular mecanismos para que el inmigrante pueda traer a su familia, a través del derecho de reagrupación familiar, que es objeto de la Directiva 2003/86. Dicho instrumento jurídico incluye a los miembros de las parejas de hecho, registradas o no, como posibles beneficiarios del derecho a la reagrupación familiar. Igualmente, contempla que los Estados miembros puedan decidir que las parejas registradas reciban el mismo trato que los cónyuges respecto de la reagrupación familiar.

Sin embargo, a pesar de que se trata de derechos reconocidos por distintos instrumentos jurídicos de la UE, la virtualidad práctica del derecho fundamental a la libertad de circulación y de residencia y del derecho a la reagrupación familiar, se puede ver limitada cuando está condicionada por el reconocimiento de la pareja de hecho en el Estado en el que los miembros de esa unión desean ejercer tales prerrogativas.

Todo ello hace que los integrantes de este tipo de uniones puedan encontrarse en la práctica con obstáculos para ejercer su derecho a la vida familiar, derivados de la ausencia de una normativa armonizada, y la disparidad existente entre las legislaciones de los distintos Estados miembros en esta materia.

Partiendo de este contexto, se va a analizar, en primer lugar, la situación de los miembros de las uniones registradas, aquellos que se han inscrito como tal en un Registro.

II. LAS UNIONES REGISTRADAS.

Dentro de las uniones registradas, hay que establecer una distinción entre aquellas integradas por un ciudadano de la UE, y aquellas otras integradas por dos ciudadanos de terceros Estados, ya que ambas reciben una regulación dispar. Cuando se trata de una unión registrada en la que el ciudadano de la UE desea extender su derecho de libre circulación y residencia a su pareja, con independencia de su nacionalidad, es de aplicación la Directiva 2004/38. En el supuesto de un ciudadano de un tercer Estado, que pretende reagrupar consigo a su pareja, también nacional de un país de fuera de la UE, resulta de aplicación la Directiva 2003/86.

No obstante, con carácter previo al análisis de ambas normas, resulta relevante poner de manifiesto un primer inconveniente que surge en relación con el propio concepto de "unión registrada", en tanto que ni la Directiva 2001/38 ni la Directiva 2003/86 proporcionan una definición al respecto. En este punto, además, es de destacar las diferencias existentes entre los distintos Estados en cuanto a la propia naturaleza y efectos de los Registros de uniones de hecho[5]. A modo de ejemplo, estos Registros pueden gozar de naturaleza administrativa o de naturaleza civil, la inscripción puede ser constitutiva o no constitutiva, pueden regirse por un régimen de publicidad más o menos amplio, etc.[6]. No se proporciona una definición armonizada de "unión registrada", sino que la consideración de una unión como "registrada" va a depender de la calificación que se realice en cada Estado miembro[7], lo cual puede generar situaciones de inseguridad jurídica o/e incluso de desigualdad.

5 Al respecto, es preciso tener en consideración que, una vez constituida la unión, el documento correspondiente deberá circular en el territorio de los Estados miembros. Sobre esta cuestión, de gran relevancia desde el punto de vista práctico, véase Diago Diago, Mª. P.: "La circulación de documentos públicos en situaciones transfronterizas: la tensión entre la seguridad jurídica y la reducción de las cargas para el ciudadano", en AA.VV.: *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2019*, (dir. por J. L. De Castro Ruano, I. Otaegi Aizpurua, J. Soroeta Liceras,), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 81-132; y Carrizo Aguado, D.: "La "aceptación" del documento público extranjero a la luz del Reglamento (UE) 2016/1104 sobre los efectos patrimoniales de las uniones registrales", en AA.VV.: *50 años de derecho internacional privado de la Unión Europea en el diván*, (dir. por C. Esplugues Mota, Mª. P. Diago Diago y P. Jiménez Blanco), Tirant lo Blanch, 2019, pp. 237-255.

6 Sin ánimo de profundizar en este punto, la problemática señalada adquiere especial relevancia en España, donde no hay un Registro único de parejas de hecho, sino que nos encontramos con distintos Registros autonómicos. Todos estos Registros tienen naturaleza administrativa (en contraposición a los Registros de naturaleza civil, los de naturaleza administrativa no modifican el estado civil de los miembros de la unión registrada), pero mientras que en algunas CCAA el registro de la unión es constitutivo (como sucede en Aragón, Valencia, Baleares, Extremadura, País Vasco, Cantabria y Galicia), en otras es meramente declarativo (como es el caso de Cataluña o Canarias). E incluso hay CCAA que no contemplan Registro alguno de parejas de hecho. Sobre esta cuestión véase Alonso Herreros, D.: "Funcionamiento y eficacia de los Registros de uniones civiles de hecho en España y en otros países europeos", *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 15, enero-abril 2002, pp. 93-112; Mesa Marrero, C.: "Una valoración sobre los registros de uniones de hecho y la posible extralimitación competencial del legislador autonómico", *Revista de Derecho Civil*, vol. IV, núm. 4, octubre-diciembre 2017, pp. 265-281. En relación con lo anterior, hay autores que han manifestado sus dudas acerca de si una pareja de hecho inscrita en un Registro autonómico no constitutivo como es el catalán, va a ser aceptada en otros Estados, o no, a los efectos aquí analizados. En este sentido véase Soto Moya, M. "El Reglamento (UE) 2016/1104 sobre el régimen patrimonial de las parejas registradas: algunas cuestiones controvertidas de su puesta en funcionamiento en el sistema español de Derecho internacional privado", *Revista electrónica de Estudios internacione*s, 2018, especialmente p. 7; Marín Consarnau, D.: "Las "uniones registradas" en España como beneficiarias del derecho de la UE a propósito de la Directiva 2004/38/CE y del Reglamento (UE) 2016/1104", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 9, núm. 2, octubre 2017, pp. 419-447, especialmente pp. 430-435; Marín Consarnau, D.: "Las uniones no matrimoniales como familiares reagrupables: Problemática específica en Cataluña", *Revista de Derecho Migratorio y de Extranjería*, núm. 27, 2011, pp. 39-59. En ambos trabajos, la autora plantea la desigualdad generada dentro del territorio español, que puede dar lugar a un "turismo registral", y que, en ocasiones, podría suponer un obstáculo a la libre circulación de las parejas creadas al amparo de determinadas normativas autonómicas.

7 A modo de ejemplo, el RD 240/2007, que transpone la Directiva 2004/38 introduce el requisito de que el registro sea único. De esta manera, en principio, una pareja de hecho registrada en un país como España, en el que no haya un Registro único de uniones de hecho, no va a ser considerada como unión registrada a los efectos de la Directiva anteriormente mencionada.

Teniendo en cuenta esta observación preliminar, se va a analizar a continuación la extensión del derecho de libre circulación y residencia a favor de la pareja registrada de un ciudadano de la UE.

1. Derecho a la libre circulación de la pareja del ciudadano de la Unión Europea.

Como se ha tenido ocasión de señalar con anterioridad, este derecho viene regulado en la Directiva 2004/38, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Derecho a la libre circulación de los ciudadanos de la UE, que se extiende a sus familias.

En primer lugar, hay que indicar que la presente Directiva no es aplicable si el ciudadano de la UE reside y siempre ha residido en el Estado miembro del que es nacional. Por consiguiente, es necesario que haya ejercido su derecho a la libre circulación en el territorio de la UE, o bien, que se trate de un nacional de un Estado miembro, que ha nacido en otro Estado miembro y reside en dicho país. Ello se deriva del art. 3.1. de la Directiva, que señala que "La presente Directiva se aplicará a cualquier ciudadano de la Unión que se traslade a, o resida en, un Estado miembro distinto del Estado del que tenga la nacionalidad, así como a los miembros de su familia, tal como se definen en el punto 2 del artículo 2, que le acompañen o se reúnan con él".

Ahora bien, el TJUE ha interpretado que también se pueden beneficiar del derecho a ser acompañados por su familia, los ciudadanos de la UE que han ejercido su derecho a la libre circulación, una vez que regresan a su Estado de origen[8]. De esta manera se está ampliando el alcance de la Directiva, otorgando derechos a los familiares que pretenden acompañar al ciudadano de la UE de regreso a su propio Estado.

En segundo término, como el propio art. 3.1. señala, para que un familiar se pueda beneficiar del derecho a acompañar o reunirse con el ciudadano comunitario, es necesario que se encuentre incluido en la noción de "miembro de la familia", definida en el art. 2.2. En concreto, la letra b) de dicho precepto incluye como "miembro de la familia", a "la pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión registrada, con arreglo a la legislación de un Estado miembro, si la legislación del Estado miembro de acogida otorga a las uniones registradas un trato equivalente a los matrimonios y de conformidad con las condiciones establecidas en la legislación aplicable del Estado miembro de acogida".

8 Trata este aspecto y analiza las sentencias del TJUE de 7 de julio de 1992, C-370/90, caso *Singh*; de 11 de diciembre de 2007, C-291/05, caso *Eind*; y de 12 de julio de 2018. C-89/17, Caso *Banger*, MILIOS, G. *El derecho a la vida familiar de los extranjeros*, Comares, Granada, 2021, pp. 84-86.

De esta manera, se extiende el derecho a la libre circulación a la pareja registrada del ciudadano de la UE, siempre y cuando el Estado de acogida otorgue a las uniones registradas un trato equivalente al matrimonio. Esto es, los Estados miembros solo están obligados a incluir las uniones registradas al transponer la Directiva si este tipo de relación afectiva en su país recibe un trato equivalente al matrimonio[9]. Ello permite que los Estados miembros que no contemplan la institución de las parejas de hecho, no reconozcan este derecho a los miembros de las parejas registradas válidamente en otro Estado miembro; e incluso plantea problemas en aquellos Estados que sí que conocen dicha institución, pero que no le conceden un trato equivalente al matrimonio. Estos países tampoco van a verse obligados a contemplar a los miembros de las parejas registradas como beneficiarios de los derechos existentes en el marco de la Directiva 2004/38.

Por consiguiente, el art. 2.2.b) deja un amplio margen de discrecionalidad a los Estados, que únicamente se van a ver obligados a reconocer estos derechos a las parejas registradas, cuando en el Estado de acogida tales uniones reciban un trato equivalente al de los matrimonios. En definitiva, el ejercicio del derecho a la libre circulación de estas parejas, debidamente registradas en un Estado miembro, va a depender de los efectos concedidos a este tipo de uniones en el Estado de acogida y del modo en que han transpuesto la Directiva a su ordenamiento jurídico interno[10].

En cualquier caso, cumpliéndose las circunstancias previstas en el art. 2.2.b), la pareja registrada de un ciudadano de la UE va a disfrutar de los mismos derechos que éste reconocidos por la Directiva, entre los que destaca el derecho de entrada y salida entre los Estados miembros (arts. 4 y 5 de la Directiva), el derecho de estancia por un periodo inferior a los tres meses (art. 6), el derecho de residencia de mayor o menor duración en función de las circunstancias personales

9 A modo de ejemplo, en España la transposición a la Directiva 2004/38 se ha realizado mediante el Real Decreto 240/2007 de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo; que posteriormente fue modificado por el Real Decreto 987/2015, de 30 de octubre. El art. 2 del Real Decreto 240/2007, en su apartado b) incluye dentro del concepto de "miembro de la familia" a la pareja registrada del ciudadano comunitario. Ahora bien, introduce el requisito de que la inscripción se haya realizado en un Registro público de un Estado miembro, que impida la posibilidad de dos registros simultáneos en dicho Estado. Ello excluiría a todas aquellas parejas inscritas como tal en un Registro de un Estado miembro que no fuera único (como sucede por ejemplo en España, donde, como se ha señalado anteriormente, son las distintas CCAA las que se han ocupado de esta cuestión a través de Registros administrativos autonómicos). Esta situación ha sido corregida mediante la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010, que suprime la exigencia del requisito del registro único, al ser una limitación no contemplada por la Directiva.

10 Sobre esta cuestión, Milios, G.: *El derecho a la vida familiar de los extranjeros*, Comares, Granada, 2021, p. 75, propone que "el legislador de la UE podría haber sido más generoso a este respecto, fijando que el Estado miembro de acogida tiene que aceptar las uniones registradas si estas existen en la legislación nacional del Estado miembro de origen". Sin duda, una solución de tal calibre permitiría garantizar de manera efectiva, la libre circulación de las uniones registradas en la UE, protegiendo de esta manera su derecho a la vida familiar.

del miembro de la pareja ciudadano de la Unión (arts. 6, 7.1, 7.2, 16.1 y 16.2), o el derecho a trabajar por cuenta ajena o propia (art. 23).

Una vez analizada esta cuestión, se va a pasar a examinar el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar de la pareja registrada de un ciudadano de un tercer Estado.

2. Derecho a la reagrupación familiar de la pareja del ciudadano de un tercer Estado.

El derecho a la reagrupación familiar viene regulado en la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003.

Dejando a un lado los requisitos que ha de reunir un ciudadano de un tercer Estado para poder reagrupar consigo en la UE a determinados miembros de su familia[11], la lista de los miembros reagrupables viene establecida en el art. 4 de la Directiva. En concreto, es el apartado 3 el que contempla a la pareja registrada del reagrupante, y lo hace en los siguientes términos:

"Los Estados miembros *podrán*, por vía legislativa o reglamentaria, *autorizar la entrada y la residencia*, de conformidad con la presente Directiva y siempre que se cumplan las condiciones establecidas en el capítulo IV, de la pareja no casada nacional de un tercer país que mantenga con el reagrupante una *relación estable debidamente probada*, o del nacional de un tercer país que constituya con el reagrupante *una pareja registrada*, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 5, y de los hijos menores no casados, incluidos los adoptivos, de estas personas, así como de los hijos mayores solteros de estas personas, cuando no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud.

Los Estados miembros podrán decidir que las *parejas registradas* reciban el mismo trato que los cónyuges respecto de la reagrupación familiar".

Por consiguiente, este precepto, de nuevo, no impone la obligación de autorizar la reagrupación a la pareja registrada del ciudadano extranjero (como sí que ocurre respecto del cónyuge[12], en aplicación del art. 4.1), sino que es una

11 El art. 3.1. de la Directiva establece que el reagrupante ha de ser titular de un permiso de residencia expedido por un Estado miembro por un período de validez superior o igual a un año, y debe tener asimismo una perspectiva fundada de obtener un derecho a la residencia permanente. Además, los Estados miembros pueden exigir que el reagrupante haya residido legalmente en su territorio durante un periodo determinado (que no puede ser superior a dos años), antes de que sea posible la reagrupación (art. 8). Por otro lado, los Estados miembros también pueden requerir al reagrupante que cumpla determinadas medidas de integración (art. 7.2), y que acredite que dispone de condiciones materiales como una vivienda, un seguro de enfermedades, recursos suficientes, etc. (art. 7.1).

12 Aunque en el caso de los cónyuges sí que se impone la obligación a los Estados miembros de aceptarlos como familiares reagrupables, tienen la potestad de exigir que el reagrupante y su cónyuge tengan una

cuestión que queda al albur de cada Estado miembro. Además, en su primer párrafo, menciona tanto a la pareja con la que el regrupante mantenga una "relación estable debidamente probada", como a la "pareja registrada". Por lo tanto, como se tendrá ocasión de analizar más adelante en el presente estudio, la Directiva permite que los Estados autoricen la entrada y residencia no solo de las parejas registradas, sino también de las no registradas. En cualquier caso, otra vez, queda en manos de los Estados miembros implementar tal posibilidad, o prescindir de ella.

Finalmente, en el segundo párrafo de este art. 4.3 se permite también que los Estados miembros puedan decidir que las parejas registradas reciban el mismo trato que los cónyuges respecto de la reagrupación familiar. En este caso, esta igualdad de trato con los cónyuges, sí que está abierta únicamente a las parejas registradas, quedando excluidas, por tanto, las uniones no registradas. No obstante, una vez más, los Estados no están obligados a integrar esta norma en su ordenamiento interno[13].

Si se compara este precepto con el art. 2.2. de la Directiva 2004/38, se observa un trato menos favorable respecto de las parejas registradas de los ciudadanos de terceros estados, en comparación con las parejas registradas de los ciudadanos de la UE. Así, mientras que en este último caso los Estados miembros que conceden a las uniones registradas un trato equivalente al de los matrimonios, están obligados a contemplar a los miembros de estas uniones como beneficiarios de los derechos existentes en el marco de la Directiva 2004/38; tal obligación no existe en el marco del ejercicio a la reagrupación familiar, contemplado en la Directiva 2003/86. De esta manera, ni siquiera los Estados que otorgan un trato equivalente a las uniones registradas y a los matrimonios, tienen el deber de incluir a los miembros de estas parejas entre los familiares reagrupables.

Ello, además de los obstáculos que plantea en el ejercicio del derecho a la vida familiar para este tipo de parejas, podría ocasionar la paradoja de un Estado que reconozca la equivalencia entre las uniones registradas y los matrimonios y, sin embargo, no incluya a los miembros de estas uniones entre los familiares

edad mínima que no puede superar los 21 años. Sobre esta cuestión véase Chéliz Inglés, Mª. C.: "Los matrimonios forzados y el establecimiento de una edad mínima para la reagrupación familiar del cónyuge", *Revista de derecho migratorio y extranjería*, núm. 40, 2015, p. 15-32.

13 En el ordenamiento jurídico español, La Ley Orgánica 2/2009 y el Real Decreto 2393/2004, que transponen la Directiva 2003/86, permiten la reagrupación de las parejas no casadas (art. 17.4 LO), aunque no queda claro si incluye también las parejas no registradas, y va más allá de lo establecido en la Directiva. Por otra parte, en España se reconoce el derecho de los ciudadanos extracomunitarios a reagrupar consigo a la persona con la que mantengan una relación de afectividad análoga a la conyugal (registrada o no registrada). Así lo establecen el art. 53.b) del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, el art. 17.4. de la Ley Orgánica de Extranjería 4/2000 y el art. 53.b) del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 4/2000. Finalmente, el art. 40.1. de la Ley española de asilo también incluye en el concepto de familia a la pareja con la que el beneficiario de protección internacional tiene una relación análoga a la conyugal.

reagrupables, generando, en este caso, una desigualdad con respecto a los cónyuges, que sí que están incluidos.

Finalmente, la Directiva concede a los familiares reagrupados el derecho de residencia en el Estado miembro de acogida (art. 13) y el derecho de acceso a la educación o a un trabajo (art. 14). Pero más allá de la regulación expresa de estos dos derechos, deja un amplio margen de discrecionalidad a los Estados Miembros para regular el estatuto jurídico de estas personas una vez admitidas en el Estado de acogida.

En definitiva, como se ha tenido ocasión de analizar en el presente apartado, la Directiva 2004/38 y, de manera todavía más acusada, la Directiva 2003/86, no garantizan que los miembros de una unión registrada puedan ejercer de manera efectiva en la UE su derecho a la libre circulación y residencia, o su derecho a la reagrupación familiar. Ello va a depender, por un lado, del tratamiento que reciben las uniones registradas en el Estado de acogida, y, por otro lado, de la propia voluntad de los Estados miembros de adoptar unas políticas migratorias más o menos restrictivas.

Siendo esta la situación de las uniones registradas, a continuación, se va a examinar la de las uniones no registradas que se caracteriza por una mayor incertidumbre, que deriva de su propia situación que, de facto, entraña inseguridad.

III. LAS UNIONES NO REGISTRADAS.

De nuevo, dentro de las uniones no registradas, hay que distinguir entre las compuestas por un ciudadano de la UE, y las integradas por dos ciudadanos de terceros Estados, ya que ambas son reguladas de manera dispar. Cuando se trata de una unión no registrada en la que el ciudadano de la UE desea extender su derecho de libre circulación y residencia a su pareja, con independencia de su nacionalidad, es de aplicación la Directiva 2004/38. En el supuesto de un ciudadano de un tercer Estado, que pretende reagrupar consigo a su pareja, también nacional de un país de fuera de la UE, resulta de aplicación la Directiva 2003/86.

Para referirse a este tipo de uniones, ambas Directivas emplean el concepto de pareja con la que se mantiene una "relación estable, debidamente probada". Sin embargo, ninguna de las dos proporciona una definición de qué hay que entender como tal, o cuándo se considera que una relación estable ha sido debidamente probada. En este punto son numerosos los interrogantes que surgen: ¿es necesario una duración mínima para que se considere que se trata de una relación estable? Si es así, ¿a partir de qué lapso temporal se entiende que se cumple tal requisito de la estabilidad? ¿Es necesario que la pareja conviva? ¿Afecta en algo que hayan tenido hijos en común?

Al no obtener respuesta ni en la Directiva 2004/38 ni en la Directiva 2003/86, todas estas cuestiones quedan dentro del margen de apreciación de cada Estado miembro, que va a poder establecer qué circunstancias y requisitos han de reunirse, para poder considerar que una pareja mantiene una "relación estable, debidamente probada"[14].

Se parte, por lo tanto, de esta indeterminación terminológica, que supone un primer inconveniente a la hora de analizar los derechos de las uniones no registradas.

1. Derecho a la libre circulación de la pareja del ciudadano de la Unión Europea.

En primer lugar, respecto del ejercicio del derecho a la libre circulación en la UE de los miembros de las uniones no registradas, el art. 3.2. b) de la Directica 2004/38 establece que el Estado miembro de acogida facilitará, de conformidad con su legislación nacional, la entrada y la residencia de la pareja con la que el ciudadano de la Unión mantiene una relación estable, debidamente probada.

Como se puede observar, el art. 3.2. b) de la Directiva 2004/38 únicamente impone a los Estados la obligación de "facilitar" la entrada y la residencia de la pareja no registrada, pero sin concretar cómo se ha de materializar tal obligación, ni el alcance de la misma. Así, esta disposición podría suponer en la práctica simplemente que la tramitación de las solicitudes de los miembros de las uniones no registradas se realizará de forma prioritaria, o incluso que la admisión de estas personas esté sujeta a normas más estrictas (como visados o medidas de integración)[15].

Por consiguiente, la situación de los miembros de las uniones no registradas es todavía más incierta que la de las uniones registradas, respecto de las cuales el art. 2.2.b) sí que obliga a los Estados que otorgan a las uniones registradas un trato equivalente al matrimonio, a extender el derecho a la libre circulación a la pareja registrada del ciudadano de la UE.

14 A modo de ejemplo, en España, encontramos una definición de este concepto en el Real Decreto 240/2007 de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, que transpone la Directiva 2004/38; y que posteriormente fue modificado por el Real Decreto 987/2015, de 30 de octubre. El art. 2 bis 1 b) del Real Decreto 240/2007 incluye a "La pareja de hecho con la que mantenga una relación estable debidamente probada, de acuerdo con el criterio establecido en el apartado 4.b) de este artículo". Y el mencionado apartado 4 b) especifica que "En el caso de pareja de hecho, se considerará que se trata de una pareja estable aquella que acredite la existencia de un vínculo duradero. En todo caso, se entenderá la existencia de este vínculo si se acredita un tiempo de convivencia marital de, al menos, un año continuado, salvo que tuvieran descendencia en común, en cuyo caso bastará la acreditación de convivencia estable debidamente probada".

15 Milios, G.: *El derecho a la vida familiar de los extranjeros*, cit.

En cualquier caso, esta situación deriva de la propia coyuntura de las uniones que han optado por no inscribirse en un Registro, con la consiguiente dificultad en la prueba de la propia existencia de la pareja, y con la renuncia de los derechos reservados exclusivamente a cónyuges y parejas registradas.

2. Derecho a la reagrupación familiar de la pareja del ciudadano de un tercer Estado.

En cuanto al derecho a la reagrupación familiar de los miembros de las parejas no registradas, se ha de acudir al art. 4.3. de la Directiva 2003/86.

Como se ha señalado anteriormente, el primer párrafo del art. 4.3. solo impone la obligación de aceptar al cónyuge, y no a la pareja estable (registrada o no registrada). No obstante, permite que los Estados autoricen la entrada y la residencia "de la pareja no casada nacional de un tercer país que mantenga con el reagrupante una relación estable debidamente probada, o del nacional de un tercer país que constituya con el reagrupante una pareja registrada". En consecuencia, la Directiva permite que los Estados acepten no solo a las parejas registradas, sino también a aquellas no registradas.

En cualquier caso, se trata de una facultad de los Estados, y no de una imposición. Por lo tanto, de nuevo, la regulación de tal cuestión va a depender de la voluntad de los Estados de recepción.

Por otro lado, el segundo párrafo de este art. 4.3. sí que se refiere exclusivamente a las parejas registradas cuando concede a los Estados miembros la posibilidad de decidir que las parejas registradas reciban el mismo trato que los cónyuges respecto a la reagrupación familiar. Por tanto, tal posibilidad parece excluirse respecto de las uniones no registradas.

En definitiva, se observa una clara distinción entre la regulación del derecho a la vida familiar entre las uniones registradas y las no registradas. Si bien ya se ha indicado que la situación de las primeras no es la más idónea, ello empeora respecto de las segundas. Así, no hay ningún supuesto en el que los Estados miembros estén obligados a extender el derecho a la libre circulación a la pareja no registrada del ciudadano de la Unión Europea, ni a conceder el derecho a la reagrupación familiar a la pareja del ciudadano de un país tercero.

No obstante, dada la situación *de facto* de este tipo de uniones, el hecho de que sus miembros hayan sido incluidos como posibles beneficiarios de estos derechos en las Directivas 2004/38 y 2003/86, aunque en condiciones diferentes a las de las uniones registradas, merece una valoración positiva. De esta manera, se permite que los Estados también protejan el derecho a la vida familiar de estas

personas, cuando cumplan con determinados requisitos previamente establecidos, sin ver afectada su propia seguridad jurídica.

Relacionado con lo anterior, es necesario tener en consideración que la inclusión de los miembros de las uniones de hecho como beneficiarios de estos derechos, en ocasiones, puede ser aprovechado para la realización de conductas fraudulentas, consistentes en la constitución de una pareja de hecho por conveniencia, con la finalidad única de obtener el derecho a residir en un Estado miembro, entre otros posibles beneficios.

IV. LAS UNIONES NO MATRIMONIALES DE CONVENIENCIA Y LA LUCHA CONTRA EL FRAUDE.

En efecto, la facilidad para constituirse como unión no matrimonial, unido a las ventajas ya analizadas que se pueden obtener desde el punto de vista del derecho de extranjería, ha dado lugar a que muchas parejas decidan inscribirse como tal en un registro o a hacerse pasar por pareja, sin la intención real de mantener una relación afectiva, y reclamar los derechos que la normativa les concede[16].

Este fenómeno, que ya se producía en relación con la institución del matrimonio[17], es más difícil de detectar si cabe en estos supuestos, ya que las medidas para evitar o detectar las uniones no matrimoniales fraudulentas en la práctica, como se analizará a continuación, son más limitados.

Por un lado, la Directiva 2004/38 prevé que los Estados adopten medidas tendentes a evitar relaciones fraudulentas. Así, su considerando 28 establece que los Estados miembros pueden "adoptar las medidas necesarias para protegerse contra el abuso de derecho o el fraude de ley, particularmente de los matrimonios de conveniencia o cualquier otra relación contraída con el exclusivo objeto de disfrutar del derecho de libre circulación y residencia". Ello se refleja en el art. 35, cuando se indica que "los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para denegar, extinguir o retirar cualquier derecho conferido por la presente Directiva en caso de abuso de derecho o fraude, como los matrimonios de conveniencia".

16 Por desgracia estas conductas están en alza, tal y como se pone de manifiesto en esta reciente noticia: https://www.lavanguardia.com/vida/20220403/8152510/migrantes-recurren-parejas-hecho-amor-regularizarse.html.

17 Sobre este fenómeno véase Diago Diago, Mª. P.: "La nulidad de los matrimonios de conveniencia o la historia de los matrimonios que nunca existieron", en AA.VV.: *Las migraciones internacionales en el Mediterráneo y Unión Europea*, (coord. por A. G Chueca Sancho, V. L. Gutiérrez Castillo, I. Blázquez Rodríguez), Sevilla, 2009, pp. 282-313. No obstante, en la actualidad los matrimonios de conveniencia en España han disminuido notablemente, a la vez que se han incrementado las parejas de hecho de conveniencia. Ambas circunstancias están estrechamente relacionadas, tal y como se pone de manifiesto en el Informe anual de la Fiscalía de Extranjería, 2014, p. 19.

Por consiguiente, la Directiva habilita a los Estados a que adopten las medidas oportunas para evitar este tipo de conductas fraudulentas. Sin embargo, una vez más, deja en manos de los Estados la concreción de dichas medidas, y las consecuencias que ha de acarrear la constitución de una pareja de complacencia.

Por su parte, la Directiva 2003/83 en su art. 16.2.b) dispone que los Estados miembros podrán denegar una solicitud de reagrupación familiar, así como retirar o denegar la renovación del permiso de residencia de los miembros de la familia, si se demuestra que "el matrimonio, la relación en pareja o la adopción se formalizaron únicamente para que la persona interesada pudiera entrar o residir en un Estado miembro". Asimismo, se especifica que "al llevar a cabo una evaluación sobre este punto, los Estados miembros podrán tener en cuenta, en particular, el hecho de que el matrimonio, la relación en pareja o la adopción se haya formalizado después de que el reagrupante haya obtenido el permiso de residencia".

Para facilitar la aplicación práctica de esta medida, el propio art. 16 en su apartado 4 faculta a los Estados miembros a que realicen controles e inspecciones específicas si tienen sospechas fundadas de fraude en el sentido definido en el apartado 2. Además, también podrán realizar controles específicos en el momento de la renovación del permiso de residencia de miembros de la familia.

De esta manera, los Estados miembros están habilitados para denegar la solicitud de reagrupación familiar, o retirar o denegar la renovación del permiso de residencia del miembro de la unión no matrimonial cuando dicha unión sea fraudulenta; así como a realizar los controles oportunos para comprobar si efectivamente se trata de una relación fraudulenta o no. Pero, de nuevo, el alcance real de estas disposiciones va a depender de la regulación de cada Estado miembro.

En el caso concreto de España, la mayoría de los mecanismos de control establecidos para evitar los matrimonios de complacencia, no son aplicables en el caso de las parejas de hecho. Así, respecto de las uniones no matrimoniales registradas, no existe un control preventivo en el Registro de parejas de hecho, similar al existente durante la tramitación del expediente previo matrimonial[18]. Ello reduce considerablemente la posibilidad de evitar la constitución de parejas

18 Sobre esta cuestión véase el trabajo de Gago Simarro, C.: "Las parejas de hecho de complacencia", *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 4, julio-septiembre, 2020, pp. 217-263. En la p. 240 señala que "el encargado del Registro de Parejas de Hecho una vez realizada la solicitud de inscripción puede comprobar que ninguno de los miembros de la pareja incurre en alguna prohibición para constituir una unión de hecho conforme a la normativa aplicable en cada caso, pero no puede entrar a analizar si existe verdadero consentimiento de formar una relación de afectividad análoga a la conyugal". Asimismo, Alonso Herreros, D.: "Funcionamiento y eficacia de los Registros de uniones civiles de hecho en España y en otros países europeos", *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 15, enero-abril 2002, pp. 93-112, especialmente p. 95, denuncia que los controles de los Registros de parejas de hecho son insuficientes, dando lugar a situaciones que simulan una convivencia de hecho, con el fin de alcanzar beneficios económicos (solicitar nacionalidad española por residencia, regularizar titularidad VPO, aplazar prestación de sostenimiento de cargas familiares…).

de hecho de complacencia. A ello hay que añadir que, como se ha indicado anteriormente, los miembros de las uniones no registradas también pueden ser beneficiarios del derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, o a la reagrupación familiar. En este supuesto, al no existir Registro, la posibilidad de establecer cualquier control previo se ve todavía más limitada, dado que no hay ningún encargado de Registro alguno que pueda ejecutar tal control.

No obstante, sí que pueden resultar de aplicación otros mecanismos tendentes no ya a evitar la constitución de estas parejas, sino a detectarlas a posteriori y sancionarlas, en vía administrativa, entre los que destaca la denegación de la solicitud de residencia en España, si se considera que hay indicios suficientes de que se trata de una pareja de conveniencia[19].

Precisamente estos controles más laxos en comparación con las medidas contra los matrimonios por conveniencia, han favorecido la proliferación de las uniones no matrimoniales fraudulentas. En este sentido, sería conveniente el establecimiento de un mayor número de medidas tendentes a evitar la formalización de una pareja de hecho simulada, disminuyendo de esta manera el riesgo de fraude de la normativa de extranjería y garantizando la veracidad de las uniones de hecho. En este sentido, sería apropiado instaurar en los Registros de parejas de hecho un control similar al existente durante la tramitación del expediente previo matrimonial. No obstante, como paso previo, resulta fundamental una legislación estatal sobre esta materia.

V. CONSIDERACIONES FINALES Y RETOS PENDIENTES.

Como se ha tenido ocasión de analizar, la virtualidad del ejercicio del derecho a la vida familiar, en ocasiones, puede verse afectada en la práctica por la ausencia de una normativa armonizada, y la disparidad existente entre las legislaciones de los distintos Estados miembros en esta materia.

A pesar de que se trata de derechos reconocidos por distintos instrumentos jurídicos de la UE, este derecho fundamental a la libertad de circulación y de residencia y el derecho a la reagrupación familiar, se pueden ver limitados, a la luz del gran margen de discrecionalidad del que gozan los Estados miembros, tal y como se ha expuesto.

Todo ello hace que los integrantes de este tipo de uniones puedan encontrarse en la práctica con obstáculos para ejercer sus derechos en la UE.

19 Sobre estos mecanismos de control véase Gago Simarro, C.: "Las parejas de hecho de complacencia", cit., pp. 217-263, especialmente pp. 244-258.

Sin duda, se trata de una cuestión muy compleja sobre la que sería necesario reflexionar y avanzar soluciones, en aras a garantizar que las parejas de hecho, cuando cumplan determinados requisitos, vean respetado su derecho a la vida familiar en la Unión Europea. Ello cobra especial relevancia en relación con las uniones registradas debidamente en un Estado miembro.

Todo ello, sin perjuicio de la adopción de determinadas cautelas, que son necesarias para evitar la constitución de parejas de hecho simuladas, cuyo único objetivo es conseguir regularizar la situación de residencia de uno de los miembros de la pareja en un determinado país.

De esta manera, se proporcionaría a los miembros de este tipo de uniones una mayor seguridad jurídica, así como a los Estados respecto de los que se plantea su libre circulación.

BIBLIOGRAFÍA

Alonso Herreros, D.: "Funcionamiento y eficacia de los Registros de uniones civiles de hecho en España y en otros países europeos", *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 15, enero-abril 2002.

Barbato, J-C.: "Libre circulation des personnes et concubinage en droit de l'Union européenne. La différenciation des unions par l'Union", en Ben Hadj Yahia, S./Kessler, G. (dirs.): *Le concubinage: Entre Droit et non Droit*, LexisNexis, 2021.

Carrizo Aguado, D.: "La "aceptación" del documento público extranjero a la luz del Reglamento (UE) 2016/1104 sobre los efectos patrimoniales de las uniones registrales", en AA.VV.: *50 años de derecho internacional privado de la Unión Europea en el diván*, (dir. por C. Esplugues Mota, Mª. P. Diago Diago y P. Jiménez Blanco), Tirant lo Blanch, 2019.

Chéliz Inglés, M. C.: "Los matrimonios forzados y el establecimiento de una edad mínima para la reagrupación familiar del cónyuge", *Revista de derecho migratorio y extranjería*, núm. 40, 2015.

Diago Diago, Mª. P.:

- "La circulación de documentos públicos en situaciones transfronterizas: la tensión entre la seguridad jurídica y la reducción de las cargas para el ciudadano", en AA.VV.: *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2019*, (dir. por J. L. De Castro Ruano, I. Otaegi Aizpurua, J. Soroeta Liceras), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

- "La nulidad de los matrimonios de conveniencia o la historia de los matrimonios que nunca existieron", en AA.VV.: *Las migraciones internacionales en el Mediterráneo y Unión Europea*, (coord. por A. G. Chueca Sancho, V. L. Gutiérrez Castillo, I. Blázquez Rodríguez, Sevilla, 2009.

- "La reagrupación familiar de descendientes, personas sujetas a representación legal y de la "pareja de hecho" en la enésima modificación de la Ley 4/2000", *Revista de derecho migratorio y extranjería*, núm. 26, 2011.

Fernández Sánchez, P. A.: "El derecho de reagrupación familiar de los extranjeros", *Derecho y conocimiento*, vol. 1, Facultad de Derecho. Universidad de Huelva.

Gago Simarro, C.: "Las parejas de hecho de complacencia", *Revista de Derecho Civil*, vol.VII, núm. 4, julio-septiembre 2020.

García Cantero, G.: "Parejas de hecho: Historia, régimen y perspectivas de futuro", *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 14, 2021.

García Rodríguez, I.: *Matrimonio e inmigración. El control del consentimiento matrimonial en la reagrupación familiar*, Madrid, 2008.

Gutiérrez Castillo, V. L.: "Ciudadanía europea y protección de la vida familiar. Especial referencia a los nuevos modelos de familia", *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, núm. 1, 2021.

La Spina, E.: ""Buenas/malas" familias migrantes y su integración en la Unión Europea", *Migraciones Internacionales*, vol. 10, art. 2, 2019.

Marín Consarnau, D.:

- "Las uniones no matrimoniales como familiares reagrupables: Problemática específica en Cataluña", *Revista de Derecho Migratorio y de Extranjería*, núm. 27, 2011.

- "Las "uniones registradas" en España como beneficiarias del derecho de la UE a propósito de la Directiva 2004/38/CE y del Reglamento (UE) 2016/1104", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, núm. 2, octubre 2017.

Mesa Marrero, C.: "Una valoración sobre los registros de uniones de hecho y la posible extralimitación competencial del legislador autonómico", *Revista de Derecho Civil*, vol. IV, núm. 4, octubre-diciembre 2017.

Milios, G.: *El derecho a la vida familiar de los extranjeros*, Comares, Granada, 2021.

Ortega Giménez, A. y Castellanos Cabezuelo, Á. M.: "Cómo identificar un "matrimonio de conveniencia" en España", *Barataria: revista castellano-manchega de ciencias sociales*, núm. extra 25, 2019.

Soto Moya, M.: "El Reglamento (UE) 2016/1104 sobre el régimen patrimonial de las parejas registradas: algunas cuestiones controvertidas de su puesta en funcionamiento en el sistema español de Derecho internacional privado", *Revista electrónica de Estudios internacionales*, 2018.

Vargas Gómez-Urrutia, M.:

- "Una clasificación de las salvaguardias que a la luz de la jurisprudencia del TEDH preservan la unidad familiar en el derecho a la reagrupación familiar",

AAVV *De la intimidad a la vida privada y familiar. Un derecho en construcción*, (dir. por Matia Portilla, F. J. /López de la Fuente, G.), Tirant lo Blanch, 2020.

- "Una lectura crítica de los vínculos familiares a la luz de la Directiva 2003/86/CE y de las normas españolas de extranjería", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, núm. 2.

Zabalo Escudero, M. E.:

- "Derecho comunitario, vida familiar y desplazamientos de personas en la Unión Europea", *Aequalitas*, núm. 16, 2005.

- "Relaciones internacionales de familia y derecho de los extranjeros a vivir en familia", *Revista Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 18, 2008.

DIRITTO AL PARTO IN ANONIMATO E INTERESSE ALLA VERITÀ BIOLOGICA DELLA FILIAZIONE NEL PANORAMA EUROPEO

THE RIGHT TO GIVE BIRTH IN ANONYMITY AND INTEREST TO THE BIOLOGICAL TRUTH OF FILIATION IN THE EUROPEAN PANORAMA

Rev. Boliv. de Derecho Nº 35, enero 2023, ISSN: 2070-8157, pp. 34-65

Angela
MENDOLA

ARTÍCULO RECIBIDO: 7 de diciembre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 15 de diciembre de 2022

RESUMEN: Il presente contributo analizza due contrapposti interessi ovvero quello della madre all'anonimato e quello del figlio alla verità biologica. Questi, pur appartenendo al medesimo rango costituzionale, in quanto afferenti alla persona, talvolta, se posti in rapporto, possono trovarsi in contrasto e quindi necessitare di un bilanciamento, all'esito del quale dovrà attribuirsi prevalenza ad uno ovvero all'altro. Tale meccanismo non tradisce comunque la loro natura in quanto anche i diritti fondamentali e inalienabili possono subire delle temporanee compressioni giustificate proprio dal loro "vivere" in rapporto con ulteriori diritti intangibili. Tuttavia, una corretta valutazione dell'interesse prevalente deve tener conto anche delle fonti sovranazionali che impongono una lettura delle norme interne convenzionalmente conforme. Ebbene, proprio attraverso quest'interpretazione uniforme e coerente, si può giungere ad un avvicinamento di ordinamenti nettamente distinti, in quanto influenzati da diverse derivazioni culturali, ma pur sempre appartenenti al più ampio panorama europeo.

PALABRAS CLAVE: Anonimato materno; verità biologica; bilanciamento di interessi; ordinamenti giuridici; comparazione.

ABSTRACT: *This contribution analyzes two opposing interests, namely the mother's one to anonymity and the child's one to biological truth. Although both, belonging to the same constitutional rank, as pertaining to the person, if placed in relationship they may sometimes be conflicting and therefore require a balance, in order to attribute prevalence to the one or the other. This mechanism does not betray their nature as even fundamental and inalienable rights can undergo temporary compressions justified by their "living" in relation to other similar rights. However, a correct assessment of the prevailing interest must also take into account the supranational legal sources that require a conventionally compliant reading of the internal rules. Precisely, through this uniform and coherent interpretation, it is possible to arrive at an approximation of clearly distinct legal orders, as they are influenced by different cultural derivations, but still belonging to the broader European panorama.*

KEY WORDS: Maternal anonymity; biological truth; balance of interests; legal orders; comparative law.

SUMARIO.- I. IL DIFFICILE BILANCIAMENTO TRA DIRITTO ALL'ANONIMATO MATERNO E INTERESSE ALLA VERITÀ BIOLOGICA DELLA PROCREAZIONE IN ITALIA.- 1. Tutela dell'anonimato ed evoluzione normativa.- 2. Lettura costituzionalmente orientata delle norme e favor veritatis.- 3. L'"affievolimento" del diritto all'anonimato materno.- 4. Bilanciamento "a monte" e contemperamento "a valle": diritto di accesso agli atti e riservatezza dei dati.- II. ANONIMATO MATERNO E SISTEMI GIURIDICI COMPARATI.- III. FAVOR VERITATIS NEL PANORAMA EUROPEO.

I. IL DIFFICILE BILANCIAMENTO TRA DIRITTO ALL'ANONIMATO MATERNO E INTERESSE ALLA VERITÀ BIOLOGICA DELLA PROCREAZIONE IN ITALIA.

La tutela della persona, quale bene giuridico fondamentale, per potersi dire effettiva presuppone necessariamente la salvaguardia di più diritti che talvolta, se posti in rapporto, possono trovarsi in conflitto come nel caso della relazione tra il diritto all'anonimato, di cui è titolare la madre, a fronte di quello a conoscere la propria verità biologica, proprio del figlio. La risoluzione di questo contrasto, non potendosi rinvenire nel disconoscimento giuridico dell'uno o dell'altro interesse "a priori", necessita dell'applicazione del meccanismo del bilanciamento. Ebbene, pur essendo consapevoli del fatto che la prevalenza di uno dei due diritti dipenda dalle circostanze del caso concreto, interessante risulta osservare il rapporto tra gli stessi, anche se in astratto, e, dunque, come questa relazione, da disfunzionale, possa diventare ragionevole e coerente, anche attraverso una lettura costituzionalmente e convenzionalmente conforme delle norme[1]. Il bilanciamento di questi due interessi non costituisce, comunque, un esito prevedibile e consolidato, avendo ad oggetto una questione giuridica dai confini sempre incerti, in quanto attinenti ad interessi fondamentali della persona. Ed infatti, tanto il diritto di verità biologica del figlio quanto quello di anonimato della madre sono costituzionalmente tutelati e imprescrittibili, ma, essendo di pari rango, sono soggetti a costanti valutazioni e bilanciamenti, da cui possono derivare temporanee "soccombenze" dell'uno o dell'altro in ragione ad esempio del decorso del tempo. I meccanismi volti a ricercare un equilibrio tra principi rinvengono la propria legittimazione proprio nell'"ecletticità" degli interessi costituzionalmente e convenzionalmente riconosciuti; è, infatti, proprio questo sistema che conferma, e non tradisce, la loro tutela quali diritti inviolabili e inalienabili, sebbene necessariamente calati in situazioni e rapporti di reciprocità.

1 Varano, V.; Barsotti, V.: *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto* civil law common law, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 23 ss.; Benacchio, G.: *Diritto privato dell'Unione Europea*, Padova, Cedam, 2010, pp. 15 ss.; Diurni A.: *La filiazione nel quadro europeo*, in *Il nuovo diritto di famiglia. Filiazione e adozione*, III, a cura di Ferrando, G., Bologna, Zanichelli, 2007, pp. 49 ss.

• Angela Mendola
Professore a contratto di diritto privato, Università degli studi di Salerno. Email: amendola@unisa.it.

Una nota pronuncia della giurisprudenza di legittimità italiana si è mostrata utile per affrontare il tema del presente contributo, pur dovendosi necessariamente tener conto del fatto che la fattispecie concreta oggetto di esame da parte della Corte sia caratterizzata da alcuni profili specifici che hanno certamente influenzato la stessa ad accogliere un orientamento più favorevole al figlio interessato al riconoscimento della propria provenienza biologica. In particolare, la sentenza della Cassazione n. 119824/2020[2] è emanata a seguito del ricorso avverso la pronuncia della Corte di merito che aveva confermato la decisione con cui il giudice di primo grado aveva giudizialmente dichiarato, in favore del soggetto richiedente, la maternità biologica di una donna deceduta. Costei, infatti, pur avendo esercitato il diritto al c.d. parto anonimo, si era sempre comportata come genitrice, sia nei rapporti familiari, che nelle relazioni sociali. A proporre, successivamente, ricorso in Cassazione è stata una figlia della donna, argomentando dal fatto che nel bilanciamento dei contrapposti interessi -del presunto fratello biologico di accedere alle informazioni sulle proprie origini e della madre all'anonimato- debba attribuirsi prevalenza al secondo ove la scelta iniziale di mantenere segreta la propria identità non sia stata revocata. La Corte di legittimità ha rigettato il ricorso sull'assunto che, per effetto della morte della madre, sarebbe venuta meno l'esigenza -sussistente invece al momento del parto- di tutela della vita e della salute della donna e del nascituro. A rilevare è stato soprattutto il fatto che la madre, attraverso la propria "inequivocabile condotta", avesse implicitamente revocato la rinuncia alla genitorialità giuridica manifestata al momento della scelta del parto "in anonimato". Sicché, per la Cassazione, più non vi sarebbero stati elementi ostativi per la proposizione dell'azione per la dichiarazione giudiziale della maternità da parte del figlio.

1. Tutela dell'anonimato ed evoluzione normativa.

Il diritto di partorire in segreto nell'ordinamento italiano veniva riconosciuto già in passato dall'art. 9, Regio d.lgs. n. 798/1927[3], per il quale, in caso di pubblica assistenza per un figlio illegittimo, l'istituto ricoverante avrebbe dovuto compiere indagini per accertarne la maternità senza, tuttavia, poterne rivelare l'esito. Partorire in anonimato significava, a quel tempo, proteggere la gestante dallo scandalo e dall'onta di un concepimento e, quindi, di una sessualità fuori dal matrimonio o in violazione del legame coniugale, cui poteva accompagnarsi una situazione di indigenza o di isolamento, nel periodo della gravidanza e/o durante il parto. A tale normativa si aggiungono ulteriori disposizioni deputate, parimenti,

2 Cass. civ., 22 settembre 2020, n. 119824, *Fam. e dir.*, 2, 2021, pp. 163 ss., con nota di Mendola, A.: "Azione di accertamento dello stato di figlio e limiti al diritto all'anonimato materno".

3 Convertito dalla legge 6 dicembre 1928, n. 2838 e dalla legge 10 dicembre 1925, n. 2277, recante "Norme sull'assistenza degli illegittimi, abbandonati o esposti all'abbandono", e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale 10 giugno 1927, n. 126.

a tutelare il diritto all'anonimato materno[4]. Il riferimento è, innanzitutto, all'art. 30, comma 1, d.P.R. n. 396/2000, il quale, nella formazione dell'atto di nascita, salvaguarda la volontà della partoriente di rimanere segreta[5]. Parimenti a dirsi per l'art. 93, comma 2, d.lgs. n. 196/2003, che, in caso di c.d. parto anonimo, pone il limite di cento anni dalla formazione per l'accesso ai documenti contenenti l'identità della partoriente (es. cartella clinica, certificato di assistenza al parto). Si pensi, ancora, all'art. 28, comma, 7, l. n. 184 del 1983, per il quale il figlio adottivo non può accedere alle informazioni relative all'identità della madre biologica che abbia dichiarato di non voler essere nominata[6].

4 In dottrina, sul tema della tutela dell'anonimato materno, cfr. Granelli, C.: "Il c.d. "parto anonimo" ed il diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini: un caso emblematico di "dialogo" fra Corti", *Persona e Mercato*, 1, 2017, pp. 48 ss.; Avitabile, A.: *Il diritto all'anonimato in ambito familiare*, in Galgano, F. (diretto da): *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ*., a cura di Finocchiaro, G., *Diritto all'anonimato. Anonimato, nome e identità personale*, Padova, Cedam, 2008, pp. 143 ss.; Renda, A.: *L'accertamento della maternità. Profili sistematici e prospettive evolutive*, Torino, Giappichelli, 2008, spec. p. 150.

5 Con preciso riguardo alla madre genetica, l'art. 30, comma 1, d.P.R. n. 396/2000, allorché fa salva la volontà della partoriente di non essere nominata nell'atto di nascita, ha solo ed esclusivamente lo scopo di tutelare l'interesse della donna alla riservatezza sulla propria identità diversamente da quanto accade, invece, in caso di donna coniugata, laddove svolge, al contrario, la funzione di evitare l'instaurazione del rapporto di filiazione matrimoniale, come osserva Musio, A.: *Delle registrazioni relative agli atti di nascita e agli atti di riconoscimento dei figli naturali (artt. 28-49)*, in A. Musio, A.; Naddeo, F., a cura di Stanzione, P.: *Il nuovo ordinamento dello stato civile*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 150.
Va specificato che malgrado la l. n. 219 del 2012 abbia unificato gli stati di filiazione, permane una differenza in punto di accertamento giudiziale della genitorialità. *Ex latere matris*, per i figli nati nel matrimonio, l'instaurazione del rapporto consegue automaticamente dalla menzione della madre nell'atto di nascita del figlio, salvo che costei dichiari di non voler essere nominata. Nella filiazione da donna non coniugata, invece, occorre l'atto volontario di riconoscimento o la dichiarazione giudiziale di maternità. (Cfr., al riguardo, Sesta, M.: "Accertamento dello stato di figlio dopo il d.lgs. n. 154/2013", *Fam. e dir*., 5, 2014, p. 454; Mantovani, M.: "Questioni in tema di accertamento della maternità naturale e sistema dello stato civile", *Nuova giur. civ., comm*., 6, 2013, pp. 323 ss.). Il legislatore italiano avrebbe potuto introdurre l'accertamento automatico, ma non obbligatorio, della maternità alla nascita, senza più alcuna distinzione. In difetto di ciò, la posizione dell'ordinamento giuridico nazionale fa specie nell'ambito del panorama europeo, atteso che gran parte dei sistemi normativi si sono conformati all'art. 2 della Convenzione europea sullo stato giuridico dei figli nati fuori dal matrimonio, secondo il quale "*la filiation maternelle de tout enfant né hors mariage est établie du seul fait de la naissance de l'enfant*". L'accertamento automatico della maternità, non attuato dal sistema giuridico italiano, tutelerebbe, evidentemente, la donna ed il nato, al quale verrebbe assicurata la certezza dello *status* nei confronti della madre fin dalla nascita, anche nelle ipotesi in cui il riconoscimento non sia possibile, consentendo di attuare concretamente la responsabilità del genitore nella procreazione. Sul punto, si rinvia alle osservazioni di Cubeddu, M. G.: "La disciplina dell'accertamento dello *status* di figlio nei principali paesi europei", *Familia*, 2006, pp. 269 ss. Sulla permanenza delle distinzioni tra figli in punto di accertamento giudiziale della maternità, sia consentito un rinvio a Mendola, A.: *Le mobili frontiere della filiazione*, in *Quaderni di* Familia, diretti da Patti, S., Pisa, Pacini, 2020, pp. 81 ss.

6 Corte cost., 22 novembre 2013, n. 278, *Fam. e dir.*, 1, 2014, pp. 15 ss., con nota di Carbone, V.: "Un passo avanti del diritto del figlio, abbandonato e adottato, di conoscere le sue origini rispetto all'anonimato materno", capovolgendo le conclusioni cui era giunta Corte cost., 25 novembre 2005, n. 425, *ivi*, 2, 2006, pp. 130 ss., con nota di Eramo, F.: "Il diritto all'anonimato della madre partoriente", ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del richiamato art. 28, comma 7, L. n. 184/83, nella parte in cui non prevede attraverso un procedimento stabilito dalla legge, che assicuri la massima riservatezza, la possibilità per il giudice di interpellare, su richiesta del figlio, la madre biologica che abbia dichiarato di non voler essere nominata, ai fini di un'eventuale revoca di tale dichiarazione. Propulsione, quella così delineata dal Giudice delle Leggi, che ha trovato poi conferma sia nella proposta di modifica avanzata con il d.d.l. n. 1978 del 2015 (dal titolo "*Modifiche all'articolo 28 della legge 4 maggio 1983, n. 184, e altre disposizioni in materia di accesso alle informazioni sulle origini del figlio non riconosciuto alla nascita*", finalizzato, all'art. 1, lett. a, n. 1, e lett. b, a consentire tanto all'adottato quanto al figlio non riconosciuto, maggiorenni, l'interpello della madre che abbia manifestato la volontà di rimanere anonima e, in caso di revoca di tale decisione o di decesso della donna, la possibilità di chiedere al tribunale per i minorenni l'accesso alle informazioni che riguardano la propria origine e l'identità dei genitori biologici) sia nell'intervento di Cass. civ., sez. un., 25 gennaio 2017, n. 1946, *Corr. giur*., 5, 2017, pp. 624 ss., con nota di Bugetti, M. N.: "Sul difficile equilibrio tra anonimato materno e diritto alla conoscenza delle proprie origini: l'intervento delle Sezioni Unite", per le quali "ancorché il legislatore non abbia ancora introdotto la disciplina procedimentale attuativa, sussiste

È, quindi, proprio la lettera delle norme riportate a rendere la partoriente arbitra indiscussa dello stato di filiazione del nato. Allorché, infatti, in costanza della nascita del figlio, la donna richieda che la sua identità rimanga segreta, si configura un'esigenza di coordinamento tra l'interesse del nato alla conoscenza delle proprie origini biologiche (*ex* artt. 2 Cost. e 8 CEDU)[7] e quello alla vita e alla salute della donna e del nascituro (*ex* art. 32 Cost.), inevitabilmente prevalente in quanto posto a presidio anche dell'interesse pubblico alla protezione della maternità e dell'infanzia (cfr. art. 31, comma 2, Cost.).

Nell'imminenza della nascita, il legislatore, preliminarmente misurando gli interessi contrapposti, accorda, dunque, preminenza all'anonimato materno, al fine di disincentivare comportamenti irrimediabili della donna ovvero di incoraggiare la maternità rispetto all'interruzione della gravidanza.

2. Lettura costituzionalmente orientata delle norme e *favor veritatis*.

Il riconoscimento del diritto della madre all'anonimato, ancorato preliminarmente al momento del parto, non legittima comunque una prevalenza immutabile e assoluta dello stesso, soprattutto laddove si trovi in confronto con il diverso, ma di pari rango, diritto di accertare il proprio *status filiationis*, rilevante ai sensi degli artt. 2 Cost. e 8 CEDU, in considerazione del fatto che dall'incertezza su tale profilo deriverebbe un pregiudizio allo sviluppo adeguato e alla formazione della personalità del soggetto[8].

Il diritto alla conoscenza delle origini si ravvisa, al più, nei confronti del padre biologico e si traduce, diversamente, nella necessità, non già di accertare, ma di affermare un rapporto di filiazione veridico fondato, oltre che su un contesto

la possibilità per il giudice, su richiesta del figlio desideroso di conoscere le proprie origini e di accedere alla propria storia parentale, di interpellare la madre che abbia dichiarato alla nascita di non voler essere nominata, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione, e ciò con modalità procedimentali idonee ad assicurare la massima riservatezza ed il più assoluto rispetto della dignità della donna".

7 Molti sono i riferimenti normativi inerenti al diritto del nato a conoscere le proprie origini biologiche. Si pensi all'art. 7 della Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia, adottata il 20 novembre 1989, che contempla il diritto del minore, "nella misura del possibile", a conoscere i propri genitori (27); all'art. 30 della Convenzione dell'Aja del 29 maggio 1993, sulla protezione dei minori e di cooperazione in materia di adozione internazionale, che stabilisce che le autorità degli Stati nazionali provvedono a garantire l'accesso al bambino e al suo rappresentante alle informazioni inerenti all'identità della madre e del padre; alla Raccomandazione n. 1443 del 26 gennaio 2000, adottata dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, che invita gli Stati ad assicurare il diritto del bambino adottato di conoscere le proprie origini e ad eliminare nelle loro legislazioni nazionali ogni disposizione contraria; o, ancora all'art. 22, comma 5, della Convenzione europea in materia di adozione dei minori di Strasburgo del 7 maggio 2008, che sancisce il "diritto di una persona di conoscere la sua identità e le sue origini".

8 Cass. civ., 9 novembre 2016, n. 22838, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 1, 2017, pp. 19 ss., con nota di Andreola, E.: "Accesso alle informazioni sulla nascita e morte della madre anonima"; *Nuova giur. civ., comm.*, 3, 2017, pp. 319 ss., con nota di Stanzione, M. G.: "Scelta della madre per l'anonimato e diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini". Cfr. Cass. civ., 29 novembre 2016, n. 24292, *Foro it.*, 1, 1, 2017, p. 163.

parentale riconoscibile, anche su informazioni relative alla propria storia genetica[9] - rilevante, parimenti, *ex* artt. 2 Cost. e 8 CEDU. Nell'ambito di applicazione di tale ultimo precetto rientra, infatti, per la Corte di Strasburgo, pure l'interesse vitale, protetto dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ad ottenere informazioni necessarie alla scoperta della verità concernente un aspetto importante della propria storia personale quale, ad esempio, quello attinente all'identità dei genitori[10].

L'impossibilità di affermare un legame giuridico fondato su derivazione biologica potrebbe solo originare dalla pregressa instaurazione di un diverso rapporto di filiazione sostitutivo che, in quanto tale, sarebbe impeditivo dell'azione di accertamento della genitorialità mediante pronuncia giudiziale, come si ricava dalla lettura dell'art. 27, l. n. 184/1983. Il figlio adottivo, a differenza di quello non riconosciuto, può, infatti, solo accedere alle informazioni sulle proprie origini biologiche e ciò al fine non già di creare un altro rapporto giuridico di filiazione, ma eventualmente solo una relazione di fatto con i genitori genetici[11].

Sul punto, seppur brevemente, risulta interessante evocare anche la normativa italiana in tema di adozione, così come innovata alla luce della riforma avvenuta con l. 10 dicembre 2012, n. 219 e con d.lgs. attuativo del 28 dicembre 2013, n.154. Ed infatti quest'ultimo intervento normativo, accogliendo l'idea per cui il *favor veritatis* deve costituire il preminente interesse del legislatore, sempre laddove non confligga con ulteriori tutele, ha la finalità di privilegiare l'inserimento del minore nel nucleo familiare biologico per promuoverne la sua personalità. Di conseguenza la soluzione adottiva costituisce ipotesi secondaria in quanto necessaria.

Ancor di più, dunque, deve ritenersi che, al di fuori della specifica incompatibilità derivante dall'instaurazione di una filiazione sostitutiva, il *favor veritatis* deve

9 Cfr. Cass. civ., 21 luglio 2016, n. 15024, *Corr. giur.*, 1, 2017, pp. 29 ss., con nota di Carbone, V.: "Con la morte della madre al figlio non è più opponibile l'anonimato: i giudici di merito e la Cassazione a confronto". Cfr., nello stesso senso, Cass. civ., 7 febbraio 2018, n. 3004 (ord.), *www.quotidianogiuridico.it*, 26 febbraio 2018, con nota di Nassetti, C.: "Il diritto del figlio a conoscere l'identità della madre biologica anonima sussiste dal decesso di quest'ultima".

10 Corte eur. dir. uomo, *Godelli c. Italia*, 25 settembre 2012, *www.hudoc.echr.coe.int*. Per un commento, cfr. Carbone, V.: "Corte EDU: conflitto tra il diritto della madre all'anonimato e il diritto del figlio a conoscere le proprie origini", *Corr. giur.*, 7, 2013, pp. 940 ss.; Stanzione, M. G.: *Identità del figlio e diritto di conoscere le proprie origini*, Torino, Giappichelli, 2015, *passim*. Diversamente, per Corte eur. dir. uomo, *Odievre v France*, 13 febbraio 2003, *www.hudoc.echr.coe.int*, non viola il diritto al rispetto della vita privata, di cui all'art. 8 della Convenzione, la normativa francese che, sul presupposto della nascita anonima, non consente al nato di ottenere informazioni relative alla madre biologica, senza il consenso di costei vivente, al fine di accertare la propria identità personale. Per un commento a tale pronuncia si rinvia a Renda, A.: "La sentenza *Odièvre* c. Francia della Corte Europea dei diritti dell'uomo: un passo indietro rispetto all'interesse a conoscere le proprie origini biologiche", *Familia*, 6, 2004, pp. 1121 ss.; Long, J.: "La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, il parto anonimo e l'accesso alle informazioni sulle proprie origini: il caso *Odièvre* c. Francia", *Nuova giur. civ. comm.*, 2, 2004, pp. 283 ss.; Cippitani, R.: "Principi e metodo nella revisione della normativa francese relativa alla bioetica", *Dir. fam. pers.*, 4, 2012, pp. 1836 ss.

11 Come osserva Long, J.: *op. cit.*, 298. Sul tema, in generale, cfr. Auletta, T.: *Diritto di famiglia*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 333 ss.; Clarizia, O.: "Dichiarazione di adottabilità, anonimato materno e diritto alla genitorialità", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2, 2015, p. 137.

essere concepito come un interesse la cui tutela e prevalenza aumentano con il trascorrere del tempo, decorrente dalla manifestazione di volontà della madre al proprio anonimato; pertanto, se, al momento della nascita, risulta preminente la tutela della partoriente, successivamente quest'ultima deve lasciare spazio al contrapposto interesse del figlio, in quanto fondamentale per il corretto sviluppo della persona. Tali considerazioni risultano confermate dalla Corte di Cassazione nella sentenza n. 119824/2020 che, dunque, si allontana dall'orientamento formulato qualche anno addietro dalla giurisprudenza di merito[12], operando una lettura costituzionalmente e internazionalmente orientata dell'art. 269 c.c. (artt. 2, 3, 24, 117 Cost.; 8 CEDU) attraverso cui ammettere l'esperibilità, da parte del richiedente, dell'azione per la dichiarazione giudiziale della maternità nei confronti anche degli eredi della genitrice defunta.

Ed ancora, la predetta azione si giustifica, anche e soprattutto, in considerazione di un'interpretazione sistematica di norme. Evidente è anzitutto il contrasto tra il riconoscimento assoluto e perpetuo dell'anonimato materno, il *favor veritatis* ed una "insopprimibile" responsabilità genitoriale conseguente alla procreazione, ossia il dovere inderogabile della partoriente di "mantenere ed educare il figlio anche se nato fuori del matrimonio", di cui all'art. 30, comma 1, Cost.[13]. V'è peraltro da considerare che tale articolo, all'ultimo comma, in virtù dei beni costituzionali tutelati, pone una riserva di legge circa le norme e i limiti per la ricerca della genitorialità[14]: offre, in altre parole, "copertura costituzionale" a disposizioni normative che subordinano la proposizione dell'azione di accertamento della maternità a determinati presupposti o condizioni. Il rinvio è, chiaramente, agli artt. 269 c.c., in tema di instaurazione del rapporto di filiazione per mezzo di una pronunzia giudiziale; e 276 c.c., quanto alla legittimazione attiva e passiva della relativa azione.

La riserva di legge costituzionalmente prevista impedisce, pertanto, di disapplicare le predette disposizioni codicistiche e, di conseguenza, di limitare la possibilità per il figlio di accertare giudizialmente la maternità biologica sulla base di fonti di rango secondario, quali risultano essere, ad esempio, i menzionati artt.

12 Trib. Milano, 14 ottobre 2015, n. 11475, *Fam. e dir.*, 5, 2016, pp. 481 ss., con nota di Bugetti, M. N.: "Sull'esperibilità delle azioni *ex* artt. 269 e 279 c.c. nei confronti della madre che abbia partorito nell'anonimato", laddove il giudicante aveva, invece, ritenuto che non fosse ammissibile la dichiarazione giudiziale di maternità nei confronti di una donna che al momento del parto avesse dichiarato di non voler essere nominata, poiché altrimenti sarebbe stata frustrata la *ratio* dell'intera disciplina, ravvisabile non solo nell'esigenza di salvaguardare la famiglia legittima e l'onore della madre, ma anche di impedire che, onde evitare nascite indesiderate, si faccia ricorso ad alterazioni di stato o a soluzioni ben più gravi quali aborti o infanticidi.

13 In questi termini, Perlingieri, G.: "Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 10, 2019, p. 19. Cfr. Sassi, A.: "Tutele crescenti della persona e *status* familiari in Italia e nell'Unione Europea", *URBE et IUS*, 14, 2015, p. 67.

14 Tecnicamente la norma dispone una riserva di legge in ordine alla determinazione dei limiti della ricerca della paternità. Condivisibile risulta la lettura di Bugetti, M. N.: "Sull'esperibilità delle azioni *ex* artt. 269 e 279 c.c. nei confronti della madre che abbia partorito nell'anonimato", cit., p. 490, che interpreta la norma quale "riserva di legge rispetto alla ricerca della genitorialità".

30, comma 1, d.P.R. n. 396/2000, e 93, comma 2, d.lgs. n. 196 del 2003, di cui, proprio nell'ottica di mitigarne l'assolutezza dei contenuti, il d.d.l. n. 1978 del 2015 ha proposto una modifica[15].

È, quindi, in forza di tali argomentazioni che l'art. 269 c.c., laddove, al comma 1, prevede che la maternità possa essere giudizialmente dichiarata nei casi in cui il riconoscimento è ammesso, acquisisce una rilevanza fondamentale in quanto norma volta a tutelare il *favor veritatis*. La disposizione è, evidentemente, da leggere in combinato disposto con l'art. 253 c.c., per il quale, in nessun caso, è ammesso un riconoscimento in contrasto con lo stato di figlio in cui una persona si trova; ponendosi, così, un principio di prevalenza del primo stato acquisito, che dovrebbe, allora, venire rimosso prima che possa accertarsene uno diverso. Di conseguenza, nel caso in cui non si sia formato un rapporto di filiazione sostitutivo, dovrebbe ritenersi sempre ammissibile un giudizio volto all'accertamento della genitorialità, anche nei confronti degli eredi della madre biologica, laddove defunta, quali legittimati passivi, *ex* art. 276 c.c.[16]. Ed in più, la prova volta al riconoscimento giudiziale può essere fornita con ogni mezzo, e tanto a conferma del fatto che lo *status* di figlio integri un diritto inviolabile della persona umana, estremamente connesso alla procreazione, e che lo svolgimento del rapporto di filiazione costituisca una situazione giuridica soggettiva di rango primario, destinataria, in quanto tale, di una piena tutela, che si invera non solo nell'imprescrittibilità, riguardo al figlio, dell'esercizio dell'azione di dichiarazione giudiziale di maternità (art. 270, comma 1, c.c.), ma, ancor di più, nella possibilità di provare "con ogni mezzo" la genitorialità della madre "anonima" una volta che questa non sia più in vita (art. 269, comma 2, c.c.)[17]. Sicché, la sussistenza di un rapporto di filiazione può provarsi attraverso indizi come le testimonianze raccolte, le risultanze di una

15 Sempre con l'obiettivo di limitare le conseguenze dell'esercizio del diritto della donna di partorire in animato, previsto all'art. 30, d.P.R. n. 396/2000, l'art. 3 del menzionato disegno di legge n. 1978 del 2015, propone di aggiungere ad esso un ulteriore comma in base al quale la madre deve essere informata degli effetti giuridici della dichiarazione di non voler essere nominata; della facoltà di revocare, senza limiti di tempo, o di confermare, decorsi diciotto anni dalla nascita del figlio, la dichiarazione di non voler essere nominata e, parimenti, il figlio, deve venire a conoscenza del fatto che, raggiunta l'età prevista dalla legge, possa presentare istanza al Tribunale per i minorenni affinché questo verifichi se la madre intende mantenere l'anonimato. L'art. 2 del disegno di legge n. 1978 del 2015 propone che il vincolo temporale dei cento anni per l'accesso ai documenti contenenti l'identità della partoriente, enunciato dall'art. 93, comma 2, d.lgs. n. 196/2003, venga meno, non solo in caso di revoca dell'anonimato, ma anche nell'ipotesi di decesso della madre.

16 Riflette sul fatto che la legittimazione passiva per l'esercizio dell'azione giudiziale di maternità non si trasferisca ai discendenti ma agli eredi, Basini, G. F.: *La dichiarazione giudiziale di paternità e maternità*, in *Tratt. dir. fam.*, diretto da Bonilini, G., IV, *La filiazione e l'adozione*, Milano, Utet, 2016, p. 3622. In giurisprudenza, sulla posizione di litisconsorti necessari degli eredi del preteso genitore biologico, cfr. Cass. civ., 5 gennaio 2005, n. 204, *Mass. Giur. it.*, 2005; Cass. civ., 3 aprile 1996, n. 3111, *Fam. e dir.*, 4, 1996, 320 ss., con nota di Vullo, E.: "Litisconsorzio necessario tra gli eredi del presunto genitore naturale ai sensi dell'art. 276 c.c.".

17 Come, infatti, ben chiarito, in più occasioni, dalla giurisprudenza di legittimità, in tema di mezzi utilizzabili per provare la maternità biologica, l'art. 269 c.c. ammette anche la prova indiretta ed indiziaria, quindi il ricorso ad elementi presuntivi che, valutati nel loro complesso e sulla base del canone dell'"*id quod plerumque accidi*", risultino idonei, per attendibilità e concludenza, a fornire la dimostrazione completa e rigorosa della genitorialità. (Cfr. Cass. civ., 1 febbraio 2016, n. 1859, *Giur. it.*, 7, 2016, pp. 1582 ss., con nota di Mendola, A.: "Impugnazione di riconoscimento e prova della verità della filiazione").

consulenza immuno-ematologica eseguita su campioni biologici di stretti parenti della pretesa genitrice[18], nonché la presenza di un verbale di testamento olografo, purché gli stessi, valutati unitariamente, risultino "gravi, precisi e concordanti".

Tutte le considerazioni sinora esposte potrebbero trovare ulteriore conferma anche nella revocabilità della scelta di anonimato della madre. Il riconoscimento di tale facoltà costituisce certamente espressione del carattere fondamentale e inalienabile del diritto della genitrice; la stessa, infatti, ben potrebbe porre in essere un ripensamento sulla propria scelta che dovrà trovare tutela, sebbene nei limiti in cui non confligga con ulteriori interessi nelle more costituitisi. Ed infatti, sempre in tema di adozione, si ritiene che debba guardarsi con favore alla disponibilità manifestata successivamente anche da un solo genitore, in tempi ragionevoli dalla nascita e nel rispetto dei termini e delle modalità previste in materia, di rappresentare il centro di riferimento familiare, educativo ed affettivo del minore, anche se egli abbia precedentemente negato il riconoscimento, ovvero, nel caso della madre, preferito l'anonimato[19]; e da ciò, coerente risulta la considerazione per cui il minore successivamente riconosciuto non può essere qualificato come in stato di abbandono. Del resto, la stessa giurisprudenza di legittimità[20] ha negato che all'iniziale dichiarazione della madre biologica di non voler essere nominata possa attribuirsi efficacia preclusiva del successivo ripensamento.

3. L'"affievolimento" del diritto all'anonimato materno.

Sebbene, quindi, non sia dato discutere che trattasi in entrambi i casi di diritti fondamentali, in quanto legati alla sfera essenziale dell'individuo, la difficoltà sorge nel momento in cui gli stessi, per ragioni di conflitto, debbano essere posti in bilanciamento. Tali interessi non possono esimersi da questo tipo di meccanismo e conseguente "compressione" temporanea, quando ritenuta necessaria per la tutela di uno di essi, benché ugualmente fondamentali[21]. Osservazione questa

18 Le prove emato-genetiche sono prove in senso proprio, giacché l'attuale livello della ricerca e dell'esperienza scientifica consente di esprimere sufficienti garanzie nel ritenere decisivo il loro contributo nell'attribuzione della paternità e della maternità di un soggetto, conseguendo risultati dotati di un alto grado di probabilità prossimo alla certezza (Cfr., al riguardo, Corte cost. 6 luglio 2006, n. 266, *Fam. e dir.*, 2006, 5, pp. 461 ss., con nota di Bolondi, E.: "L'azione di disconoscimento della paternità può essere accolta anche sulla base delle sole risultanze delle indagini genetiche o ematologiche").

19 In tal senso Clarizia, O.: *op. cit.*, pp. 125 ss.

20 Cfr. Cass. civ., 7 febbraio 2014, n. 2802, *Fam. e dir.*, 11, 2014, pp. 1003 ss., con nota di Carbone, V.: "L'adottato alla ricerca della madre biologica", secondo cui la richiesta -effettuata dalla madre biologica che precedentemente aveva optato per l'anonimato- non è suscettibile di definitiva rinuncia né di decadenza, poiché "il diritto soggettivo, dotato di rilevanza costituzionale, ad essere genitori giuridici (oltre che biologici) […] e quello al riconoscimento del figlio, che ne costituisce la fonte, involgono lo stato delle persone e come tali sono indisponibili e, dunque, non estinguibili per manifestazione di volontà abdicativa, al pari delle connesse facoltà processuali, propedeutiche al relativo esercizio".

21 Cfr., al riguardo, Bin, R.: *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992, pp. 35 ss.

che rinviene la propria legittimazione nella circostanza per cui anche i diritti appartenenti a questo rango non possono qualificarsi come "inaffievolibili" in assoluto e in perpetuo.

Utile può rivelarsi un parallelismo con l'esigenza di contemperamento sussistente tra il diritto del singolo "all'oblio"[22] (art. 2 Cost.) e quello dei consociati di essere informati (art. 21 Cost.). Nella specie, pur non potendosi negare l'interesse pubblico alla "cronaca" neppure si può ammettere una compressione senza limiti del diritto del soggetto alla riservatezza: lesione del diritto "soccombente", quella cui si fa cenno, che può essere giustificata solo nella misura in cui si riveli strettamente funzionale al corretto esercizio del diritto "vittorioso"[23]. Necessita, quindi, sempre una valutazione di proporzionalità tra la causa di giustificazione e la lesione del diritto antagonista, sicché, ad esempio, l'interesse individuale ad essere dimenticato prevale qualora non vi sia più un'apprezzabile utilità sociale di informare il pubblico[24]. Ed è, soprattutto, il decorso del tempo a cambiare l'esito del bilanciamento: se, infatti, in un primo momento, l'attualità e la rilevanza della notizia fanno prevalere il diritto all'informazione, siffatto interesse viene, poi, progressivamente meno lasciando prevalere il diritto del soggetto ad essere dimenticato[25].

In egual misura, si giustifica l'affievolimento del diritto all'anonimato della madre, dato che, in presenza di fatti sopravvenuti, quali la revoca implicita della rinuncia alla genitorialità giuridica e il successivo decesso della donna, più non si ravvisa l'esigenza pubblicistica di tutela della vita e della salute della partoriente e del nascituro[26], ma solo l'interesse degli eredi della genitrice a conservare la segretezza sull'identità[27], anche familiare[28]. Poiché, infatti, il diritto alla riservatezza -in quanto

22 Da intendersi, per Cass. civ., 5 aprile 2012, n. 5525, *Foro it*., 1, 2013, p. 305, come "diritto a che non vengano ulteriormente divulgate notizie che per il trascorrere del tempo risultino ormai dimenticate o ignote alla generalità dei consociati".

23 Fratini, M.: *Manuale sistematico di diritto civile*, Roma, Accademia del diritto, 2019, pp. 190 ss.

24 Ovvero la notizia sia divenuta falsa poiché non aggiornata o, ancora, laddove l'esposizione dei fatti non sia commisurata all'esigenza di informazione ed abbia pregiudicato la dignità del soggetto interessato, come osserva Cass. civ., 5 novembre 2018, n. 28084, *Foro it*., 1, 2019, pp. 227 ss.

25 Sul riconoscimento del diritto all'oblio, in contrapposizione al diritto di cronaca, e sulla sua possibile compressione a determinati presupposti, cfr. Cass. civ., 20 marzo 2018, n. 6919 (ord.), *Resp. civ. prev*., 2018, 4, pp. 1185 ss., con nota di Citarella, G.: "Cronaca, satira e diritti della personalità: il grimaldello del diritto all'oblio".

26 Cfr. Perlingieri, G., *op. cit*., p. 18.

27 Cfr. Cass. civ., 22 giugno 1985, n. 3769, *Foro it*., 1, 1985, pp. 2211 ss. per cui "il diritto all'identità personale è il diritto di ciascuno di essere rappresentato nella vita di relazione con la sua vera identità, quale essa nella realtà sociale è conosciuta o poteva essere conosciuta applicando i criteri della ordinaria diligenza e della buona fede soggettiva; è, in altre parole, il diritto a non vedersi all'esterno travisato, offuscato, alterato, contestato il proprio patrimonio politico, culturale, ideologico, religioso, professionale, quale si era estrinsecato (ovvero appariva obiettivamente destinato a estrinsecarsi) nell'ambiente sociale".

28 Cfr. Trib. Roma, 12 maggio 2017, *Ilfamiliarista.it*, 22 febbraio 2018, con nota di Figone, A.: "Dichiarazione giudiziale di maternità: sì alla CTU stragiudiziale che accerta il vincolo di discendenza", per cui "pur rimanendo fermo il principio in base al quale, in mancanza di una diversa determinazione, deve essere rispettata la volontà della madre biologica di rimanere anonima, a seguito della morte di costei, la diversa determinazione in tal senso può essere posta in essere dai suoi eredi. Per l'effetto, venute meno le ragioni

diritto della personalità- si estingue con la morte della titolare, sono i congiunti superstiti a vedersi riconosciuti diritti e poteri che si connotano per essere una proiezione *post mortem* della situazione giuridica di cui godeva l'interessata[29], inevitabilmente recessivi rispetto al diritto fondamentale del figlio all'accertamento del proprio stato.

La lesione del diritto (alla riservatezza) "soccombente", può, tuttavia, essere giustificata solo nella misura in cui si riveli strettamente funzionale al corretto esercizio del diritto (di accertamento dello stato di figlio) "vittorioso". Ragion per cui deve essere pregiudicata il meno possibile la *privacy* del nucleo familiare costituito dalla genitrice dopo aver esercitato il diritto all'anonimato. Ciò val quanto dire che il trattamento delle informazioni[30] necessarie per accertare lo stato di figlio deve essere eseguito senza determinare un pregiudizio, anche non patrimoniale, all'immagine, alla reputazione e ad altri beni di primario rilievo costituzionale dei familiari della madre defunta[31].

4. Bilanciamento "a monte" e contemperamento "a valle": diritto di accesso agli atti e riservatezza dei dati.

Il bilanciamento, "a monte", dei diritti, sinora esaminati, potrebbe comportare, "a valle", il conflitto tra ulteriori interessi che, pertanto, andranno assoggettati al medesimo meccanismo. La scelta per la prevalenza dell'uno o dell'altro, però, certamente sarà influenzata dalla necessità di una valutazione coerente rispetto all'esito cui si è giunti nel bilanciamento principale, e tanto al fine di riconoscere tutela effettiva e piena al diritto ritenuto preminente.

Ebbene, un contrasto tra interessi "a valle" potrebbe verificarsi nel momento in cui il figlio, al fine di vedersi riconosciuto il *favor veritatis*, debba fornire la prova della propria provenienza biologica, così come richiesta al comma 3 dell'art. 269 c.c. Caso questo in cui potrebbe invocarsi il diritto all'esibizione del certificato di assistenza al parto e della cartella clinica, in quanto atti contenenti le informazioni sulla nascita e sull'identità della donna che ha chiesto di rimanere "anonima" al momento del parto. Siffatti documenti costituiscono, senza dubbio, fonte di prova dei fatti addotti a fondamento dell'accertamento richiesto (art. 2697 c.c.). In particolare, essi consentono di dimostrare che la donna che il figlio assume essere

di tutela della scelta a suo tempo compiuta dalla donna, è ammissibile la dichiarazione giudiziale di maternità nonostante la volontà espressa al momento del parto di rimanere anonima".

29 Cfr. Cons. Stato, 9 giugno 2008, n. 2866, *Ragiusan*, 301-302, 2009, p. 24.

30 Ai sensi dell'art. 4 del Regolamento UE 2016/679, per «trattamento» si intende qualsiasi operazione o insieme di operazioni, compiute con o senza l'ausilio di processi automatizzati e applicate a dati personali o insiemi di dati personali, come la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la strutturazione, la conservazione, l'adattamento o la modifica, l'estrazione, la consultazione, l'uso, la comunicazione mediante trasmissione, diffusione o qualsiasi altra forma di messa a disposizione, il raffronto o l'interconnessione, la limitazione, la cancellazione o la distruzione.

31 Cass. civ., 9 novembre 2016, n. 22838, cit.

la propria madre abbia effettivamente partorito e che il parto sia avvenuto proprio contestualmente alla nascita del richiedente la dichiarazione giudiziale di maternità. Al riguardo, l'art. 2 *terdecies*, d.lgs. n. 196/2003[32] (come introdotto dal d.lgs. n. 101/2018), al comma 1[33], ammette l'accesso ai dati relativi a persone decedute da parte di chi abbia un interesse proprio[34], quale risulta essere, ad esempio, quello all'accertamento di un diritto in sede giudiziaria (cfr. 9, paragrafo 2, lett. f, del Regolamento UE 2016/679[35]).

Ciò posto, il diritto del figlio all'esibizione degli atti amministrativi, quale diritto soggettivo pubblico (artt. 24, 97 Cost.) incide, inevitabilmente, su quello alla riservatezza (art. 2 Cost.) dei dati contenuti nella documentazione richiesta, di cui potrebbero essere titolari anche i familiari della madre "anonima" nel caso di morte della stessa, quali successori *mortis causa* dei diritti originariamente posti in capo a quest'ultima. Gli eredi della donna, in altre parole, assumono i poteri di tutela della situazione giuridica dell'interessata a fronte di richieste invasive della sfera giuridica sensibile della stessa[36].

Di conseguenza anche le evidenziate situazioni in conflitto devono essere necessariamente bilanciate, dovendo il diritto alla riservatezza dei "controinteressati" eredi della donna defunta (art. 22, comma 1, lett c, l. 241/1990)[37] soccombere

32 C.d. Nuovo Codice della *privacy*, come introdotto dal d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101, rubricato "Disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)". In materia, cfr. Cuffaro, V.; D'Orazio, R.; Ricciuto, V.: (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, Giappichelli, 2019, *passim*; Finocchiaro, G. (diretto da), *La protezione dei dati personali in Italia*, Bologna, Zanichelli, 2019, *passim*.

33 Il quale ha sostituito l'art. 9, comma 3, d.lgs. n. 196/2003. Sul tema, cfr. Resta, G.: *La successione nei rapporti digitali e la tutela post-mortale dei dati personali*, in Cuffaro, V.; D'Orazio, R.; Ricciuto, V.: (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, cit., p. 1361; Pardini, S.: *Commento* sub *art. 9, comma 3*, Bianca, C.M.; Busnelli, F. D.: (a cura di), *La protezione dei dati personali. Commentario al D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196*, Padova, Cedam, 2007, pp. 227 ss.

34 Cfr., Cons. St., 12 giugno 2012, n. 3459, *Foro amm*., 2012, pp. 1545 ss.

35 Laddove, nel rispetto delle misure di garanzia previste dall'art. 2 *septies*, d.lgs. n. 196/2003 (come introdotto dal d.lgs. n. 101/2018), ammette il trattamento dei dati delle persone fisiche qualora necessario per accertare un diritto in sede giudiziaria. Va precisato che il Regolamento europeo sulla protezione dei dati personali, al Considerando 27, esclude l'applicazione della normativa ai dati delle persone decedute. Tuttavia, il medesimo Considerando contiene altresì una clausola di salvaguardia con la quale si concede ai singoli Stati membri dell'Unione Europea la facoltà di prevedere norme a tutela del trattamento dei dati delle persone decedute. L'Italia si è avvalsa di tale facoltà attraverso il decreto di armonizzazione del Codice della *privacy*, vale a dire con il d.lgs. n. 101/2018, per il quale al trattamento dei dati delle persone decedute continuano ad applicarsi le tutele previste dalla disciplina sulla protezione dei dati personali.

36 Sul tema, cfr. Trib. Genova, 13 maggio 2019 (dec.), *Fam. e dir.*, 3, 2020, pp. 281 ss., con nota di Andreola, E.: "Fratelli biologici di madre anonima e riservatezza dei dati genetici", ove è dato leggere un'interessante ricostruzione della nozione di "dato genetico" che va necessariamente ampliata in una dimensione "relazionale" tale da coinvolgere, e di conseguenza tutelare, anche le situazioni giuridiche soggettive di fratelli e sorelle biologici, intesi come "diritti del gruppo biologico".

37 Ai sensi dell'art. 22, comma 1, lett. c), legge n. 241/1990 (come sostituito con la legge n. 15/2005) per "controinteressati" in materia di accesso devono intendersi "tutti i soggetti, individuati o facilmente individuabili in base alla natura del documento richiesto, che dall'esercizio dell'accesso vedrebbero compromesso il loro diritto alla riservatezza". Cfr. Cons. Stato, 26 agosto 2014, n. 4308, *Urb* e *app*., 12, 2014, p. 1368, per cui "in materia di accesso agli atti della P.A., ai fini della qualifica di un soggetto come controinteressato non basta che taluno venga chiamato in qualche modo in causa dal documento richiesto,

rispetto a chi abbia la titolarità di una situazione qualificata giuridicamente rilevante e pienamente tutelabile, la cui fondatezza, peraltro, non deve essere valutata ai fini dell'accesso (cfr. art. 22, comma 1, lett. b, l. n. 241/1990). Ed infatti, l'intento del figlio di esperire l'azione giudiziaria di dichiarazione della maternità legittima già, di per sé, l'esercizio del diritto di accesso che, quindi, risulta funzionale e proporzionato rispetto all'interesse che si vuole far valere, indipendentemente da ogni giudizio sull'ammissibilità o sulla fondatezza della domanda giudiziale eventualmente proponibile sulla base dei documenti acquisiti[38]. Il diniego della P.A. all'ostensione degli atti contenenti i dati della partoriente cagionerebbe, allora, un pregiudizio al "bene della vita" sotteso all'interesse di cui è titolare il figlio biologico. Interesse diretto, qualificato, concreto ed attuale, quello cui si fa cenno, proteso ad ottenere le informazioni utili al fine di tutelare giudizialmente il proprio diritto fondamentale di accertare lo stato di figlio. D'altronde, se si ammette che, nel caso dell'adottato che chieda legittimamente l'accesso alle origini biologiche, il diritto all'esibizione dei detti documenti prevalga nel bilanciamento col contrapposto diritto alla riservatezza dei dati in essi contenuti, per giungere a diversa soluzione con riferimento all'ipotesi di azione di dichiarazione giudiziale di maternità da parte del figlio non riconosciuto occorrerebbe poter ravvisare apprezzabili differenze tra le rispettive situazioni. Laddove, peraltro, ricorrano determinate condizioni, l'esercizio da parte del figlio del diritto di accesso ai dati della madre deceduta diviene ancora più fondato. Secondo il Consiglio di Stato, ad esempio, va certamente accolta l'istanza esercitata da chi sia beneficiario di testamento olografo redatto dal defunto[39], in quanto elemento che costituisce *ex se* un indizio rilevante, tanto da divenire prova se posto in relazione con altri "gravi, precisi e concordanti".

L'accesso agli atti, dunque, certamente costituisce un mezzo utile astrattamente idoneo alla difesa del proprio interesse preminente e giuridicamente rilevante ad accertare lo stato di figlio (cfr. art. 24, comma 7, L. 291/1990)[40]. Ed ancora, l'esercizio di tale diritto non può essere ostacolato dal limite temporale di cento anni che dovrebbe decorrere dalla formazione del certificato di assistenza al parto o della cartella clinica contenenti l'identità della partoriente, previsto dall'art. 93, comma 2, d.lgs. n. 196 del 2003, in quanto ritenuto dalla giurisprudenza di legittimità non operativo oltre la vita della donna, proprio come già previsto dalle Sezioni Unite[41],

ma occorre in capo a tale soggetto un *quid pluris*, vale a dire la titolarità di un diritto alla riservatezza sui dati racchiusi nello stesso documento, atteso che in materia di accesso la veste di controinteressato è una proiezione del valore della riservatezza, e non già della mera oggettiva riferibilità di un dato alla sfera di un certo soggetto".

38 Cfr. Cons. Stato, 12 giugno 2012, n. 3459, cit.

39 Cons. Stato, 12 giugno 2012, n. 3459, cit.

40 Cfr. Cons. Stato, 17 settembre 2010, n. 6953, *Mass. Giust. civ.*, 2010.

41 Cfr. Cass. civ., sez. un., 25 gennaio 2017, n. 1946, cit.; Cass. civ., 21 luglio 2016, n. 15024, cit.; Cass. civ., 9 novembre 2016, n. 22838, cit. Cfr., in dottrina, Stefanelli, S.: "Anonimato materno e genitorialità dopo Cass. sez. un., n. 1946 del 2017", *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 3, 2017, pp. 1041 ss.

nonché dall'art. 2, d.d.l n. 1978/2015, al chiaro fine di evitare una cristallizzazione *post mortem* della decisione di anonimato del parto.

II. ANONIMATO MATERNO E SISTEMI GIURIDICI COMPARATI.

Come più volte evidenziato, la prevalenza del diritto alla verità biologica del figlio su quello di anonimato della madre trova legittimazione anche nella lettura convenzionalmente orientata delle norme operanti nel nostro sistema giuridico. Tale soluzione, oltre che essere ragionevole, risulta comunque vincolante in virtù dell'ingresso della CEDU nell'ordinamento europeo, sicché il rispetto dei principi ivi positivizzati deve essere garantito alla luce della prevalenza delle fonti sovranazionali su quelle interne[42].

Di conseguenza, pur potendosi dedurre che anche gli altri paesi aderenti all'Unione Europea accolgano il medesimo orientamento convenzionalmente conforme, interessante risulta l'esame di alcune normative nazionali che si allontanano considerevolmente da quella italiana[43]. Se, da un lato, l'applicazione concreta dei principi in commento dovrebbe giungere ad un esito generalmente accolto, altrettanto non può dirsi accadere in astratto relativamente alle normative nazionali positivizzate. Gli ordinamenti europei, infatti, pur appartenendo ad una grande "famiglia" fondata su diritti e regole comuni, non solo giuridiche, relativamente al tema di cui si discute, si distinguono non poco e tanto certamente deriva da diverse influenze storiche, culturali e sociali[44].

Ebbene, nell'ordinamento francese, benché la "filiation est établie, à l'égard de la mère, par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant" (art. 311-25)[45], "lors de l'accouchement, la mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé" (art. 326 code civil), precludendosi, di conseguenza, l'accertamento del vincolo di filiazione[46]. La normativa francese sul

42 Cfr. Busnelli, F. D.; Vitucci, M. C.: "Frantumi europei di famiglia", *Riv. dir. civ.*, 4, 2013, p. 771 s.; Giaimo, G.: "Matrimonio in diritto comparato", *Dig. disc. priv., sez. civ.*, agg., Torino, Utet giuridica, 2013, pp. 333 ss.; Torino, R.: *Nuovi modelli familiari. Il diritto a essere genitori*, Roma, Aracne editrice, 2003, pp. 15 ss.

43 Bolondi, E.: "Il diritto della partoriente all'anonimato: l'ordinamento italiano nel contesto europeo", *Nuova giur. civ. comm.*, 2, 2009, pp. 281 ss.

44 Cfr. Miranda, A.: *Famiglie e vecchi diritti: brevi considerazioni sull'evoluzione del rapporto tra diritto, famiglia e società*, in *Patrimonio, persona e nuove tecniche di «governo del diritto. Incentivi, premi, sanzioni, alternative*, a cura di Monateri, P.G.; Somma, A., Napoli, Esi, 2009, pp. 565 ss.; Rinella, A.: *Famiglie e sistemi giuridici*, in Morbidelli, G.; Pegoraro L.; Rinella, A.; Volpi, M., *Diritto pubblico comparato*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 31 ss.; Scalisi, V., "'Famiglia'" e "famiglie" in Europa", *Riv. dir. civ.*, 1, 2013, pp. 9 ss.; Perlingieri, P.: *Il diritto ereditario all'affacciarsi del nuovo millennio: problemi e prospettive*, in *Tradizione e modernità nel diritto successorio. Dagli istituti classici al patto di famiglia*, a cura di Delle Monache, S., Padova, Cedam, 2007, pp. 317 ss.

45 Disposizione normativa introdotta con l'*Ordonnance* n. 2005-759, del 4 luglio 2005, ratificata con la *Loi* n. 2009-61, del 16 gennaio 2009, su cui si rinvia a Hauser, J.: "La *réforme de la filiation et les principes* fondamentaux", *Droit de la Famille*, 1, 2006, pp. 1 ss.

46 Furkel, M.F.: "Le droit à la connaissance de ses origines en République Fédèrale d'Allemagne", *Révue Internationale de Droit Comparé*, 49, 4, 10-12, 1997, pp. 93 ss.

parto anonimo ("accouchement sous X"[47]) è, tuttavia, soprattutto rappresentata dalla Loi 93-2002, del 22 gennaio 2002, relativa all'accesso alle origini delle persone adottate[48], di riforma del Code de l'action sociale et des familles, per effetto della quale non si discorre più di parto "anonimo" ma di parto "con discrezione". Con tale disciplina, si introduce, dunque, il principio della réversibilité del segreto in forza del quale si rende revocabile la scelta della madre di restare anonima. A conferma di ciò, si istituisce il Conseil National pour l'acces aux origines personnelles (CNAOP), che può ricevere la dichiarazione di consenso alla rimozione del segreto da parte della madre e, pertanto, essere in grado di comunicare all'interessato l'identità della sua genitrice[49]. Tale organo, in altre parole, ha il compito di verificare l'attualità della volontà di anonimato della donna, sicché potrà comunicarne l'identità soltanto con il consenso della stessa[50]. Resta, senza dubbio, inteso che le informazioni non identificative, le quali non vengono documentate in un registro sigillato, sono rilasciate al richiedente senza necessità di verificare la volontà materna. Per effetto della citata normativa, a ben vedere, se, da un lato, si riconosce alla partoriente il diritto di rimanere anonima, dall'altro, la si informa delle conseguenze giuridiche di tale scelta e della circostanza di poter rimuovere in qualsiasi momento il segreto e rinunciare all'anonimato (art. l 222-6 Social Action and Families Code[51]). Nell'eventualità in cui la donna non voglia rendere nota la sua identità, quest'ultima non potrà essere comunicata, salvo

47 Su cui si rinvia a Trillat, B.: *L'accouchement anonyme: de l'opprobre à la consécration*, *Liber amicorum à la mémoire de Daniel Heut-Weiller*, *Pus/Lgdj*, 1994, pp. 513 ss.

48 "*Loi n. 2002-92 du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des persone adoptées et pupilles de l'État*", su cui si veda Verdier, P.: "La loi du 22 Janvier 2002 constitue-t-elle une avancée pour le droit à la connaissance de ses origines?", *AJ Famille*, 3, 2003, pp. 92 ss. Per un'attenta analisi, anche in chiave comparatistica, cfr. Passaglia, P.: *La tutela dell'identità del minore nell'ordinamento francese al crocevia tra diritto interno e diritto sovranazionale e tra legislazione e giurisprudenza*, in Perlingieri, P.; Chiappetta, G.: (a cura di) *Questioni di diritto delle famiglie e dei minori*, Napoli, Esi, 2017, pp. 310 ss.

49 Stanzione, M. G.: "Identità del figlio e diritto di conoscere le proprie origini", *Fam. e dir.*, 2, 2015, p. 195, nt. 24, laddove l'a. puntualizza che "una prima attenuazione dell'irreversibilità della scelta dell'anonimato si era avuta dapprima con la loi 96-604 del 5 luglio 1996, che prevedeva l'obbligo del personale sanitario di informare la partoriente della possibilità di fornire informazioni non identificative o di rivelare la propria identità, su richiesta espressa del bambino o dei suoi discendenti". Cfr. Id.: "Il diritto del figlio di conoscere le proprie origini nel dialogo tra le Corti", *Nuova giur. civ. comm.,* 11, 2016, pp. 1488 ss.

50 In merito, v.si Paris, D.: "Parto anonimo e bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza della Corte costituzionale, del *Conseil constitutionnel* e della Corte europea dei diritti dell'uomo (con alcuni spunti per una rilettura dell'inquadramento costituzionale dell'interruzione volontaria della gravidanza)", *Forum di Quaderni costituzionali* - Rassegna, n. 10/2012, *www.forumcostituzionale.it*, pp. 1 ss.; Mallet-Bricout, B: "Droit d'accès aux origines personnelles: l'embarras de la Court européenne des droits de l'homme", *Recueil Dalloz*, vol. 9, 2003, pp. 1240 ss.; Gründler, T.: "Les droits des enfants contre les droits des femmes : vers la fin de l'accouchement sous X?", *LRDH*, 2013, pp. 1 ss.; Falbo, N.: "Il diritto alle origini fra ordinamenti nazionali e giurisprudenza europea. Spunti per una comparazione", *www.dirittifondamentali.it*, 2, 2020, p. 1068.

51 La normativa prevede che ogni donna ammessa in ospedale che chieda di partorire nell'anonimato sia informata delle conseguenze giuridiche di siffatta scelta. La donna è invitata a lasciare informazioni generali relative alla salute propria e del padre biologico, alle origini del bambino e alle circostanze della nascita, e, separatamente, in un registro sigillato, le informazioni sulla propria identità personale. La partoriente viene poi contestualmente informata del fatto che può, in ogni momento, rinunciare all'anonimato sulla propria identità e che, altrimenti, le informazioni identificative potranno essere fornite all'interessato solo attraverso la procedura di accesso e comunque previo suo consenso.

che la richiedente segretezza sia deceduta e non abbia, prima della sua morte, manifestato una volontà contraria all'accesso alle informazioni identificative[52].

A differenza del modello francese, improntato sul volontarismo e sul riconoscimento alla donna di un diritto all'anonimato, quello tedesco risulta, invece, caratterizzato da un sistema automatico di accertamento della maternità che discende direttamente dal parto, come si ricava dal § 1591 BGB il quale, modificato dal Kindschaftsrechtsgesetz del 1997[53], prevede che "mutter eines Kindes ist die Frau, die es geboren hat", in ossequio al principio di responsabilità della procreazione[54]. Ciò almeno fino alla legge 28-8-2013, sulla vertrauliche Geburt[55], che ha previsto il diritto ad una "maternità non disvelata", e, quindi, a partorire senza una immediata identificazione[56], quante volte, soprattutto, la donna si trovi in condizioni di grande difficoltà nell'assumere scelte che potrebbero essere pregiudizievoli per sé e per il figlio[57]. Segnatamente, all'interno del Schwangerschaftskonfliktgesetz, il § 25 prevede che ogni donna in gravidanza venga edotta sulla possibilità di partorire in modo confidenziale. La legge, nel contempo, specifica però che la madre è tenuta a fornire la propria identità, che verrà conservata e mantenuta celata fino al compimento del sedicesimo anno di età del figlio che, a partire da quel momento, potrà avere pieno accesso a tutti i dati relativi alle proprie origini[58]. Del resto, già con sentenza del BVerfG del 1988, era stato inserito il diritto di conoscere le proprie origini (Recht auf Kenntnis der Abstammung"[59]) tra i Grundrechte, facendolo discendere direttamente dalla dignità della persona sancita dall'art. 1, *absatz* 2, GG.[60].

52 Cfr. Bolondi, E.: "Il diritto della partoriente all'anonimato: l'ordinamento italiano nel contesto europeo", *Nuova giur. civ. comm*., 2009, 6, p. 20281; Barbisan, B.: "Apprendimento e resistenze nel dialogo fra Corte costituzionale e Corte di Strasburgo: il caso del diritto all'anonimato della madre naturale", *www.diritticomparati.it*, 9 maggio 2016.

53 *KindschaftsRG* del 25 settembre 1997.

54 Cfr., in merito, Henrich, D.: *La riforma del diritto della filiazione in Germania*, *Ann. dir. ted*., 1998, pp. 33 ss.; Diurni, A.: *La riforma del quarto libro del BGB*, *ivi*, pp. 47 ss.

55 *Gesetz zum Ausbau der Hilfen für Schwangere und zur Regelung der vertraulichen Geburt*, 28 ago. 2013, BGBl. I, p. 3458.

56 Utile, al riguardo, l'analisi di Rusconi, C.: "La legge tedesca sulla *vertrauliche Geburt*. Al crocevia tra accertamento della maternità, parto anonimo e adozione", *Eur. e dir. priv.,* 4, 2018, pp. 1347 ss.; Mielitz, C.: "Anonyme Kindesabgabe. Babyklappe, anonyme Übergabe und anonyme Geburt zwischen Abwehr Schutzgewährrecht", Baden-Baden, Nomos, 2006, pp. 70 ss. In tema, Stanzione, M. G.: *op. cit*., p. 18, pone l'accento sul fatto che fossero rimasti privi di esito sia il progetto di legge, presentato al *Bundestag*, del maggio 2002, relativo al parto anonimo, sia il Progetto del *Land* del Baden- Württemberg, presentato al Bundesrat, il 21 giugno 2002.

57 Rusconi, C., *op. cit.,* p. 1364.

58 Osserva Falbo, N., *op. cit.,* p. 1076.

59 Cfr., in argomento, Kleineke, W.: *Das recht auf Kenntnis der Zigene Abstammung. dissertation zur Englangung des Doktorgrades der juristichen Facultät der Georg-August-Universität zu Göttingen*, *Göttingen*, 1976, *passim*; Katzenmeier, *D.: "Rechtsfragen* der "*Baby klappe*" und der medizinisch assistierten "anonymen. Geburt"", *FamRZ*, 1, 2005, pp. 134 ss.; Hepting, R.: ""Babyklappe" und "anonyme Geburt"", *ivi*, 2001, pp. 1573 ss.

60 BVerfG, Beschluss 18 gennaio 1988, *FamRZ*, 1989, p. 147 e BVerfG, Beschluss 31 gennaio 1989, *ivi*, pp. 255 ss. Sul tema, cfr. Starck, C.: "Anmerkung BVerfG vom 31.1.1989", *JZ*, 1989, pp. 338 ss.; Ramm., T.: "Ehelichkeitsanfechtung und Bundesverfassungsgericht", *NJW*, 1989, pp. 220 ss.

Ne deriva che il sistema nazionale tedesco, a differenza di quanto rilevato con riferimento a quello francese e all'ordinamento giuridico italiano, già "a monte", attribuisce primaria rilevanza al diritto del figlio a conoscere le proprie origini genetiche, in quanto aspetto fondamentale della vita di una persona e del suo sviluppo[61].

Diritto questo previsto anche nel sistema giuridico spagnolo laddove l'adottato maggiorenne (o, se minorenne, i genitori adottivi) può chiedere all'Entidad Pùblica informazioni sulle proprie origini, sull'identità e sui dati sanitari dei genitori biologici (cfr. art. 180 código)[62]. Rispetto alla filiazione biologica, nella specie, l'art. 120 Código Civil prevede che l'accertamento della filiazione materna non matrimoniale avvenga mediante la formazione di un atto di nascita recante l'indicazione della madre[63]. "El derecho a conocer el proprio origen biológico" trova il suo addentellato normativo nell'art. 39.2 Constitución[64], che tutela la ricerca della paternità e l'accertamento della maternità[65]. Tanto che, come ormai noto, il Tribunal Supremo, con sentenza del 21 settembre 1999, ha dichiarato la nullità delle disposizioni regolamentari sul parto anonimo per contrasto con il richiamato art. 39, c. 2[66], nonché con gli artt. 10, sulla dignità umana, sui diritti inviolabili e sul libero svolgimento della personalità, e 24, c. 1, in punto di tutela effettiva dei diritti, della medesima Constitución[67]. Per la giurisprudenza spagnola, tuttavia, a venire, così, effettuato non è un bilanciamento, non potendo, a monte, rintracciarsi alcun conflitto tra gli interessi implicati.

61 Baldini, V.: "Diritti fondamentali e processi (a volte incompiuti…) di concretizzazione: il caso del diritto alla conoscenza dell'origine biologica nella giurisprudenza costituzionale tedesca ed italiana", *www.dirittifondamentali.it*, 3 febbraio 2014, pp. 1 ss.

62 Palacios González, D.: "El *derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos*", *Revista de Derecho Civil*, 3, 2017, pp. 95 ss.; Villaluenga, L.G.; de La Fuente, M. L.: *El derecho del adoptado a conocer sus orígenes en España y en el derecho comparado*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2006, pp. 21 ss.; Moliner Navarro, R.: "Adopción, familia y derecho", *Rev. boliv de derecho*, 14, 2012, pp. 98 ss.

63 In merito, v.si Lasarte Álvarez, C.: "Il diritto di famiglia spagnolo: linee della riforma", *Familia*, 3, 2006, pp. 545 ss.

64 Art. 39-2 Costituzione spagnola: "I pubblici poteri assicurano anche la protezione integrale dei figli, uguali questi di fronte alla legge a prescindere dalla filiazione, e delle madri qualunque sia il loro stato civile. La legge potrà consentire l'accertamento della paternità". Cfr.

65 *Hernández* Diaz-Ambrona, M.D.: "Notas sobre el derecho a la identidad del *niño* y la verdad biologica", *Revista de Derecho Privado*, 7-8, 2005, pp. 26 ss.; Pulido, M.: "¿El fin de la filiación anónima?", *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 2, 2005, pp. 2 ss.; Rubio, E.: "El secreto de la maternidad", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil Mercantil*, 2003, pp. 9 ss.; Quesada, M.: "El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico", *Anuario de Derecho Civil*, 2, 1994, pp. 237 ss.

66 Art. 14, Costituzione spagnola: "Gli spagnoli sono uguali di fronte alla legge, senza che prevalga alcuna discriminazione per motivi di nascita, razza, sesso, religione, opinione e qualsiasi altra condizione o circostanza personale o sociale".

67 Tribunal Supremo, 21 settembre 1999, n. 776, *RJ*, 1999, pp. 6944 ss. Cfr., sul tema, Tribunal Constitucional, 17 giugno 1999, n. 116, ricorso d'incostituzionalità n. 376/1989, promosso dai "*Diputados del Grupo Parlamentario Popular*", contro la Ley 35/1998, del 22 novembre, "*Sobre técnicas de reproducción asistida*", *BOE*, 8 luglio 1999, n. 162, pp. 67 ss. In merito, si rinvia a Hernández, F. R.: "La constitucionalidad del anonimato del donante de gametos y el derecho de la persona al conocimiento de su origen biológico. De la S.T.C. 116/1999, de 17 junio, al affaire Odièvre", *Familia*, 2004, pp. 349 ss.; Chofre Sirvent, J.: "*Reproducción asistida y Constitución (Comentario a la Sentencia 116/1999, de 17 de junio de 1999)*", *Teoría y Realidad Constitucional*, 7, 2001, pp. 334 ss.; *Rabadán Sánchez-Lafuente*, F.: "El *derecho a conocer los orígenes biológicos* de la *reproducción asistida*", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 10, 2019, pp. 586 ss.; *del Pilar Cámara* Aguila, M.: "Sobre la constitucionalidad de la Ley de tecnicas de reproduccion asistida (Comentario a la STC 116/1999, de 17 de junio)", *Derecho Privado y Constitución,* 13, 1993, pp. 117 ss.

La facoltà della donna di partorire in anonimato non può recedere rispetto al diritto del figlio a conoscere le proprie origini, non avendo la prima alcun rilievo costituzionale, ma anzi ponendosi in diretto conflitto con l'applicazione di altri interessi (di carattere, invece, costituzionale), quali il diritto di uguaglianza e quello di libera ricerca della paternità. Per effetto di tale pronuncia, si impone, a ben vedere, un'interpretazione sistematica e costituzionalmente orientata degli artt. 115 e 120 del Código civil, nel senso per cui la filiazione nei confronti della madre dovrà risultare da uno degli atti formali previsti da tali norme, senza che possa esservi omessa l'identità della madre-partoriente[68], tutelandosi, così, in modo incontrovertibile, il diritto del figlio a conoscere le proprie origini.

III. *FAVOR VERITATIS* NEL PANORAMA EUROPEO.

A prescindere dalla disciplina vigente nei singoli ordinamenti[69], il coinvolgimento politico, giuridico, ed ancor prima valoriale, di tali diverse realtà in un unico sistema europeo, finalizzato al perseguimento di obiettivi comuni, impone un'osservazione generale, in quanto unitaria, anche del tema in commento; visione, questa, idonea a realizzare un'identità europea forte pure nel panorama internazionale[70].

Di particolare rilievo risulta l'art. 8 della CEDU che, nel sancire che "ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare", fa riferimento anche al *favor filiationis*, quale elemento essenziale per lo sviluppo della persona. Questa tutela è generalmente positivizzata negli ordinamenti europei, laddove l'instaurazione della filiazione è requisito essenziale per la titolarità e per l'esercizio di situazioni soggettive derivanti dal medesimo rapporto giuridico. Se, da un lato, il riconoscimento di alcuni diritti fondamentali avviene già dal momento della nascita, dall'altro, la titolarità di ulteriori diritti sorge per effetto del riconoscimento del figlio da parte del genitore biologico, ovvero in virtù del diverso rapporto di filiazione che viene a realizzarsi. In particolare, i primi diritti sono tutelati *erga omnes*, riguardando la persona in quanto tale, mentre i secondi possono costituirsi in favore del figlio soltanto attraverso l'instaurazione di un rapporto di filiazione, cioè con l'individuazione dei soggetti obbligati[71].

68 Falbo, N., *op. cit.*, p. 1073; de Verda y Beamonte, J. R.: "La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (un análisis crítico de la experiencia jurídica española, treinta años después de la aprobación de la primera regulación legal sobre la materia)", *Riv. dir. succ. fam.*, 1, 2018, pp. 301 ss.; Id., "La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en España", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 8, 2018, pp. 11 ss.; Hernández C. S.: "*Identidad genética y anonimato en la fertilización asistida*", *ivi*, 8, 2018, pp. 138 ss.

69 Il modello inglese, invece, si caratterizza per il riconoscimento del diritto alla identità genetica e al mantenimento del rapporto genitoriale con la famiglia biologica, ammettendo l'accesso alle origini e postulandovi delle compressioni solo in casi eccezionali, come si ricava dall'*Adoption Act* 1976 e dall'*Adoption and Children Act* 2002 che prevedono, segnatamente, il diritto dell'adottato maggiorenne a conoscere le generalità dei genitori biologici. In tema, cfr. Valente, C.: "Il diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini: brevi note su due esperienze giuridiche a confronto", *www.rivistafamilia.it*, 16 luglio 2020.

70 Porchia, O.: *La filiazione nel diritto internazionale privato*, in Ferrando, G. (a cura di): *Il nuovo diritto di famiglia*, Bologna, Zanichelli, 3, 2007, pp. 549 ss.

71 Sul tema si rinvia estensivamente a Sassi, A.: *op. cit.*, pp. 62 ss.

La differenza tra i sistemi giuridici europei, come innanzi evidenziato, non riguarda, dunque, la rilevanza della filiazione, quanto piuttosto le modalità attraverso cui questa si realizza; in particolare, vi sono ordinamenti che non riconoscono alla madre biologica facoltà diverse dal riconoscimento del figlio biologico, mentre altri prevedono sistemi di instaurazione della filiazione automatica nei confronti della stessa, salvo l'esercizio del diritto all'anonimato[72].

Laddove il diritto alla riservatezza del parto venga esercitato non potrà, comunque, essere preclusa *sine die* al figlio la possibilità di conoscere le proprie origini biologiche, trattandosi in ogni caso di un diritto esistenziale, indisponibile e potestativo[73] e dovendosi, evidentemente, evitare, per il figlio, dei pregiudizi sul piano psicologico e, in taluni casi, anche eventuali riflessi negativi sulla tutela della sua salute. Tale affermazione, ancora una volta espressione della prevalenza del *favor veritatis*, trova fondamento anche nelle pronunce della giurisprudenza della CEDU, ed in particolare in quella sul caso Godelli c. Italia[74], ove si mette in luce la necessità di non precludere al figlio la creazione di una relazione di fatto con il proprio genitore biologico, senza che la stessa divenga necessariamente "genitorialità giuridica"; conclusione, questa, che esprime un corretto bilanciamento dei contrapposti interessi. Sussistono, d'altronde, modelli di filiazione adottiva (come quella c.d. mite[75]) caratterizzati dalla partecipazione dei genitori biologici alla crescita e allo sviluppo del minore. Al riguardo, per la Corte europea dei diritti dell'uomo, nella vicenda Zhou c. Italia, "posto che l'adozione di un minore, recidendo ogni legame con la famiglia d'origine, costituisce misura eccezionale, gli Stati membri della convenzione europea dei diritti dell'uomo hanno l'obbligo di assicurare che le proprie autorità giudiziarie e amministrative adottino preventivamente tutte le misure, positive e negative, anche di carattere assistenziale, volte a favorire il ricongiungimento tra genitori biologici e figli e a tutelare il superiore interesse di questi ultimi, evitando per quanto possibile l'adozione e prevedendo la possibilità

72 Cfr. Troiano, S.: *Circolazione e contrapposizione di modelli nel diritto europeo della famiglia: il "dilemma" della donna partoriente all'anonimato*, in AA.VV., *Parte generale e persone.* Liber Amicorum per *Dieter* Henrich, a cura di Gabrielli, G.; Patti, S.; Zaccaria, A.; Padovini, F.; Cubeddu Wiedemann, M.G.; Troiano, S., Torino, 2012, p. 178; Gigliotti, F.: "Parto anonimo e accesso alle informazioni identitarie (tra soluzioni praticate e prospettive di riforma), *Eur. dir. priv.*, 3, 2017, pp. 901 ss.

73 In tal senso, sebbene in tema di diritto a conoscere le proprie origini in relazione allo sviluppo in Italia delle tecniche di riproduzione assistita, Chiappetta, G.: "*Favor veritatis* ed attribuzione dello *status filiationis*", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 4 *ter*, 2016, pp. 166 ss.

74 Corte eur. dir. uomo, *Godelli c. Italia*, 25 settembre 2012, cit., per cui "l'interesse vitale dell'individuo a ottenere le informazioni necessarie alla scoperta della verità con riguardo ad un aspetto importante della [propria] identità personale, parte integrante del diritto alla vita privata, integra un diritto soggettivo ed ultra-personale e, pertanto, imprescrittibile".

75 Cass. civ., 25 gennaio 2021, n. 1476, *Foro it.*, 6, 2021, cc. 2074 ss., con nota di Mendola, A.: "Stato di abbandono semipermanente e diritto alla continuità affettiva nell'adozione c.d. «mite»", per cui il giudice, chiamato a decidere sulla dichiarazione di adottabilità del minore in stato di abbandono, deve accertare l'interesse del medesimo a conservare il legame con i suoi genitori biologici, pur se deficitari nelle loro capacità genitoriali, costituendo l'adozione "piena" una "*extrema ratio*", alla quale dover preferire, ricorrendone i presupposti, la cd. adozione mite, idonea a non recidere del tutto il rapporto tra il minore e la famiglia di origine.

di disporre, sempre se corrisponda all'interesse dei minori, una forma di adozione che garantisca la conservazione dei legami tra questi ultimi e i genitori"[76].

Secondo i giudici di Strasburgo, il diritto del figlio alla ricerca della propria identità biologica è un interesse vitale, direttamente connesso al rispetto della vita privata, *ex* art. 8 CEDU, che comprende il diritto di stabilire relazioni con altri e, di conseguenza, quello di conoscere tutti i dettagli funzionali allo sviluppo della propria personalità. Il diritto a conoscere la propria ascendenza rientra, pertanto, nel campo di "azione" del concetto di "vita privata" che comprende aspetti importanti della propria sfera personale, di cui fa parte anche l'identità dei genitori.

Ciò nonostante, e conformemente a quanto innanzi asserito, se, da un lato, la nascita e le relative circostanze rientrano nella "vita privata" -convenzionalmente rilevante- del bambino, poi adulto, dall'altro, anche quello della madre è interesse rilevante *ex* art. 8 CEDU. Alla luce di queste osservazioni, secondo la Corte di Strasburgo, devono imporsi agli Stati membri non solo regole di carattere negativo, intese come divieti di ingerenza nelle "vite" delle "persone", ma anche obblighi positivi, che possono implicare la previsione di misure idonee al rispetto effettivo degli interessi in gioco. La realizzazione di tale obiettivo rientra comunque nella discrezionalità degli Stati membri che pongono in essere di volta in volta il bilanciamento, che potrà dirsi legittimo solo se ragionevole e proporzionato, anche alla luce delle "linee guida" fornite dall'ordinamento sovranazionale[77].

La consapevolezza della necessità di riconoscere primaria tutela al *favor veritatis* è confermata dalla coerenza di ulteriori scelte, riguardo ad altre tematiche, effettuate dal medesimo legislatore europeo; ad esempio, in materia di adozione, come evidenziato, il principio di verità biologica trova riconoscimento laddove si attribuisce prevalenza alla filiazione genetica e si rende residuale il ricorso a rapporti sostitutivi, in quanto, sebbene secondari, comunque idonei a fornire al figlio la titolarità di situazioni essenziali per la sua completa formazione e per il suo sviluppo.

Tutte le osservazioni sin qui esposte acquisiscono ancor più fondamento alla luce del mutamento nel panorama europeo del concetto sociale, prima

76 Corte eur. dir. uomo, 21 gennaio 2014, "Zhou c. Italia", *Foro it.*, IV, 2014, c. 173, con nota di Casaburi, G.: "La corte europea dei diritti dell'uomo «impone» l'introduzione dell'adozione «mite»". Nella specie, la Corte ha ritenuto costituire violazione dell'art. 8 della CEDU l'adozione di un minore, disposta dall'autorità giudiziaria italiana, la cui madre biologica, in stato di indigenza ed in difficili condizioni di salute, non era in grado di prendersene cura, senza però che la sua condotta fosse stata di per sé pregiudizievole per il figlio, perché non era stata adeguatamente ricercata la possibilità, a mezzo di idonei interventi, di superare le pur gravi ed obiettive difficoltà della donna.

77 Stile, M.T.: *I rinnovati rapporti tra Corte Costituzionale e Corti Europee. Vuoto legislativo e giudice legiferante*, in Buffa, F. (a cura di): *Il diritto in Europa oggi,* Milano, Key editore, 24, 2018, pp. 21 ss.

che giuridico, della famiglia[78]. Ebbene, l'accoglimento della prevalenza del *favor filiationis,* in particolare nella sua declinazione di *favor veritatis,* trova giustificazione nell'abbandono della tipicità dell'istituzione della famiglia fondata sul matrimonio e nell'adesione alla contraria visione pluralistica della stessa[79]. Questo cambiamento ha trovato origine, infatti, nelle fonti dell'Unione Europea in cui è più sentita l'esigenza di non aderire ad una tipologia predeterminata di famiglia, diversa nei vari Stati e nelle molteplici culture[80]. È per questa ragione che si ritiene prevalente il rapporto di filiazione biologico, laddove corrisponda all'interesse del figlio, anche se non inserito in un rapporto "tipicamente" familiare.

Il tutto, però, non tradisce l'idea per cui il principio accolto non è assoluto in quanto va osservato sempre nell'ottica dell'interesse del figlio, arbitro indiscusso della propria situazione esistenziale. Il principio del *favor veritatis* deve, d'altro canto, "fare i conti" con l'ecletticità del manifestarsi di tale diritto nella vita privata del suo titolare, nonché nelle sue relazioni familiari e sociali. Ed infatti, non è revocabile in dubbio che, talvolta, il diritto a conoscere le proprie origini non può considerarsi idoneo a tutelare gli interessi fondamentali del figlio, soprattutto se minore. Tale circostanza, in particolare, potrebbe manifestarsi in situazioni di ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita eterologa, laddove la ricostruzione della propria provenienza biologica potrebbe, al contrario, ledere la sfera giuridica fondamentale del suo titolare, essendo la situazione di partenza assolutamente differente da quella oggetto del presente commento. Di tanto è consapevole anche la giurisprudenza sovranazionale il cui lavoro, in temi come questi, diviene ancora più complesso alla luce delle considerevoli differenze, ancora sussistenti, tra i vari ordinamenti nazionali, il cui avvicinamento sembra -comprensibilmente- ancora lontano.

78 Golombok, S.; *Modern Families, Parent and Children in New Families Forms*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, pp. 15 ss.; Lipari, N.: "Riflessioni sul matrimonio a trent'anni dalla riforma sul diritto di famiglia", *Riv. trim. proc. civ.*, 3, 2005, pp. 715 ss.; Rescigno, P.: *Sui diversi modelli di vita familiare*, in *Scritti in memoria di M. Buoncristiano*, Napoli, Jovene, II, 2002, p. 1159.

79 Sul tema, si rinvia a Zambrano, V.: "*Ex facto oritur ius*". La metamorfosis de los modelos familiares en Italia, a saber, la "*conversión de un caballo*", *Derecho de familia*, 2018, vol. 85, pp. 43 ss.; Marella, M.R., Marini, G.: *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, Roma-Bari, Laterza, 2014, pp. 15 ss.

80 Panforti, M.D.: *Verso un diritto europeo per le relazioni familiari. Il contributo della* Commission for European Family Law, in AA.VV., *L'Unione Economica Europea: aspetti economici, sociali e istituzionali,* a cura di Mascia, M.; Velo, F., Bari, Cacucci, 2016, pp. 233 ss.; Zambrano, V.: "Globalización del derecho y las relaciones familiares: la experiencia italiana", *Derecho de familia*, 2022, vol. 103, pp. 58 ss.

BIBLIOGRAFIA

ANDREOLA, E.:

- "Accesso alle informazioni sulla nascita e morte della madre anonima", *Fam. e dir.*, 1, 2017 (nota a Cass. civ., 9 novembre 2016, n. 22838).

- "Fratelli biologici di madre anonima e riservatezza dei dati genetici", *Fam. e dir.*, 3, 2020 (nota a Trib. Genova, 13 maggio 2019).

AULETTA, T.: *Diritto di famiglia*, Torino, Giappichelli, 2011.

AVITABILE, A.: *Il diritto all'anonimato in ambito familiare*, in GALGANO, F. (diretto da): *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, a cura di FINOCCHIARO, G., *Diritto all'anonimato. Anonimato, nome e identità personale*, Padova, Cedam, 2008.

BALDINI, V.: "Diritti fondamentali e processi (a volte incompiuti…) di concretizzazione: il caso del diritto alla conoscenza dell'origine biologica nella giurisprudenza costituzionale tedesca ed italiana", *www.dirittifondamentali.it,* 3 febbraio 2014.

BARBISAN, B.: "Apprendimento e resistenze nel dialogo fra Corte costituzionale e Corte di Strasburgo: il caso del diritto all'anonimato della madre naturale", *www.diritticomparati.it*, 9 maggio 2016.

BASINI, G.F.: *La dichiarazione giudiziale di paternità e maternità*, in *Tratt. dir. fam.*, diretto da BONILINI, G., IV, *La filiazione e l'adozione*, Milano, Utet, 2016.

BENACCHIO, G.: *Diritto privato dell'Unione Europea*, Padova, Cedam, 2010.

BIN, R.: *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992.

BOLONDI, E.:

- "Il diritto della partoriente all'anonimato: l'ordinamento italiano nel contesto europeo", *Nuova giur. civ. comm.*, 2, 2009.

- "L'azione di disconoscimento della paternità può essere accolta anche sulla base delle sole risultanze delle indagini genetiche o ematologiche", *Fam. e dir.*, 5, 2006 (nota a Corte cost. 6 luglio 2006, n. 266).

BUGETTI, M. N.:

- "Sul difficile equilibrio tra anonimato materno e diritto alla conoscenza delle proprie origini: l'intervento delle Sezioni Unite", *Corr. giur.*, 5, 2017 (nota a Cass. civ., sez. un., 25 gennaio 2017, n. 1946).

- "Sull'esperibilità delle azioni *ex* artt. 269 e 279 c.c. nei confronti della madre che abbia partorito nell'anonimato", *Fam. e dir.*, 5, 2016 (nota a Trib. Milano, 14 ottobre 2015, n. 11475).

Busnelli, F. D.; Vitucci, M. C.: "Frantumi europei di famiglia", *Riv. dir. civ.*, 4, 2013.

Carbone, V.:

- "Con la morte della madre al figlio non è più opponibile l'anonimato: i giudici di merito e la Cassazione a confronto", *Corr. giur.*, 1, 2017 (nota a Cass. civ., 21 luglio 2016, n. 15024).

- "Corte EDU: conflitto tra il diritto della madre all'anonimato e il diritto del figlio a conoscere le proprie origini", *Corr. giur.*, 7, 2013.

- "L'adottato alla ricerca della madre biologica", *Fam. e dir.*, 11, 2014 (nota a Cass. civ., 7 febbraio 2014, n. 2802).

- "Un passo avanti del diritto del figlio, abbandonato e adottato, di conoscere le sue origini rispetto all'anonimato materno", *Fam. e dir.*, 1, 2014 (nota a Corte cost., 22 novembre 2013, n. 278).

Casaburi, G.: "La corte europea dei diritti dell'uomo «impone» l'introduzione dell'adozione «mite»", *Foro it.*, IV, c. 173, 2014 (nota a Corte eur. dir. uomo, 21 gennaio 2014, "*Zhou c. Italia*").

Chiappetta, G.: "*Favor veritatis* ed attribuzione dello *status filiationis*", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 4 *ter*, 2016.

Chofre Sirvent, J.: "Reproducción asistida y Constitución (Comentario a la Sentencia 116/1999, de 17 de junio de 1999)", *Teoría y Realidad Constitucional*, 7, 2001.

Cippitani, R.: "Principi e metodo nella revisione della normativa francese relativa alla bioetica", *Dir. fam. pers.*, 4, 2012.

Citarella, G.: "Cronaca, satira e diritti della personalità: il grimaldello del diritto all'oblio", *Resp. civ. prev.*, 4, 2018 (nota a Cass. civ., 20 marzo 2018, n. 6919).

Clarizia, O.: "Dichiarazione di adottabilità, anonimato materno e diritto alla genitorialità", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2, 2015.

Cubeddu, M.G.: "La disciplina dell'accertamento dello *status* di figlio nei principali paesi europei", *Familia*, 2006.

Cuffaro, V.; D'Orazio, R.; Ricciuto, V.: (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, Giappichelli, 2019.

del Pilar Cámara Aguila, M.: "Sobre la constitucionalidad de la Ley de tecnicas de reproduccion asistida (Comentario a la STC 116/1999, de 17 de junio)", *Derecho Privado y Constitución*, 13, 1993.

de Verda y Beamonte, J. R.:

- "La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en España", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 8, 2018.

- "La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (un análisis crítico de la experiencia jurídica española, treinta años después de la aprobación de la primera regulación legal sobre la materia)", *Riv. dir. succ. fam.*, 1, 2018.

Diurni A.:

- *La filiazione nel quadro europeo*, in *Il nuovo diritto di famiglia. Filiazione e adozione*, III, a cura di Ferrando, G., Bologna, Zanichelli, 2007.

- *La riforma del quarto libro del BGB*, *Ann. dir. ted.*, 1998.

Eramo, F.: "Il diritto all'anonimato della madre partoriente", *Fam. e dir.*, 2, 2006 (nota a Corte cost., 25 novembre 2005, n. 425).

Falbo, N.: "Il diritto alle origini fra ordinamenti nazionali e giurisprudenza europea. Spunti per una comparazione", *www.dirittifondamentali.it*, 2, 2020.

Ferrando, G.: "La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali", *Corr. giur.*, 3, 2013.

Figone, A.: "Dichiarazione giudiziale di maternità: sì alla CTU stragiudiziale che accerta il vincolo di discendenza", *Ilfamiliarista.it*, 22 febbraio 2018 (nota a Trib. Roma, 12 maggio 2017).

Finocchiaro, G. (diretto da), *La protezione dei dati personali in Italia*, Bologna, Zanichelli, 2019.

Fratini, M.: *Manuale sistematico di diritto civile*, Roma, Accademia del diritto, 2019.

Furkel, M. F.: "Le droit à la connaissance de ses origines en République Fédèrale d'Allemagne", *Révue Internationale de Droit Comparé*, 49, 4, 10-12, 1997.

Giaimo, G.: "Matrimonio in diritto comparato", *Dig. disc. priv.*, *sez. civ.*, agg., Torino, Utet giuridica, 2013.

Gigliotti, F.: "Parto anonimo e accesso alle informazioni identitarie (tra soluzioni praticate e prospettive di riforma), *Eur. dir. priv.*, 3, 2017.

Golombok, S.; *Modern Families, Parent and Children in New Families Forms*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.

Granelli, C.: "Il c.d. "parto anonimo" ed il diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini: un caso emblematico di "dialogo" fra Corti", *Persona e Mercato*, 1, 2017.

Gründler, T.: "Les droits des enfants contre les droits des femmes: vers la fin de l'accouchement sous X?", *LRDH*, 2013.

Hauser, J.: "La réforme de la filiation et les principes fondamentaux", *Droit de la Famill*e, 1, 2006.

Henrich, D.: *La riforma del diritto della filiazione in Germania*, *Ann. dir. ted.*, 1998.

Hepting, R.: ""Babyklappe" und "anonyme Geburt"", *FamRZ*, 2001.

Hernández C. S.: "Identidad genética y anonimato en la fertilización asistida", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 8, 2018.

Hernández, F. R.: "La constitucionalidad del anonimato del donante de gametos y el derecho de la persona al conocimiento de su origen biológico. De la S.T.C. 116/1999, de 17 junio, al affaire Odièvre", *Familia*, 2004.

Hernández Diaz-Ambrona, M. D.: "Notas sobre el derecho a la identidad del niño y la verdad biologica", *Revista de Derecho Privado*, 7-8, 2005.

Katzenmeier, D.: "Rechtsfragen der "Baby klappe" und der medizinisch assistierten "anonymen. Geburt"", *FamRZ*, 1, 2005.

KLEINEKE, W.: *Das recht auf Kenntnis der Zigene Abstammung. dissertation zur Englangung des Doktorgrades der juristichen Facultät der Georg-August-Universität zu Göttingen*, Göttingen, 1976.

LASARTE ÁLVAREZ, C.: "Il diritto di famiglia spagnolo: linee della riforma", *Familia*, 3, 2006.

LIPARI, N.: "Riflessioni sul matrimonio a trent'anni dalla riforma sul diritto di famiglia", *Riv. trim. proc. civ.*, 3, 2005.

LONG, J.: "*La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, il parto anonimo e l'accesso alle informazioni sulle proprie origini: il caso* Odièvre *c. Francia*", *Nuova giur. civ. comm.*, 2, 2004.

MALLET-BRICOUT, B: "Droit d'accès aux origines personnelles: l'embarras de la Court européenne des droits de l'homme", *Recueil Dalloz*, vol. 9, 2003.

MANTOVANI, M.: "Questioni in tema di accertamento della maternità naturale e sistema dello stato civile", *Nuova giur. civ., comm.*, 6, 2013.

MARELLA, M. R., MARINI, G.: *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, Roma-Bari, Laterza, 2014.

MENDOLA, A.:

- "Azione di accertamento dello stato di figlio e limiti al diritto all'anonimato materno", *Fam. e dir.*, 2, 2021 (nota a Cass. civ., 22 settembre 2020, n. 119824).

- "Impugnazione di riconoscimento e prova della verità della filiazione", *Giur. it.*, 2016, 7, pp. 1582 ss. (nota a Cass. civ., 1 febbraio 2016, n. 1859).

- *Le mobili frontiere della filiazione*, in *Quaderni di* Familia, diretti da PATTI, S., Pisa, Pacini, 2020.

- "Stato di abbandono semipermanente e diritto alla continuità affettiva nell'adozione c.d. «mite»", *Foro it.*, 6, 2021 (nota a Cass. civ., 25 gennaio 2021, n. 1476).

MIELITZ, C.: "Anonyme Kindesabgabe. Babyklappe, anonyme Übergabe und anonyme Geburt zwischen Abwehr Schutzgewährrecht", Baden-Baden, Nomos, 2006.

Miranda, A.: *Famiglie e vecchi diritti: brevi considerazioni sull'evoluzione del rapporto tra diritto, famiglia e società*, in *Patrimonio, persona e nuove tecniche di «governo del diritto. Incentivi, premi, sanzioni, alternative*, a cura di Monateri, P.G.; Somma, A., Napoli, ESI, 2009.

Moliner Navarro, R.: "Adopción, familia y derecho", *Rev. boliv de derecho*, 14, 2012.

Musio, A.: *Delle registrazioni relative agli atti di nascita e agli atti di riconoscimento dei figli naturali (artt. 28-49)*, in A. Musio, A.; Naddeo, F., a cura di Stanzione, P.: *Il nuovo ordinamento dello stato civile*, Milano, Giuffrè, 2001.

Nassetti, C.: "Il diritto del figlio a conoscere l'identità della madre biologica anonima sussiste dal decesso di quest'ultima", *www.quotidianogiuridico.it*, 26 febbraio 2018 (nota a Cass. civ., 7 febbraio 2018, n. 3004).

Palacios González, D.: "El derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos", *Revista de Derecho Civil*, 3, 2017.

Panforti, M. D.: *Verso un diritto europeo per le relazioni familiari. Il contributo della* Commission for European Family Law, in A.A.V., *L'Unione Economica Europea: aspetti economici, sociali e istituzionali,* a cura di Mascia, M.; Velo, F., Bari, Cacucci, 2016.

Pardini, S.: *Commento* sub *art. 9, comma 3*, Bianca, C.M., Busnelli, F.D.: (a cura di), *La protezione dei dati personali. Commentario al D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196*, Padova, Cedam, 2007.

Paris, D.: "Parto anonimo e bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza della Corte costituzionale, del *Conseil constitutionnel* e della Corte europea dei diritti dell'uomo (con alcuni spunti per una rilettura dell'inquadramento costituzionale dell'interruzione volontaria della gravidanza)", *Forum di Quaderni costituzionali* - Rassegna, n. 10/2012, *www.forumcostituzionale.it*.

Passaglia, P.: *La tutela dell'identità del minore nell'ordinamento francese al crocevia tra diritto interno e diritto sovranazionale e tra legislazione e giurisprudenza*, in Perlingieri, P.; Chiappetta, G.: (a cura di), *Questioni di diritto delle famiglie e dei minori*, Napoli, ESI, 2017.

Perlingieri, G.: "Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 10, 2019.

PERLINGIERI, P.: *Il diritto ereditario all'affacciarsi del nuovo millennio: problemi e prospettive*, in *Tradizione e modernità nel diritto successorio. Dagli istituti classici al patto di famiglia*, a cura di DELLE MONACHE, S., Padova, Cedam, 2007.

PORCHIA, O.: *La filiazione nel diritto internazionale privato*, in FERRANDO, G. (a cura di): *Il nuovo diritto di famiglia*, Bologna, Zanichelli, 3, 2007.

QUESADA, M.: "El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico", *Anuario de Derecho Civil*, 2, 1994.

RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, F.: "El derecho a conocer los orígenes biológicos de la reproducción asistida", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 10, 2019.

RAMM., T.: "Ehelichkeitsanfechtung und Bundesverfassungsgericht", *NJW*, 1989.

RENDA, A.:

- *L'accertamento della maternità. Profili sistematici e prospettive evolutive*, Torino, Giappichelli, 2008.

- "La sentenza *Odièvre* c. Francia della Corte Europea dei diritti dell'uomo: un passo indietro rispetto all'interesse a conoscere le proprie origini biologiche", *Familia*, 6, 2004.

RESCIGNO, P.: *Sui diversi modelli di vita familiare*, in *Scritti in memoria di M. Buoncristiano*, Napoli, Jovene, II, 2002.

RESTA, G.: *La successione nei rapporti digitali e la tutela post-mortale dei dati personali*, in CUFFARO, V.; D'ORAZIO, R.; RICCIUTO, V.: (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, Giappichelli, 2019.

RINELLA, A.: *Famiglie e sistemi giuridici*, in MORBIDELLI, G.; PEGORARO L.; RINELLA, A.; VOLPI, M., *Diritto pubblico comparato*, Torino, Giappichelli, 2016.

RUBIO, E.: "El secreto de la maternidad", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil Mercantil*, 2003.

RUSCONI, C.: "La legge tedesca sulla *vertrauliche Geburt*. Al crocevia tra accertamento della maternità, parto anonimo e adozione", *Eur. e dir. priv.,* 4, 2018.

SASSI, A.: "Tutele crescenti della persona e *status* familiari in Italia e nell'Unione Europea", *URBE et IUS*, 14, 2015.

SCALISI, V., "'Famiglia'' e "famiglie" in Europa", *Riv. dir. civ.*, 1, 2013.

Sesta, M.: "Accertamento dello stato di figlio dopo il d.lgs. n. 154/2013", *Fam. e dir.*, 5, 2014.

Stanzione, M. G.:

- *Identità del figlio e diritto di conoscere le proprie origini*, Torino, Giappichelli, 2015.

- "Identità del figlio e diritto di conoscere le proprie origini", *Fam. e dir.*, 2, 2015.

- "Il diritto del figlio di conoscere le proprie origini nel dialogo tra le Corti", *Nuova giur. civ. comm.,* 11, 2016.

- "Scelta della madre per l'anonimato e diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini", *Nuova giur. civ., comm.*, 3, 2017 (nota a Cass. civ., 9 novembre 2016, n. 22838).

Starck, C.: "Anmerkung BVerfG vom 31.1.1989", *JZ*, 1989.

Stefanelli, S.: "Anonimato materno e genitorialità dopo Cass. sez. un., n. 1946 del 2017", *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 3, 2017.

Stile, M.T.: *I rinnovati rapporti tra Corte Costituzionale e Corti Europee. Vuoto legislativo e giudice legiferante*, in Buffa, F. (a cura di): *Il diritto in Europa oggi,* Milano, Key editore, 24, 2018.

Torino, R.: *Nuovi modelli familiari. Il diritto a essere genitori*, Roma, Aracne editrice, 2003.

Trillat, B.: *L'accouchement anonyme: de l'opprobre à la consécration*, *Liber amicorum à la mémoire de Daniel Heut-Weiller, Pus/Lgdj*, 1994.

Troiano, S.: *Circolazione e contrapposizione di modelli nel diritto europeo della famiglia: il "dilemma" della donna partoriente all'anonimato*, AA.VV., *Parte generale e persone.* Liber Amicorum per *Dieter* Henrich, a cura di Gabrielli, G.; Patti, S.; Zaccaria, A.; Padovini, F.; Cubeddu Wiedemann, M.G.; Troiano, S., Torino, Giappichelli, 2012.

Valente, C.: "Il diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini: brevi note su due esperienze giuridiche a confronto", *www.rivistafamilia.it*, 16 luglio 2020.

Varano, V.; Barsotti, V.: *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto* civil law common law, Torino, Giappichelli, 2018.

VERDIER, P.: "La loi du 22 Janvier 2002 constitue-t-elle une avancée pour le droit à la connaissance de ses origines?", *AJ Famille*, 3, 2003.

VILLALUENGA, L. G.; DE LA FUENTE, M. L.: *El derecho del adoptado a conocer sus orígenes en España y en el derecho comparado*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2006.

VULLO, E.: "Litisconsorzio necessario tra gli eredi del presunto genitore naturale ai sensi dell'art. 276 c.c.", *Fam. e dir.*, 4, 1996 (nota a Cass. civ., 3 aprile 1996, n. 3111).

ZAMBRANO, V.:

- "Ex facto oritur ius". La metamorfosis de los modelos familiares en Italia, a saber, la "conversión de un caballo", *Derecho de familia*, vol. 85, 2018.

- "Globalización del derecho y las relaciones familiares: la experiencia italiana", *Derecho de familia*, vol. 103, 2022.

MECANISMOS DE INSCRIPCIÓN DE LOS NACIDOS POR GESTACIÓN SUBROGADA EN EL REGISTRO CIVIL ESPAÑOL

MECHANISMS FOR THE REGISTRATION OF SURROGACY BIRTHS IN THE SPANISH CIVIL REGISTER

Rev. Boliv. de Derecho Nº 35, enero 2023, ISSN: 2070-8157, pp. 66-97

Silvia VILAR GONZÁLEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 20 de mayo de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 15 de junio de 2022

RESUMEN: Pese a que la legislación española sanciona los acuerdos de gestación subrogada con la nulidad de pleno derecho, ello no evita que multitud de personas acudan a países extranjeros donde esta práctica sí es legal y que pretendan posteriormente la inscripción de los nacidos por esta técnica en el Registro Civil español, por lo que procede revisar las normas de aplicación en esta materia.

PALABRAS CLAVE: Gestación por sustitución; Registro Civil; inscripción del nacimiento; filiación; exequátur.

ABSTRACT: *Despite the fact that Spanish legislation sanctions surrogacy agreements with full nullity, this does not prevent many people from going to foreign countries where this practice is legal and subsequently seeking the registration of children born by this technique in the Spanish Civil Registry, so it is appropriate to review the rules of application in this area.*

KEY WORDS: *Surrogacy; Civil Registry; birth registration; filiation; exequatur.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. PROCEDIMIENTO DE INSCRIPCIÓN BAJO LA ANTERIOR LEY DEL REGISTRO CIVIL DE 1957.- 1. La Resolución de 18 febrero 2009 y la Instrucción de 5 octubre 2010, ambas de la Dirección General de los Registros y del Notariado.- 2. La STS de 6 febrero 2014.- III. SITUACIÓN EXISTENTE TRAS LA COMPLETA ENTRADA EN VIGOR DE LA ACTUAL LEY 20/2011 DEL REGISTRO CIVIL.- 1. Inscripción de los nacidos por gestación subrogada basada en resolución judicial extranjera.- 2. Inscripción derivada de documentos públicos no judiciales o de certificación de asientos practicados en Registro extranjero.- 3. Consideraciones comunes a ambas modalidades de inscripción.- IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

Pese a que el art. 10.1 de la Ley española 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en lo sucesivo, LTRHA) sanciona los acuerdos de gestación subrogada con la nulidad de pleno derecho, ello no evita que, año tras año, multitud de personas acudan a países extranjeros en los que dicha práctica sí es legal y pretendan posteriormente inscribir en el Registro Civil español tanto el nacimiento de los menores como filiación derivada del recurso a esta técnica, lo que constituye la culminación de la finalidad última del contrato.

En dicho sentido, no se debe olvidar que el art. 7 de la Convención de Derechos del Niño de 1989, reconoce el derecho de todo menor a ser inscrito inmediatamente después de su nacimiento, así como a tener un nombre, adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos, todo ello, de conformidad con la legislación nacional de cada Estado parte y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera.

Por este motivo, procede revisar la normativa del Registro Civil aplicable a esta materia, en la medida en que, tanto la vigente Ley 20/2011, como la anterior Ley sobre el Registro Civil de 1957, otorgan a las resoluciones judiciales y documentos extrajudiciales extranjeros la consideración de título suficiente para constatar el respectivo hecho o acto que documenten, permitiendo, en definitiva, que desplieguen plenos efectos en España siempre y cuando cumplan con ciertas condiciones.

• Silvia Vilar González
Doctora internacional en Derecho por la Universitat Jaume I de Castellón, donde imparte docencia en calidad de Profesora Ayudante Doctora en el área de Derecho civil (acreditada a Contratada Doctora). Doctoranda en Bioderecho por la Universidad de Murcia. Asimismo, ha impartido docencia en diversos programas de grado y máster en la Universidad Internacional de la Rioja (UNIR) y en la Universitat Oberta de Catalunya (UOC). Su perfil investigador se centra en el Bioderecho, Derecho de familia, Derecho de sucesiones y Derechos humanos y empresas, contando con diversas publicaciones y participaciones en congresos, seminarios y jornadas, nacionales e internacionales, relacionados con dichas materias. Ha realizado varias estancias docentes e investigadoras en la Universidade de Coimbra (Portugal) y en la Università di Bologna (Italia). Correo electrónico: vilars@uji.es.

II. PROCEDIMIENTO DE INSCRIPCIÓN BAJO LA ANTERIOR LEY DEL REGISTRO CIVIL DE 1957.

La inscripción en el Registro Civil español de los primeros casos relacionados con procedimientos de gestación subrogada llevados a cabo en países extranjeros, tuvieron lugar bajo la vigencia de la Ley sobre el Registro Civil de 8 de junio de 1957, que dio suficientes muestras de calidad técnica y de capacidad de adaptación a las necesidades que fueron surgiendo a lo largo de los años. Dicha Ley, fue complementada, además de por su Reglamento de 14 de noviembre de 1958[1] -el cual sigue en vigor-, por diversas disposiciones legales de rango inferior en materia de Registro Civil, especialmente, las dictadas por la Dirección General de los Registros y del Notariado[2] -desde el 2020 denominada Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública-.

Conforme a dicha Ley, podían tener acceso al Registro todos los hechos inscribibles que afectasen a españoles, tanto si sucedían dentro como fuera de España, así como los hechos relativos a extranjeros que tuvieran lugar en territorio español, siendo competentes los respectivos Registros municipales o consulares en cuyo territorio hubiese devenido el referido evento.

Por lo que respecta a la inscripción del nacimiento, el art. 16 de esta Ley del año 1957 establecía que debía efectuarse en el Registro municipal o consular del lugar en que hubiera acaecido, o bien, si la inscripción se hubiese solicitado dentro del plazo establecido legalmente, en el Registro municipal del domicilio del progenitor o progenitores, debiendo presentarse, a dichos efectos, el documento acreditativo de dicho domicilio.

Si el hecho hubiese tenido lugar en el extranjero, el Registro Civil consular que hubiere efectuado la inscripción debía notificarla al Registro Civil central y, posteriormente, podía solicitarse, a petición del interesado, el traslado de la inscripción principal junto con sus asientos marginales al Registro Civil del domicilio del nacido o de sus representantes legales. En caso de adopción internacional, el o los adoptantes de común acuerdo, podían solicitar que en la nueva inscripción constase su domicilio en España como lugar de nacimiento del adoptado.

Debían promover la inscripción, con carácter general, las personas que tuvieran conocimiento cierto del hecho, como regla general, una vez transcurridas veinticuatro horas y antes de los ocho días siguientes al alumbramiento. Dicho

1 Decreto de 14 noviembre 1958, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil.

2 Como, entre otras, la Instrucción 15 febrero 1999 sobre constancia registral de la adopción (BOE núm. 52, 2 marzo 1999), la Instrucción 25 junio 2013 sobre supuestos a los que se aplica el art. 217 RRC (BOE núm. 161, 6 julio 2013), la Instrucción 13 mayo 2015 sobre remisión de las solicitudes de adquisición de la nacionalidad española por residencia (BOE núm. 124, 25 mayo 2015) o la Circular 22 mayo 1975 sobre nacionalidad española (BOE núm. 124, 24 mayo 1975).

plazo mínimo se debía a la antigua redacción del art. 30 del Código Civil que, para reputar nacido el feto a efectos civiles, se precisaba que este tuviera figura humana y que viviera veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno. Dicha redacción ha quedado superada por el tenor literal actual del mencionado art. 30, en base al cual y para adquirir la personalidad bastará con nacer "con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno".

Por lo que respecta a los procedimientos de inscripción del nacimiento, el art. 23 preveía tres modalidades: a) por la mera declaración, en aquellos supuestos señalados en la Ley y en el modo establecido por esta; b) en virtud de documento auténtico; o c) por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no hubiese duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española.

Con respecto a la inscripción por declaración, los obligados legalmente a formularla eran, conforme al art. 43, el padre, la madre, el pariente más próximo o una persona mayor de edad presente en el lugar del nacimiento, el responsable del lugar en que se hubiera producido el alumbramiento o la persona que hubiese recogido a un recién nacido abandonado[3]. Asimismo, se establecía, al mismo tiempo, la obligación del médico, comadrona o ayudante técnico que hubieran asistido al nacimiento, de remitiesen inmediatamente tras el alumbramiento un parte escrito en el que constara, dirigido al encargado del Registro Civil correspondiente.

La exposición de motivos de la Ley mencionaba, en relación con la posible inscripción de los nacimientos por la simple declaración de personas distintas a la madre, que no siempre la inscripción de la filiación se producía de modo correcto, ya que "ignoraban muchas madres que sus hijos […], no constaban legalmente como tales hijos suyos, con las graves e injustas consecuencias que ello traía, sobre todo cuando, por obstáculos sobrevenidos, el reconocimiento voluntario se hacía imposible" y también se hacía constar que, no obstante, "estadísticamente, las declaraciones de terceros, en virtud de las cuales se extiende la inscripción de nacimiento, son exactas en la generalidad de los casos", por lo que se reconoce que, en algunos, podían no serlo. Con esto queda constancia de que no siempre se cumplían en el Registro Civil con las garantías necesarias para comprobar la verdadera identidad de la mujer que había dado a luz, sino, tan solo, "la capacidad e identidad del declarante" (art. 27).

Con respecto a la inscripción de sentencias y resoluciones, disponía el art. 27 que el encargado del Registro Civil debía limitarse "a la competencia y clase de procedimiento seguido, formalidades extrínsecas de los documentos presentados

3 Y también, conforme al art. 24 de la Ley de 1957, las personas a quienes se refiere el hecho inscribible, o sus herederos, así como el Ministerio Fiscal.

y asientos del propio Registro". El juez competente para ejecutar las sentencias y resoluciones firmes sujetas a inscripción, debía promover esta mediante la remisión del correspondiente testimonio al encargado del Registro.

Dicho encargado podía solicitar la traducción al castellano o lengua oficial de la respectiva Comunidad Autónoma de los documentos extranjeros cuyo contenido no le constare, efectuada por notario, cónsul, traductor o funcionario competente, así como la preceptiva legalización o apostilla de La Haya, en su caso.

Tal y como resultaba del art. 41 de la Ley del Registro Civil de 1957, "la inscripción hace fe del hecho, fecha, hora y lugar del nacimiento, del sexo y, en su caso, de la filiación del inscrito", constituyendo prueba de los hechos inscritos, que solo podían discutirse a través de los procedimientos judiciales prevenidos en la Ley a dichos efectos.

La filiación, es otro de los extremos objeto de inscripción en el Registro Civil, puesto que supone una cualidad relativa al estado civil de las personas y, al mismo tiempo, aporta una circunstancia personal individualizadora de interés que permite la identificación jurídica de la persona a quien se refiere el hecho inscribible.

La generalización de las técnicas de reproducción humana asistida en los últimos tiempos, ha supuesto una incidencia directa en el régimen jurídico interno español en materia de filiación, adquiriendo una especial trascendencia y complejidad cuando se proyecta en el modelo español de Derecho internacional privado[4].

La filiación materna debía hacerse constar en la inscripción de nacimiento, siempre que coincidiese la declaración efectuada con el parte médico o la comprobación reglamentaria. Si no constare el matrimonio de la madre, ni esta hubiese reconocido la filiación, el encargado del Registro Civil debía notificar a esta, o a sus herederos, el asiento a la mayor brevedad posible, pudiendo suprimirse en virtud de sentencia o por desconocimiento de quien figuraba como madre.

Tanto la filiación materna como la paterna, que son las que, además, determinan los apellidos del menor, debían hacerse constar al margen de la inscripción de nacimiento, junto con los datos relativos a la inscripción del matrimonio de los padres, en su caso, o al reconocimiento efectuado por éstos, estando previsto que no pudieran realizarse distinciones fuera de la familia por la clase de filiación.

4 Esplugues Mota, C.: "Filiación", en AA.VV.: *Derecho internacional privado* (coord. por C. Esplugues Mota y J.L. Iglesias Buhigues), 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 310.

1. La Resolución de 18 febrero 2009 y la Instrucción de 5 octubre 2010, ambas de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

A la hora de colmar las lagunas existentes sobre inscripción del nacimiento y filiación de los menores nacidos por gestación subrogada en el extranjero, resulta fundamental destacar el papel que ha venido desempeñando la doctrina emanada de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en lo sucesivo, DGRN).

Su primera Resolución en la materia fue la de 18 febrero 2009[5], dictada ante la negativa del encargado del Registro Civil consular de Los Ángeles (California, EEUU) a practicar la inscripción del nacimiento de dos niños nacidos por subrogación en el condado de San Diego. En este asunto, la DGRN estimó el recurso presentado por los apelantes, revocando el auto del Registro Civil consular y ordenando practicar la inscripción del nacimiento con las menciones de filiación que resultaban de la certificación aportada. Alegó para ello que los nacimientos de sujetos españoles acaecidos en el extranjero pueden ser objeto de inscripción a través de las dos vías previstas legalmente en España a dichos efectos, es decir: a) por la vía declarativa del art. 168 del Reglamento del Registro Civil (en lo sucesivo RRC), por el que el encargado del Registro Civil deberá efectuar un control de legalidad, tanto de la propia declaración, como de los hechos contenidos en la misma, control que, si nos encontramos ante elemento extranjero, supondrá la aplicación inexcusable de las normas de conflicto españolas que permitan concretar la legislación, española o extranjera, reguladora de los referidos hechos y declaraciones; o b) a través de la presentación de una certificación registral extranjera dictada por una autoridad pública competente, de la que resulte el nacimiento y la filiación del niño. En este último caso, será de aplicación el art. 81 RRC que disciplina el acceso de estas certificaciones al mencionado Registro a través de una solución legal completamente distinta. Considera la DGRN que el mecanismo técnico específico previsto en la norma para estos últimos supuestos constituye una mera cuestión de "control de legalidad" de la validez extraterritorial de las decisiones extranjeras en España, excluyéndose la aplicación de las normas españolas de conflicto de leyes, en especial, la contenida en el art. 9.4 del Código Civil -que conduciría a la aplicación de la legislación sustantiva española y, por tanto, la del art. 10.1 LTRHA que establece la nulidad de la filiación derivada de los acuerdos de gestación subrogada-.

Según la interpretación de la DGRN, este control de legalidad implicaba la necesidad de que la certificación cumpliese determinadas exigencias imperativas ineludibles para que pudiera tener fuerza en España, pero no necesariamente que la solución proporcionada por la autoridad que la hubiera dictado, fuera igual o idéntica a la que aportaría una autoridad registral española ante el mismo

5 RDGRN, Registro Civil, 18 febrero 2009.

supuesto, ya que cada Estado dispone de su propio Derecho y de su propio sistema de Derecho internacional privado.

Consideró la DGRN que no reconocer en España una situación jurídica legalmente creada y existente en otro país, quebraría la coherencia de la reglamentación de las situaciones privadas internacionales y su continuidad en el espacio, siendo necesario para dar cumplimiento al derecho a la tutela judicial efectiva que una solución válidamente alcanzada en otro Estado sea segura, estable y continua[6], orientándose el Derecho internacional privado español, como regla general, hacia la admisión de los efectos jurídicos en España de dichas decisiones extranjeras, evitando también con ello el fomento de dobles procedimientos y respetando la economía procesal.

El criterio adoptado por la DGRN en cuanto a los requisitos de que se debe componer el control de legalidad eran, resumidamente, los siguientes:

1) Que la certificación registral extranjera presentada a efectos de inscripción, fuera un documento "público", es decir, dictada por autoridad extranjera y que, conforme al art. 323.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su otorgamiento o confección se hubieran observado los requisitos exigidos en el país de su otorgamiento para que el documento haga prueba plena en juicio y que contenga la legalización o apostilla y demás requisitos oportunos para su autenticidad en España.

2) Que, conforme al art. 85 RRC, "la certificación registral extranjera haya sido elaborada y adoptada por una autoridad registral extranjera que desempeñe funciones equivalentes a las que tienen las autoridades registrales española", otorgando con ello garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la legislación española.

3) Y, por último, que el acto contenido en la certificación registral extranjera no produzca efectos contrarios al orden público internacional español.

Con respecto a las certificaciones registrales californianas presentadas por los comitentes españoles para la inscripción de los nacimientos de sus hijos en el Registro Civil consular de Los Ángeles, consideró la DGRN que estas no vulneraban el orden público internacional español, al no alterar el correcto y pacífico funcionamiento de la sociedad española, ya que: a) en Derecho español se admite la inscripción de la filiación a favor de dos sujetos varones en casos

6 A dichos efectos, el TEDH, ha manifestado en su sentencia dictada por la Gran Sala el 19 marzo 1997, en el asunto "Hornsby v. Grecia" (Application 18357/91), que el derecho a un proceso equitativo implica el derecho de "acceso a un tribunal", así como el derecho a una "ejecución efectiva de la decisión obtenida", tal y como resalta la RDGRN de 18 febrero 2009, cit.

de adopción, por lo que igual puede suceder en el caso de los hijos naturales; b) en Derecho español se permite que la filiación natural de un hijo conste en el Registro Civil a favor de dos mujeres[7], por lo que resultaría discriminatorio no permitir una inscripción en tal sentido a favor de dos varones; c) rechazar la inscripción vulneraría el interés superior del menor y el art. 3 de la Convención sobre los derechos del niño[8], al quedar privados los hijos de nacionalidad española de una filiación inscrita en el Registro Civil; d) los menores tienen derecho a disponer de una "identidad única" por encima de las fronteras estatales, es decir, una "filiación única válida en varios países, y no de una filiación en un país y de otra filiación distinta en otro país, de modo que sus padres sean distintos cada vez que cruzan una frontera"[9]; e) en Derecho español la filiación natural no se determina necesariamente por el hecho de la "vinculación genética" entre los sujetos implicados[10], por lo que también cabe la inscripción de la filiación a favor de dos varones; f) no se puede afirmar que los promotores han incurrido en fraude de ley, ya que no han alterado el punto de conexión de la norma de conflicto española para provocar la aplicación de otra legislación, en nuestro caso la californiana, con el fin de eludir la Ley imperativa española; y g) que es indudable que los contratos de gestación subrogada se hallan expresamente prohibidos en nuestra legislación vigente, pero que dicho precepto no es de aplicación en el caso, ya que en supuesto objeto de debate se trata de precisar, tan solo, si una filiación que ya había sido determinada en virtud de certificación registral extranjera podía acceder al Registro Civil español y no la ejecución o cumplimiento del presunto contrato de subrogación de la que procede.

En definitiva, la DGRN dio por sentado que la certificación registral presentada ante el encargado del Registro Civil consular de Los Ángeles cumplía escrupulosamente con los requisitos formales para su inscripción, estableciendo que, al no vulnerarse el orden público internacional español, el interés superior del menor exigía la continuidad espacial de la filiación y la coherencia internacional de la misma, así como un respeto ineludible del derecho a la identidad única de los menores que prevalece, en todo caso, sobre otras consideraciones y que, ante la disyuntiva entre dejar sin filiación inscrita a unos menores que son indudablemente

7 Art. 7.3 LTRHA, que establece que "cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge".

8 Que insta a los Estados a adoptar medidas legislativas o administrativas necesarias para atender el interés superior del menor y comprometerse con asegurar la protección y cuidado oportunos para su bienestar.

9 En línea con lo dispuesto en las STJUE, Gran Sala, 2 octubre 2003, en el caso García Avello, o de la Sala 11ª, [siguiente] [Contextualizar]14 octubre 2008, en el asunto Grunkin-Paul, jurisprudencia que presenta un valor supracomunitario, al destacar el derecho a la identidad única referido a los menores en general, y no solo de los ciudadanos comunitarios. Pero es necesario señalar que dicha jurisprudencia no hace referencia expresa a los casos de gestación por sustitución.

10 Como sucede al inscribir la filiación natural de un hijo a favor de dos mujeres en el Registro Civil, y como sucede, aunque no lo mencione la resolución, al inscribir la filiación de un hijo concebido con gametos masculinos y femeninos donados, o con la embriodonación, donde el menor tampoco tendría vinculación "genética" alguna con las personas que figurarán en el Registro Civil como padres naturales.

hijos de ciudadanos españoles, o permitir la inscripción de la filiación que resulta de la certificación californiana, siempre será preferible proceder a la inscripción en atención al principio de supremo interés del menor, independientemente de que los contratos de gestación subrogada estén expresamente prohibidos por la legislación española.

Dicha resolución de la DGRN fue criticada con dureza por gran parte de la doctrina[11], al entender que practicar la inscripción en el Registro Civil de los nacidos por subrogación como hijos naturales de los comitentes, sí es contrario al orden público internacional español y que, además, dicha inscripción propicia la comisión de un fraude de ley al dar vía libre a la posibilidad de sortear la prohibición contenida en el art. 10 LTRHA, mediante el recurso a la gestación por sustitución en el extranjero. Aunque también fue especialmente alabada por otro sector de la doctrina[12], al considerar que realiza una cuidada delimitación entre las normas de Derecho internacional privado que siguen el método conflictual, de aquellas otras que siguen el método de reconocimiento, proporcionando con ello una solución creativa al difícil supuesto de los contratos de gestación por sustitución que constituyen un hecho típico del siglo XXI[13].

La Resolución de 18 febrero 2009 fue recurrida en sede judicial por el Ministerio Fiscal, correspondiendo resolver por turno de reparto al Juzgado de Primera Instancia número 15 de los de Valencia, como así lo hizo, con la Sentencia 193/2010, de 15 septiembre[14].

Esta sentencia, tras mencionar punto por punto los distintos argumentos aportados por la DGRN en la resolución objeto de impugnación, consideró que la DGRN basaba su decisión en la aplicación del art. 81 del RRC para determinar el alcance del examen de fondo de la certificación extranjera, pero obviando que debe tenerse en cuenta el contenido del art. 23 de la entonces Ley del Registro Civil de 1957, con mayor valor normativo que su Reglamento. De dicho artículo resultaba que podía practicarse la inscripción en el Registro Civil español

11 Entre otros, Espinar Vicente, J. M.: "Nuevas reflexiones en torno a la heterodoxa doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. La gestación por sustitución y el amparo a los actos en fraude de ley", en AA.VV.: *Nuevas fronteras al Derecho de la Unión Europea, Liber Amicorum José Luis Iglesias Buhigues* (coord. C. Esplugues Mota *et al.*), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 589-599; Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: "Hijos made in California", *Aranzadi Civil,* núm. 1, 2009, pp. 2117-2119; Orejudo Prieto de los Mozos, P.: "Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de una maternidad de sustitución", en AA.VV.: *Iguales y diferentes ante el Derecho privado* (dir. por S. Navas Navarro), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 465-516; Heredia Cervantes, I.: "La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución", *Anuario de Derecho Civil (ADC),* tomo LXVI, fasc. II, 2013, pp. 696-701; o *Álvarez González, S.*: "Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero", *Anuario español de Derecho internacional privado*, tomo X, 2010, pp. 347-354.

12 Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J.: "Gestación por sustitución y Derecho internacional privado: consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009", *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 1, núm. 2, 2009, pp. 294-319.

13 Ibíd., p. 319.

14 SJPI Valencia, de 15 de septiembre de 2010 (ECLI:ES:JPI:2010:25).

de certificaciones expedidas por Registros extranjeros, pero tras comprobar la realidad del hecho inscrito, así como que la inscripción que se pretende es conforme con la legislación española, "es decir, que en caso de que el hecho hubiera ocurrido en España se consideraría legal"[15].

Consideró la sentencia en primer lugar que, aunque formalmente es cierto que los padres de los menores cuya inscripción se pretende son los solicitantes, ya que así resulta de la certificación californiana, ello es biológicamente imposible, por lo que surge una duda fundada sobre la realidad del hecho inscribible. Y, en segundo lugar, dado que la LTRHA es una ley española, el encargado del Registro Civil está compelido a examinar si la certificación vulnera o no su contenido y, al estar prohibida la gestación por sustitución en nuestro país, deberá impedir el acceso al Registro de la inscripción pretendida, por lo que terminó dejando sin efecto la inscripción de los nacimientos ordenada.

A los pocos días de dictarse la mencionada sentencia y ante la gran controversia a que dio lugar la Resolución de 2009, la DGRN, dentro de sus competencias de ordenación y dirección, dictó la Instrucción de 5 octubre 2010[16], con intención de matizar su postura en materia de régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación subrogada, endureciendo su criterio inicial más permisivo.

La Instrucción estableció ciertos criterios que determinan las condiciones de acceso al Registro Civil español de los nacidos en el extranjero a través de esta técnica, aplicables a aquellos casos en que al menos uno de los progenitores tenga nacionalidad española, no se pretenda dotar de apariencia de legalidad un supuesto de tráfico internacional de menores y no se haya vulnerado el derecho del menor a conocer su origen biológico. Ello, con la finalidad de aportar plena protección jurídica al interés superior del menor, así como a los restantes intereses presentes en la gestación subrogada.

Con fundamento en las reglas generales sobre determinación de la filiación a que remite el art. 10.3 de la LTRHA y con la finalidad de facilitar la continuidad transfronteriza de las relaciones de filiación declaradas por Tribunales extranjeros, estableció e hizo públicas las siguientes directrices:

1) Para poder inscribir el nacimiento de un menor alumbrado en el extranjero como consecuencia de un acuerdo de gestación por sustitución, deberá acompañarse a la solicitud de inscripción, una resolución judicial dictada por Tribunal competente

15 Se ponen como ejemplos en la sentencia, que en países como Colombia la edad mínima exigida a las mujeres para poder contraer matrimonio es de 12 años, pero que un matrimonio contraído entre una mejor de dicha edad y un español no podría acceder al Registro Civil español, como tampoco los matrimonios poligámicos, que sí son legales en otros países.

16 Instrucción de 5 octubre 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. BOE núm. 243, 7 octubre 2010.

en la que se determine la filiación del nacido. Si dicha resolución tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, bastará con que el encargado del Registro Civil, como requisito previo a la inscripción, efectúe un control incidental de la resolución judicial, para lo que deberá constatar: a) la regularidad y autenticidad formal de la resolución o de cualquier otro documento que se hubiera presentado junto con la solicitud; b) que el Tribunal extranjero hubiera basado su competencia en criterios equivalentes a los contenidos en la legislación española; c) que se hayan garantizado los derechos procesales de las partes, especialmente, de la gestante; d) que no haya existido una vulneración del interés superior del menor ni de los derechos de la gestante, debiendo verificar que su consentimiento se ha prestado "de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente"; y e) que se trata de una resolución firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o que haya transcurrido el plazo para revocarlos sin que, quien tuviera reconocida la facultad de revocación, hubiese procedido a ello, si en la legislación extranjera estuviese prevista dicha posibilidad[17]. Por el contrario, si la resolución no tuviera origen en un procedimiento de jurisdicción voluntaria, será necesario instar el *exequátur*[18] de la decisión ante los Juzgados de primera instancia españoles, y acompañar a la solicitud de inscripción del nacimiento, el auto judicial que ponga fin al mencionado procedimiento de *exequátur*.

2) No se admitirá en ningún caso como título apto para efectuar la inscripción del nacimiento y de la filiación del menor, una certificación extranjera o una simple declaración, acompañadas de certificación médica relativa al nacimiento en la que no conste la identidad de la gestante. En estos casos, el encargado del Registro Civil correspondiente debía denegar la inscripción.

Estas directrices marcadas por la Instrucción de la DGRN fueron seguidas por numerosas resoluciones posteriores[19], así como por la jurisprudencia, que la

17 Algunos autores consideran que, ofrecer esta posibilidad, supone estar hablando de contratos de "maternidad subrogada" nulos y "menos nulos", lo que es completamente insostenible. Jiménez Muñoz, F. J.: *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, Reus, Madrid, 2012, pp. 136-137.

18 Salvo si la resolución procede de un Estados Miembros de la UE (excepto Dinamarca), que están eximidos de legalización ni formalidad análoga alguna, en base a lo dispuesto en el Reglamento (CE) No 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) No 1347/2000 (DOUE 23 diciembre 2003). O si la resolución procede de país no comunitario y resultara de aplicación un Convenio internacional bilateral suscrito con España.

19 Como las RDGRN, Registro Civil, de 3 mayo 2011, 6 mayo 2011, 9 junio 2011, 9 junio 2011, 23 septiembre 2011, 23 septiembre 2011 o 30 noviembre 2011 - estimando recursos interpuestos y ordenado la inscripción de los respectivos nacimientos al encargado del Registro Civil consular de Los Ángeles-; de 6 mayo 2011 o 27 junio 2011 -en el mismo sentido, relativas al Registro Civil consular de Chicago; de 22 diciembre 2011 -correspondiente al Registro Civil consular de Colorado-, o de 12 diciembre 2011 -al de Ohio-, entre otras. O la RDGRN, Registro Civil, de 16 enero 2015, que ordena la inscripción denegada por el encargado del Registro Civil central basada en una resolución judicial dictada por el Tribunal Superior del Estado de California.

ha venido citando, tanto en procedimientos de solicitud de *exequátur*[20], como en procesos en los que se carecía de la preceptiva resolución judicial a efectos de inscripción del nacimiento y de la filiación[21].

Continuando con el *íter* procesal iniciado con la resolución de la DGRN de 18 febrero 2009, la AP Valencia dictó la Sentencia 826/2011, de 23 noviembre[22], por la que resolvía el recurso de apelación interpuesto por los demandados contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia.

Basándose en motivos similares a los expuestos en la sentencia de instancia recurrida, la Audiencia reiteró el principio de jerarquía normativa reconocido en el art. 9.3 de la Constitución española, en base al cual no puede invocarse el contenido de los arts. 81 o 85 RRC a efectos de desplazar lo dispuesto en el art. 23 de la entonces Ley del Registro Civil que exige practicar un control de legalidad previo a la inscripción de la certificación extranjera, con el fin de determinar la realidad del hecho inscrito y su conformidad con la legislación española.

Consideró también la SAP Valencia, que la certificación californiana no es susceptible de inscripción en el Registro Civil español al vulnerar el hecho que documenta el orden público internacional español, dado que afecta a principios tales "como el que la persona humana no puede ser objeto del comercio de los hombres, o lo que es lo mismo, que el niño no puede ser objeto de transacción, así la propia dignidad de la persona". Estima, asimismo, que el art. 10 LTRHA puede constituir, incluso, una norma de policía del Estado español, esencial para salvaguardar los intereses públicos del país, como son su organización política, social o económica.

No considera, sin embargo, que los recurrentes hayan optado por alterar el punto de conexión de la norma de conflicto para eludir la ley imperativa española (art. 12.4 CC), pero sí que hayan huido de ella, desplazando a las autoridades californianas la facultad de determinar la filiación a favor de los comitentes, derivada de un contrato de gestación subrogada permitido en dicho Estado.

Tampoco aprecia una infracción de los principios de igualdad y de prohibición de discriminación por razón de sexo porque, con respecto al primero, no puede considerarse discriminatorio el tratar desigualmente lo que es desigual, ya que las

20 Como en el AJPII Pozuelo de Alarcón, de 25 junio 2012 (ECLI:ES:JPII:2012:12ª), que estima la demanda y acuerda el *exequátur* en reconocimiento de sentencia extranjera dictada por el TSJ California -Condado de San Diego-, en un procedimiento jurisdiccional de reconocimiento de maternidad en ausencia de paternidad, al parecer contencioso, por el que se declara a la comitente madre legal y único progenitor de sus dos hijos nacidos en California.

21 Como en STSJ Madrid de 21 diciembre 2015 (ECLI:ES:TSJM:2015:14741); o STSJ Madrid de 20 junio 2016 (ECLI:ES:TSJM:2016:6691).

22 SAP Valencia de 23 noviembre 2011 (ECLI:ES:APV:2011:5738).

parejas formadas por dos mujeres pueden llevar a cabo la gestación por sí mismas, no necesitando recurrir a otra mujer a la que encomendar la gestación, como sucede en el caso de los hombres y, con respecto al segundo, el mismo resultado aplicable a este caso se habría aplicado a cualquier persona que hubiese recurrido a la subrogación, independientemente de su sexo.

Finalmente, consideró que, aunque los demandados alegaron que la certificación californiana había sido expedida por orden de una previa decisión judicial, la misma no se aportó en ningún momento al procedimiento, por lo que no podían acogerse a la inscripción conforme a lo dispuesto en la Instrucción de la DGRN del año 2010. Establecía la sentencia que, la satisfacción del principio del interés superior del menor y su derecho a una identidad única, no podía conseguirse mediante la infracción de la ley, y más, cuando la propia legislación española ofrece vías para que los demandados logren inscribir a su favor la filiación de sus hijos.

Por todos estos motivos, la Audiencia Provincial desestimó finalmente el recurso de apelación interpuesto por los recurrentes, confirmando íntegramente la sentencia del Juzgado de instancia recurrida.

2. La STS de 6 febrero 2014.

Los comitentes, no conformes con la SAP Valencia, continuaron litigando e interpusieron un recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que se articulaba en torno a un único motivo "infracción del artículo 14 de la Constitución, por vulneración del principio de igualdad, en relación con el derecho a la identidad única de los menores y al interés superior de los menores consagrado en la Convención de Derechos del Niño, hecha en Nueva York el 2 de noviembre de 1989". El conocimiento del asunto fue sometido al Pleno del Tribunal Supremo, dando lugar a la STS 835/2013, de 6 febrero 2014[23], que contiene el voto particular del magistrado Don José Antonio Seijas Quintana.

El alto Tribunal, al igual que lo hizo la Audiencia Provincial, consideró que la previsión legal que permite la inscripción de la filiación por naturaleza a favor de dos mujeres (art. 7.3 LTRHA), y no de dos varones, se basa en que aquéllas pueden llevar a cabo la gestación por sí mismas, mientras que no éstos, existiendo, por tanto, una desigualdad sustancial entre ambos supuestos de hecho que les atribuye consecuencias legales distintas, lo cual no puede considerarse un trato discriminatorio. Además, el motivo de la denegación de la inscripción solicitada no trae causa en el hecho de que ambos sean varones, sino en la invocación de la prohibición de la gestación por sustitución, de la que se deriva el nacimiento del niño cuya inscripción se pretende, por lo que la consecuencia jurídica hubiese

23 STS (Pleno) 835/2013, de 6 febrero 2014 (ECLI:ES:TS:2014:247).

sido la misma ante matrimonios integrados por dos mujeres, matrimonios heterosexuales, uniones de hecho o una sola persona, hombre o mujer.

Con respecto a una posible vulneración del interés superior del menor, estableció el Tribunal que el deber general de protección de dicho interés, no permite a los jueces alcanzar cualquier resultado para su logro, sino que deben hacerlo interpretando y aplicando la ley y colmando sus lagunas, no pudiendo suplir la labor del poder legislativo.

Asimismo, el interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado, lo que lo convierte en esencialmente controvertido al no existir unanimidad sobre su criterio normativo, pudiendo estar disconformes distintos sectores o sensibilidades sociales sobre su contenido concreto. Así, algunos, como es el caso de los recurrentes, pueden considerar que la única forma de proteger el interés superior del menor en este supuesto será mediante el reconocimiento de la filiación derivada de la certificación registral californiana, mientras que otros pueden considerar que establecer una filiación que contradiga los criterios legales previstos en la legislación española para su determinación, también puede suponer un claro perjuicio para el menor.

El Supremo, ponderando los criterios establecidos en el ordenamiento jurídico, para tratar de obtener la solución que menos perjudique a los menores, concluye al respecto que, ante una acción de impugnación de la filiación, el Código Civil permite no sustituir inmediatamente por otra una filiación que se declare contraria al ordenamiento jurídico.

Por otra parte, no estima que en nuestro caso exista un riesgo real de vulneración del derecho a una identidad única, ya que, al contrario de lo que sucedía en las STJUE en los asuntos García Avelló[24] y Grunkin-Paul[25], invocadas por los recurrentes, en las que, al tener los menores vinculación efectiva con dos Estados distintos, el derecho a gozar de una identidad única que vaya más allá de las fronteras nacionales entraba en conflicto con el principio de inmutabilidad o estabilidad de los apellidos. Sin embargo, en nuestro supuesto, tal y como establece el alto Tribunal, los menores no parecen tener una vinculación con Estados Unidos, más allá de haber sido el lugar al que los comitentes se desplazaron para concertar el contrato de subrogación y la consiguiente gestación, parto y entrega de los niños, al estar dicha práctica prohibida en España.

Tampoco considera que se esté vulnerando el derecho al respeto de la vida privada y familiar del menor, reconocido en el art. 8 del Convenio Europeo para la

24 STJUE, Gran Sala, 2 octubre 2003, en el caso García Avello.

25 STJUE, Sala 11ª, [siguiente] [Contextualizar]14 octubre 2008, en el asunto Grunkin-Paul.

Protección de los Derechos y de las Libertades Fundamentales[26], en la medida en que considera cumplidos en este caso los dos requisitos que justifican una posible injerencia en la vida familiar de los menores: a) se halla prevista en la Ley[27]; y b) es necesaria en una sociedad democrática, ya que ello también va dirigido a proteger el propio interés del menor, así como la dignidad e integridad moral de la gestante, a evitar la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse determinadas mujeres en situación de pobreza, e impide la mercantilización de la gestación y de la filiación. Sin embargo, manifiesta que dichos dos requisitos resultan de la STEDH, de 28 junio 2007, en el asunto Wagner y J.M.W.L. contra Luxemburgo[28] , cuando en la misma eran los Tribunales luxemburgueses quienes se apoyaban en el orden público para justificar la injerencia en el derecho a la vida privada y familiar para denegar el *exequátur* de una sentencia de adopción emitida en Perú, de una niña declarada en situación de abandono, a quién la señora Wagner había adoptado. Pese a que la adoptante y la adoptada habían estado conviviendo durante varios años como una unidad familiar en Luxemburgo[29], sus juzgadores justificaban la negativa a la inscripción de la filiación a favor de la adoptante en que el art. 367 del Código Civil de Luxemburgo prohíbe a los solteros adoptar en forma plena. De hecho, el TEDH no encontró ningún motivo que justificase el rechazo al *exequátur* reclamado por la señora Wagner, y recordó "que debe ser el interés superior del menor el que debe primar siempre en este tipo de asuntos"[30].

El TEDH concluyó que los jueces luxemburgueses no podían ignorar el estatus jurídico que se había creado válidamente en el extranjero y recordó que es el interés superior del menor el que debe primar, en todo caso, en este tipo de asuntos[31].

Sin embargo, en la acción en su día ejercitada en relación con el presente recurso, tampoco se planteó adoptar una decisión sobre si existía una verdadera integración *de facto* de los niños en la familia constituida por los comitentes, ni tampoco quedó probado si alguno de ellos había aportado sus gametos para la fecundación.

Y en tercer lugar, respecto al reconocimiento de la certificación extranjera y el orden público internacional español, se estima que el procedimiento para reconocer en España la decisión administrativa extranjera que deberá efectuar

26 Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Hecho en Roma, el 4 noviembre 1950.

27 Tal y como resulta del art. 12.3 CC que establece que "En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público".

28 STEDH, caso Wagner y J.M.W.L. c. Luxemburgo (asunto n.º 76240/01), 28 junio 2007.

29 Roca Trías, M.E.: *Especialidades en Derecho de familia,* Dykinson, Madrid, 2014, p. 19.

30 Torroja Mateu, H. y Bondia García, D.: "Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (junio-octubre 2007)", *Anuario de Derecho Civil (ADC)*, vol. 61, núm. 1, 2008, p. 284.

31 Ibíd., p. 284.

el encargado del Registro Civil español, no puede limitarse a aspectos formales, sino que deberá extenderse a cuestiones de fondo relativas a no albergar dudas fundadas sobre la realidad del hecho inscrito y que éste sea conforme a la Ley española, control de legalidad que implicará el necesario respeto a las normas, principios y valores que componen el orden público internacional de nuestro país. Por tanto, concluye el TS que "la filiación cuyo acceso al Registro Civil se pretende es frontalmente contraria a la prevista en el art. 10 de la LTRHA y, como tal, incompatible con el orden público, lo que impide el reconocimiento de la decisión registral extranjera en lo que respecta a la filiación que en ella se determina"[32].

Pese al fallo en sentido desestimatorio del recurso de casación, el Tribunal instó al Ministerio Fiscal para que, conforme a las funciones que le atribuye su estatuto orgánico, ejercitase las acciones oportunas para proteger a los menores y determinar, en la medida de lo posible, su correcta filiación, teniendo en cuenta la efectiva integración *de facto* en su núcleo familiar.

El voto particular contenido en la STS, formulado por Don José Antonio Seijas Quintana y al que se adhieren otros tres magistrados, discrepa con los criterios mayoritarios adoptados por la Sala, estimando que debe casarse la sentencia recurrida, revocarse la del Juzgado y mantener la inscripción practicada en el Registro Civil por diversos motivos: a) porque consideran que la técnica jurídica aplicable al procedimiento para la inscripción de la certificación registral californiana no es la del conflicto de leyes del art. 23 de la entonces Ley sobre el Registro Civil, sino el reconocimiento incidental previsto en el art. 81 RRC; b) porque estiman que no debe valorarse la vulneración del orden público desde la perspectiva de la legalidad o no del contrato conforme a nuestra normativa interna, sino desde la especial consideración que merece la tutela del interés superior del menor que también es una cuestión de orden público; y c) en cuanto a la afirmación relativa a una posible vulneración de la dignidad de la gestante y del niño, a través de la mercantilización de la gestación y la filiación, la "cosificación" de la gestante y del menor, "permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando el estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes y creando una especie de "ciudadanía censitaria" en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población"[33], consideran los disidentes que no se puede generalizar al respecto y, menos, cuando el proceso se ha llevado a cabo en un país como los Estados Unidos. Además, porque no se debe subestimar, sin más, el consentimiento de la gestante, prestado ante una autoridad judicial competente y, si nos encontramos ante un acuerdo libre y voluntario, la gestante difícilmente será

32 En el apartado 10 de su fundamento de derecho TERCERO.

33 En el voto particular, haciendo referencia a la manifestación contenida en el apartado 6 del fundamento de derecho TERCERO de la sentencia.

objeto de cosificación o explotación y el interés del menor no se verá perjudicado al nacer en el seno de una familia que lo quiere.

III. SITUACIÓN EXISTENTE TRAS LA COMPLETA ENTRADA EN VIGOR DE LA ACTUAL LEY 20/2011 DEL REGISTRO CIVIL.

La importancia del Registro Civil demandaba la adopción de un nuevo modelo que se ajustase, tanto a los valores consagrados en la Constitución, como a las necesidades actuales de la sociedad española. Así, era necesario abandonar la técnica de sucesivas y parciales reformas que se habían venido produciendo a lo largo de la prolongada vigencia de la anterior Ley del Registro Civil de 1957 y tratar de abordar una profunda reforma legislativa, no sólo de la institución registral como tal, sino que también incorporase de forma coherente las reformas legales operadas en los ámbitos del Derecho de la persona y de la familia[34].

Desde la completa entrada en vigor de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (en lo sucesivo, LRC2011), este ha pasado a configurarse como un registro público de personas -no ya de hechos-, con la misión de constatar oficialmente todos los hechos y actos inscribibles relativos a su identidad, circunstancias determinantes del comienzo y fin de la personalidad, así como las que originan cambios en el estado civil, como el nacimiento, filiación, nombre y apellidos, sexo, nacionalidad o vecindad civil.

Para inscribir un hecho o acto en el Registro Civil, basta con presentar un documento auténtico judicial, administrativo, notarial o registral, ya sea original o testimonio, en cualquier tipo de soporte, incluido el electrónico. No obstante, en base al principio de legalidad que rige su funcionamiento, el encargado de la oficina del Registro Civil deberá controlar de oficio "la realidad y legalidad de los hechos y actos cuya inscripción se pretende, según resulta de los documentos que los acrediten y certifiquen, examinando en todo caso la legalidad y exactitud de dichos documentos" (art. 13 LRC2011). Por tanto, dicho control de legalidad se extiende, tanto a las formas extrínsecas del documento presentado, como a la realidad y validez de los hechos y actos que contiene.

El capítulo primero del título VI de la LRC2011, regula los aspectos relativos al hecho inscribible del nacimiento, dando fe la inscripción del hecho, fecha, hora y lugar del nacimiento, identidad, sexo y, en su caso, filiación del inscrito[35].

34 Martín Morato, M.: "El nuevo Registro Civil. Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil", *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 30, 2013, p. 12.

35 La inscripción registral del nacimiento no supone un requisito necesario para la adquisición de la personalidad por el nacido, pero es importante a efectos de preconstituir prueba oficial de la misma y verdad oficial sobre la existencia de la persona. La no inscripción no privará de personalidad a quien la hubiera adquirido conforme a los arts. 29 y 30 CC, ni tampoco la otorgará a quien careciera de la misma. En Gutiérrez Santiago, P.: "Artículo 30", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil. Tomo I (Arts. 1 a 151)* (dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 527-528.

Conforme establece el art. 44.1 LRC2011, se podrán inscribir, con carácter general, los nacimientos de las personas de conformidad con lo establecido en el art. 30 del Código Civil, es decir, tal y como hemos señalado anteriormente, tras el nacimiento con vida y una vez producido el entero desprendimiento del seno materno, por lo que, hoy en día, se podrá proceder a la inscripción del nacido desde el mismo momento de su alumbramiento con vida, prescindiéndose de cualquier referencia a plazo mínimo de supervivencia. La redacción del art. 44 de la Ley parece reafirmar el criterio de atribución de la maternidad por razón del parto y del principio de veracidad biológica[36], pese a permitir un acceso restringido a la filiación materna "en los supuestos en que la madre por motivos fundados así lo solicite y siempre que renuncie a ejercer los derechos derivados de dicha filiación" (art. 44.4 LRC).

La solicitud y práctica de la inscripción del nacimiento se podrá efectuar en cualquiera de las Oficinas Generales del Registro Civil, independientemente del lugar en que se hubieran producido los hechos o actos inscribibles. Como ya hemos indicado, si el nacimiento hubiera tenido lugar en el extranjero, procederá su inscripción en la Oficina consular de la correspondiente circunscripción.

El nacimiento deberá ser comunicado por alguno de los obligados a promover su inscripción, es decir: a) la dirección de hospitales, clínicas y establecimientos sanitarios donde hubiera tenido lugar el alumbramiento; b) el personal médico o sanitario que hubiera atendido el parto, en caso de que éste hubiera ocurrido fuera de un establecimiento sanitario; c) los progenitores, salvo que renuncien al hijo en el momento del parto, en cuyo caso, la Entidad Pública correspondiente pasará a ser la obligado a efectuar la comunicación; d) el pariente más próximo; y e) cualquier persona mayor de edad presente en el momento de producirse el parto, conforme establece el art. 45 de la Ley del Registro Civil.

Una vez recibida y examinada la documentación por el encargado del Registro Civil, éste procederá a practicar inmediatamente la inscripción del nacimiento mediante la apertura de un nuevo registro individual, al que se asignará un código personal individualizado, formado por la secuencia alfanumérica que atribuya el sistema informático vigente para el documento nacional de identidad (art. 6 LRC2011). Practicada la inscripción, el encargado del Registro expedirá y pondrá a disposición de los declarantes, una certificación literal electrónica de la inscripción de nacimiento.

La actual Ley del Registro Civil elimina toda referencia a la filiación no matrimonial, equiparándola plenamente a la matrimonial.

36 Díaz Fraile, J. M.: "La gestación por sustitución ante el Registro Civil español", *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, núm. 1, 2019, p. 128.

Con respecto a la constatación registral de la filiación, el primer párrafo del art. 44.4, remite al contenido de la legislación civil en la materia, así como a lo dispuesto en la LTRHA, sin perjuicio de las especialidades mencionadas.

La filiación materna, deberá hacerse constar necesariamente en las inscripciones de los nacimientos ocurridos "en España", pero no se exige en aquéllas en los que el alumbramiento se hubiera producido en el extranjero. Ello salva los supuestos de gestación por sustitución en que la legislación extranjera del país o Estado de que se trate, permita expedir el certificado de nacimiento en el que figuren directamente los comitentes como padres del niño, no teniendo porque figurar el nombre de la gestante, ni el de ninguna otra mujer como madre, en caso de que el o los padres intencionales fueran exclusivamente del género masculino.

La solicitud de la inscripción del nacimiento y su efectiva práctica, se podrá efectuar en cualquiera de las Oficinas Generales del Registro Civil, independientemente del lugar en que se hubieran producido los hechos o actos inscribibles. Si el nacimiento hubiera tenido lugar en el extranjero, procederá inscribirlo en la Oficina consular de la correspondiente circunscripción. No obstante, en este último caso, la inscripción también se podrá solicitar y practicar ante cualquier Oficina General, conforme al art. 10.1 de la Ley.

En cuanto a la inscripción en el Registro Civil español del nacimiento y filiación de los nacidos en el extranjero a través de la técnica de la gestación por sustitución, esta deberá basarse en documentos expedidos por funcionario o autoridad extranjera del país de que se trate. A dichos efectos, el título X de la vigente Ley del Registro Civil relativo a las normas de Derecho internacional privado (arts. 94 a 100), otorga a las mencionadas resoluciones judiciales y documentos extrajudiciales extranjeros la consideración de título suficiente para constatar el respectivo hecho o acto que documenten y permite que, bajo ciertas condiciones, desplieguen sus efectos en España[37].

Al igual que en la normativa anterior, se exige que estos documentos se encuentren debidamente apostillados o legalizados, y que vengan acompañados de traducción a alguna de las lenguas oficiales españolas efectuada por órgano o funcionario competentes, salvo que al encargado del Registro Civil le conste el contenido o la autenticidad del documento, o que hubiera accedido al Registro por vía oficial o por diligencia bastante, en cuyo caso se podrá prescindir de la traducción o de la oportuna legalización.

37 Garau Sobrino, F. F.: "Artículo 42. Procedimiento de *exequátur*", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil* (dir. por Méndez González, F. P. y Palao Moreno, G.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 474.

Los arts. 96 y siguientes de la LRC2011 dispensan un tratamiento distinto dependiendo de que hubieran sido dictados por órganos jurisdiccionales extranjeros o por autoridad competente no judicial, conforme a la legislación del Estado de que se trate.

A continuación, aunque también debería valorarse la posibilidad de que, pese a la prohibición contemplada en la LTRHA, se lleven a cabo acuerdos de gestación subrogada de forma clandestina dentro del territorio español[38], vamos a centrarnos en los procedimientos de inscripción de los nacidos por gestación subrogada en países extranjeros, donde esta práctica sí sea legal.

1. Inscripción de los nacidos por gestación subrogada basada en resolución judicial extranjera.

Si el nacimiento y filiación del menor viniera documentado a través de un título extranjero de origen judicial, se deberá instar el procedimiento de inscripción que resulta del art. 96.2 de la Ley del Registro Civil, que permite optar: bien por la previa la superación del procedimiento clásico del *exequátur*; o bien a través de un control de legalidad realizado por el encargado del Registro Civil mediante un reconocimiento incidental de la resolución[39].

Por lo que respecta al trámite del *exequátur*, pese a que el apartado 1.º del art. 96.2 sigue remitiendo expresamente al procedimiento contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, los artículos de dicha norma fueron derogados por la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil que, entre otros aspectos, ha revisado y modernizado este proceso judicial del *exequátur* (arts. 52 a 55), adaptándolo a las necesidades actuales y solventando las carencias procesales de que adolecía.

El *exequátur* se sigue manteniendo como un procedimiento jurisdiccional especial, cuyo objeto radica en declarar el reconocimiento de una resolución judicial extranjera a título principal y, en su caso, autorizar su ejecución en España. Es de aplicación, en especial, a resoluciones originarias de países con los que España no mantiene ningún tipo de vinculación[40] y, por tanto, se estima conveniente respetar ciertas cautelas antes de otorgar validez a sus resoluciones jurisdiccionales.

38 Como así se pudo constatar con la "operación princesita", que concluyó en noviembre de 2016 con la detención en Andalucía de tres personas, una gestante y dos padres intencionales de una recién nacida por, como se dijo en prensa, intentar "vender" a la menor a cambio de 10.000 euros. "La Guardia Civil detiene a tres personas por la venta de una recién nacida de 3 días", disponible en: https://www.lainformacion.com/espana/venta-recien-nacida_0_976402485.html, última consulta: 28/03/2022.

39 Al que algunos autores se refieren como "el nuevo pseudo-exequátur registral". Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J.: *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, 16ª edición, Comares, Granada, 2016, p. 106.

40 El contenido de la LCJIMC tiene carácter subsidiario, ya que sus disposiciones sólo serán de aplicación en defecto de normativa europea o convencional aplicable que prevalecen sobre nuestro Derecho interno. Álvarez Rubio, J. J.: "Artículo 48. Prohibición de revisión del fondo", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de*

Para que sea susceptible de reconocimiento y ejecución la sentencia o resolución judicial extranjera que afecte al estado civil y cuya constatación registral se pretenda, esta deberá gozar de carácter firme si procediera de un procedimiento contencioso, o ser definitiva si se hubiera dictado en un proceso de jurisdicción voluntaria, caracteres que deberán acreditarse con arreglo a la Ley extranjera del país o Estado donde hubiera sido dictada. Si carecieran de dicho carácter, podrán ser objeto de una anotación registral, con mero valor informativo, hasta que se obtenga el preceptivo *exequátur* o su reconocimiento incidental en España.

La competencia objetiva para conocer de estas solicitudes de *exequátur* corresponderá, con carácter general y a nuestros efectos, a los Juzgados de primera instancia del domicilio de la persona a la que se refieren los efectos de la resolución judicial extranjera, o bien, subsidiariamente, al Juzgado de primera instancia ante el que se interponga la demanda de *exequátur* por cualquier persona que acredite ostentar interés legítimo. El demandante deberá estar representado por procurador y asistido de letrado, siendo el órgano jurisdiccional español quién deberá controlar de oficio su competencia para conocer de estos procesos.

La demanda deberá acompañarse de: "a) El original o copia auténtica de la resolución extranjera, debidamente legalizados o apostillados; b) El documento que acredite, si la resolución se dictó en rebeldía, la entrega o notificación de la cédula de emplazamiento o el documento equivalente; c) Cualquier otro documento acreditativo de la firmeza y fuerza ejecutiva en su caso de la resolución extranjera en el Estado de origen, pudiendo constar este extremo en la propia resolución o desprenderse así de la ley aplicada por el tribunal de origen; d) Las traducciones pertinentes con arreglo al artículo 144 de la Ley de Enjuiciamiento Civil" (art. 54.4 Ley 29/2015).

La denegación del reconocimiento de las resoluciones judiciales extranjeras firmes, tan solo se podrá formular basándose en alguna de las causas habituales que resultan de la lista cerrada y exhaustiva que figura en el art. 46.1 de la Ley 29/2015, de forma que no podrá ser invocado ningún motivo más allá de los expresamente previstos, es decir, los siguientes: "a) Cuando fueran contrarias al orden público; b) Cuando la resolución se hubiera dictado con manifiesta infracción de los derechos de defensa de cualquiera de las partes. Si la resolución se hubiera dictado en rebeldía, se entiende que concurre una manifiesta infracción de los derechos de defensa si no se entregó al demandado cédula de emplazamiento o documento equivalente de forma regular y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse; c) Cuando la resolución extranjera se hubiere pronunciado sobre una materia respecto a la cual fueren exclusivamente competentes los órganos

Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil (dir. por F. P. Méndez González y G. Palao Moreno), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 560.

jurisdiccionales españoles o, respecto a las demás materias, si la competencia del juez de origen no obedeciere a una conexión razonable […]; d) Cuando la resolución fuera inconciliable con una resolución dictada en España; e) Cuando la resolución fuera inconciliable con una resolución dictada con anterioridad en otro Estado, cuando esta última resolución reuniera las condiciones necesarias para su reconocimiento en España; y f) Cuando existiera un litigio pendiente en España entre las mismas partes y con el mismo objeto, iniciado con anterioridad al proceso en el extranjero".

Los arts. 48 y 49 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil prohíben expresamente la revisión en cuanto al fondo de la resolución y el control de la ley aplicada, de forma que el Tribunal español llamado a resolver sobre la eficacia de la decisión extranjera cuyo reconocimiento se pretende, no podrá entrar a valorar el Derecho aplicado del lugar donde la misma fue dictada, ni tampoco sobre la corrección del modo en que la controversia fue resuelta en el Estado de origen[41].

Por lo que respecta al orden público, este no puede considerarse como una cláusula abierta que habilite para el control de la ley aplicada a la resolución en cualquier caso. Así, una mera divergencia normativa *per se* no será suficiente para entender que existe vulneración del orden público, ni podrá aducirse su infracción como vía indirecta para burlarla[42].

Además, pese a que no se recoge expresamente en el tenor literal del artículo una referencia a las peculiaridades del orden público con respecto a los procesos de familia o de menores, es indiscutible que, si la resolución judicial afectara a menores de edad, aquél deberá valorarse ponderándolo con el interés superior del menor.

Contra el auto dictado por el Juzgado de primera instancia resolviendo la solicitud de *exequátur*, solo cabrá interponer recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, ante cuya resolución, dictada en segunda instancia, la parte legitimada podrá interponer el correspondiente recurso extraordinario por infracción procesal, o bien recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

Como ya hemos adelantado, se podrá prescindir del *exequátur* y optar por la segunda posibilidad contemplada en el art. 96.2.2º LRC2011, es decir, a través del control de legalidad efectuado por el encargado del Registro Civil mediante un reconocimiento incidental de la resolución. Dada la complejidad inherente a las

41 Gascón Inchausti, F.: "Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil", *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 7, núm. 2, 2015, p. 179.

42 Álvarez Rubio, J. J.: "Artículo 48. Prohibición…", cit., p. 563.

situaciones internacionales, dicho reconocimiento incidental corresponderá con carácter exclusivo a la Oficina Central del Registro que se configura, además, como autoridad encargada en materia de cooperación internacional en todos aquellos asuntos sometidos a la Ley.

En estos supuestos, el encargado del Registro Civil deberá efectuar la inscripción siempre y cuando verifique la concurrencia de los siguientes extremos: "a) la regularidad y autenticidad formal de los documentos presentados; b) que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española; c) que todas las partes fueron debidamente notificadas y con tiempo suficiente para preparar el procedimiento; y d) que la inscripción de la resolución no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español" (art. 96.2.2.º Ley 29/2015).

Como ya hemos señalado anteriormente, no procederá la denegación del reconocimiento y/o ejecución de la resolución extranjera basada en motivos de orden público por el mero hecho de que el órgano judicial extranjero hubiera aplicado un ordenamiento jurídico distinto al que hubiera resultado de las reglas del Derecho internacional privado español.

Es más, si la resolución judicial afectara a menores de edad, como es el caso, el orden público debería valorarse en todo caso mediante su ponderación con el interés superior del menor, tal y como ha afirmado el TEDH, entre otras, en las sentencias en el caso Wagner y J.M.W.L. contra Luxemburgo, de 28 junio 2007[43]; caso Mennesson contra Francia, de 26 junio 2014[44]; caso Labassee contra Francia, de 26 junio 2014[45]; o caso Paradiso y Campanelli contra Italia, de 27 enero 2015 y 24 enero 2017[46], en todas las cuales se ha resaltado la necesidad de salvaguardar el interés superior de estos menores frente a la negativa de determinados países practicar la inscripción de su filiación.

2. Inscripción derivada de documentos públicos no judiciales o de certificación de asientos practicados en Registro extranjero.

Con respecto a los documentos públicos de origen no judicial y certificaciones de asientos practicados en Registros extranjeros, a los que la LRC2011 dispensa un tratamiento distinto, estos serán títulos que permitirán la inscripción del hecho o acto relativo al estado civil que documenten, mediante un reconocimiento incidental efectuado por el encargado del Registro Civil, quien deberá verificar

43 STEDH, caso Wagner y J.M.W.L. c. Luxemburgo, cit.

44 STEDH caso Mennesson c. Francia (asunto n.º 65192/11), 26 junio 2014.

45 STEDH, caso Labassee c. Francia (asunto n.º 65941/11), 26 junio 2014

46 STEDH, caso Paradiso y Campanelli c. Italia (asunto n.º 25358/12), 27 enero 2015 y 24 enero 2017 (Gran Sala).

que se cumplen los requisitos contemplados en los arts. 97 -con respecto a los documentos extranjeros extrajudiciales- y 98 -en cuanto a las certificaciones de asientos extendidos en Registros extranjeros- ambos de la LRC2011.

A estos efectos se requerirá, en primer lugar, que el documento público o certificación del asiento inscrito se hubiera dictado por la autoridad extranjera no jurisdiccional competente, reconocida como tal por la legislación del Estado al que pertenezca. En segundo lugar, se exigirá que, en su confección, las funciones ejercidas por la autoridad extranjera fueran equivalentes a las previstas a dichos efectos para las autoridades españolas y que, en cuanto a las certificaciones registrales, el Registro extranjero de procedencia tenga análogas garantías a las exigidas por la Ley española para la inscripción de los hechos de que da fe. En tercer lugar, el hecho o acto inscribible que resulte del documento o de la certificación, deberá gozar de validez con arreglo al ordenamiento jurídico designado por la normativa española de Derecho internacional privado.

Salvo que el encargado del Registro conociera suficientemente la legislación extranjera de que se trate, los interesados deberán acreditar mediante la aseveración o informe de un notario o cónsul español, o de un diplomático, cónsul o autoridad competente del país cuya legislación resulte aplicable, la adecuación del hecho o acto al contenido y vigencia del Derecho extranjero aplicable, la observancia de las formas y solemnidades aplicables y la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto. F finalmente, la inscripción derivada del referido documento de origen extrajudicial o certificación registral, no deberá resultar manifiestamente incompatible con nuestro orden público interno.

En caso de que la certificación registral adoleciera de algún defecto formal que afectase a su autenticidad o realidad de los hechos que incorpore, el reconocimiento incidental permitirá al encargado del Registro Civil complementar los datos y circunstancias que no se puedan obtener de la certificación a través de los oportunos medios legales o convencionales, conforme prevé el art. 98.3 LRC2011. Ello podrá derivar en una problemática mayor, especialmente, a la hora de proceder a la inscripción de la filiación materna, si en el certificado se hubiera hecho constar directamente a la madre intencional como madre del nacido en el país extranjero.

3. Consideraciones comunes a ambas modalidades de inscripción.

En primer lugar, resulta necesario señalar que los trámites del *exequátur* o del reconocimiento incidental, no serán necesarios si procede la aplicación de normativa comunitaria o de tratados e instrumentos internacionales, en cuyo caso, estos prevalecerán sobre nuestra normativa interna, dado que las resoluciones dictadas en un Estado miembro de la Unión Europea e incluidas en el ámbito de

aplicación del Reglamento (UE) n.º 1215/2012[47], serán reconocidas en nuestro país sin necesidad de recurrir a ningún tipo de procedimiento. Para ello, bastará con acompañar a la solicitud de reconocimiento los documentos señalados en el art. 37 del mencionado Reglamento, es decir, copia de la resolución que reúna los requisitos necesarios para ser considerada auténtica, junto con certificado expedido conforme al modelo oficial que figura en el anexo del Reglamento, debidamente traducidos, en su caso.

En segundo lugar, también resulta oportuno reflexionar sobre el hecho de que los diversos mecanismos para la inscripción del nacimiento y de la filiación que resultan de la actual normativa del Registro Civil llevarán a que, en la práctica, ante casos muy similares, pueda procederse de distinta forma por parte del encargado del Registro Civil competente, dependiendo del documento que se presente a efectos de acreditar la realidad del hecho o acto inscribible, con la gran inseguridad jurídica que ello supone[48].

Pese a que el TEDH ha conocido y sigue conociendo de numerosos asuntos sobre esta materia, como las más recientes sentencias en los casos C y E contra Francia[49] del año 2019, D contra Francia[50] de 2020, o Fjölnisdóttir y otros c. Islandia[51] de 2021, en todas las cuales se enfrenta a la nada desdeñable dificultad inherente a tratar de combinar la prohibición de la gestación por sustitución con la necesidad de proteger el interés superior de los menores nacidos por esta vía, ello no evitará que sigan existiendo múltiples carencias e insuficiencias en este contexto[52].

En todas estas últimas sentencias, el TEDH, independientemente de que un determinado país se niegue a practicar la inscripción de la filiación de estos menores nacidos por gestación subrogada, y al igual que ya hizo con las pioneras de los casos Mennesson y Labassee c. Francia o Paradiso y Campanelli c. Italia, para caso de que la normativa interna de dicho país contemple alguna vía que permita establecer y reconocer la relación paterno-filial entre los progenitores intencionales y el menor -siempre y cuando esta relación familiar haya existido *de facto*- ha terminado considerando que este hecho salvaguarda el interés superior del niño y no supone una vulneración del derecho a la vida privada y familiar del

47 Reglamento (UE) No. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

48 Durán Ayago, A.: "El acceso al Registro Civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: Relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XII, 2012, pp. 305-306.

49 STEDH, caso C y E c. Francia (asuntos n.º 1462/18 y 17348/18), de 19 noviembre 2019.

50 STEDH, caso D c. Francia (asunto n.º 11288/18), de 16 julio 2020.

51 STEDH, caso Fjölnisdóttir y otros c. Islandia (asunto nº 71552/17), de 18 mayo 2021.

52 Ochoa Ruiz, N.: "Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Asunto Fjölnisdóttir y otros c. Islandia, demanda nº 71552/17, sentencia de 18 de mayo de 2021", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2021, p. 10.

art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, ni tampoco la prohibición de discriminación del art. 14 del mismo cuerpo normativo.

En dicho sentido, como señaló el TEDH en los casos Mennesson y Labassee contra Francia, pese al derecho que cada Estado tiene para regular internamente, como estime oportuno, la figura de la gestación por sustitución, ya sea admitiéndola, prohibiéndola o ignorándola, ello no puede afectar al establecimiento de la filiación del menor desde el mismo momento de su nacimiento, es decir, la ilegalidad de una técnica reproductiva en un determinado país europeo, no puede privar a los menores nacidos en el extranjero de su derecho a que quede determinada su filiación en el respectivo país de origen de sus padres intencionales.

No obstante, y pese a que hasta el momento, el TEDH ha conseguido eludir posicionarse de forma abierta sobre el problema de fondo, esto es, sobre la validez o no del contrato de gestación por sustitución, mencionaremos tres opiniones concurrentes formuladas por distintos magistrados[53] en la sentencia dictada por la Gran Sala del TEDH en el caso Paradiso y Campanelli, en las que se muestran claramente contrarios a la figura que nos ocupa, al asumir que el consentimiento de la gestante nunca puede ser libre ni informado y al presentarla como una mujer de bajos recursos, de un país subdesarrollado y que lleva a cabo la gestación para personas de alto poder adquisitivo, lo que no siempre es así.

Sin embargo, obviar el derecho de las gestantes, como personas y mujeres, a servirse libremente de su cuerpo y tomar decisiones al respecto y "entender que la gestación por sustitución implica siempre una explotación de las mujeres, es un reduccionismo paternalista que subestima a la mujer y a su capacidad de consentir"[54]. Al mismo tiempo, "asumir, *per se*, que la gestación por sustitución, [...] contraviene derechos humanos fundamentales, en perjuicio de todos los participantes en el proceso, prescinde de analizar el caso concreto y todos los intereses en juego"[55].

IV. CONCLUSIONES.

La actual Ley del Registro Civil de 2011, en línea con la importantísima doctrina administrativa de la entonces denominada Dirección General de los Registros y del Notariado, ha incorporado diversas vías de inscripción de los nacimientos transfronterizos que deban acceder al Registro Civil español, dependiendo de si el hecho o acto se halla documentado en una resolución judicial extranjera, o bien,

53 La primera de ellas formulada por el juez Raimondi, la segunda de forma conjunta por los jueces De Gaetano, Pinto de Albuquerque, Wojtyczek y Dedov, y la tercera individualmente por parte del juez Dedov.

54 Lamm, E.: "Argumentos para la necesaria regulación de la gestación por sustitución", *Gaceta Sanitaria*, 2017, p. 1.

55 Farnós Amorós, E.: "Paradiso y Campanelli c. Italia (II): los casos difíciles crean mal derecho", *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 40, 2017, p. 235.

en una certificación o documento público de origen no judicial. Ello, puede dar lugar a diferentes escenarios y soluciones ante supuestos de hecho muy similares, dependiendo del país en el que se haya llevado a cabo el acuerdo subrogación.

Esta situación, deriva en que los padres intencionales que puedan permitirse económicamente recurrir a países en que dicho procedimiento se impulse por vía judicial (como podría ser el Estado de California, en EEUU) y, por tanto, puedan acogerse a la vía del reconocimiento de la resolución judicial extranjera a través del *exequátur*, se enfrentarán a muchos menos problemas para lograr la inscripción del nacimiento y filiación del menor o de los menores nacidos. Mientras que, por el contrario, aquellas otras personas que no tengan más remedio que optar por alternativas menos onerosas, se verán abocados al reconocimiento incidental y al control de legalidad que deberá efectuar el encargado del Registro Civil si el acto o hecho a inscribir se apoya en una certificación o documento público no judicial (como sucede en el caso de Ucrania o de India -este último, país al que muchas familias acudían antes del cambio de tendencia legal en esta materia-).

Esta situación nos permite hablar de países en que el procedimiento desembocara en una solución más previsible, que quedarán reservados a las familias dispuestas a realizar un mayor desembolso económico, mientras que, las menos pudientes y que pretendan cumplir su deseo de ser padres, no tendrán más remedio que enfrentarse a la gran inseguridad jurídica que supone recurrir a países que no facilitarán la resolución judicial que les allane el camino.

No tiene sentido que, a día de hoy, y teniendo en cuenta que la gestación subrogada es una técnica de reproducción humana asistida a la que cada vez más familias recurren, nuestros legisladores, independientemente de su color político, sigan mirando hacia otro lado, empeñados en que esta figura no respeta la dignidad de la gestante, entre otros muchos argumentos. Pero el problema principal radica en que, si no se permite llevar a cabo esta práctica en un país como España, en el que se puede velar efectivamente por el pleno respeto de los derechos de todos los intervinientes en el proceso, especialmente, de las gestantes, por la prestación de un verdadero consentimiento informado, obtenido de forma libre y voluntaria, así como velar por el interés superior de los menores nacidos, es cuando a estas familias no les queda más remedio que acudir a países extranjeros, en algunos de los cuales sí podrán producirse graves abusos.

Como sabemos, aunque en nuestro país los contratos de gestación subrogada se hallen sancionados con la nulidad de pleno derecho, ello no impide que se hayan habilitado mecanismos jurídicos, tanto legales como por vía jurisprudencial, que permiten tanto la inscripción en el Registro Civil de estas situaciones, como incluso la obtención de las prestaciones sociales derivadas de la paternidad/maternidad, lo que puede entenderse como un reconocimiento en la práctica de situaciones

jurídicas consolidadas en el extranjero a las que, antes o después, no quedará más remedio que acomodar jurídicamente en nuestra legislación interna.

En definitiva, no reconocer que la sociedad y la realidad avanzan más rápido que el derecho, negándonos a implementar una adecuada regulación jurídica de las necesidades que van surgiendo y de los cambios que acontecen, no supone prestar una mayor protección a las personas que intervienen en estos procesos y, mucho menos, en el caso de la gestación subrogada, cuya desregulación puede desembocar en numerosos problemas o conflictos, como falsedades de identidad, niños apátridas o, incluso, tráfico de menores.

Todo ello, hace cada vez más necesario establecer una regulación que fije los cauces por los que debería discurrir esta práctica si se lleva a cabo en nuestro país, que aporte un alto grado de previsibilidad y mayor seguridad jurídica a todas las partes intervinientes en este tipo de acuerdos, salvaguardando primordialmente el interés superior del menor y el de las gestantes quienes, en definitiva, no dejan de ser las partes más vulnerables en el proceso. Es más, sería incluso idóneo adoptar una postura comunitaria global en torno a la gestación subrogada, lo que será mucho más complicado, dado que la Unión Europea carece de competencias para armonizar la legislación de los diferentes Estados en materia de estado civil.

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez González, S.: "Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero", *Anuario español de Derecho internacional privado*, tomo X, 2010.

Álvarez Rubio, J. J.: "Artículo 48. Prohibición de revisión del fondo", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil* (dir. por F.P. Méndez González y G. Palao Moreno), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: "Hijos made in California", *Aranzadi Civil*, núm. 1, 2009.

Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J.: *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, 16ª edición, Comares, Granada, 2016.

Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J.: "Gestación por sustitución y Derecho internacional privado: consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009", *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 1, núm. 2, 2009.

Díaz Fraile, J. M.: "La gestación por sustitución ante el Registro Civil español", *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, núm. 1, 2019.

Durán Ayago, A.: "El acceso al Registro Civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: Relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XII, 2012.

Espinar Vicente, J. M.: "Nuevas reflexiones en torno a la heterodoxa doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. La gestación por sustitución y el amparo a los actos en fraude de ley", en AA.VV.: *Nuevas fronteras al Derecho de la Unión Europea, Liber Amicorum José Luis Iglesias Buhigues* (coord. C. Esplugues Mota *et al.*), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

Esplugues Mota, C.: "Filiación", en AA.VV.: *Derecho internacional privado* (coord. por C. Esplugues Mota y J. L. Iglesias Buhigues), 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

Garau Sobrino, F. F.: "Artículo 42. Procedimiento de *exequátur*", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil* (dir. por F.P. Méndez González y G. Palao Moreno), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

Farnós Amorós, E.: "Paradiso y Campanelli c. Italia (II): los casos difíciles crean mal derecho", *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 40, 2017.

Gascón Inchausti, F.: "Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil", *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 7, núm. 2, 2015.

Gutiérrez Santiago, P.: "Artículo 30", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil. Tomo I (Arts. 1 a 151)* (dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

Heredia Cervantes, I.: "La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución", *Anuario de Derecho Civil (ADC),* tomo LXVI, fasc. II, 2013.

Jiménez Muñoz, F. J.: *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, Reus, Madrid, 2012.

Lamm, E.: "Argumentos para la necesaria regulación de la gestación por sustitución", *Gaceta Sanitaria*, 2017.

Martín Morato, M.: "El nuevo Registro Civil. Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil", *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 30, 2013.

Ochoa Ruiz, N.: "Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Asunto Fjölnisdóttir y otros c. Islandia, demanda nº 71552/17, sentencia de 18 de mayo de 2021", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2021.

Orejudo Prieto de los Mozos, P.: "Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de una maternidad de sustitución", en AA.VV.: *Iguales y diferentes ante el Derecho privado* (dir. por S. Navas Navarro), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

Roca Trías, M. E.: *Especialidades en Derecho de familia,* Dykinson, Madrid, 2014.

Torroja Mateu, H. y Bondía García, D.: "Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (junio-octubre 2007)", *Anuario de Derecho Civil (ADC)*, vol. 61, núm. 1, 2008.

LA PRIMACÍA DEL SUPÉRSTITE EN LA SUCESIÓN LEGAL EN INGLATERRA: COMPARATIVA CON LA REGULACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL Y EL DERECHO CIVIL VASCO*

THE SUPREMACY OF THE SURVIVING SPOUSE OR CIVIL PARTNER UNDER THE INTESTACY REGIME IN ENGLAND: A COMPARISON WITH THE SUCCESSION SYSTEMS OF THE SPANISH CIVIL CODE AND BASQUE CIVIL LAW

Rev. Boliv. de Derecho Nº 35, enero 2023, ISSN: 2070-8157, pp. 98-125

* El presente trabajo se ha realizado en el marco del Grupo de Investigación Consolidado del Sistema Universitario Vasco, GIC IT1445-22 sobre 'Persona, familia y patrimonio', del que es investigador principal el Dr. Gorka Galicia Aizpurua.

Maitena
ARAKISTAIN
ARRIOLA

ARTÍCULO RECIBIDO: 13 de diciembre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 15 de diciembre de 2022

RESUMEN: Los profundos cambios experimentados por la institución familiar en las últimas décadas sitúan al cónyuge o pareja estable en el centro de los nuevos modelos familiares, haciendo necesario que nos replanteemos si la protección sucesoria que recibe refleja la posición destacada que ocupa en la familia y en los afectos del causante. En el caso inglés, la respuesta debe ser afirmativa, ya que, en sede de sucesión legal, el cónyuge o pareja recibe un trato tan favorable, que, a menudo, los hijos y descendientes del causante quedan excluidos de su sucesión. Este modelo contrasta con la cobertura sucesoria contemplada para el supérstite en el Derecho civil vasco y, más aún, en el sistema del Código civil. La distancia entre las propuestas de cada ordenamiento refleja la dificultad de encontrar una solución equilibrada que dé respuesta a la situación del supérstite sin desatender a los descendientes vulnerables.

PALABRAS CLAVE: Derecho inglés; Derecho civil español; Derecho civil vasco; sucesión legal; orden de llamamiento; expectativas sucesorias; viudo/a; pareja supérstite.

ABSTRACT: *The changes experienced in recent decades by the family as an institution have placed the spouse or partner at the centre of the new emerging family structures, which makes it necessary to question if the protection afforded to the surviving spouse or partner under succession law, reflects her or his position in the family of the deceased. It certainly does under English law, where the surviving spouse or partner is treated so favourably that, often, the children of the deceased do not receive any part of their parent's inheritance. This approach differs from that envisaged under Basque law and, more so, under the succession system of the Spanish Civil Code. The distance between the different legal schemes reflect the difficulty to strike an appropriate balance in the distribution of the estate between the surviving spouse or partner and the issue of the deceased.*

KEY WORDS: *English law; Spanish civil law; Basque civil law; intestate succession; line of succession; right to inheritance; surviving spouse; surviving partner.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL SUPÉRSTITE EN LA SUCESIÓN LEGAL DEL DERECHO INGLÉS.- 1. Breve apunte histórico.- 2. La Administration of Estates Act: el supérstite en el orden de llamamientos.- 3. Cónyuge versus descendientes: la apuesta del modelo inglés.- III. EL SUPÉRSTITE EN LA SUCESIÓN LEGAL DEL SISTEMA DEL CÓDIGO CIVIL Y EL DERECHO CIVIL VASCO.- 1. El supérstite en la sucesión legal del Código civil.- 2. El supérstite en la sucesión legal del Derecho civil vasco.- IV. REFLEXIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN.

La sucesión legal del Derecho inglés, al igual que ocurre en el sistema del Código civil español y en el Derecho vasco, regula el destino del patrimonio hereditario en caso de que la voluntad del causante fuera inexistente, ineficaz o insuficiente[1]. En efecto, estos tres ordenamientos contemplan una sucesión supletoria que, con el fin de evitar que los bienes relictos se conviertan en *res nullius*, prevé un orden de llamamientos sucesorios fijado por ministerio de la ley. La configuración de este orden legal de llamamientos no sólo refleja el intento del legislador de reproducir la voluntad presunta del causante medio, sino también -y crucialmente- el modelo de familia que se ampara e impulsa desde el Derecho de sucesiones[2].

Efectivamente, el modelo sucesorio diseñado en cada ordenamiento revela el diferente nivel de protección que el legislador otorga a determinadas relaciones familiares dependiendo de si se basan en lazos de parentesco, en el vínculo matrimonial, en una convivencia de hecho -formalizada o no-, en lazos afectivos o en otra relación de dependencia con el causante. Entre los múltiples factores que informan estas decisiones se incluyen, necesariamente, los valores sociales y éticos predominantes en cada momento histórico, que determinan qué entiende la sociedad por familia y qué obligaciones familiares pueden -y en el caso de la sucesión legal, deben- dar lugar a derechos sucesorios. La tarea, de por sí difícil, de diseñar una normativa sucesoria en consonancia con lo que la sociedad demanda, resulta aún más compleja debido a la profunda transformación que ha experimentado la familia desde principios del siglo XX. En la actualidad -al menos en las sociedades occidentales- la familia ya no se identifica con un único modelo, sino que abarca

1 Arts. 46 y 49 de la *Administration of Estates Act 1925* con respecto al ordenamiento inglés, arts. 658 y 913 del Código civil español (CC) y art. 110 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco (LDCV).

2 Para un análisis del fundamento filosófico-jurídico de la sucesión intestada ver Pérez Escolar, M.: *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada,* Dykinson, Madrid, 2003, pp. 59-89 (con particular atención al cónyuge supérstite en las pp. 85-89).

• Maitena Arakistain Arriola
Abogada en activo especializada en Derecho inglés habiendo trabajado también como *solicitor* tanto en el sector privado (Baker&McKenzie) como público. (abogada del Departamento Jurídico del Gobierno británico: Agencia de Defensa de la Competencia y Ministerio de Defensa). Profesora asociada de Derecho civil de la UPV/EHU desde 2015. Doctora en Derecho con Mención *Cum Laude*. Investigadora del Grupo de Investigación Consolidado del Sistema Universitario Vasco, GIC IT1445-22 sobre 'Persona, familia y patrimonio', del que es investigador principal el Dr. Gorka Galicia Aizpurua. Correo electrónico: maitena.arakistain@ehu.eus.

una pluralidad de formaciones complejas que dificultan la articulación de normas de carácter general. Tanto en Inglaterra como en España, las antiguas estructuras familiares extensas han dado paso a una familia más reducida, integrada por la pareja fundadora y sus hijos, comunes o de relaciones anteriores, en un contexto en el que cada vez es más habitual que las personas convivan sin casarse y que las que se casan se divorcien y vuelvan a contraer matrimonio o a unirse de hecho[3].

En estos nuevos modelos familiares la figura del cónyuge o pareja estable ocupa un primer plano y, sin embargo, el nivel de protección sucesoria que recibe en cada uno de los ordenamientos que analizamos es, como veremos, marcadamente diferente[4]. Existen, sin duda, razones de índole social, cultural y jurídico que influyen en el trato sucesorio que cada ordenamiento dispensa al que fuera compañero del causante, pero, principalmente, la decisión de otorgar mayor o menor cobertura sucesoria al cónyuge viudo o al miembro sobreviviente de una unión extramatrimonial es una decisión de política legislativa. Ante una preocupación común -asegurar al supérstite un estatus sucesorio acorde con su posición en la familia y en los afectos del causante- cada legislador decide qué factores priorizar en su labor legislativa: la protección del patrimonio familiar, la preservación de la situación económica del supérstite, la concurrencia a la sucesión de descendientes comunes y/o de relaciones anteriores, la duración del matrimonio o pareja, la contribución del supérstite a la generación de la riqueza del causante y al bienestar de la familia, etc. Dicho esto, existe un factor al que el legislador inglés ha otorgado especial atención, y cuya repercusión ha aumentado de tal modo en los últimos años, que debería tomarse en consideración en todo proyecto de reforma del Derecho de sucesiones: el notable aumento de la edad media del cónyuge o pareja superviviente, como resultado del aumento de la esperanza de vida[5]. En efecto, no sólo en Inglaterra sino también en el Estado español, el cónyuge o pareja supérstite "tipo" es una mujer de más de 80 años, con unas necesidades residenciales, asistenciales y médicas que irán aumentando con la edad y, por lo tanto, con unos gastos a los que tendrá que hacer frente con sus ahorros y con los ingresos que reciba de su pensión, que, si es pública,

3 Con respecto a la transformación del concepto de familia y, consiguientemente, la noción de "obligaciones familiares" a efectos sucesorios, véase Finch, J.: *Family obligations and social change*, Polity Press, Cambridge, 1989; Finch, J. y Mason, J.: *Passing on: kinship and inheritance in England*, Routledge, London, 2000. Asimismo, un análisis de los cambios históricos en las concepciones familiares y su plasmación en el sistema de sucesiones del Código civil puede encontrarse en Pérez Escolar, M: *El cónyuge supérstite*, cit., pp.114-128.

4 Sobre el reconocimiento de la posición del cónyuge o pareja en los nuevos modelos de familia en Inglaterra, ver Burns, F.: "Surviving spouses, surviving children and the reform of total intestacy law in England and Scotland: past, present and future, *Legal Studies*, vol. 33, núm. 1, 2013, p. 90; Cretney, S.: *Family law in the twentieth century: a history*, Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 478.

5 La *Law Commission*, el organismo encargado de proponer reformas legislativas al Parlamento británico, ha llevado a cabo varias consultas y ha publicado detallados informes a lo largo de los años, en los que examina la legislación sucesoria. En concreto, el documento LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Family Law: Distribution on Intestacy, Documento de consulta Law Com CP 108, 1988,* párrafo 4.5; LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Family Law: Distribution on Intestacy*, Informe Law Com No 187, 1989, párrafo 23, se refería ya entonces a la importancia de examinar las circunstancias vitales del cónyuge o pareja supérstite medio.

serán escasos[6]. Es más, siendo mujer, es probable que a lo largo de su vida laboral haya reducido su jornada, en una o más ocasiones, para atender a los cuidados de la familia, con lo que sus contribuciones a la seguridad social también habrán disminuido y, consecuentemente, la pensión que le corresponda será también menor. Ante esta realidad incontestable, la herencia del causante puede utilizarse como complemento de los recursos económicos de esta supérstite anciana para facilitar, si no la total autofinanciación de los cuidados que necesitará en su vejez, al menos una contribución a los mismos. La alternativa pasa por aceptar que el gasto público necesario para sufragar los cuidados de esta creciente parte de la población no sólo va a ir en aumento, sino que va a alcanzar una dimensión difícilmente asumible por la Administración Pública[7].

Aunque el factor demográfico no es el único al que ha atendido el legislador inglés para diseñar su modelo de sucesión intestada, es innegable que ha sido un elemento decisivo en el desarrollo de una política sucesoria que prioriza la protección del cónyuge o pareja sobreviviente por encima de todos los demás familiares del causante. En marcado contraste, la apuesta del legislador estatal y -aunque en menor grado- también la del legislador vasco, ofrecen al supérstite un estatuto sucesorio notablemente inferior al que se contempla para la viuda o pareja sobreviviente inglesa. Esta diferencia resulta llamativa si observamos que en las tres sociedades de referencia se constata la voluntad del causante, independientemente de su nacionalidad o vecindad civil, de favorecer a su cónyuge o pareja, ofreciéndole un estatuto sucesorio acorde con la convivencia que compartieron.

Sin embargo, un examen más detallado del modelo inglés revela, como veremos a continuación, que la envidiable posición sucesoria del supérstite se logra a costa de desatender los intereses de los hijos y descendientes del causante, independientemente de si son adultos con su vida resuelta o, por el contrario, menores, discapacitados o hijos sólo del causante.

6 La Oficina Nacional de Estadística (*ONS*) del Reino Unido, prevé que para el año 2034 el veintitrés por cien de la población sobrepasará los sesenta y cinco años y el cinco por cien superará los ochenta y cinco años (Office of National Statistics (UK). Population: aging, fastest increase in the "oldest old". Recuperado de http://www.statistics.gov.uk/cci/nugget.asp?id=949). Asimismo, de acuerdo con el Instituto Nacional de Estadística (INE), la esperanza de vida de las mujeres en España al nacer en el año 2020 fue de 85,07 años mientras que la de los hombres fue de 79,60 años. Las cifras del último trimestre de 2021 muestran que el número total de viudos y viudas en España ascendió a 2.910.000 personas, de los que 2.342.400 eran mujeres y 575.600 hombres. Es decir, el 80 por ciento de las viudas en España son mujeres. Fuente: https://www.ine.es. Ver, en este sentido, Vaquer Aloy, A.: "Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima", *InDret*, 3/2007, pp. 8-11.

7 Se estima que el costo medio de una residencia para ancianos en Inglaterra es de 2 816 libras (3 268 euros) al mes, aumentando a 3 552 libras (4 122 euros) si la residencia está medicalizada (datos actualizados en abril de 2022, obtenidos de https://www.carehome.co.uk/). Por lo que se refiere al Estado español, de acuerdo con el informe publicado por inforesidencias.com, el precio medio de una plaza en una residencia geriátrica privada en España en 2021 fue de 1 830 euros al mes, constatándose una marcada diferencia de precios en las diferentes Comunidades Autónomas, con el País Vasco registrando el precio medio más alto, que ascendió a 2 643 euros al mes.

II. EL SUPÉRSTITE EN LA SUCESIÓN LEGAL DEL DERECHO INGLÉS.

Como es sabido, el Reino Unido es un Estado plurinacional en el que no existe un régimen jurídico único para todo el territorio, sino que abarca tres sistemas jurídicos distintos, aplicables, respectivamente, en Inglaterra y Gales, en el Norte de Irlanda y en Escocia. El sistema sucesorio vigente en los dos primeros ordenamientos es prácticamente idéntico, mientras que el escocés se ha desarrollado por líneas diferentes, más afines a los sistemas continentales. Este artículo se ocupa del régimen jurídico aplicable en Inglaterra y Gales, al que se hará referencia de forma conjunta como "Derecho inglés"[8].

El Derecho inglés pertenece a la tradición del *Common Law*, denominado así en referencia al régimen jurídico común que implantaron los reyes normandos en Inglaterra a partir del siglo XI. Es conocido que las principales fuentes del Derecho inglés moderno son la ley (*statute*) y las sentencias dictadas por los tribunales superiores de justicia (*case law*), razón por la que a menudo se describe como un Derecho desarrollado por los jueces o *judge made law*[9]. Dicho esto, el ámbito del Derecho sucesorio está principalmente regulado por leyes emanadas del Parlamento que, por supuesto, vinculan también a los tribunales. En sede de sucesiones, por lo tanto, la labor de los jueces ingleses es similar a la que ejerce la judicatura en los sistemas continentales, es decir, la interpretación de la norma y su aplicación a las circunstancias concretas del caso[10].

1. Breve apunte histórico.

La ley aplicable a la sucesión intestada en Inglaterra está recogida en la *Administration of Estates Act* (Ley de Administración de Patrimonios) de 1925 que, tras varias reformas, continúa siendo uno de los pilares fundamentales de la normativa sucesoria[11]. Desde su primera versión, el objetivo principal de la ley fue garantizar que la esposa del causante intestado heredara la mayor parte del caudal

8 Sobre la protección del cónyuge viudo o miembro sobreviviente de la pareja de hecho en la sucesión legal del Derecho escocés ha reflexionado Vaquer Aloy, A.: "Reflexions escoceses sobre la successió intestada del cònjuge o parella estable en el Dret civil de Catalunya", *Revista catalana de Dret Privat*, vol. 22, 2020, pp. 77-105.

9 El denominado *case law* es elaborado por los jueces de los tribunales superiores (*Supreme Court, Court of Appeal* y *High Court*) cuyas sentencias constituyen precedentes judiciales vinculantes. Su aplicación se basa en el principio romano de *stare decisis* por el que los casos de naturaleza semejante deben de ser tratados de modo consistente para obtener resultados similares. Las resoluciones de los tribunales superiores vinculan a los inferiores, convirtiendo así la jurisprudencia en fuente del Derecho. *Vid.* Darbyshire, P.: *English legal system*, Sweet & Maxwell, Londres, 2016, pp. 4-24.

10 Téngase en cuenta, sin embargo, que la interpretación de la ley (*statutory interpretation*) recogida en una sentencia judicial puede ser vinculante si la sentencia es emitida por uno de los tribunales superiores y la interpretación de la norma forma parte de la *ratio decidendi* de la decisión. No siempre es fácil trazar la línea entre la interpretación de la norma y la creación de una nueva norma por parte de los tribunales ingleses. Para una discusión sobre el tema, ver Sales, P.: "Judges and Legislature: values into Law", *The Cambridge Law Journal*, vol. 71, núm. 2, 2012, pp. 287-296.

11 La *Administration of Estates Act 1925*, ha sido enmendada por las siguientes leyes: *the Intestates 'Estates Act 1952, the Family Provision Act 1966, the Family Law Reform Act 1969, the Administration of Justice Act 1977,*

hereditario[12]. Esta protección a la mujer viuda, más tarde extendida al viudo y, finalmente, también al miembro superviviente de una *civil partnership* o pareja civil, continúa siendo el principio rector de la normativa[13].

Sin embargo, la viuda inglesa no siempre ha gozado del mismo favor bajo la normativa sucesoria. En la Edad Media, el esquema sucesorio inglés respondía a una ordenación dinástica que favorecía al primogénito varón e ignoraba los derechos de las mujeres, en un sistema diseñado para proteger los intereses de los terratenientes y de las clases aristocráticas[14]. De hecho, hasta finales del siglo XIX, la viuda no tuvo prácticamente ningún derecho en la sucesión de su esposo, a la que, además, llegaba sin patrimonio propio, ya que, al contraer matrimonio, todos sus bienes pasaban a ser propiedad de su marido[15]. Es fácil imaginar, por lo tanto, la situación de penuria económica en la que quedaban la mayoría de las mujeres tras la muerte de sus esposos. En el siglo XVI, en un intento por mejorar el estatuto sucesorio de la viuda, se le reconoció la llamada *dower*, un derecho de uso y disfrute vitalicio (*life interest*) sobre una tercera parte del patrimonio inmueble del causante (*realty*)[16]. Sin embargo, este derecho desapareció a finales

the Family Law Reform Act 1987, the Law Reform (Succession) Act 1995, the Trusts of Land and Appointment of Trustees Act 1996, the Civil Partnership Act 2004 y *the Inheritance and Trustees' Powers Act 2014*.

12 Cretney, S.: *Family law,* cit., pp. 480-481, observa que la *Administration of Estates Act 1925* estableció el principio, mantenido hasta hoy en día, de protección al supérstite por encima de todos los demás familiares, abandonando la idea de que el patrimonio hereditario, independientemente de su valor económico, debía de repartirse entre el cónyuge sobreviviente y los hijos. De aquí en adelante, se priorizará la protección de la posición sucesoria del viudo, garantizándole una porción en la herencia de su consorte lo suficientemente alta como para asegurar su subsistencia y su permanencia en la vivienda familiar. También en este sentido, Cretney, S.: "Intestacy reforms: the way things were, 1952", *The Denning Law Journal*, núm. 9, 1994, p. 36.

13 El Derecho inglés reconoce los mismos derechos sucesorios al cónyuge supérstite y al miembro superviviente de la pareja civil registrada, ya sea del mismo o diferente sexo (*civil partnership*). Inicialmente, la *Civil Partnership Act* de 2004 reconoció derechos sucesorios a los miembros de una unión extramatrimonial registrada, sólo si eran del mismo sexo. Ocho años más tarde, la *Marriage (Same Sex Couples) Act* de 2013, legalizó el matrimonio entre personas del mismo sexo en Inglaterra y Gales, incorporándose estas también al concepto de "cónyuge" a efectos de la normativa sucesoria, lo que provocó que se cuestionara la limitación de la *Civil Partnership Act* de 2004 a las parejas del mismo sexo (ver, por ejemplo, Gaffney-Rhys, R.: "Same sex marriage but not mixed sex partnership: should the Civil Partnership Act 2004 be extended to opposite sex couples?", *Child and Family Law Quarterly*, núm. 26, 2014, pp. 173-194; Draghici, C: "Equal marriage, unequal civil partnership: a bizarre case of discrimination in Europe", *Child and Family Law Quarterly*, núm. 29, 2017, pp. 313-338). Finalmente, en 2019, la ley fue reformada por la *Civil Partnership (Opposite-sex Couples) Regulations 2019* extendiéndose su aplicación a las parejas heterosexuales.

14 Bremmer, RH.: "Widows in anglo-saxon England", en *Between poverty and the pyre: moments in the history of windowhood*, (coord. por J. Bremmer y L. Van Den Bosch), Routledge, Londres, 1995, pp. 58-88; Burns, F.: "Surviving spouses", cit., pp. 85-118; Burns, F.: "The changing patterns of total intestacy distribution between spouses and children in Australia and England", *UNSW Law Journal*, vol. 36, núm. 2, 2013, pp. 470-513; Kerridge, R.: "Intestate succession in England and Wales", en *Comparative Succession Law, Intestate Succession*, (coord. por K. Reid, M.J. De Waal y R. Zimmermann), Oxford University Press, Oxford, Inglaterra, 2015, pp. 321-348.

15 En 1870, la *Married Women's Property Act* por fin reconoció a las mujeres el derecho a disponer del dinero que ganaban con su trabajo, pero este derecho no se extendió a todo su patrimonio hasta la reforma de 1882. Las mujeres aún tendrían que esperar hasta la *Law of Property Act* de 1922 para poder heredar el patrimonio de su marido y de sus hijos intestados y hasta la entrada en vigor de la *Administration of Estates Act* de 1925 para que se les reconocieran los mismos derechos que al hombre para disponer *mortis causa* de su patrimonio.

16 Obsérvese, sin embargo, que el marido podía privar a su esposa de la *dower* mediante disposición expresa en su testamento. Ver Sawyer, C. y Spero, M.: *Succession, wills and probate*, Routledge, Oxford, 2015, p. 4. Por su parte, el viudo tenía derecho a la *curtesy*, que consistía también en un *life interest*, pero en su caso

del siglo XIX, para dar paso a un período durante el que el causante inglés gozó de total libertad para disponer de sus bienes *mortis causa*. En efecto, tras la revolución industrial, se fueron implantando en Inglaterra ideas liberales sobre la propiedad privada y la herencia, que terminaron por proclamar la libertad irrestricta del individuo para disponer de su propiedad, no sólo durante su vida, sino también después de su muerte. Así nació la sobradamente conocida -aunque no del todo cierta- libertad absoluta de testar del causante inglés[17]. Aunque indudablemente existió, lo cierto es que dicha libertad sólo fue completamente irrestricta durante un breve período cuya duración oscila, según los expertos, entre cuarenta y siete y cien años[18]. Tal y como señala la doctrina local, sería erróneo afirmar que el Derecho inglés ha conocido siglos de libertad absoluta de disposición *mortis causa* y, de hecho, si comparásemos los períodos de libertad y restricción, tendríamos que concluir justamente lo contrario[19]. En cualquier caso, es indudable que el sistema sucesorio inglés se fundamenta sobre la idea de la libertad absoluta del causante de disponer de su patrimonio en testamento, sin que existan cuotas o reservas impuestas por la ley[20]. Sin embargo, dicha libertad de testar no se traduce en una libertad absoluta de disponer *mortis causa*, ya que, desde la entrada en vigor de la *Inheritance (Family Provision) Act* en 1938, sustituida hoy por la *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act* de 1975, la distribución hereditaria del causante, ya fuera ordenada por testamento o por ministerio de la ley, puede ser alterada *post mortem* en sede judicial. En efecto, si el tribunal considera que la distribución hereditaria no fue justa o razonable, puede disponer una distribución

sobre la totalidad de los bienes de su esposa (arts. 22 y 23 de la *Statute of Distribution 1670*). La situación era diferente cuando los bienes hereditarios eran bienes muebles o *personalty*, en cuyo caso el viudo se quedaba con todos los bienes de su esposa premuerta, mientras que la viuda tenía derecho a una tercera parte de los bienes de su marido en propiedad (no en usufructo) y las otras dos terceras partes pasaban a los hijos. Ver Cretney, S.: *Family Law,* cit., pp. 479-480; Burns, F.: "The changing patterns", cit., p. 473; Kerridge, R.: "Intestate succession…", cit., p. 326.

17 Sloan, B.: *Borkowski's Law of Succession*, Oxford University Press (3ª ed.), Glasgow, 2017, p. 15; Probert, R.: "Disquieting thoughts: who will benefit when we are gone?", en *Current issues in Succession Law*, (coord. por B. Häcker y C. Mitchell), Hart Publishing, Oxford, 2016, pp. 31-49.

18 Un análisis detallado sobre la libertad de testar en Inglaterra y, en concreto, sobre su duración, puede encontrarse en Barrio Gallardo, A: *El largo camino hacia la libertad de testar. De la legítima al derecho sucesorio de alimentos,* Dykinson, Madrid, 2012, pp. 235-260; Barrio Gallardo, A: *La evolución de la libertad de testar en el 'Common Law' inglés,* Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 287-291, expone las diferentes líneas mantenidas por la doctrina inglesa en relación al tiempo durante el cual existió en Inglaterra una libertad de testar irrestricta. Algunos expertos juristas argumentan que duró un siglo (desde mediados del siglo XIX a mediados del siglo XX), mientras otros afirman que una completa e ilimitada libertad de testar sólo existió en Inglaterra por un lapso de 47 años (desde 1891 a 1938). El civilista español concluye a favor de la segunda línea doctrinal. La misma opinión expresa Kerridge, R: "Libertad de testar en Inglaterra y Gales", en *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados*, AAVV, (coord. por J. P. Murga Fernández y C. Hornero Méndez), Thomson Reuters Aranzadi, 2019, pp. 239-254. El autor señala que, a pesar de que la libertad de testar fue proclamada por la *Wills Act* en 1837, en realidad existieron restricciones para el traspaso de la tierra por causa de muerte hasta 1891, por lo que sólo a partir de esa fecha puede hablarse de una absoluta libertad de testar.

19 Green, K: "The Englishwoman's castle: inheritance and private property today", *The Modern Law Review*, núm. 51, 1988, pp. 190-191

20 El art. 3 de la *Wills Act 1837* proclama la libertad absoluta del testador inglés para disponer en su testamento de todos sus bienes, muebles e inmuebles, sin ninguna restricción: "It shall be lawful for every person to devise, bequeath, or dispose of, by his will executed in manner herein-after required, all real estate and all personal estate which he shall be entitled to, either at law or in equity, at the time of his death…".

diferente mediante la asignación de la prestación denominada *family provision*[21]. La normativa de la *family provision* se introdujo en el Derecho inglés a principios del siglo XX, precisamente para dar respuesta a la situación de desamparo en la que quedaban muchas viudas como consecuencia de la libertad irrestricta de sus maridos para, si esa era su voluntad, excluirles de su testamento.

En efecto, la suerte de la viuda inglesa cambió drásticamente a consecuencia de las reformas legislativas introducidas a principios del siglo XX. Las nuevas leyes buscaron adaptar el Derecho a una realidad social que ya no se identificaba con la Inglaterra feudal de los mayorazgos y del heredero único (*the heir*). Así, la viuda fue reconocida por primera vez como heredera legítima de su marido en las primeras reformas legislativas de finales del siglo XIX[22]. Su estatuto sucesorio se consolidó con la entrada en vigor de la *Administration of Estates Act* de 1925, ley que eliminó la distinción entre hombres y mujeres, pudiendo ahora el viudo acceder a la misma protección que la viuda. Sin embargo, el cambio más significativo introducido por esta ley fue la ubicación del cónyuge en el primer orden legal de llamamientos, por delante de todos los demás familiares, incluidos los hijos y descendientes del causante. Este trato preferente otorgado en la sucesión intestada al cónyuge viudo y, más tarde, también al miembro superviviente de una *civil partnership*, ha sido reforzado en cada una de las reformas introducidas en la ley desde que fuera aprobada hace ya un siglo.

2. *La Administration of Estates Act:* el supérstite en el orden de llamamientos.

Como venimos apuntando, el cónyuge o pareja supérstite recibe un trato difícilmente mejorable en la sucesión legal inglesa. De acuerdo con el art. 46.1(i) de la *Administration of Estates Act 1925*, en caso de concurrir el cónyuge o pareja supérstite a la herencia con cualquier pariente del causante que no sean sus hijos o descendientes, el supérstite recibe la totalidad del caudal hereditario. Dicho de otro modo, el único supuesto en el que la herencia no se adjudica automáticamente al cónyuge o pareja, es si concurre con los hijos o descendientes del causante. En este caso, el supérstite recibe (i) una cantidad de dinero establecida por ley (*statutory legacy*) que actualmente está fijada en 270 000 libras[23], (ii) los objetos

21 Sobre la *Family Provision*, institución que condiciona de manera absoluta tanto la sucesión intestada como la testada, ver, por todos, Kerridge, R..: *The Law of Succession*, Sweet and Maxwell, Londres, 2016, pp. 183-238; Sloan, B.: *Borkowski's*, cit., pp. 263-316.

22 La primera ley que reconoció a la viuda (que no al viudo) como heredera en la sucesión intestada fue la *Intestates Estate Act* de 1890. En palabras de Cretney, S.: *Family Law,* cit., p. 480, esta ley marcó un importante cambio en la política legislativa inglesa, posicionando a la mujer viuda, por primera vez, por delante de los parientes del causante y reconociéndole una suma de dinero que le asegurara, en la mayoría de los casos, la permanencia en la vivienda familiar.

23 La cantidad se incrementó de 250 000 libras a 270 000 en 2020 (Anexo 1A de la *Administration of Estates Act 1925* y la *Administration of Estates Act 1925 (Fixed Net Sum) Order 2020*). De acuerdo con el art. 46(1A) de la *Administration of Estates Act*, modificado por la *Inheritance and Trustees´ Powers Act 2014*, la cantidad asignada al supérstite está exenta de "cargas sucesorias" (*free of death duties*) y se le aplican intereses acumulados desde el momento de la muerte del causante. Las cargas a las que se refiere la ley han quedado limitadas en

personales del causante y, (iii) la mitad del remanente una vez descontados los elementos descritos en (i) y (ii). La otra mitad del remanente se reparte entre los hijos y descendientes[24].

La consecuencia de esta norma es que, en la práctica totalidad de los casos, el cónyuge o pareja supérstite recibe la totalidad de la herencia del causante. En efecto, tal y como la *Law Commission* señaló en uno de sus informes, menos del diez por cien de las herencias intestadas en Inglaterra sobrepasan el valor de la *statutory legacy*, por lo que, en el noventa por cien de los casos, el cónyuge o pareja recibe la totalidad de la herencia, mientras que los descendientes -independientemente de si son menores o discapacitados- no reciben nada[25]. Es cierto que los hijos del causante pueden impugnar la distribución hereditaria bajo la normativa de la *family provision*, pero la protección que reciben en dicha sede es limitada: incluso si consiguen probar que la distribución dispuesta por la ley es irracional o injusta en las circunstancias concretas del caso (cosa relativamente fácil en el caso de los hijos menores o discapacitados, pero extremadamente difícil en el caso de los hijos adultos), la parte de la herencia a la pueden acceder está limitada a lo mínimo necesario para cubrir sus necesidades vitalicias básicas. Esto se debe a que la *family provision* se calcula en base a un criterio de necesidad y no de legitimidad o merecimiento[26], por lo que la parte de la herencia que se le asigne al hijo corresponderá, en cualquier caso, a lo que el juez considere razonable para cubrir sus necesidades alimenticias[27].

Para entender por qué la sucesión intestada inglesa es tan favorable al cónyuge o pareja, hay que atender al contexto histórico en el que se originó. Recordemos que el nuevo esquema sucesorio diseñado a principios del siglo XX para la sucesión intestada surgió como respuesta a la demanda social de mejorar

---

la actualidad al pago del impuesto de sucesiones y el tipo de interés aplicable es el establecido por el Banco de Inglaterra el día del fallecimiento del causante.

24 Cuando no hay cónyuge o pareja sobreviviente, los hijos y descendientes reciben la totalidad de la herencia. De acuerdo con el art. 47.1(i) de la *Administration of Estates Act*, los hijos son llamados a partes iguales y, si uno de los hijos del causante le premuere, los hijos del premuerto (nietos del causante) heredan en representación de su padre o madre, en cuyo caso los nietos heredan por estirpes la porción que le hubiera correspondido a su progenitor. A falta de cónyuge o pareja y de hijos o descendientes, son llamados a heredar los parientes del difunto: primero el padre y la madre, a falta de estos, los hermanos y hermanas de doble vínculo y, después, los medio hermanos. En ausencia de los anteriores, suceden los abuelos por partes iguales y, a falta de estos, los tíos y tías de doble vínculo y, finalmente, los medio tíos y tías (art. 46.1 (iii)-(v) de la *Administration of Estates Act 1925*). A falta de cónyuge o *civil partner*, hijos o descendientes y parientes con derecho a heredar, la herencia se adjudica a la Corona en una sucesión denominada *bona vacantia*.

25 Law Commission (England and Wales), *Intestacy and Family Provision Claims on Death*, Informe Law Com No 331, 2011, párrafo 2.6. Ver también a este respecto, Kerridge, R.: "Intestacy reform in 2014: unfinished business", en *Current issues in Succession Law*, coord. por B. Häcker y C. Mitchell, Hart Publishing, Oxford, 2016, pp. 15-16.

26 Law Commission (England and Wales), *Intestacy and Family* (informe), cit., párrafo 1.19.

27 El Tribunal Supremo británico expuso con gran detalle en *Ilott v The Blue Cross and Others* [2017] UKSC, 17, el modo en el que los tribunales deben aplicar la normativa de la *family provision* para determinar si la distribución hereditaria fue irracional y, en caso de serlo, para calcular la cuantía de la prestación.

la posición de penuria económica en la que quedaban las mujeres en el siglo XIX cuando sus maridos morían intestados. El legislador inglés construyó entonces una sucesión legal que reconocía a la viuda el derecho a recibir una cantidad de dinero establecida por ley, que tenía prioridad sobre los derechos del, todavía entonces, heredero único[28]. La intención del legislador fue establecer una *statutory provision* lo suficientemente cuantiosa como para que, en la mayoría de los casos, la viuda pudiera adquirir la propiedad sobre la vivienda familiar, evitando así que, tras perder a su marido, perdiera también su hogar. Un siglo después, y tras numerosos aumentos de la *statutory provision* para mantener la dotación al mismo nivel que el precio medio de la vivienda en Inglaterra, el objetivo del legislador continúa siendo el mismo. Es más, en los pocos casos en los que el cónyuge o pareja no hereda la totalidad del patrimonio, la ley le ofrece otras vías que le facilitan la adquisición de la vivienda[29].

Sin duda, la preocupación del legislador por garantizar la titularidad de la vivienda al supérstite condiciona enormemente la normativa sucesoria. Es importante mencionar en este sentido, que, fuera del ámbito del Derecho sucesorio, el Derecho patrimonial inglés también ofrece una vía de protección al cónyuge o pareja supérstite. Dentro de los diferentes modos de ejercer la copropiedad sobre un bien -por ejemplo, la vivienda familiar- el Derecho inglés contempla la *beneficial joint ownership*, cuyas normas establecen que la muerte de uno de los copropietarios causa la extinción automática de su derecho, convirtiéndose el otro -el supérstite en nuestro caso- en titular absoluto del bien[30]. En estos casos, aparentemente mayoritarios, el cónyuge o pareja copropietario adquiere la vivienda de modo automático tras la muerte del causante, por lo que deja de ser necesario que reciba una *statutory legacy* tan elevada[31]. En su último informe sobre posibles reformas a la sucesión intestada, la *Law Commission* estudió la posibilidad de modificar la asignación del cónyuge o pareja supérstite para tomar en consideración si ejercía la copropiedad de la vivienda como *beneficial joint owner* con el causante. Finalmente, la Comisión concluyó que la aplicación de esta

28 Kerridge, R.: "Intestate succession", cit., p. 328.

29 Las opciones incluyen la adjudicación de la vivienda familiar al supérstite en pago de la *statutory legacy,* los objetos personales y la mitad del remanente (art. 41 de la *Administration of Estates Act* de 1925); la posibilidad de requerir que se le atribuya la vivienda que habita en el momento de la muerte del causante toda vez que ésta forme parte del remanente (art. 1(1) del Anexo II de la *Intestates' Estates Act 1952*) y; en ciertas circunstancias, la posibilidad de comprar la vivienda familiar antes de que la herencia sea repartida (art. 5(2) del Anexo II de la *Intestates' Estates Act 1952).* Ver también Sloan, B.: *Borkowski's*, cit., pp. 29-32; Kerridge, R.: *The Law*, cit., pp. 14-15.

30 Para más información sobre los modos de ejercer y registrar la propiedad, consultar la página del Gobierno británico, https://www.gov.uk/joint-property-ownership. Ver también, Kerridge, R.: *The Law*, cit., pp. 1-2.

31 En 2005, el Ministerio de Justicia británico llevó a cabo una consulta sobre la cantidad en la que debería fijarse la *statutory provision.* Ministerio de Justicia Británico, *Administration of Estates: Review of the Statutory Legacy*, Departamento de asuntos constitucionales, Documento de Consulta, CP 11/05, 2005. El informe, originalmente publicado en 2005, fue modificado en 2008. El Anexo III de la versión modificada muestra que el ochenta por cien de las personas que murieron intestadas en Inglaterra en el período de referencia de la consulta, compartían la propiedad de la vivienda familiar con su cónyuge o pareja en calidad de *beneficial joint tenants*.

variable introduciría demasiada complejidad en la sucesión legal y no lo recomendó, dejando así pasar la oportunidad de acometer una reforma que hubiera mejorado la expectativa sucesoria de los descendientes sin causar un perjuicio excesivo al supérstite[32].

3. Cónyuge *versus* descendientes: la apuesta del modelo inglés.

Ante un sistema tan sesgado a favor del cónyuge o pareja sobreviviente, es obligado preguntarse si la balanza se ha inclinado tanto a favor del supérstite, que ha terminado por desequilibrar el sistema sucesorio, dejando desprotegidos a otros familiares del causante y, en concreto, a los hijos y descendientes vulnerables. Mientras los derechos sucesorios del cónyuge están perfectamente definidos en la ley, los derechos de los descendientes quedan indeterminados, dependiendo primero de si concurren con el viudo o *civil partner* supérstite y, después, del tamaño de la herencia. Las claves para entender la apuesta de un modelo que no sólo protege, sino que, a menudo, sobreprotege al cónyuge o pareja, se encuentran en los informes sobre la normativa sucesoria realizados por la *Law Commission*.

La política sucesoria inglesa no es casual, ni es el resultado del paso de los años sin que el legislador haya atendido a la necesidad de reformar este ámbito del Derecho. Al contrario, en los últimos años, la *Law Commission* ha llevado a cabo numerosas consultas y ha publicado varios informes en los que somete la normativa sucesoria a un detallado examen. Los informes resultan extremadamente interesantes, no sólo por las reformas que recomendaron, sino también por las que no recomendaron.

En 1989 la *Law Commission* publicó el informe *Family Law: Distribution on Intestacy*[33]. Entre otras cosas, el documento analizó el fundamento de la sucesión intestada que describió como el intento del legislador de reproducir la voluntad presunta del testador medio. Para lograr este fin, la Comisión normalmente revisaba cientos de testamentos redactados en condiciones diversas por testadores diferentes[34]. Sin embargo, en esta ocasión, se realizaron también extensas encuestas, así como consultas a la profesión jurídica, para obtener una información más precisa sobre la opinión de la sociedad al respecto de quién debería beneficiarse en caso de que el causante muera sin otorgar testamento válido[35]. La opinión pública volvió a sondearse en el año 2009, en previsión de

32 Law Commission (England and Wales), *Intestacy and Family* (informe), cit., párrafo 2.47. La *Law Commission* mantuvo que sus consultas revelaban poco interés en vincular la cantidad de la *statutory legacy* a la titularidad de la vivienda.

33 Law Commission (England and Wales), *Family Law* (informe), cit.

34 Parlamento Británico, *Report of the Committee on the Law of Intestate Succession*, Comité Parlamentario, 1951, Cmnd. 8310, p. 3.

35 Law Commission (England and Wales), *Family Law* (consulta), cit. Tras considerar la metodología utilizada hasta entonces, la Comisión entendió que la intención presunta del testador medio raramente constituye

otro exhaustivo informe, *Intestacy and Family Provision Claims on Death*, publicado en 2011[36]. Los sondeos confirmaron que la mayoría de los consultados favorecían un sistema que beneficiara principalmente al cónyuge o pareja, especialmente si el causante no tenía hijos o descendientes, pero también en caso de que los tuviera, particularmente si eran hijos comunes[37]. Los niveles de apoyo al supérstite disminuían, sin embargo, cuando los hijos eran sólo del causante. Mientras en el supuesto de concurrencia con hijos comunes los niveles de apoyo a la opción de priorizar la protección del cónyuge o pareja oscilaban entre el setenta y el ochenta por cien, cuando el supuesto se refería al cónyuge o pareja de una segunda o ulterior relación que concurre a la herencia con hijos sólo del causante, menos de la mitad de los encuestados apoyó la opción de priorizar el interés del supérstite sobre el de los hijos, reduciéndose la cifra a menos del cuarenta por cien si los hijos era menores de edad[38]. Las consultas confirmaron dos cosas: el deseo de la sociedad inglesa de favorecer al cónyuge o pareja sobreviviente en la mayoría de los casos, así como el deseo de que los hijos y descendientes, particularmente si son menores o hijos sólo del causante, también reciban una protección adecuada en la sucesión de su progenitor. La *Law Commission* reflejó la primera conclusión en sus propuestas de reforma, pero ignoró -y continúa ignorando- la segunda.

La Comisión entiende que la normativa de la sucesión intestada debe cumplir dos objetivos: por un lado, debe resultar clara y sencilla de aplicar y, por otro lado, debe garantizar al supérstite un estatuto sucesorio adecuado[39]. La decisión de proteger, ante todo, al cónyuge o pareja supérstite, emana del convencimiento de

el enfoque adecuado para la sucesión intestada. El testador medio normalmente ha estado casado durante largo tiempo y tiene una idea bien formada de quién debe heredar su patrimonio, así como unas circunstancias propias que se reflejan en su testamento como, por ejemplo, las consideraciones fiscales. Con respecto a estas últimas, la Comisión observó que muchas disposiciones testamentarias, lejos de reflejar la voluntad del testador, simplemente muestran cómo ha ordenado sus bienes para obtener la mayor ventaja fiscal y evitar pagar impuestos sucesorios. Por lo tanto, los testamentos pueden ser indicativos de la voluntad del testador medio, pero no sirven como base única ni principal de la normativa sobre sucesión legítima.

36 Law Commission (England and Wales), *Intestacy and Family Provision Claims on Death*, Documento de consulta Law Com CP 191, 2009.

37 El 83% de los encuestados opinaron que la herencia debería atribuirse en su totalidad al cónyuge o *civil partner*, si concurría con cualquier pariente excepto hijos o descendientes. En caso de concurrir con hijos comunes mayores de edad, el 51% de los encuestados atribuiría toda la herencia al supérstite y el 29% favorecería al supérstite, pero asignando algo también a los hijos o descendientes. Si los hijos comunes fueran menores de edad, el 50% atribuiría toda la herencia al supérstite, mientras el 26% favorecería al supérstite, pero asignaría algo también a los hijos o descendientes. La preferencia por proteger al cónyuge o pareja sobre los descendientes comunes resultó, por lo tanto, clara. Douglas, G., Woodward, H., Humphrey, A., Mills, L. y Morrell, G.: *Inheritance and the Family: Attitudes to Will-Making and Intestacy*, National Centre for Social Research, 2010, sección 4.1; Law Commission (England and Wales), *Intestacy and the Family* (informe), cit., párrafos 2.15-2.78.

38 El nivel de apoyo a la opción de atribuir la totalidad de la herencia al supérstite en el caso de las familias reconstituidas (denominadas en el informe de la Comisión "familias no tradicionales") fue del 15% en el supuesto de concurrir con hijos adultos y del 11% con hijos menores. El 31% de los encuestados se mostró favorable a priorizar al supérstite, aunque asignando parte de la herencia a los hijos adultos, mientras que, si los hijos eran menores, sólo el 27% favorecería al supérstite. Douglas, G., Woodward, H., Humphrey, A., Mills, L. y Morrell, G.: *Inheritance and the Family,* cit., sección 4.5; Law Commission (England and Wales), *Intestacy and Family* (informe), cit., párrafos 2.79-2.82.

39 Law Commission (England and Wales), *Family Law* (consulta), cit., párrafos 25 y 26.

que éste es, en la mayoría de los casos, la persona más vulnerable que concurre a la sucesión y, como tal, la más necesitada de protección[40]. Entre el supérstite - una mujer de edad avanzada cuyos ingresos provienen de sus ahorros o de su pensión- y los hijos del causante -generalmente adultos de mediana edad, con recursos económicos suficientes para subsistir sin necesidad de recurrir al patrimonio del causante- el legislador opta por proteger a la primera. Esta decisión, reforzada por la opinión mayoritariamente favorable al supérstite que reflejaron las consultas realizadas en 1989 y 2009, apuntala la política sucesoria inglesa y condiciona absolutamente las normas de su sucesión intestada. De hecho, el legislador se apoya en la voluntad expresada por la sociedad, para diseñar una sucesión intestada que, a menudo, sólo protege al supérstite, al tiempo que ignora el otro deseo, también expresado por la sociedad, de atender al interés de los descendientes vulnerables. Tanto es así que, en 1989, la *Law Commission* recomendó que la totalidad del caudal hereditario fuera atribuido al supérstite en todos los casos, sin matices y sin ajustes. La recomendación no fue aceptada por el Parlamento, precisamente porque no atendía a la situación de los descendientes[41], pero las reformas que eventualmente se introdujeron en la normativa vigente han acabado teniendo un efecto muy parecido a aquella propuesta de "todo para el cónyuge o pareja en todos los casos".

Ante las críticas que señalan que el sistema actual no refleja la "voluntad presunta" del testador medio porque no prevé una distribución hereditaria adecuada para los hijos y descendientes, la Comisión se ampara en la teoría de la conducción. Es decir, la idea de que los hijos -particularmente los hijos menores o discapacitados- están mejor protegidos cuanto mayor sea la provisión para el supérstite, quien "generalmente se hace cargo de su manutención"[42]. La *conduit theory* sostiene que el cónyuge o pareja sobreviviente actúa como conducto de los bienes del causante, que pasan del finado al supérstite y, tras la muerte de éste, del supérstite a los hijos o descendientes[43]. De acuerdo con esta teoría, no se les niegan los derechos sucesorios a los hijos, sino que simplemente se posponen[44]. Esta afirmación puede ser acertada en los casos de hijos comunes (y, aun así, no siempre), pero es habitual que no se cumpla cuando los hijos del causante no lo son también del cónyuge o pareja supérstite[45]. Es más, incluso cuando los hijos del

40 Law Commission (England and Wales), *Family Law* (consulta), cit., párrafo 4.5.

41 El Parlamento británico no se atrevió a adoptar una medida cuya consecuencia directa era privar a los hijos de derechos sucesorios siempre que el cónyuge o pareja sobreviviera al causante. En este sentido, Cretney, S.: "Intestacy reforms", cit., p. 51; Burns, F.: "The changing patterns", cit., pp. 487-488; Kerridge, R.: "Intestacy reform", cit., pp. 4-8; O'sullivan, K.: "Distribution of intestate estates in non-traditional families. A way forward?", *Common Law World Review*, vol. 46, núm. 1, pp. 21-41.

42 Law Commission (England and Wales), *Family Law* (informe), cit., párrafo 37.

43 En relación a la teoría de la conducción de bienes de padres a hijos, ver Kerridge, R.: "Intestate succession", cit., pp. 337-338; o'sullivan, K.: "Distribution of intestate", cit., pp. 25-27.

44 O'sullivan, K.: "Distribution of intestate", cit., p. 26.

45 En relación a esta cuestión, la consulta llevada a cabo en 2009 mostró que, entre las familias reconstituidas, el 36% de los encuestados que habían hecho testamento convivían con los hijos de su pareja, pero solo el

causante lo son también del supérstite, la normativa actual les deja desprotegidos en el caso de que el supérstite se vuelva a casar o forme una pareja civil y muera intestado[46]. Sin embargo, no se ha propuesto ninguna reforma que ofrezca una solución a este problema, sino que, al contrario, con cada reforma el legislador inglés incrementa la protección sucesoria del cónyuge o pareja -a costa de los descendientes- manteniéndose fiel a sus dos objetivos: proteger al supérstite vulnerable y no introducir reformas que compliquen o encarezcan la aplicación del sistema sucesorio.

Sin embargo, la sociedad inglesa es clara en su deseo de que los hijos reciban *mortis causa* parte del patrimonio de sus progenitores. La propia *Law Commission* reconoció que "parece existir un fuerte apego a la idea de que la propiedad debe ser transferida por línea recta descendente a los hijos, nietos, etc.'"[47]. La legislación, sin embargo, no refleja esta demanda social y, como venimos señalando, los descendientes que concurren a la herencia con el supérstite, raramente acceden a sus derechos sucesorios. Es cierto que, como ya se ha apuntado, los hijos pueden impugnar la distribución bajo la *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975*, pero ya vimos que sus posibilidades de éxito son escasas y la cuantía a la que pueden acceder limitada, mientras que el costo económico y emocional de interponer una acción judicial que inevitablemente perjudicará a un familiar es extremadamente alto[48]. Como única opción para los hijos, por lo tanto, la jurisdicción de la *family provision* parece profundamente insatisfactoria.

Desde el punto de vista del cónyuge o pareja, sin embargo, la sucesión legal inglesa ofrece una respuesta ajustada a la situación a la que se enfrenta el supérstite del siglo XXI. Como destinataria de todo -o casi todo- el patrimonio hereditario, la supérstite anciana se enfrenta a la etapa posterior a la muerte de su compañero con la tranquilidad de que, al menos, su situación económica se mantendrá inalterada y podrá utilizar el caudal relicto para contribuir a los gastos residenciales y médicos que tenga que afrontar en una sociedad en la que es ya habitual externalizar el cuidado de los mayores y en la que la sanidad pública está cada vez más privatizada.

3% les había incluido en su testamento. Douglas, G., Woodward, H., Humphrey, A., Mills, L. y Morrell, G.: *Inheritance and the Family*, cit., sección 3.2. Un análisis de los resultados del estudio puede encontrarse en Douglas, G., Woodward, H., Humphrey, A., Mills, L. y Morrell, G.: "Enduring love? Attitudes to family and inheritance in England and Wales", *Journal of Law and Society*, vol. 38, núm. 2, 2011 (para la referencia a los hijos de la pareja del causante, ver p. 268).

46 Cooke, E.: "The law of succession: doing the best we can", en *Fifty years in family law. Essays for Stephen Cretney*, (coord. por R. Probert y C. Barton), Intersentia Publishing Ltd., Cambridge, 2012, pp. 133-146; Kerridge, R.: "Intestacy reform", cit., pp. 1-29.

47 Law Commission (England and Wales), *Intestacy and Family* (consulta), cit., párrafo 3.50.

48 Kerridge, R.: "Libertad de testar", cit., p. 251, ofrece el ejemplo de una reclamación bajo la normativa de la *family provision* en el que el valor del patrimonio relicto se tasó en siete millones de libras y los costos judiciales ascendieron a dos millones.

III. EL SUPÉRSTITE EN LA SUCESIÓN LEGAL DEL SISTEMA DEL CÓDIGO CIVIL Y EL DERECHO CIVIL VASCO.

1. El supérstite en la sucesión legal del Código civil.

En el polo opuesto a la viuda inglesa encontramos a la viuda del sistema del Código civil. El siglo XX trazó caminos muy diferentes para estas mujeres: mientras para la viuda inglesa el siglo pasado supuso el comienzo de una pronunciada y sostenida mejora en su estatuto sucesorio, la viuda del Código civil de 1889 vio sus derechos sucesorios notablemente mejorados con la aprobación de aquella ley, pero su estatuto se ha mantenido prácticamente inalterado desde entonces y dista mucho de alcanzar el régimen preferente del que goza su homónimo inglés.

La transformación social experimentada por la familia en España, así como los modelos de convivencia, vínculos y estructuración de las relaciones paterno-filiales que hoy se reconocen jurídicamente, hubieran sido impensables en 1889. A pesar de esto, exceptuando reformas puntuales, el Código civil continúa aplicando esencialmente el mismo sistema de Derecho sucesorio que concibió el legislador para ordenar la transmisión patrimonial *mortis causa* de la sociedad decimonónica[49]. La mayoría de los ordenamientos de nuestro entorno, conscientes de los profundos cambios sociales que han afectado al patrimonio y a la familia, han introducido reformas dirigidas a reconocer la importancia del cónyuge tanto en los afectos del finado, como en la generación del patrimonio hereditario del matrimonio. El Derecho inglés es un claro ejemplo de este reposicionamiento del supérstite en la sucesión del causante, pero la misma tendencia a favorecer al cónyuge y, cada vez más, a la pareja estable, se constata también en ordenamientos más cercanos al nuestro como son el francés o el italiano, así como en los Derechos autonómicos[50]. Sin embargo, el Código civil español se ha mantenido al margen de esta corriente reformista.

49 Torres García, T.: "Legítima, legitimarios y libertad de testar (síntesis de un sistema)", en *Derecho de Sucesiones, Presente y futuro. XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Universidad de Murcia, 2006, p. 174, refiriéndose a estas reformas las califica de "erráticas". En el mismo sentido, Galicia Aizpurua, G.: "Una propuesta doctrinal de reforma del régimen sucesorio del Código civil español", *Iura Vasconiae,* núm. 17, 2020, p. 318, observa respecto al sistema sucesorio del Código civil que, "cabe aseverar, sin temor a faltar a la verdad, que su sistema y rasgos definitorios no han cambiado en líneas generales". Asimismo, Rebolledo Varela, A. L.: "La actualización del Derecho sucesorio español ante los cambios sociológicos y jurídicos de la familia: conclusiones de una investigación", en *La familia en el Derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, (coord. por A. L. Rebolledo Varela), Dykinson, Madrid, 2010, p. 25, señala que "la estructura básica del modelo familiar a que responde el derecho de sucesiones en el Código civil es esencialmente el mismo que el de 1889. Se puede decir que la familia se estructura exclusivamente en base al parentesco derivado de la filiación (ahora sin distinción entre legítima e ilegítima en el concepto de 1889) y del vínculo matrimonial (ahora no reducido al matrimonio canónico con un matrimonio civil residual), sin contemplarse la posibilidad de otras formas alternativas de convivencia. Por otra parte, la construcción esencial del derecho de sucesiones, con algunos matices, se sigue sustentando en la preexistencia al fallecimiento de un único matrimonio…".

50 Un análisis de la tendencia a mejorar la posición del cónyuge viudo en los derechos extranjeros de nuestro entorno, con particular referencia a Francia, puede encontrarse en Martínez Martínez, M.: *La sucesión intestada: revisión de la institución y propuesta de reforma*, BOE, Madrid, 2016, pp. 299-308; ver también

En el esquema sucesorio del Código civil los protagonistas indiscutibles son los hijos y descendientes, que desplazan al cónyuge en un esquema sucesorio que, como decíamos, aún evoca las estructuras familiares del siglo XIX[51]. A pesar de que también en este ordenamiento la sucesión legal se basa en un orden de llamamientos construido sobre la presunción del destino *post mortem* que el causante medio hubiera dado a su patrimonio si hubiera manifestado su voluntad, la posición que ocupa el cónyuge y, más aún -por su ausencia- la pareja estable, resulta, como poco, llamativa[52]. El orden de llamamientos legales del Código civil coloca al cónyuge supérstite que no esté separado legalmente o de hecho, en tercera posición, después de todos los descendientes del causante y de todos los ascendientes (arts. 943, 944 y 945 CC). En agudo contraste con el Derecho inglés, la posición prioritaria en la sucesión intestada del causante la ocupan sus descendientes, llamándose primero a los hijos y, en su defecto, a los nietos, bisnietos, etcétera (art. 930 CC). Como apunta la doctrina, ningún ordenamiento de nuestro entorno contempla una posición tan poco ventajosa para el cónyuge viudo[53].

Es cierto, sin embargo, que, en caso de concurrir a la sucesión con descendientes o ascendientes, el cónyuge no queda totalmente desprotegido, ya que tiene siempre garantizado el derecho a la legítima (el usufructo del tercio de mejora si concurre con descendientes y de la mitad del caudal si concurre con ascendientes). Eso sí, la legítima vidual, garantía del bienestar y subsistencia del cónyuge tras la muerte de su consorte, no se le otorga en propiedad como al resto de legitimarios, sino en usufructo[54]. Es decir, en caso de que los descendientes o ascendientes sean

---

Pereña Vicente, M.: "La obsolescencia no programada de los derechos sucesorios del cónyuge viudo en el Código civil español", *La Ley Derecho de Familia*, núm. 22, 2019, pp. 6-8.

51 Fernández Campos, J. A.: "La inacabada reforma de la legítima del cónyuge viudo" en *La familia en el Derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, (coord. por A. L. Rebolledo Varela), Dykinson, Madrid, 2010, p. 283, señala que "la nueva realidad social española refleja una estructura familiar bien distinta de la que constituyó la referencia del legislador del Código civil en el siglo XIX. La regulación que en materia de Derecho de sucesiones se contiene en nuestro cuerpo legal civil responde a aquel modelo de familia extensa y patriarcal que explica el sentido de muchas instituciones sucesorias y que, por consiguiente, no se adapta bien a los nuevos modelos de familia que van apareciendo en la sociedad actual. Particularmente, (…) ha cambiado mucho la configuración actual del matrimonio y, en cambio, los derechos sucesorios que se atribuyen al cónyuge supérstite siguen siendo, básicamente, los mismos que en décadas pretéritas".

52 Para un análisis de las diferentes teorías sobre el fundamento filosófico-jurídico de la sucesión legal, ver Pérez Escolar, M.: *El cónyuge supérstite*, cit., pp. 59 y ss.

53 Martínez Martínez, M.: *La sucesión intestada*, cit., pp. 295-308, tras analizar la posición del supérstite en los Derechos autonómicos y en algunos Derechos extranjeros, afirma que "el Cc. Español constituye el único ordenamiento de nuestro entorno europeo que no reconoce derechos abintestato al cónyuge en concurrencia con descendientes (herederos de primer orden en la práctica totalidad de los ordenamientos mencionados) y es también el único que llama a todos los ascendientes (distintos del padre o madre del causante) con preferencia al cónyuge. Carece de parangón en los principales ordenamientos jurídicos europeos" (pp. 307-308).

54 Es cierto que la solución usufructuaria debe de entenderse en el contexto histórico-jurídico en el que se diseñó, esto es, para una sociedad decimonónica en la que la riqueza provenía del patrimonio familiar y conservarla en la familia era una prioridad. Recordemos también la influencia ejercida por la necesidad de aunar las diferentes tradiciones del Derecho de Castilla y los Derechos forales. En este sentido, ver Rubio Garrido, T.: "Problemas actuales en materia de protección cualitativa y cuantitativa de la legítima",

llamados como herederos universales a la sucesión intestada del causante, el único derecho sucesorio que recibe su cónyuge es un derecho limitado al uso y disfrute de parte de la herencia. En mi opinión, la solución usufructuaria es inadecuada como garantía de la protección sucesoria del supérstite, ya que no da acceso a los recursos que va a necesitar en el contexto social al que venimos haciendo referencia[55]. La viuda del siglo XXI no es la viuda, generalmente joven, del Código decimonónico y la cobertura sucesoria que necesita no es el uso y disfrute de ciertos bienes -aun incluyendo la vivienda- sino un derecho en propiedad que le permita capitalizar los bienes hereditarios para acceder a los recursos líquidos que necesite para financiar sus necesidades, dentro o fuera de la vivienda familiar.

Es fácil concluir, por lo tanto, que la posición que el Código civil reserva para el cónyuge en la sucesión intestada de su pareja no refleja el lugar que éste ocupa en la familia del causante[56]. Hace tiempo que los notarios constatan el deseo mayoritario de los causantes de favorecer a su consorte más allá de lo que la normativa actual permite, lo que hace suponer que, a los ojos de la sociedad, el cónyuge alcanza en el orden sucesorio una posición de preeminencia incluso frente a los hijos[57]. Por consiguiente, si el fundamento de la sucesión *ab intestato* es reproducir la voluntad presunta del causante medio, es obvio que existe un desfase entre dicha voluntad y la normativa actual que es necesario acompasar reforzando la participación del cónyuge viudo en la sucesión legal de su consorte[58].

---

en *Las legítimas y la libertad de testar, Perfiles críticos y comparados,* (dir. por F. Capilla Roncero, M. Espejo Lerdo de Tejada y F.J. Aranguren Urriza), Thomson Reuters Aranzadi, 2019, pp. 146-147. El autor se refiere a la legítima usufructuaria como "esa extraña transacción que se hizo con los Derechos forales u otros territoriales distintos del común o de Castilla, para, a la postre, no unificar nada" y señala que en la sociedad actual la solución usufructuaria carece de sentido y ofrece argumentos para concluir que la legítima vidual se debería de concretar en bienes en propiedad olvidándonos "del dichoso usufructo vidual que a los que aplicamos el Derecho civil común tanto no atormenta".

55 Con respecto a las limitaciones de la solución usufructuaria en el Derecho catalán, pero extrapolable al usufructo vidual del Código civil, se expresa también Vaquer Aloy, A.: "Reflexions escoceses", cit., pp. 92-93.

56 El legislador de 1981 ya reconocía en la Exposición de Motivos de la Ley 11/1981 de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, que "el matrimonio ordinariamente establece entre las personas un vínculo más fuerte que el de sangre y, a su vez, (…) en la sociedad moderna prima la familia nuclear sobre la troncal". En este sentido también, Vaquer Aloy, A.: "Reflexiones sobre", cit., p. 16.

57 Rebolledo Varela, A. L.: "La actualización del Derecho", cit., p. 28, describiendo los resultados de una encuesta realizada entre notarios, apunta que el primado conyugal va sustituyendo el primado de los hijos, "que ya no son obligatorios ni imprescindibles" poniéndose el acento en la relación afectiva que une a los cónyuges. El autor añade que "…es claramente mayoritaria (93%), pero no unánime (…), la opinión de que cabe apreciar en los testadores la existencia de un deseo de favorecer económicamente al cónyuge viudo más allá de lo que permiten las normas que protegen las legítimas de los descendientes o ascendientes" (p. 32).

58 Fernández Campos, J. A.: "La inacabada reforma", cit., p. 291; Jiménez Liébana, D.: "La mejora de la posición del cónyuge viudo en la sucesión intestada del Código Civil", en *Estudios de derecho de sucesiones. Liber Amicorum.* (dir. por T. F. Torres García, A. Domínguez Luelmo y M.P. García Rubio), La Ley, Las Rozas, 2014, pp. 722-723 apunta, refiriéndose a la voluntad de los testadores, que, "en la realidad social es apreciable el deseo, de acuerdo con lo que se ha venido en llamar 'cultura del envejecimiento' -y una vez cumplidos esos deberes con respecto a los hijos de haberles proporcionado los medios en vida para su autonomía económica y no tengan que depender de la herencia- de mantener el mismo nivel o calidad de vida hasta la muerte (…). No otra cosa se aprecia -y esto sí es de verdad presunción de la voluntad a tener en cuenta

2. El supérstite en la sucesión legal del Derecho civil vasco.

En el caso del Derecho vasco, la viuda y -como en el Derecho inglés, tambíen aquí el miembro sobreviviente de una pareja registrada[59]- recibe un trato sucesorio bastante mejor, aunque sin llegar a la situación, prácticamente inmejorable, del supérstite inglés.

Al igual que en los otros dos ordenamientos, la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco ha diseñado una sucesión legal para el causante de vecindad vasca, basada en su relación de parentesco con ciertos familiares (art. 112 LDCV). No podemos olvidar, sin embargo, que la ley vasca también contempla un régimen especial para el causante vizcaíno, que se configura alrededor de la institución de la troncalidad y que atiende, por lo tanto, no sólo a la relación de parentesco, sino también a la proveniencia de los bienes que, al ser troncales, deben de quedar siempre vinculados a la familia de la que proceden (art. 111 LDCV). La posición del supérstite en el orden de llamamientos legítimos varía, por lo tanto, en función del régimen que resulte aplicable[60]. Atendiendo al régimen general, la ley 5/2015 supuso una mejora importantísima de la posición del cónyuge o pareja en la sucesión intestada, a la que le llama en segundo lugar, inmediatamente después de los descendientes del causante y, por lo tanto, antes que los ascendientes (art. 112 LDCV). Es decir, a falta de descendientes, el cónyuge o pareja superviviente es llamado a la totalidad de la herencia, en calidad de heredero universal (art. 114.1 LDCV). Si concurre con descendientes, el supérstite no es llamado como heredero legal, pero conserva su derecho legitimario al usufructo de la mitad de la herencia, así como el novedoso derecho de habitación en la vivienda familiar introducido por la ley 5/2015.

Por lo que respecta a la legítima vidual, aunque más generosa que la contemplada en el Código civil, su naturaleza usufructuaria limita su utilidad por

por el legislador y no elucubraciones sobre ella en momentos históricos pasados-, en la gran mayoría de disposiciones testamentarias atribuyendo el usufructo de todos los bienes de la herencia al cónyuge".

59 Disposición Adicional 2ª de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco.

60 En efecto, como señala Galicia Aizpurua, G.: "Delación hereditaria y sucesión legal en el País Vasco", en *Manual de Derecho civil vasco*, (dir. por J. Gil Rodríguez), Atelier, Barcelona, 2016, p. 307, la incidencia del principio de la troncalidad en la organización de la sucesión intestada del causante vizcaíno, hace que sea necesario distinguir dentro del patrimonio hereditario diversas masas de bienes: "una compuesta por los muebles e inmuebles a los que no sea posible imputar ningún origen familiar, que se deferirá conforme al régimen general; y otra u otras integradas por los raíces troncales, en las que necesariamente habrán de suceder los parientes tronqueros.". El orden de la sucesión legal de los bienes troncales no incluye al cónyuge o pareja (arts. 66 y 111 LDCV), salvo que ostente la cualidad de pariente tronquero respecto del bien en cuestión. Sin embargo, el supérstite no queda totalmente desprotegido en este supuesto, ya que el propio art. 111.1 LDCV expresamente le reconoce sus derechos legitimarios (tanto el usufructo legitimario como el derecho de habitación), matizando que primero recaerán sobre los bienes no troncales, pero que, si estos no existieran o no fueran suficientes, serán satisfechos con bienes troncales. Atendiendo a los profundos cambios experimentados por las dos instituciones sobre las que se fundamenta la troncalidad, el patrimonio y la familia, sería conveniente que, en una posible futura reforma de la institución troncal, se atendiese al desfase que existe entre el lugar central que ocupa el supérstite en la familia moderna, y el trato que recibe en la ley como pariente no tronquero.

las mismas razones que se señalaban en relación a aquélla. En cuanto al nuevo derecho de habitación contemplado en el art. 54 LDCV, parece que se le adjudica al cónyuge o pareja *además* del usufructo legitimario, como una suerte de plus o añadido[61]. Este derecho es la respuesta del legislador vasco a la preocupación compartida por la mayoría de los ordenamientos jurídicos -lo veíamos en la sección relativa al Derecho inglés- por garantizar que la persona que pierde a su pareja, no pierda al mismo tiempo el uso de la vivienda familiar. En efecto, la propuesta del ordenamiento vasco consiste en garantizar que el supérstite pueda continuar usando la vivienda en la que se dio la convivencia matrimonial o *more uxorio*, independientemente de si dicha vivienda es un bien ganancial o privativo del causante[62] o incluso si se trata de un bien troncal[63].

A pesar de la indudable mejora que el nuevo derecho de habitación supone para el cónyuge o pareja, no podemos perder de vista que lo que se garantiza es un derecho "menor" de goce del inmueble ajeno, que sólo confiere la facultad de ocupar la vivienda de acuerdo con las necesidades de alojamiento del titular. El supérstite podrá, por lo tanto, ocupar la vivienda familiar en la medida que le resulte necesario, pero no podrá excluir el uso del propietario. Sin cuestionar su utilidad, sí creo que debemos examinar si la protección que otorga este derecho llega un poco tarde y se queda un poco corta. Y es que, como venimos insistiendo, las necesidades del supérstite actual (y, posiblemente, más aún las del supérstite futuro), no siempre se verán adecuadamente colmadas con un derecho a permanecer en la vivienda familiar. La tendencia a delegar el cuidado de nuestros mayores a instituciones externas a la familia y la cada vez mayor privatización de la salud pública, nos lleva, a velocidades vertiginosas, hacia una situación en la que, más que un derecho a permanecer en la vivienda familiar, lo que el supérstite

61 Galicia Aizpurua, G.: "En torno a la revisión de las legítimas: casos vasco y estatal", *InDret*, núm. 4, 2017, p. 14; también en esta línea, Gil Rodríguez, J.: "La posición del viudo y del conviviente supérstite, en *Manual de Derecho civil vasco,* (dir. por J. Gil Rodríguez), Atelier, Barcelona, 2016, p. 281.

62 Gil Rodríguez, J., "La posición del viudo", cit., p. 281. En este sentido, el derecho de habitación de la LDCV es más amplio que el derecho de atribución preferente reconocido al cónyuge viudo en sede de régimen económico matrimonial en el art. 1407 CC, que se limita a la liquidación de la sociedad de gananciales. Igualmente, como señala Fernández de Bilbao, J.: "El derecho de habitación del viudo en la ley de Derecho civil vasco", *Boletín Jado de la Academia Vasca de Derecho = Zuzenbidearen Euskal Akademiaren Jado aldizkaria*, núm. 27, enero-diciembre 2015-2016, p. 478, el derecho de habitación del art. 54 LDCV, al ser de naturaleza sucesoria, supera al previsto en el art. 1407 CC, "que, en Derecho común, permite optar al viudo atribuyéndose a éste la vivienda ganancial a título de derecho de habitación, lo que sin duda aumenta su participación en otros bienes ajenos objeto de adjudicación".

63 La LDCV guarda silencio acerca de si el derecho de habitación puede o no gravitar sobre una vivienda familiar que ostente naturaleza troncal, pero tal y como señala Galicia Aizpurua, G.: "La nueva legítima vasca (Ley 5/2015, de 25 de junio de 2015) de Derecho civil vasco", *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5, 2016, p. 106, la respuesta debe ser afirmativa, habida cuenta lo dispuesto en el art. 70.5 LDCV ("la legítima del cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho se pagará con bienes no troncales, y solamente cuando éstos no existan, podrá acudirse a los troncales en la cuantía que sea necesaria"). Respecto a la conmutabilidad del derecho de habitación que recaiga sobre la vivienda familiar de carácter troncal, a diferencia del criterio general de no conmutabilidad de este derecho, parece que será de aplicación la facultad otorgada a los parientes tronqueros en el art. 70.6 LDCV para conmutar el derecho del viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho. Recordemos, sin embargo, que esta facultad quedará excluida cuando el causante haya dejado al supérstite el usufructo universal del caudal, ya que este derecho no es conmutable.

necesita son activos líquidos que le permitan hacer frente a los gastos derivados de los cuidados que, casi con toda probabilidad, necesitará en su vejez. En este sentido, tal vez hubiera sido recomendable que el derecho de habitación del art. 54 LDCV hubiera sido conmutable, no a instancias de los sujetos a los que grava, pero sí a petición del supérstite, en el supuesto de que sus necesidades vitales se vean mejor satisfechas por otros medios.

IV. REFLEXIONES FINALES.

Los principales rasgos que caracterizan la sucesión legal en los diferentes ordenamientos analizados muestran notables similitudes. Los tres ordenamientos plantean esta sucesión como respuesta a un deber social del causante hacia la familia después de la muerte y la configuran como un intento de reproducir la voluntad presunta del causante medio. A excepción, como apuntábamos, de la troncalidad vizcaína, todos responden a un sistema personal de llamamientos basado en la existencia de un vínculo de parentesco o matrimonial (cuasi-matrimonial en el caso de las parejas registradas) entre el causante y el llamado a la herencia. En este sentido, los tres ordenamientos formulan la sucesión legal en base al mismo concepto tradicional de la familia y lo que cambia -crucialmente- es el orden en el que sus miembros son llamados a participar en la herencia del causante. Este orden de llamamientos refleja el intento del legislador de reproducir la voluntad del causante medio que, como hemos visto, es también bastante similar en las tres sociedades de referencia, a saber, favorecer principalmente al cónyuge o pareja estable y a los hijos o descendientes del causante. La dificultad surge a la hora de determinar cómo distribuir el patrimonio del causante entre estas categorías de herederos.

Como hemos visto, la respuesta de los distintos legisladores ante un panorama similar, es fundamentalmente diferente. En la sucesión legal inglesa el cónyuge o pareja es el primer llamado a la herencia del causante, mientras que los hijos y descendientes sólo son llamados si aún queda remanente en el caudal tras satisfacer los derechos del supérstite. Por el contrario, el Código civil llama al cónyuge -que no al conviviente de hecho- tras todos los descendientes y ascendientes, mientras el Derecho vasco llama al cónyuge o a la pareja registrada en segundo lugar, después de los descendientes, pero antes que los ascendientes. Estas diferencias no se deben sólo a un intento de reflejar lo que el causante hubiera querido en cada caso, sino que responden también a otros factores de política legislativa que informan las decisiones de los legisladores. A lo largo de este artículo se ha hecho especial hincapié en uno de estos factores, la edad media del supérstite, por considerarlo determinante para identificar el interés más necesitado de protección, si no siempre, si en la mayoría de las sucesiones.

En efecto, el hecho indiscutible de que el supérstite "tipo" es una mujer de más de ochenta años, con un nivel de dependencia que va a ir en aumento y cuyo coste deberá financiar con su patrimonio o, si este no es suficiente, con las ayudas públicas que reciba, es un dato que los legisladores no pueden -o, al menos, no deberían- ignorar. En este sentido, considero que el ordenamiento inglés acierta en su empeño por garantizar al cónyuge o pareja sobreviviente la propiedad sobre la mayoría, si no todo, el patrimonio hereditario de su pareja. Esta atribución le garantiza la permanencia en la vivienda familiar si esa es la mejor forma de atender a sus necesidades, pero también le ofrece la posibilidad de vender la vivienda u otros bienes hereditarios, si su situación resulta mejor atendida en una vivienda distinta -tal vez más pequeña o en otra localidad- o incluso fuera del hogar familiar. Por lo tanto, a pesar de las muchas y muy justificadas críticas al trato que reciben los descendientes en el sistema sucesorio inglés, es improbable que el legislador introduzca cambios que reduzcan la atribución hereditaria del supérstite, no sólo porque, en la mayoría de los casos, es la persona más vulnerable que concurre a la sucesión, sino también porque si no puede financiar su vejez con su patrimonio (propio o heredado), este gasto deberá cubrirse con fondos públicos.

Al hilo de lo anterior, tanto el Código civil como -aunque en menor medida- el Derecho vasco, deberían ajustar sus esquemas sucesorios para reflejar el lugar destacado que el supérstite ocupa en los nuevos modelos de familia, garantizándole un estatuto sucesorio que atienda a las circunstancias vitales a las que venimos haciendo referencia. Dicho esto, cualquier reforma que se proponga debe ajustarse a la tradición jurídica del sistema sucesorio que se quiere modificar. En consecuencia, aunque la solución del modelo inglés ofrece un alto nivel de protección al supérstite, una normativa que excluye a los descendientes de manera indiscriminada en la práctica totalidad de los casos, no sería aceptada por las sociedades reguladas por el Código civil y el Derecho vasco. Los hijos del causante, particularmente si son menores o discapacitados, también deben recibir una protección adecuada en la sucesión de su progenitor. En este sentido, la propuesta del legislador vasco de llamar al cónyuge o pareja en segundo lugar, al tiempo que le reserva la legítima usufructuaria y un derecho de habitación en la vivienda familiar en caso de concurrir con descendientes, aunque menos ambiciosa que la solución inglesa, tiene mejor encaje en la sociedad vasca actual que, aunque reclama un sistema sucesorio que proteja al cónyuge o pareja superviviente, no entendería un sistema que excluye a los hijos -particularmente a los hijos vulnerables- de la herencia de sus progenitores.

Una solución que sí podría encajar, particularmente en el Derecho vasco en el que el supérstite ya es llamado por delante de los ascendientes, sería reubicar al cónyuge o pareja en el primer orden de llamamientos, pero no por delante de los hijos y descendientes como en el modelo inglés, sino junto con ellos.

Partiendo de la idea planteada por el legislador inglés de utilizar al supérstite como conducto de los bienes del causante, esta propuesta requeriría formular la sucesión de manera que no se excluya a los descendientes, sino que se posponga su llamamiento hasta después de la muerte del supérstite. En este sentido resulta interesante la sugerencia de VAQUER ALOY de estructurar el llamamiento por medio de un fideicomiso de residuo legal, de modo que el patrimonio pase primero al cónyuge o pareja supérstite (fiduciario legal) y, tras su muerte, a los descendientes (fideicomisarios legales)[64]. La figura tendría que plantearse como un fideicomiso de residuo *eo quod supererit*, con facultad de disponer *inter vivos*, a título oneroso en caso de necesidad, libremente apreciable por el supértite y sin necesidad de justificar. Esta solución cumple el objetivo de atender a las necesidades del cónyuge o pareja, sin excluir totalmente a los hijos y descendientes. Sin embargo, presenta la dificultad de diseñar el fideicomiso de modo que la expectativa sucesoria de los hijos y descendientes -siquiera la de los vulnerables- sea real y no devenga puramente simbólica como ocurre en el sistema inglés.

En cualquier caso, tal vez no sea tan disparatado plantear la posibilidad de una reforma más radical, que anteponga al cónyuge o pareja a los hijos y descendientes en la sucesión legal del causante. Al fin y al cabo, no olvidemos que cada vez es más común que los progenitores transmitan su patrimonio a los hijos durante su vida, ya sea financiado su educación, contribuyendo a la compra de su primera vivienda, cuidando a los nietos, etc.[65].

A la vista de este cambio de paradigma, tal vez ha llegado el momento de plantearnos si los hijos -al menos los hijos adultos- aún deben de ocupar un lugar preferente en la sucesión legal del causante. A mi parecer, existen argumentos de peso que aconsejan invertir la posición del supérstite y de los hijos adultos en la sucesión intestada que, recordemos, es supletoria y sólo entra en juego a falta de la voluntad del causante. Atendiendo a las circunstancias familiares a las que venimos haciendo referencia -una supérstite anciana y unos hijos que en el momento de la muerte del causante tienen entre cuarenta y cincuenta años- no parece inconcebible asumir que la voluntad del causante medio sea favorecer a su pareja por encima de sus hijos y descendientes.

64 VAQUER ALOY, A.: *Reflexions escoceses*, cit., *in totum.*

65 En relación al cambio en el sistema de transmisión de la riqueza en las familias, ver VAQUER ALOY, A.: "Reflexiones sobre", cit., pp. 10-11.

BIBLIOGRAFÍA

Barrio Gallardo, A:

- *El largo camino hacia la libertad de testar. De la legítima al derecho sucesorio de alimentos,* Dykinson, Madrid, 2012.

- *La evolución de la libertad de testar en el 'Common Law' inglés*, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011.

Bremmer, R H.: "Widows in anglo-saxon England", en *Between poverty and the pyre: moments in the history of windowhood*, (coord. por J. Bremmer y L. Van Den Bosch), Routledge, Londres, 1995.

Burns, F.:

- "Surviving spouses, surviving children and the reform of total intestacy law in England and Scotland: past, present and future, *Legal Studies*, vol. 33, núm. 1, 2013.

- "The changing patterns of total intestacy distribution between spouses and children in Australia and England", *UNSW Law Journal*, vol. 36, núm. 2, 2013.

Cooke, E.: "The law of succession: doing the best we can", en *Fifty years in family law. Essays for Stephen Cretney*, (coord. por R. Probert y C. Barton), Intersentia Publishing Ltd., Cambridge, 2012.

Cretney, S.:

- *Family law in the twentieth century: a history*, Oxford University Press, Oxford, 2003.

- "Intestacy reforms: the way things were, 1952", *The Denning Law Journal*, núm. 9, 1994.

Darbyshire, P.: *English legal system*, Sweet & Maxwell, Londres, 2016.

Draghici, C: "Equal marriage, unequal civil partnership: a bizarre case of discrimination in Europe", *Child and Family Law Quarterly*, núm. 29, 2017.

Douglas, G., Woodward, H., Humphrey, A., Mills, L. y Morrell, G.:

- "Enduring love? Attitudes to family and inheritance in England and Wales", *Journal of Law and Society*, vol. 38, núm. 2, 2011.

- *Inheritance and the Family: Attitudes to Will-Making and Intestacy*, National Centre for Social Research, 2010.

Fernández Campos, J. A.: "La inacabada reforma de la legítima del cónyuge viudo" en *La familia en el Derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, (coord. por A. L. Rebolledo Varela), Dykinson, Madrid, 2010.

Fernández de Bilbao, J.: "El derecho de habitación del viudo en la ley de Derecho civil vasco", *Boletín Jado de la Academia Vasca de Derecho = Zuzenbidearen Euskal Akademiaren Jado aldizkaria*, núm. 27, enero-diciembre 2015-2016.

Finch, J.: *Family obligations and social change*, Polity Press, Cambridge, 1989.

Finch, J. y Mason, J., *Passing on: kinship and inheritance in England*, Routledge, London, 2000.

Galicia Aizpurua, G.:

- "Delación hereditaria y sucesión legal en el País Vasco", en *Manual de Derecho civil vasco*, (dir. por J. Gil Rodríguez), Atelier, Barcelona, 2016.

- "En torno a la revisión de las legítimas: casos vasco y estatal", *InDret*, núm. 4, 2017.

- "La nueva legítima vasca (Ley 5/2015, de 25 de junio de 2015) de Derecho civil vasco", *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm.5, 2016.

- "Una propuesta doctrinal de reforma del régimen sucesorio del Código civil español", *Iura Vasconiae,* núm. 17, 2020.

Gaffney-Rhys, R.: "Same sex marriage but not mixed sex partnership: should the Civil Partnership Act 2004 be extended to opposite sex couples?", *Child and Family Law Quarterly*, núm. 26, 2014.

Gil Rodríguez, J.: "La posición del viudo y del conviviente supérstite, en *Manual de Derecho civil vasco,* (dir. por J. Gil Rodríguez), Atelier, Barcelona, 2016.

Green, K.: "The Englishwoman's castle: inheritance and private property today", *The Modern Law Review*, núm. 51, 1988.

Jiménez Liébana, D.: "La mejora de la posición del cónyuge viudo en la sucesión intestada del Código Civil", en *Estudios de derecho de sucesiones. Liber Amicorum.* (dir. por T. F. Torres García, A. Domínguez Luelmo y M.P. García Rubio), La Ley, Las Rozas, 2014.

Kerridge, R.:

- "Intestacy reform in 2014: unfinished business", en *Current issues in Succession Law*, coord. por B. Häcker y C. Mitchell, Hart Publishing, Oxford, 2016.

- "Intestate succession in England and Wales", en *Comparative Succession Law, Intestate Succession*, (coord. por K. Reid, M.J. De Waal y R. Zimmermann), Oxford University Press, Oxford, Inglaterra, 2015.

- "Libertad de testar en Inglaterra y Gales", en *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados*, AAVV, (coord. por J. P. Murga Fernández y C. Hornero Méndez), Thomson Reuters Aranzadi, 2019.

- *The Law of Succession*, Sweet and Maxwell, Londres, 2016.

Law Commission (England and Wales), Comisión Legislativa del Parlamento británico para Inglaterra y Gales (https://www.lawcom.gov.uk):

- *Family Law: Distribution on Intestacy*, Documento de consulta Law Com CP 108, 1988.

- *Family Law: Distribution on Intestacy*, Informe Law Com No 187, 1989.

- *Intestacy and Family Provision Claims on Death*, Documento de consulta Law Com CP 191, 2009.

- *Intestacy and Family Provision Claims on Death*, Informe Law Com No 331, 2011.

Martínez Martínez, M.: *La sucesión intestada: revisión de la institución y propuesta de reforma*, BOE, Madrid, 2016.

Ministerio de Justicia Británico, *Administration of Estates: Review of the Statutory Legacy*, Departamento de asuntos constitucionales, Documento de Consulta, CP 11/05, 2005.

O'Sullivan, K.: "Distribution of intestate estates in non-traditional families. A way forward?", *Common Law World Review*, vol. 46, núm. 1.

Parlamento Británico, *Report of the Committee on the Law of Intestate Succession*, Comité Parlamentario, 1951, Cmnd. 8310.

Pereña Vicente, M.: "La obsolescencia no programada de los derechos sucesorios del cónyuge viudo en el Código civil español", *La Ley Derecho de Familia*, núm. 22, 2019.

Pérez Escolar, M.: *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada,* Dykinson, Madrid, 2003.

Probert, R.: "Disquieting thoughts: who will benefit when we are gone?", en *Current issues in Succession Law*, (coord. por B. Häcker y C. Mitchell), Hart Publishing, Oxford, 2016.

Rebolledo Varela, A. L.: "La actualización del Derecho sucesorio español ante los cambios sociológicos y jurídicos de la familia: conclusiones de una investigación", en *La familia en el Derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, (coord. por A. L. Rebolledo Varela), Dykinson, Madrid, 2010.

Rubio Garrido, T.: "Problemas actuales en materia de protección cualitativa y cuantitativa de la legítima", en *Las legítimas y la libertad de testar, Perfiles críticos y comparados,* (dir. por F. Capilla Roncero, M. Espejo Lerdo de Tejada y F.J. Aranguren Urriza), Thomson Reuters Aranzadi, 2019.

Sales, P.: "Judges and Legislature: values into Law", *The Cambridge Law Journal*, vol. 71, núm. 2, 2012.

Sawyer, C. y Spero, M.: *Succession, wills and probate*, Routledge, Oxford, 2015.

Sloan, B.: *Borkowski's Law of Succession*, Oxford University Press (3ª ed.), Glasgow, 2017.

Torres García, T.: "Legítima, legitimarios y libertad de testar (síntesis de un sistema)", en *Derecho de Sucesiones, Presente y futuro. XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Universidad de Murcia, 2006.

Vaquer Aloy, A.:

- "Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima", *InDret*, 3/2007.

- "Reflexions escoceses sobre la successió intestada del cònjuge o parella estable en el Dret civil de Catalunya", *Revista catalana de Dret Privat*, vol. 22, 2020.

EL DERECHO DE ALIMENTOS SUCESORIO, ¿ALTERNATIVA A LA LEGÍTIMA?*

THE RIGHT TO MAINTENANCE IN THE INHERITANCE, AN ALTERNATIVE TO THE LEGITIME?

Rev. Boliv. de Derecho Nº 35, enero 2023, ISSN: 2070-8157, pp. 126-147

* El presente trabajo se ha realizado en el marco del Grupo de Investigación Consolidado del Gobierno Vasco GIC IT1445-22 sobre 'Persona, familia y patrimonio', del que es investigador principal el Dr. Gorka Galicia Aizpurua.

Jon ATXUTEGI GUTIÉRREZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de diciembre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 15 de diciembre de 2022

RESUMEN: A diferencia de los sistemas legitimarios de naturaleza individual, en la que la participación forzosa en la legítima cubre la hipotética situación de necesidad del legitimario a la muerte del causante, en los ordenamientos de legítima colectiva o simbólica, en la que los sujetos legitimarios son meros expectantes hasta la apertura de la sucesión pues pueden ser excluidos sin causa y no resultar beneficiados, el deber asistencial del de cuius se salvaguarda con la constitución de un derecho de alimentos sucesorio. ¿Se abre la vía hacia una sucesión forzosa asistencial?

PALABRAS CLAVE: Alimentos sucesorios; legítima; sucesión forzosa; alimentos entre parientes.

ABSTRACT: *In contrast to individual legitime or reserved share systems, in which the forced participation in the legitime covers the hypothetical situation of the beneficiary being left in need upon the death of the deceased, in collective or symbolic reserved share systems, in which the beneficiary only has an expectation until the opening of the succession, as they can be excluded without cause and, thus, not receive any part of the estate, the duty of care of the de cuius is safeguarded by a right to receive maintenance from the estate. Does this open the way towards a succession system of forced maintenance?*

KEY WORDS: *Maintenance in the inheritance; legitime; forced heirship, maintenance.*

SUMARIO.- I. NOTAS PRELIMINARES.- II. ANTECEDENTES NORMATIVOS DE LOS ALIMENTOS SUCESORIOS.- III. APROXIMACIÓN A LA REGULACIÓN ACTUAL DE LOS ALIMENTOS SUCESORIOS EN LOS ORDENAMIENTOS CIVILES AUTONÓMICOS.- 1. Presupuestos y características del derecho de alimentos sucesorio.- 2. Beneficiarios alimentistas.- 3. Obligados alimentantes.- 4. Fijación de la cuantía.- 5. Extinción de los alimentos sucesorios.- IV. CONSIDERACIONES FINALES: ¿HACIA LA SUCESIÓN FORZOSA ASISTENCIAL?

I. NOTAS PRELIMINARES.

Actualmente, no resulta fácil entender el Derecho sucesorio sin la existencia de un sistema legitimario que lo pilote y, en cierta medida, lo coarte. Aun así, la legítima, como institución romana importada por todos los territorios próximos al Mediterráneo, solamente es una parte del complejo régimen de sucesión forzosa. Suele ser habitual entremezclar ambos términos a la hora de referirse a las limitaciones que, en todo caso, debe respetar el *de cuius* a la hora de disponer *mortis causa* de su patrimonio. Pero este es un error, fácilmente refutable.

Históricamente, la *portio debita* no se reconoce a las personas legitimarias hasta bien entrada la época postclásica del Derecho romano; de hecho, no es hasta la promulgación de las Novelas justinianeas cuando se implanta el sistema de legítimas que, con ciertas alteraciones, perdura actualmente. Sin embargo, con anterioridad a la promulgación e instauración de este sistema legitimario tampoco goza el causante de una plena libertad dispositiva, debido a otra serie de limitaciones que también conforman la denominada sucesión forzosa. Se trata de otra serie de deberes atribuidos al propio causante, y que, de no satisfacerlos, imprimen diferentes grados de ineficacia a sus disposiciones. Estos otros elementos que, junto a la legítima, conforman el régimen de sucesión forzosa, han emanado y evolucionado de forma dispar; y, aunque los de mayor notoriedad tengan origen romano -como el deber de instituir *heres*, o incluso, el deber de nombrar, o en su lugar, desheredar a determinadas personas-, también pueden encontrase, instituciones propias de otros ordenamientos, como es el caso, precisamente, de los alimentos sucesorios.

Así, en los regímenes de sucesión forzosa considerados pirenaicos que se vertebran con un sistema legitimario de naturaleza colectiva o simbólica, la libre exclusión de los sucesores forzosos se ha encontrado limitado por el

• Jon Atxutegi Gutiérrez
Profesor laboral interino (acreditado adjunto) de Derecho civil de la UPV/EHU. Investigador del Grupo de Investigación Consolidado del Sistema Universitario Vasco, GIC IT1445-22 sobre 'Persona, familia y patrimonio', del que es investigador principal el Dr. Gorka Galicia Aizpurua, al que se vincula inicialmente al obtener una ayuda predoctoral FPI del MICINN. Profesor del Máster Universitario en Abogacía. Correo electrónico: jon.atxutegi@ehu.eus.

reconocimiento, en su favor, de un derecho de alimentos sucesorio. Esta previsión, que preserva y ampara la defensa de los intereses individuales de dichos sucesores ante la no atribución de una cuota legitimaria, se fundamenta en un derecho de carácter individual y personal en favor de la persona descendiente que, a consecuencia de la sucesión, se encuentre en situación de solicitar alimentos.

De esta manera, en contraposición a los sistemas legitimarios de naturaleza individual, en la que el sujeto legitimario conoce de antemano la porción en la resultará beneficiado y cuyo *quantum* no fluctúa en relación a sus necesidades vitales, en los sistemas de sucesión forzosa de Aragón, País Vasco y Navarra, los sujetos legitimarios son meros expectantes. Y es que, hasta la apertura de la sucesión desconocen si serán beneficiados, o en qué medida lo serán, pues el causante ostenta plena libertad distributiva o, incluso, la plena libertad dispositiva[1]. A diferencia del Código civil, los tres ordenamientos facilitan al *de cuius* instrumentos que permiten una exclusión libre, es decir, no sujeta a causa, por lo que el principio de solidaridad familiar se asegura mediante una vía ajena al de la legítima. A falta de un derecho cierto e individual respecto a una cuota determinada, se construye, para los sucesores forzosos, un derecho eventual y fluctuante para cuando no son beneficiados, o lo son, pero de forma insuficiente. Nace, así, en estos territorios, el derecho de alimentos sucesorio.

En la actualidad, las voces que proponen alternativas al sistema legitimario clásico son cuantiosas[2], pues si la función originaria de la legítima es favorecer la subsistencia familiar mediante la atribución de una cuota determinada, no puede obviarse que los legitimarios, hoy día, suceden normalmente cuando ya gozan de estabilidad económica y profesional; no precisan de esta participación forzosa. Y en sentido contrario, bajo el prisma de una mayor libertad dispositiva del causante, para aquellos supuestos excepcionales, por no ser los mayoritarios, en los que realmente un descendiente vulnerable precise de medios, un reforzado derecho

1 Se diferencian la legítima aragonesa y vasca, de naturaleza colectiva, con la legítima simbólica navarra. Mientras que en las dos primeras el causante puede distribuir la *portio* debida en las proporciones que desee, incluso beneficiando únicamente a un legitimario, en el ordenamiento navarro impera la total libertad dispositiva, pues ni tan siquiera existe un *quamtun* legitimario.

2 No puede obviarse que, a pesar de que gran parte de la doctrina continúa apostando por un sistema sucesorio vertebrado en torno a la legítima, también existen "diversos sectores en pro de una reforma de la legítima regulada en el CC español", siendo, además, "un clamor que no cesa, pues de continuo gotean aportaciones doctrinales que insisten en su carácter inaplazable, primordialmente, con base en el argumento de que su amplitud y consistencia no condicen con las circunstancias sociales y económicas hoy imperantes" (Galicia Aizpurua, G.: "En torno a la revisión de las legítimas: casos vasco y estatal", *Indret*, núm. 4, 2017, pp. 4 y ss.).
De hecho, la PCC de la Asociación de Profesores de Derecho Civil aboga por una merma de la legítima del CC. En palabras de Galicia Aizpurua, G.: "Una propuesta doctrinal de reforma del régimen sucesorio del Código civil español", *Iura vasconiae: revista de derecho histórico y autonómico de Vasconia*, núm. 17, 2020, pp. 331, "la de los descendientes pasaría de los dos tercios actuales a la mitad del caudal computable, distinguiéndose dentro de ella un cuarto destinable a mejora (esto es, libremente distribuible por el causante dentro del entero grupo de descendientes, pudiendo favorecer con ella incluso a los más alejados en grado). Ahora bien, como en la actualidad es muy frecuente que los progenitores cuenten con un solo hijo, se minora la legítima del descendiente único a un tercio".

de alimentos sucesorio parece ser una alternativa posible. Deviene, por ello, imperioso analizar las diferentes regulaciones que ha recibido este derecho de alimentos para determinar si resulta o no certera su incorporación en futuros sistemas de sucesión forzosa.

II. ANTECEDENTES NORMATIVOS DE LOS ALIMENTOS SUCESORIOS.

A pesar de que como se ha sugerido la obligación asistencial del *heres* parece incardinar, desde sus inicios, los ordenamientos sucesorios que apuestan por la libre distribución o disposición en favor del causante, ciertamente las previsiones normativas al respecto resultan cuanto menos escasas. De hecho, los posibles antecedentes históricos parecen fundamentarse más en la costumbre no escrita, pues la primera previsión normativa de los alimentos sucesorios se encuentra en el art. 30.II del Apéndice al Código civil correspondiente al Derecho foral de Aragón, del año 1925[3]. De acuerdo a este precepto, el sucesor forzoso "que por la distribución resulte en caso legal de pedir alimentos, tendrá expedito el ejercicio de este derecho arregladamente al art. 142 del Código, contra los sucesores del ascendiente, en proporción con las respectivas participaciones en la herencia forzosa". De esta manera, por vez primera, se vincula la situación de 'desamparo' a consecuencia de una falta de atribución sucesoria con la obligación legal de alimentos entre parientes[4].

La posterior Compilación del Derecho civil de Aragón[5], en su art. 121, mantiene con ligeras modificaciones la redacción previa, aunque referencia en un segundo apartado la extensión legal de estos alimentos sucesorios, al establecer, en relación a los hijos naturales reconocidos que no concurren con descendencia legítima, que "la cuantía de sus alimentos no podrá exceder del tercio de los frutos del caudal". Se impone, así, una limitación inicial a la extensión máxima de estos alimentos, de modo que el caudal hereditario y, en consecuencia, los sucesores, tan solo responden por dicha carga hasta un tercio de sus frutos.

Finalmente, el ordenamiento precursor de los alimentos sucesorios, en el art. 200 de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte -actual art. 515 del Código del Derecho Foral de Aragón[6]-, mantiene, en lo esencial, el precepto de la Compilación, aunque introduce algunas precisiones y

3 Accesible en: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1925-12302.

4 Matizan Parra Lucán, M. Á. y Barrio Gallardo, A.: "La legítima en Derecho aragonés", en AA. VV.: *Tratado de legítimas* (coord. por T. F. Torres García), Atelier, Barcelona, 2012, p. 411, que "el apéndice ponía esta deuda a cargo de lo percibido por los legitimarios de modo coherente con su razón de ser histórica: tratar de mitigar los efectos de un sistema de legítima colectiva que permite instituir heredero a uno solo de los hijos en todo el patrimonio familiar mientras el resto es excluido con riesgo de quedar en la inopia".

5 Accesible en: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1967-5590.

6 Accesible en: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOA-d-2011-90007.

restricciones[7]. Así, a pesar de que en el cierre al título correspondiente de la legítima prevé estos derechos alimentarios en beneficio de los legitimarios de grado preferente, delimita los mismos; pues establece que "solo procederán en la medida en que no esté obligado a prestarlos el viudo usufructuario o los parientes del alimentista conforme a la legislación general". Los derechos de alimentos sucesorios en el ordenamiento aragonés son, por lo tanto, subsidiarios a los alimentos entre parientes, y, además, únicamente reclamables "en proporción a los bienes recibidos".

El segundo ordenamiento que positiviza los alimentos sucesorios no es otro que el País Vasco; eso sí, limitando, en un inicio, su ámbito de aplicación territorial a la tierra llana vizcaína. De forma breve, debe recordarse que, históricamente, Bizkaia se ha dividido en dos zonas: la mencionada tierra llana, regida por Derecho civil propio, y las catorce villas, en las que resultaba de aplicación la legislación civil general. Esta dicotomía del territorio histórico no se supera con la entrada en vigor de la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco (LDCFPV)[8], y, así, salvo tasadas excepciones, el Libro I relativo al Fuero Civil de Bizkaia, como legislación civil propia, únicamente rige en toda su extensión en la tierra llana[9].

A este respecto, la LDCFPV, al afrontar la reformulación y actualización del Derecho sucesorio vizcaíno, opta, como fuente de inspiración, por el ordenamiento aragonés, debido a la similitud de ambos sistemas legitimarios de naturaleza colectiva[10]. De esta manera, la norma vasca continúa, para el Fuero Civil de Bizkaia, el camino del art. 121 de la Compilación aragonesa -en vigor al momento de promulgarse aquélla en 1992- e introduce, a modo de contención de la facultad de libre distribución del *quantum* reservado, la obligación de subvenir a las necesidades de los descendientes. Así, el art. 66 de la LDCFPV determina que los descendientes del causante que se encuentren en situación legal de pedir alimentos podrán reclamarlos de los sucesores del mismo, siempre y cuando "no haya persona obligada a prestarlos de acuerdo con la legislación civil general" y bajo la limitación y proporción de "los bienes que cada uno hubiere recibido". Además, en previsión a las sucesiones ordenadas mediante comisario, más en

7 Serrano García, J. A.: "La legítima en Aragón", *Revista de derecho civil aragonés*, núm. 16, 2010, pp. 126.

8 Accesible en: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2012-2257.

9 Para mayor detalle de la evolución histórica del Derecho civil vasco, Atxutegi Gutierrez, J.: *Apartamiento y desheredación en Derecho civil vasco*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 77 y ss.

10 Recuerda Galicia Aizpurua, G.: *Legítima y troncalidad, la sucesión forzosa en el Derecho de Bizkaia*, Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 330, que, ciertamente, "el derecho de alimentos sucesorio "entronca, en cierto modo, con aquella tradición foral apreciable desde 1452 por la que el sucesor en el grueso del patrimonio asumía concretas obligaciones para con los demás miembros de la familia (…). Sin embargo, poco tiene que ver el artículo 66 de la Ley 3/1992 con la posibilidad contemplada en la Ley XI, título XX, del Fuero Nuevo y el artículo 60 del proyecto de apéndice de 1900 de dejar a los hijos ilegítimos el quinto en concepto de alimentos, puesto que esta potestad más parecía conectar, entonces, con la obligación (siquiera moral) que pesaba sobre todo progenitor de atender las necesidades de su posteridad durante la minoría de edad de ésta".

concreto, a eventualidades en las que el poder quedase pendiente de ejercicio, la LDCFPV, en su art. 41, aboga por extender y reconocer los alimentos sucesorios de los descendientes "con cargo a los rendimientos de los bienes hereditarios".

Sin embargo, la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco[11] -que es la responsable de instaurar la novedosa vecindad civil vasca y concluir, salvo excepciones, con la fragmentación de los cinco estatutos sucesorios previstos en la anterior Ley[12]-, en su labor unificadora del ordenamiento sucesorio vasco diluye la regulación de los alimentos sucesorios. Este hecho resulta cuanto menos curioso, pues en el sistema legitimario 'común' que propone la LDCV se esboza una legítima de naturaleza colectiva: se abandona el seccionado recurso a la legítima individual para expandir a todo el territorio autonómico una legítima arraigada durante siglos en Bizkaia, en la que prima la libertad de distribución de la porción reservada. Por el contrario, la previsión de los alimentos sucesorios que hasta entonces acompañaba a dicha libertad distributiva se relega, ahora, a las disposiciones generales de la sucesión testada, y se menciona, de forma sobrevolada, en los gastos de la sucesión.

Así, de acuerdo al art. 21 de la LDCV se pagarán con cargo al caudal relicto "los alimentos debidos a los hijos y descendientes del causante cuando esta obligación no corresponda a otras personas". No se hace constar ningún tipo de concreción o limitación añadida, de modo que el art. 66 de la anterior Ley desaparece, sin integrarse o vincularse a ninguna otra. No obstante, y en lo que parece un pequeño guiño a la LDCFPV, el art. 38 de la LDCV, relativo al derecho de alimentos pendiente el ejercicio del poder testatorio, mantiene impertérrita la redacción previa del art. 41. De esta forma, se hace constar que el derecho de alimentos sucesorio existe, es decir, que la previsión del art. 21 de la LDCV no es un mero error, aunque sobre su posible desarrollo nada se establezca.

Para finalizar con los antecedentes normativos de los alimentos sucesorios, aunque debido a su contemporaneidad su encaje en el apartado resulta un tanto forzoso, corresponde analizar en último lugar el ordenamiento navarro, pues en su ley 272 -tras la modificación que la Ley 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo[13]

11 Accesible en: https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-8273-consolidado.pdf.

12 En reflexión de Gil Rodríguez, J.: "El derecho civil vasco como 'precedente cronológico'", *Iura Vasconiae*, núm. 17, 2020, pp. 221-222, "considero que es obligado reconocer que la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco ha elegido el rumbo del viejo desiderátum, esto es, la generalización de un estatuto civil común para los vascos. Y por si ello fuera poco, a la vez, ha materializado un significativo esfuerzo de modernización de los viejos moldes o, si se prefiere, una inteligente reutilización de los añejos odres, para ponerlos al servicio de otros caldos: los valores personales. Permanecen, ciertamente, los esquemas de antaño (mancomunado, fiducia y pacto; también, la legítima «colectiva» en obsequio a una mayor disponibilidad por parte del causante), pero -aquí el acierto pleno- esos mismos bosquejos dogmáticos han sido enucleados de su primigenia función e instalados en un nuevo tiovivo, según afortunada imagen y descripción del conjunto sucesorio vasco acuñada por la Profesora Leire Imaz Zubiaur".

13 Accesible en: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2019-8512.

realiza en la Ley 1/1973 de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra[14]- prevé una obligación de alimentos similar. Debe advertirse que esta previsión normativa carece de antecedentes directos, pues inicialmente, previa la modificación, en su Ley 259, corregía el posible 'desamparo' de los descendientes obligando al usufructuario de fidelidad a "prestar alimentos, dentro de los límites del disfrute, a los hijos y descendientes propios del cónyuge premuerto".

La Ley 272, sin embargo, en previsión de inexistencia de dicho usufructo garante, o resultando el mismo insuficiente para cumplir con la obligación, emulando a los ordenamientos aragonés y vasco, reconoce a los hijos y descendientes el derecho a exigir alimentos a "sucesores voluntarios a título universal o particular, en los límites de la atribución patrimonial recibida y con cargo a la misma".

En todo caso, aunque el desarrollo de este derecho en el ordenamiento navarro parezca más exhaustivo por adentrase, incluso, en la fijación de la cuantía máxima de los alimentos sucesorios, no debe obviarse que su regulación, al igual que en el ordenamiento aragonés y vasco, se limita a un único precepto. La regulación actual de los alimentos sucesorios en los ordenamientos civiles autonómicos, por lo tanto, se limita a un total de tres artículos -el 515 DCFA, el 21.1.a) LDCV y la Ley 272 CDCFN-, a los que, prudentemente, se le adicionan los establecidos en el Código civil, en relación a los alimentos entre parientes.

III. APROXIMACIÓN A LA REGULACIÓN ACTUAL DE LOS ALIMENTOS SUCESORIOS EN LOS ORDENAMIENTOS CIVILES AUTONÓMICOS

1. Presupuestos y características del derecho de alimentos sucesorio.

Antes de adentrarnos en los presupuestos que resultan comunes en los distintos ordenamientos para el nacimiento de los alimentos sucesorios es preciso conocer su fundamentación en el ordenamiento, es decir, averiguar su encaje socio-jurídico en el actual sistema sucesorio. Para ello, resulta indispensable retrotraernos a los alimentos legales entre parientes y a su propia justificación legal, pues al ser claros predecesores, ambas instituciones se encuentran vinculadas. En este sentido, resulta innegable que tradicionalmente la doctrina ha vinculado al propio Derecho natural la obligación de garantizar el sustento; es decir, la obligación alimenticia deviene impuesta a la misma naturaleza del individuo. De esta manera, "la ley civil, fundada en las relaciones y deberes que por derecho natural existen entre los individuos de una misma familia, impone la obligación de prestarse recíprocamente alimentos"[15].

14 Accesible en: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1973-330&b=8&tn=1&p=19730307#ley1.

15 Manresa y Navarro, J.M. y Reus y García, J.: *Ley de enjuiciamiento civil: comentada y explicada*, T.V, Imprenta de la Revista de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1868, p. 36.

De este anclaje en el Derecho natural, precisamente, se deriva la protección cualificada de esta prestación de alimentos. De hecho, de acuerdo a la STS 21 marzo 2001, esta obligación alimentaria "tiene su fundamento constitucional en el art. 39.1 de la Constitución Española que proclama que los poderes públicos han de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia"[16]. Cabe afirmar, por lo tanto, que, aunque de forma subsidiaria al deber estatal, el deber de asistencia, y el principio de solidaridad intergeneracional que se deriva del mismo, es pilar de nuestro ordenamiento. Ahora bien: ¿se extiende tras la muerte del alimentante?

En respuesta a esta pregunta, la doctrina recuerda que este deber asistencial se manifiesta tanto en vida como *post mortem*, eso sí, mediante la instrumentalización de instituciones dispares. Así, mientras que los alimentos entre parientes aseguran la solidaridad familiar en el primer supuesto, el *officium pietatis* se traslada a las disposiciones *mortis causa* a través del sistema legitimario[17]. Ahora bien, en los ordenamientos en los que la legítima es inexistente o, por ostentar naturaleza colectiva, no alcanza a asegurar dicho principio de solidaridad intergeneracional, resulta coherente que los alimentos entre parientes se trasladen, también, al ámbito sucesorio, y que, por lo tanto, formen parte de la sucesión forzosa. Es decir, si se acepta la premisa según la cual los parientes se deben asistencia mutua incluso tras la muerte, a falta de institución sucesoria que garantice dicha ayuda, es preciso trasladar al derecho sucesorio, *mutatis mutandis*, la regulación de los alimentos entre parientes.

En todo caso, se debe subrayar que el nacimiento de los alimentos sucesorios se encuentra sujeto a la concurrencia de ciertos requisitos tasados; de hecho, los tres ordenamientos jurídicos que los regulan remarcan el carácter subsidiario de los mismos. De esta manera, y a diferencia de lo que ocurre con el *quantum* de la legítima, el alimento sucesorio tan solo deviene exigible en caso de que el sucesor forzoso se encuentre en "situación legal de pedir alimentos". Ciertamente la normativa autonómica no facilita descripción alguna de esta 'situación legal', de modo que resulta preciso acudir al articulado del CC para establecer cuándo puede considerase que un sujeto dispone de este derecho subjetivo a solicitar alimentos. De acuerdo a los arts. 142 y 146 CC, los alimentos abarcan "todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica", sin

16 STS 21 marzo 2001 (RJ 2001, 2562).

17 En este punto resulta esclarecedor la labor recopilatoria que efectúa Barrio Gallardo, A.: *El largo camino hacia la libertad de testar, de la legítima al derecho sucesorio de alimentos*, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 555 y ss., sobre las posiciones doctrinales que fundamentan la obligación de alimentos, en la que concluye que, actualmente, aunque legítima y el derecho de alimentos "constituyen instituciones diferenciadas, el hecho de poseer ese antecedente histórico común, aunque remoto, hace que los trasvases conceptuales entre una y otra figura resulten una hipótesis de trabajo viable e, incluso, que la fusión entre ambas instituciones pudiera rendir frutos estimables en el futuro. Véase, también, a este respecto, Ribot Igualda, J.: "El fundamento de la obligación legal de alimentos entre parientes", *Anuario de Derecho Civil*, núm. 3, 1998, pp. 1105-1178.

olvidar que también incluyen, "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". Aun así, tal y como se profundiza en posteriores apartados, la cuantía de estos alimentos no es fija, sino que resulta proporcionada "a las necesidades de quien los recibe".

Pero, además, este carácter subsidiario no se limita únicamente al estado de necesidad, pues también se supedita a la inexistencia de otros posibles alimentantes[18]. Es decir, en caso de que las necesidades alimenticias puedan ser cubiertas mediante los alimentos entre parientes del art. 142 y siguientes CC, los alimentos sucesorios no nacen, y, por lo tanto, no son exigibles a cargo del caudal hereditario[19]. En este punto, y en contra del carácter subsidiario, la doctrina cuestiona la posible compatibilidad entre los alimentos entre parientes y los sucesorios para el supuesto en el que el alimentante fuese el último llamado de acuerdo al art. 144 CC. De esta manera, a modo de excepción, y por acaecer que "los hermanos sólo se deben los auxilios necesarios para la vida", en caso de que la prestación recaiga sobre ellos, parte de la doctrina considera oportuno flexibilizar la subsidiariedad y abogar por permitir, mediante el ejercicio de los alimentos sucesorios, un suplemento de pensión a cargo de las posibilidades del caudal[20].

Por último, tampoco debe obviarse que los alimentos sucesorios se vinculan a un requisito añadido, que no es otro que el del elemento causal. Así, el estado

18 Así, resulta indispensable descartar a los alimentantes. Resumen a este respecto Beriain Flores, I. e Imaz Zubiaur, L.: "La falta de relación entre el progenitor alimentante y sus hijos mayores de edad como causa de extinción de la obligación de alimentos. Análisis de la actualidad jurisprudencial", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 34, 2022, pp. 122, que "al ostentar la obligación legal de alimentos un carácter recíproco, en el seno del círculo de parientes más próximos, no puede a priori saberse quién será el sujeto activo y quién el sujeto pasivo de la misma. En todo caso, la prestación se ceñirá a la red parental integrada por el cónyuge, los descendientes y los ascendientes; y, en la versión más reducida, por los hermanos. La única relación que exige el legislador, por tanto, para que la autoridad judicial pueda imponer el deber de alimentos, a uno o varios de los citados sujetos, es, precisamente, la de parentesco (arts. 915 a 923 CC). Por consanguinidad, en línea recta descendente y ascendente y, por afinidad, limitado al cónyuge (separado) del alimentista. La línea colateral queda constreñida, por su parte, al segundo grado y únicamente respecto de los auxilios necesarios. Tal es, pues, el carácter formal de la relación exigida para la fijación judicial de esta obligación que el legislador no tiene en cuenta, en ningún momento, la calidad afectiva de la relación que mantienen (o debieran mantener, según su criterio) el alimentante y el alimentista".

19 Considera Serrano García, J. A.: "La legítima", cit., p. 126, que "quedan, por tanto, como unos alimentos muy residuales, como una obligación legal para los sucesores del causante, pero en última instancia, es decir, en defecto de la obligación de alimentos legales entre parientes del cónyuge, descendientes, ascendientes (entre los que hay que incluir al viudo usufructuario: arts. 116 y 71-2 Lrem.; 298 y 253-2 CDFA) y hermanos, por este orden conforme al art. 144 CC".

20 Defiende Galicia Aizpurua, G.: *Legítima y troncalidad*, cit., p. 333, que "incluso cabría pensar que, si el obligado a prestar alimentos 'de acuerdo con la legislación civil general' fuese un hermano del alimentista, éste podría exigir de los sucesores (una vez cubiertas sus necesidades mínimas) lo que faltara para alcanzar los alimentos 'civiles' ajustados a la riqueza del patrimonio del *de cuius*. Ello no quiere decir que el necesitado pueda reclamar en todo caso un 'complemento' con cargo a la herencia (entendiendo este término en sentido lato, según se verá luego), por ejemplo, por ser el alimentante pobre en comparación con la inmensa fortuna del causante, pues el precepto es, en este sentido, tajante: sólo podrá actuarse el derecho en él previsto 'cuando no haya persona obligada a prestarlos de acuerdo a la legislación civil general'. Con todo, quizás debiera interpretarse la locución con cierta flexibilidad, de forma que, si el alimentante fuese el último obligado según la jerarquía prescrita por el art. 144 del Código civil y gozase de escasa fortuna, se tuviesen en cuenta las posibilidades del caudal".

de necesidad del alimentista debe ser a consecuencia de la sucesión, es decir, el fallecimiento del causante y la distribución de los bienes hereditarios deben ligarse, directamente, con la situación de desamparo[21]. En consecuencia, esta necesidad de vínculo causal elimina de los alimentos sucesorios posibles inopias previas o posteriores, pues el momento de apreciación es el de la apertura de la sucesión, o el del reparto de los bienes para supuestos de fiducia[22]. Esta idea se vincula al hecho de que al alimentista se le reconoce este derecho de alimentos como descendiente del causante, ya que obtiene los alimentos en calidad de sucesor; si no sucediese al causante y no se precisase su forzada participación en la *successio*, no se generaría un derecho de alimentos sucesorio.

Además, en relación a este elemento causal, debe subrayarse que la posible atribución sucesoria o la existencia de una fiducia que posibilite futuras disposiciones en favor del alimentista, no acarrean, en todo caso, una situación de opulencia para el sucesor forzoso[23]. Por ello, se debe admitir la posibilidad de que el alimentista, aun habiendo resultado beneficiado en la distribución de la sucesión, continúe en estado de necesidad, y que, por lo tanto, pueda ejercitar su derecho de alimentos sucesorio[24].

21 En relación al elemento causal, señala Galicia Aizpurua, G.: *Legítima y troncalidad*, cit., p. 332, que los presupuestos de necesidad y legitimación "han de acompañarse de otro (implícito) deducible del fundamento y sentido último del art. 66 LDCF, así como de su propia localización sistemática; a saber, el de que la situación de inopia tenga su origen directo en la distribución del patrimonio del *de cuius*: de aquellos datos parece derivarse lógicamente que el derecho sólo nacerá si la necesidad sobreviene como consecuencia del fallecimiento del causante al quedar desamparado quien hasta entonces no lo estaba".

22 Concuerdan a este respecto Parra Lucán, M. Á. y Barrio Gallardo, A.: "La legítima", cit., p. 412, al indicar que "no se está ante la trasmisión *mortis causa* de un débito alimentario preexistente, aun cuando tenga cierta relación con las obligaciones de la autoridad familiar, pues lo impide el art. 150 CC. Según el art. 515.a CDFA, el crédito nace *ex novo* y se generará más allá de delación hereditaria, al tiempo de hacerse efectivas las disposiciones sucesorias. Quizá el art. 121 Comp. 1967 dejara entrever más claramente la relación de causalidad, pero el sentido de la norma foral vigente debe ser el mismo: la situación de necesidad se ha de producir como resultado de la distribución hereditaria hecha por el causante, es su ordenación voluntaria de la sucesión la que la provoca".
En la misma línea, pero en relación al ordenamiento vasco, Galicia Aizpurua, G.: "Limitaciones a la libertad de disposición por causa de muerte. Régimen legitimario general. Especialidades en Bizkaia", en AA.VV.: *Manual de Derecho civil vasco* (dir. por J. Gil Rodríguez), Atelier, Barcelona, 2016, p. 385, afirma que "dado que la norma no podría estar pensando en un debito alimentario preexistente atendiendo lo dispuesto en el artículo 150 CC, ha de tratarse de un crédito nacido *ex novo* a raíz precisamente del reparto de la herencia. Así, este derecho vendría a configurarse como una suerte de legítima material eventual, de carácter necesario y exigible con cargo al patrimonio relicto, siquiera con carácter subsidiario y a falta de cualesquiera otros obligados".

23 En referencia al supuesto de fiducia, recuerdan Parra Lucán, M.A. y Barrio Gallardo, A.: "La legítima", cit., p. 412, que "dada la naturaleza temporal de la situación de necesidad, el alimentista queda a merced del fiduciario, que puede retrasar a placer la efectividad de las disposiciones sucesorias hasta que aquella necesidad haya desaparecido. Un remedio provisional para paliar estas consecuencias podría hallarse en el art. 451 a) CDFA, que permite exigir con cargo al caudal relicto el pago de alimentos a hijos y descendientes durante el tiempo que la herencia esté pendiente de asignación antes de la ejecución de la fiducia".

24 Galicia Aizpurua, G.: *Legítima y troncalidad*, cit., p. 332-333, se muestra favorable a ello al indicar que "podrán exigirse los alimentos aun cuando se reciban bienes de aquél si el valor de éstos no fuese suficiente para procurar el sustento. Incluso cabe pensar que el descendiente ostentará este derecho cuando hubiese sucedido en todos o gran parte de los bienes en nuda propiedad, verbigracia, por haberse legado al viudo el usufructo universal, dado el escaso valor que aquellos alcanzarían en venta. Por idéntica razón, si el importe del patrimonio fuese tan exiguo que no pudiese achacarse el estado de indigencia a la distribución del mismo, no llegaría a nacer el derecho".

2. Beneficiarios alimentistas.

Los ordenamientos vasco y navarro coinciden en señalar a los hijos y descendientes como sujetos beneficiarios del derecho de alimentos sucesorio, de modo que, en ambos ordenamientos, el grupo de descendientes en su conjunto es posible sujeto alimentista. No existe prevalencia de grado entre los mismos, todos ellos son sujetos activos del derecho[25]. En todo caso, tal como se ha adelantado previamente, estos alimentistas, mediante el derecho alimenticio, suceden al propio causante y participan de su sucesión, de modo que, resulta imprescindible que no incurran en causa de indignidad alguna para con el *de cuius*. No debe olvidarse que, debido a la indignidad, el sucesor resulta inhábil para suceder: no recibe la delación hereditaria, por lo que tampoco cabe la posibilidad de que acceda a los alimentos sucesorios. Idéntico efecto acarrea la desheredación, ya que el sucesor forzoso es privado de sus derechos sucesorios. Los alimentos sucesorios se rigen por los principios básicos de la *successio*: tal es su carácter, y, en consecuencia, sin delación no cabe acceder a la sucesión. En cualquier caso, ambos supuestos deben diferenciarse de la exclusión aragonesa o del apartamiento vasco, pues, aunque estos últimos supongan la no atribución legitimaria, los sucesores forzosos mantienen dicho estatus de forma impertérrita.

Pero en contraste con la regulación vasco-navarra, que reconoce al conjunto de descendientes el derecho de alimentos sucesorio, el ordenamiento aragonés aboga por amparar únicamente mediante los mismos a los legitimarios preferentes y excluir, así, a posibles descendientes de grados posteriores: de acuerdo al art. 488 CDFA, estos solamente serán considerados alimentistas en caso de representar por estirpes a sus ascendientes "premuertos, desheredados con causa legal o indignos de suceder"[26].

Ello conlleva la curiosa paradoja de que un nieto o bisnieto -descendiente de segundo o tercer grado- no ostente derecho a solicitar alimentos sucesorios a cargo del caudal hereditario de su abuelo. Se obvia, así, la casuística de que los descendientes no preferentes, ante la mala fortuna de su ascendiente directo, no ostentan prestatarios alimentantes reconocidos en el art. 143 CC. Debe recordase que, de acuerdo al sistema legitimario aragonés de naturaleza colectiva, el ascendiente directo ni tan siquiera debe resultar beneficiado con atribución sucesoria alguna y, por lo tanto, puede no mejorar sus perspectivas económicas

25 En relación a la LDCFPV, pero trasladable a la actualidad, Galicia Aizpurua, G.: *Legítima y troncalidad*, cit., p. 332, recuerda que "legitimación para exigirlos únicamente la tiene la prole del *de cuius*, no cualesquiera otros sucesores forzosos (ni ascendientes ni colaterales tronqueros), y se halla condicionada al efectivo padecimiento por aquella de un estado de necesidad sin posibilidad de proveer a su propia subsistencia (situación fáctica sometida a la apreciación judicial) y a la falta de recursos económicos o inexistencia de cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos del alimentista que deban prestarle sustento conforme a lo establecido en los arts. 142 y siguientes del Código civil".

26 Parra Lucán, M. Á. y Barrio Gallardo, A.: "La legítima", cit., p. 411.

tras la apertura de la sucesión en cuestión, de forma que puede no resultar un alimentante viable. Por ello, se subraya que los descendientes no preferentes, salvo la existencia de cónyuge -excepcional en alimentistas jóvenes o menores de edad- o hermanos -que sólo se deben los auxilios necesarios para la vida y que de compartir juventud con el alimentista probablemente tampoco ostenten una situación económica holgada-, son privados de la posibilidad de solicitar alimentos siquiera.

Misma consecuencia acarrea, ahora respecto a los tres ordenamientos en liza, la no previsión de los ascendientes como sujetos beneficiarios de los alimentos sucesorios, pues los ascendientes, en caso de inexistencia de descendientes, carecen de alimentantes a los que exigir la prestación de alimentos. Ciertamente, esta supresión parece responder y, en este sentido, resulta acorde, a la tendencia actual de excluir a los ascendientes de la sucesión forzosa. Sin embargo, conviene recordar que los alimentos sucesorios son un derecho eventual y subsidiario: no limitan *per se* la autonomía de la voluntad del causante y, salvo estado de necesidad de los ascendientes, no concurriría derecho alguno en su favor[27].

No obstante, los articulados actuales, al limitar los alimentos sucesorios al grupo de descendientes, rompen con el principio de solidaridad intergeneracional que, inicialmente, parece ser causa y fundamento de los alimentos entre parientes, y, en consecuencia, también, de los alimentos sucesorios. Por ello, convendría analizar, aunque tan solo fuese para ocasiones circunstanciales, pues resulta innegable que actualmente en menor medida sobreviven los progenitores a sus descendientes, la viabilidad de un derecho de alimentos sucesorio para ascendientes que reemplazase la anterior legítima erradicada[28].

3. Obligados alimentantes.

Debe comenzarse este apartado recordando que los alimentantes sucesorios no coinciden con los previstos en art. 143 CC para los alimentos entre parientes, pues el carácter subsidiario de los alimentos sucesorios acarrea que "solo procederán en la medida en que no esté obligado a prestarlos el viudo

27 Cabe en este punto trazar un puente con el espacio que la *Family Provision* facilita a los ascendientes, pues solamente ante la justificación de la dependencia resultan sujetos activos. Debe recordarse que esta prestación del ordenamiento inglés, se diferencia del derecho de alimentos sucesorio, entre otros aspectos, por no cubrir, únicamente, la necesidad vital, sino pretender reparar el reparto injusto del *de cuius*. Sobre esta institución que condiciona de manera absoluta tanto la sucesión intestada como la testada, ver, por todos, Kerridge, R.: *The Law of Succession, Sweet and Maxwell*, Londres, 2016, pp. 183-238; Sloan, B.: *Borkowski's Law of Succession*, Oxford University Press (3ª ed.), Glasgow, 2017, pp. 263-316.

28 En esta línea, Asúa González, C. I.; Galicia Aizpurua, G., Gil Rodríguez, J., Hualde Sánchez, J. J. e Imaz Zubiaur, L.: *Estudio sobre Derecho Sucesorio Vasco. Bases para un nuevo régimen*, Servicio editorial UPV/EHU, Leioa, 2011, p. 59, en su Base 62.ª, llegan a proponer, además, "un eventual derecho de alimentos singularmente reforzado para los descendientes o ascendientes que sean personas con discapacidad, derecho cuya existencia no depende de la concurrencia de una efectiva situación de inopia en estos sujetos, sino del simple hecho de no haber percibido bienes por un importe bastante como para colmar las necesidades que sus singulares circunstancias pudieran requerir".

usufructuario o los parientes del alimentista conforme a la legislación general". De esta manera, a salvo la prevalencia que los ordenamientos analizados imponen al usufructuario o al comisario respecto al pago de los alimentos sucesorios, todo sucesor del causante puede adquirir la cualidad de alimentante, y, por lo tanto, ser prestatario de la obligación alimenticia[29].

A este respecto, no se distingue a los sucesores forzosos de los "sucesores voluntarios a título universal o particular", pues los alimentos sucesorios engloban a todo beneficiario *mortis causa* del causante, sin importar en calidad de qué accedan a la sucesión[30]. Ello conlleva que los alimentos sucesorios también gravan las atribuciones en favor de extraños, de modo que la posible cuota de libre disposición tampoco es del todo 'libre', ya que el caudal debe garantizar, prioritariamente, la subsistencia de los descendientes[31].

Por este motivo, precisamente, cabe interpretar, pues los ordenamientos no profundizan en ello, que también los donatarios, aquellos que en vida del causante han sido beneficiarios de alguna atribución, se hallan sujetos a la carga alimentaria. Aunque este criterio resulta fácilmente aplicable a los sujetos legitimarios, pues pueden recibir su legítima por cualquier título gratuito, la extensión de la carga a los donatarios extraños resulta más cuestionable. Sin embargo, en aras de evitar que el *de cuius* pueda burlar la expectativa alimentaria mediante el vaciado de su caudal en vida, resulta preciso mantener esta interpretación correctora

29 En palabras de Hualde Manso, T.: "Ley 272", en AA. VV.: *Comentarios al Fuero Nuevo* (dir. por E. Rubio Torrano y M. L. Arcos Vieira), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020, p. 1088, "entonces, si el usufructo se extingue, es renunciado o no llega a nacer por cualquier causa o, existiendo, es insuficiente para cubrir los alimentos que se prestan en virtud de la ley 259.3 FN, lo que hace el ordenamiento navarro en la reforma de 2019 es generar una sustitutiva (o complementaria en caso de insuficiencia) obligación de alimentos sobre los herederos o legatarios del causante (que salvo en el caso de insuficiencia de bienes serán ya propietarios plenos) para que asuman legalmente esa obligación de alimentos".
Igualmente, Asúa González, C. I., Galicia Aizpurua, G., Gil Rodríguez, J., Hualde Sánchez, J. J. e Imaz Zubiaur, L.: *Estudio sobre*, cit., 2011, p. 58, en la Base 62ª, estipulan que "resultaría de todo punto injusto imponérsela a quien sea mero nudo propietario por hallarse el caudal gravado con un usufructo: corresponde, en tal caso, desplazar la carga del cumplimiento de esta obligación hacia quien hace suyos los frutos de la herencia".

30 Puntualiza Hualde Manso, T.: "Ley 272", cit., p. 1089, que "desde el aspecto pasivo, los obligados a prestar los alimentos son exclusivamente los sucesores voluntarios del causante (herederos y legatarios) y no los sucesores legales. Y es que cuando la sucesión del causante se hubiera ordenado por ley, carece de sentido la figura dado que serán precisamente los hijos y en su defecto los descendientes quienes habrán resultado los beneficiarios de la sucesión y al extinguirse o desaparecer el usufructo, consolidaran su situación dominical obteniendo el uso y disfrute de los bienes del causante".

31 Concluye Galicia Aizpurua, G.: *Legítima y troncalidad*, cit., p. 334, que "en consecuencia, el derecho de alimentos del art. 66 LDCF también se extiende al quinto libre cuando éste se encuentre en el hacer relicto, tanto si se ha dispuesto del mismo mediante institución mediante legados imputables a tal porción". Esta perspectiva se traslada, también, a la propuesta de Asúa González, C. I., Galicia Aizpurua, G., Gil Rodríguez, J., Hualde Sánchez, J. J. e Imaz Zubiaur, L.: *Estudio sobre*, cit., p. 58, que en relación a la Base 62ª, concuerdan que "lo que viene a significar que es obligación previa del *de cuius* (si bien que subsidiaria respecto de la correspondiente al grupo parental delimitado en el artículo 143 CC) la de subvenir a las necesidades de sus legitimarios, de modo que la materialización de su potestad distributiva y de su libertad de disposición en favor de extraños no podrá conllevar, por ejemplo, el desamparo de cualesquiera de sus hijos. Es así, un derecho eventual, pero, como se ha dicho, de carácter necesario".

frente a todo donatario[32]. Se valora oportuno, incluso, por parte de la doctrina, poner a disposición del alimentista los mecanismos de reducción por inoficiosidad reconocidas a los propios legitimarios ante la vulneración cuantitativa de su *portio debita*[33]. En todo caso, debe recordarse que la responsabilidad de los alimentantes, sean familiares o extraños, se limita a la atribución patrimonial recibida y con cargo a la misma, de modo que su responsabilidad siempre resulta *intra vires hereditatis*[34].

Pero, una vez fijados los parámetros que determinan quiénes se encuentran obligados a prestar los alimentos sucesorios, no puede obviarse la posible pluralidad de alimentantes, o, en otras palabras, la concurrencia de varios sucesores. En este sentido, aunque inicialmente parezca no existir jerarquía o gradación alguna entre los alimentantes, lo cierto es que, en caso de disposición al respecto por parte del causante, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, cabe la posibilidad de que la carga alimentaria recaiga únicamente sobre ciertos sucesores determinados. Tampoco debe olvidarse, que los ordenamientos navarro y aragonés sostienen la prevalencia del usufructuario como obligado preferente, y solo ante su renuncia o extinción pueden solicitarse los alimentos frente al resto de sucesores.

Ahora bien, sobre este último particular, a falta de previsión normativa, corresponde acudir a los alimentos entre parientes para trasladar su regulación *mutatis mutandis* al derecho de alimentos sucesorio. Así, del art. 145 CC se colige que "cuando recaiga sobre 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", o en el caso de análisis, a los bienes recibidos. La regla general, por tanto, es contraria a la solidaridad, y salvo caso de urgente necesidad o circunstancias especiales[35], el alimentista debe dirigirse contra la totalidad de los sucesores, y cada alimentante abonará su parte[36].

32 Considera Galicia Aizpurua, G.: *Legítima y troncalidad*, cit., p. 334, que "la cuantía de los alimentos no se calcularía, así, únicamente en relación al valor que importan los bienes relictos, sino también al de los trasmitidos inter vivos por título gratuito, aunque se trate de donaciones realizadas con apartamiento no computables a efectos de cálculo de la 'cuota de legítima'".

33 Parra Lucán, M. Á. y Barrio Gallardo, A.: "La legítima", cit., p. 411: citan en apoyo a esta idea a Lacruz Berdejo, J. L.: "Las legítimas en la Compilación", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. XLIV, 1968, p. 527.

34 A este respecto, recuerda Hualde Manso, T.: "Ley 272", cit., p. 1090, que "la ley 272 señala en este sentido que se trata de un deber que podría llegar a extinguirse por insuficiencia de bienes ya que el deber se ciñe a 'los límites de la atribución patrimonial recibida'. No hay lugar por tanto a plantear una eventual responsabilidad *ultra vires* para el pago de este deber de alimentos en ningún caso ni siquiera cuando el sucesor lo es a título universal, responsabilidad *ultra vires* que por otro lado queda excluida *ex lege* 318".

35 En favor de esta interpretación Galicia Aizpurua, G.: *Legítima y troncalidad*, cit., p. 335, remarca que "no obstante, si concurriese 'urgente necesidad' y se diesen 'circunstancias especiales', quizás pudiera impelerse judicialmente a uno solo de ello para que prestara los alimentos provisionalmente, en aplicación (supletoria) de lo previsto en el art. 145, párrafo segundo, del Código civil, eso sí, con la posibilidad de repetir contra los demás lo por éstos debido".

36 Confirma esta tendencia hacia la mancomunidad la STS 12 abril 1994 (RJ 1994,2789) al establecer que "la parte recurrente razona resumidamente en el desarrollo de su recurso, que se ha debido demandar conjuntamente con el padre de las alimentistas a la madre, pues así se deduce de la redacción de los artículos 144 y 145 del Código Civil, al establecer la obligación de prestar alimentos de una forma conjunta a ambos ascendientes. Conviene puntualizar que la obligación de prestar alimentos está configurada en

Esta obligación mancomunada, aunque ostente ordinariamente naturaleza pecuniaria y resulte, en consecuencia, divisible, también puede satisfacerse, a elección del alimentante, recibiendo y manteniendo en su propia casa al alimentista[37]. Cabe transformar, por lo tanto, una obligación parciaria, que se resuelve de acuerdo al art. 1138 CC, en una obligación mancomunada e indivisible, de modo que la prestación se atribuye en común a todos los obligados y rige la actuación conjunta de los mismos[38].

4. Fijación de la cuantía.

Al igual que cualquier obligación de naturaleza alimentaria, los de carácter sucesorio, también resultan fluctuantes, de modo que su cuantía, de acuerdo al art. 146 CC, oscila entre las necesidades de quien los recibe y al caudal o medios de quien los da. Ciertamente, este último aspecto debe reinterpretarse para aplicarlo en los alimentos sucesorios, aunque la esencia se mantiene, pues la fluctuación deberá considerar las necesidades del alimentista, pero se limita, en su máximo, a lo percibido por el sucesor de manos del causante.

En este punto, la Ley 272 de la CDCFN resulta esclarecedora, ya que adiciona que para el cálculo de la cuantía alimentaria deben "también tomarse en consideración los bienes que de forma efectiva hubiera adquirido en la sucesión el propio alimentista", así como, en el caso de que los alimentantes sean descendientes del causante, "sus propias necesidades y, en particular, las derivadas de su minoría de edad, de la persistencia de la dependencia económica de los que ya hubieran alcanzado la mayoría o de su discapacidad o dependencia". De esta manera, a la hora de fijar los alimentos no debe atenderse únicamente la situación

el Código como mancomunada y divisible, pues el artículo 145 determina, que cuando recaiga sobre dos o más personas esta obligación, se repartirá entre ellos, pero no por partes iguales, sino en cantidad proporcional a sus caudales respectivos. No es por tanto una deuda de carácter solidario, al no tener expresamente reconocida esta naturaleza, y ser principio general el de no presumirse tal condición. Este carácter no solidario se ve reforzado con el contenido del párrafo 2° del artículo 145 citado, según el cual no se permite entender que el alimentista pueda dirigirse, en todo caso, contra cualquiera de las obligadas para exigirle el pago de la pensión".

37 Sin embargo, recuerda Sierra Pérez, I: "Título VI, De los alimentos entre parientes", en AA.VV.: *Código civil comentando* (dir. por A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández), V. I, Civitas, Cizur Menor, 2011, p. 751, que "nada se establece en este artículo para el supuesto en que existan varios alimentantes. Si uno de ellos está dispuesto a mantener en casa al alimentista, parece normal que así sea y que los restantes contribuyan con una aportación pecuniaria en la proporción que les corresponda. Pero si dos o más de ellos optan por la prestación in natura, se hace imposible atender a su opción elegida a no ser que se establezca un acogimiento por turnos". Y aunque para cierta parte de la doctrina este acogimiento rotativo no tiene cabida por resultar perjudicial para el alimentista, la autora, en favor de la misma, considera que "cada uno de los casos precisará de un análisis distinto que será el que nos lleve a mejor solución".

38 Sobre los mismos, Ramón Chornet J.C: "Sección 4ª, De las obligaciones mancomunadas y de las solidarias", en AA.VV.: *Código civil comentando* (dir. por A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández), V. III, Civitas, Cizur Menor, 2011 pp. 275-311.

de necesidad del alimentista, sino con visión amplia, valorar las posiciones de todos los involucrados en la sucesión[39].

Con todo, habida cuenta de que los alimentos sucesorios se reclaman en calidad de descendiente del causante, su cuantía corresponde a los alimentos denominados amplios y no los meramente necesarios para la vida[40]. Debe advertirse que, aunque el alimentante ocupe la posición de colateral, el derecho de alimentos sucesorio proviene de la relación entre causante y alimentista, de modo que es como si se reclamaran a éste[41]. Así, la amplitud de los alimentos corresponde a la definida en el art. 142 CC, cuyo tenor literal señala que "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 (asistencia médica, para el supuesto de madres solteras), en cuanto no estén cubiertos de otro modo"[42]. Ello sin obviar la posibilidad de que el alimentante opte por recibir y mantener en su propia casa al alimentista, ya que en dicho caso la cuantía de la prestación se satisface mediante el propio acogimiento.

Al margen de la extensión de la cuantía, resulta de interés conocer la posible limitación de máximos sobre los alimentos sucesorios, ya que, aunque los ordenamientos aragonés y vasco nada estipulan al respecto, y por lo tanto la doctrina entiende que puedan llegar a consumir la totalidad del caudal, el ordenamiento navarro aboga por establecer un límite determinado para la premisa en la que los descendientes son, a su vez, alimentantes. Así, de acuerdo a la Ley 272 de la CDCFN, la cuantía de los alimentos debidos en dicho caso no "podrá exceder de la cuota que idealmente correspondería a cada uno de los hijos del causante en una división igualitaria entre sí de su patrimonio". De esta manera, el

39 En relación a una especificidad aragonesa, Parra Lucán, M. Á. y Barrio Gallardo, A.: "La legítima", cit., pp. 412-413, rememoran que "a la hora de fijar el *quantum* de la percepción la Comp. 1967 condecía cierto pape a la Junta de Parientes (art. 109.2). El derecho vigente no atribuye de forma expresa esta función a este órgano familiar, pero no se ve inconveniente en admitir su competencia, bien con arreglo al Derecho consuetudinario bien cuando las partes estén de acuerdo en acudir al mismo (art. 170)".

40 Constatan Parra Lucán, M.A. y Barrio Gallardo, A.: "La legítima", cit., p. 412, que "durante la vigencia de la Comp. 1967 existía una discrepancia doctrinal, no resuelta por el texto de la norma, acerca de si estos alimentos sucesorios eran equiparables a los naturales o civiles (…). El legislador ha salido al paso de la polémica al señalar que son reclamados en calidad de 'descendiente del causante': es decir, se está ante los alimentos amplios, debidos entre parientes directos y no por línea colateral".

41 Considera respecto a este particular Sierra Pérez, I: "Título VI", cit., p. 731, que "este contenido que se predica de forma general no parece que sea el que se deben concretamente entre los hermanos. Entre ellos se deben 'los auxilios necesarios para la vida' aunque pueden extenderse en también 'en su caso a los que precisen para su educación'.

42 Sierra Pérez, I: "Título VI", cit., p. 727, recuerda que "la doctrina entiende que esta enumeración es taxativa y que, por tanto, son éstas las partidas que integran los alimentos y que no parece que pueda hacerse una interpretación más amplia de su contenido, no obstante, teniendo en cuenta que en la mayoría de los casos la pensión de alimentos se satisface a través de una cantidad de dinero, las partidas que se enumeran en este artículo sirven realmente para llevar a cabo el cálculo cuantitativo".

valor ideal de la cuota de la sucesión legal es la que fija el tope que los alimentos sucesorios pueden abarcar en caso de concurrir entre descendientes[43].

5. Extinción de los alimentos sucesorios.

El derecho de alimentos sucesorio, salvo excepciones que le son propias, se extingue en concurrencia a las causas previstas en el art. 152 CC, es decir, bajo las mismas premisas en que lo hacen los alimentos entre parientes[44]. De esta manera, cesa la obligación de dar alimentos por muerte del alimentista, por la mejoría en su fortuna, o por imputarse la situación de necesidad a su mala conducta. Además, en interpretación el segundo epígrafe del artículo, también se extinguen los alimentos sucesorios en caso de que los mismos hayan agotado el valor de los bienes recibidos del causante por los sucesores obligados. La limitación intrínseca de la extensión de los alimentos sucesorios también se adiciona, en este sentido, a las posibles causas de extinción.

Sin embargo, en cuanto a la causa prevista en el número cuarto del art. 152 CC la aplicabilidad de la misma no resulta tan directa. Pues si el "alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación", el derecho de alimentos sucesorio ni tan siquiera se constituye[45]. Cierta parte de la doctrina considera que esta causa es desplegable a la relación alimentante- alimentista, pero habida cuenta de que los alimentos se adquieren por sucesión de causante, la interpretación extensa resulta un tanto forzada. Es decir, una posible falta del alimentista al sucesor voluntario, que puede, incluso, no ser sucesor forzoso, ¿bajo qué criterio debiera romper la solidaridad entre parientes?

Tampoco resulta aplicable a los alimentos sucesorios la causa de extinción prevista en el art. 150 CC, ya que, la prestación no puede cesar con la muerte del

43 A este respecto Hualde Manso, T.: "Ley 272", cit., pp. 1090-1091.

44 Véase para mayor profundización a Sierra Pérez, I: "Título VI", cit., pp. 756-759.

45 Así, recuerdan Beriain Flores, I. e Imaz Zubiaur, L.: "La falta", cit., p. 124 que "para poder aducir alguna de estas causas de desheredación de descendientes, como motivo de extinción de la obligación legal de alimentos, el alimentista ha tenido que (1) haber sido condenado por sentencia firme por delitos contra la libertad, integridad moral o libertad e indemnidad sexual del alimentante, su cónyuge o pareja, o alguno de sus descendientes o ascendientes; (2) haber sido condenado por sentencia firme a causa de haber cometido un delito contra los derechos y deberes familiares con relación al alimentante; (3) haber acusado al alimentante de delito para el que la ley señala pena grave y haber sido condenado por denuncia falsa; (4) haber obligado al alimentante a hacer testamento o a cambiarlo con amenaza, fraude o violencia; (5) haber impedido al alimentante hacer testamento, revocar el que tuviese hecho o suplantar, ocultar o alterar otro posterior, utilizando también amenaza, fraude o violencia; (6) haberle negado alimentos previamente al alimentante; o (7) haberle maltratado de obra o injuriado gravemente. En efecto: en el plano normativo, para que pueda operar como causa de extinción de la obligación de alimentos, el alimentista ha tenido que haber cometido una falta grave (calificable, en la mayoría de los supuestos enumerados, como conducta delictiva) contra al alimentante o, en su caso, contra el cónyuge, descendientes o ascendientes de éste". Todo ello sin olvidar que, "es habitual que las causas enumeradas fundamenten la extinción de la obligación de alimentos entre progenitores y descendientes, de manera acumulativa, a las que, además, se suma ahora la falta de relaciones familiares".

obligado. La previamente mencionada afección de los bienes relictos y donados al gravamen alimentario acarrea su continuidad, de modo que, al alimentante originario le sucederán sus respectivos sucesores, respetándose el derecho del alimentista a continuar exigiendo los alimentos debidos[46].

IV. CONSIDERACIONES FINALES: ¿HACIA LA SUCESIÓN FORZOSA ASISTENCIAL?

Resulta innegable que actualmente la realidad familiar, social y económica dista de la que imperaba en el auge de la instauración de los sistemas legitimarios en nuestros ordenamientos. Tal y como remarca Parra Lucán[47], que denomina a los sucesores actuales como 'tardíos', por acceder a la sucesión a una edad en la que, habitualmente, sus vidas están resueltas, la libertad dispositiva en una sociedad envejecida, es un mecanismo de protección para los causantes de edad avanzada, ya que permite recompensar a las personas que los atienden en sus últimos años, sean descendientes o meros compañeros en la última etapa. Referenciando el sistema Ingles o Gales concluye la autora que "en este sistema no existen clases concretas de parientes que tengan derecho a recibir una porción de los bienes hereditarios. Sin embargo, el juez puede, discrecionalmente, y a favor de los dependientes del causante, disponer la provisión de bienes necesarios para sobrevivir o para llevar un nivel de vida semejante al que llevaban anteriormente". Evoca, de esta manera, a un sistema de sucesión forzosa que, desde la libertad plena, pueda, por necesidad de los sucesores, limitarse en cierta medida.

En este sentido, cabe criticar que la legítima, aunque se fundamente en la solidaridad intergeneracional de la familia, no se supedita a la necesidad vital del legitimario, ni su cuantía depende de ella. Tampoco cabe sostener que esté amparado por los principios constitucionales, pues el sistema legitimario actual no es más que un mecanismo, entre tantos otros, que puede salvaguardar el espíritu del principio referenciado. Pero los territorios de legitima simbólica, o los que abogan por una legítima de naturaleza colectiva, nos recuerdan que el orden público no se tambalea por no reconocerse una legítima individual.

Ciertamente, todo sistema sucesorio se fundamenta en una balanza que equilibra, con mayor o menor acierto, la libertad dispositiva del causante y el amparo de los sujetos familiares que pueden encontrase en posiciones vulnerables. Los tres ordenamientos analizados, sostienen que la solidaridad intrafamiliar puede asegurarse mediante la asignación de una cuota fluctuante, que además es de

46 Para mayor profundidad véase, en relación al ordenamiento aragonés, Parra Lucán, M.A. y Barrio Gallardo, A.: "La legítima", cit., p. 413, y en relación al ordenamiento vasco a Galicia Aizpurua, G.: *Legítima y troncalidad*, cit., p. 336.

47 Parra Lucán, M. Á.: "Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 13, 2009, pp. 481-554.

carácter subsidiario. Así, el derecho de alimentos sucesorio traza la vía por la que un sucesor vulnerable que precise de medios, y no disponga de otros familiares a los que 'demandar solidaridad', pueda cubrir sus necesidades a cargo del caudal.

Pero los alimentos sucesorios, al igual que la *family provision* a la que en cierta medida se asemeja, no están faltos de crítica. La doctrina considera, entre otras cuestiones, la enorme litigiosidad que acarrearía la instauración de un sistema en el que la fijación de lo debido por el causante se determina tras su muerte[48]. La realidad jurídica, sin embargo, parece probar que, cuando los alimentos sucesorios se enmarcan en un plano subsidiario a los alimentos entre parientes, su operatividad se limita, casi, al ámbito residual[49]. Y aunque se reformulasen los alimentos, ampliando su margen de aplicabilidad a un mayor grupo de alimentistas, cabría incluso proponer, que al igual que preveía la anterior normativa aragonesa, las posibles disputas alimentarias se resolviesen antes organismos más acordes al ámbito familiar y a la delicadeza de la materia, bien sea la Junta de Parientes, o un proceso de mediación.

Sin embargo, los ordenamientos aragonés, vasco y navarro parecen optar por una vía en la que este derecho de alimentos sucesorio no deja de ser eventual, con preceptos de escaso desarrollo. En consecuencia, parece que se abandona, por el momento, la posibilidad de poder configurar un sistema de sucesión forzosa en la que el mecanismo de protección familiar se enclave en los propios alimentos, es decir, tenga una función meramente asistencial.

48 En palabras de Vaquer Aloy, A.: "Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2007, p. 15, "dejando a un lado el problema práctico de fijar el momento en que debiera apreciarse tal situación de necesidad (sólo a la muerte del causante, pasado determinado tiempo también, y entonces hasta cuándo cabría ejercer la pretensión a la legítima), plantea probablemente un choque excesivo con la tradición judicial española en la materia, muy enraizada en las cuotas fijas, y tiene como inconvenientes adicionales sus mayores costes de transacción, pues daría lugar a muchas más consultas con abogados, su menor previsibilidad con un potencial aumento de pleitos entre familiares, y su complejidad, pues obliga a las partes a proporcionar prueba suficiente de detalles íntimos de sus vidas generalmente poco documentados".
Aun así, aunque el autor no apuesta por un derecho de alimentos como alternativa al sistema legitimario actual, si considera necesario limitar la legítima a los descendientes sólo en el supuesto que deba manifestarse la solidaridad intergeneracional. Es decir, rechazar una legítima uniforme para una categoría concreta de parientes y abogar por una legítima que ampare a aquellos legitimarios vulnerables.

49 Comparten esta visión Parra Lucán, M. Á. y Barrio Gallardo, A.: "La legítima", cit., p. 411, al afirmar que "estos alimentos solo procederán cuando no se encuentre obligado a prestarlos el viudo usufructuario (arts. 253 y 298) o los parientes del alimentista conforme a la legislación general. Su carácter residual hace difícil concebir un supuesto en el que quepa su reclamación. La inexistencia de jurisprudencia corrobora esta condena a la inoperancia casi absoluta". Recuerdan, a este respecto que "la única sentencia en la que el TS ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el derecho de alimentos, estando en vigor el art. 121 Comp. 1967, ha sido para denegarlos", siendo el motivo la no concurrencia de las descendientes, nietas, en el requisito de descendientes preferentes".

BIBLIOGRAFÍA

Asúa González, C. I., Galicia Aizpurua, G., Gil Rodríguez, J., Hualde Sánchez, J. J. e Imaz Zubiaur, L.: *Estudio sobre Derecho Sucesorio Vasco. Bases para un nuevo régimen*, Servicio editorial UPV/EHU, Leioa, 2011.

Atxutegi Gutierez, J.: *Apartamiento y desheredación en Derecho civil vasco*, Atelier, Barcelona, 2022.

Barrio Gallardo, A.: *El largo camino hacia la libertad de testar, de la legítima al derecho sucesorio de alimentos*, Dykinson, Madrid, 2012.

Beriain Flores, I. e Imaz Zubiaur, L.: "La falta de relación entre el progenitor alimentante y sus hijos mayores de edad como causa de extinción de la obligación de alimentos. Análisis de la actualidad jurisprudencial", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 34, 2022.

Galicia Aizpurua, G.:

- "En torno a la revisión de las legítimas: casos vasco y estatal", *Indret*, núm. 4, 2017.
- *Legítima y troncalidad, la sucesión forzosa en el Derecho de Bizkaia*, Marcial Pons, Madrid, 2002.
- "Limitaciones a la libertad de disposición por causa de muerte. Regimen legitimario general. Especialidades en Bizkaia", en AA.VV.: *Manual de Derecho civil vasco* (dir. por J. Gil Rodríguez), Atelier, Barcelona, 2016.
- "Una propuesta doctrinal de reforma del régimen sucesorio del Código civil español", *Iura vasconiae: revista de derecho histórico y autonómico de Vasconia*, núm. 17, 2020.

Gil Rodríguez, J.: "El derecho civil vasco como 'precedente cronológico'", *Iura Vasconiae*, núm. 17, 2020.

Hualde Manso, T.: "Ley 272", en AA. VV.: *Comentarios al Fuero Nuevo* (dir. por E. Rubio Torrano y M. L. Arcos Vieira), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

Manresa y Navarro, J. M. y Reus y García, J.: *Ley de enjuiciamiento civil: comentada y explicada*, T.V, Imprenta de la Revista de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1868.

Parra Lucán, M. Á.: "Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 13, 2009.

Parra Lucán, M. Á. y Barrio Gallardo, A.: "La legítima en Derecho aragonés", en AA. VV.: *Tratado de legítimas* (coord. por T. F. Torres García), Atelier, Barcelona, 2012.

Ramón Chornet J.C: "Sección 4ª, De las obligaciones mancomunadas y de las solidarias", en AA.VV.: *Código civil comentando* (dir. por A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández), V. III, Civitas, Cizur Menor, 2011.

Ribot Igualda, J.: "El fundamento de la obligación legal de alimentos entre parientes", *Anuario de Derecho Civil*, núm. 3, 1998.

Serrano García, J. A.: "La legítima en Aragón", *Revista de derecho civil aragonés*, núm. 16, 2010.

Sierra Pérez, I: "Título VI, De los alimentos entre parientes", en AA.VV.: *Código civil comentando* (dir. por A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández), V. I, Civitas, Cizur Menor, 2011.

Vaquer Aloy, A.: "Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2007.

LA SUCESIÓN CONTRACTUAL EN EL DERECHO CIVIL VASCO: EJERCICIO DE CONTRASTE ENTRE LA REGULACIÓN SUSTANTIVA Y LA NORMATIVA FISCAL CONCERNIENTE AL IMPUESTO DE SUCESIONES Y DONACIONES*

CONTRACTUAL SUCCESSION IN BASQUE CIVIL LAW: A CONTRAST EXERCISE BETWEEN THE SUBSTANTIVE REGULATION AND THE FISCAL LEGISLATION CONCERNING INHERITANCE AND DONATION TAXES

Rev. Boliv. de Derecho Nº 35, enero 2023, ISSN: 2070-8157, pp. 148-187

El presente trabajo se ha realizado en el marco del Grupo de Investigación Consolidado del Sistema Universitario Vasco, GIC IT1445-22 sobre 'Persona, familia y patrimonio', del que es investigador principal el Dr. Gorka Galicia Aizpurua.

Leire IMAZ ZUBIAUR

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de diciembre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 15 de diciembre de 2022

RESUMEN: Pese a que la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco configure el pacto sucesorio como un negocio unitario de naturaleza mortis causa, el tratamiento fiscal "antifraude" que le confieren los legisladores forales de los Territorios Históricos de Bizkaia, Gipuzkoa y Álava lo asimila a una donación inter vivos, cuando tiene eficacia de presente y transmite al instituido la propiedad de un bien singular. Esa desconfiada concepción del pacto frena su crecimiento e impide que los causantes vascos cuenten con un instrumento de ordenación ágil y adaptable, fiscalmente reforzado.

PALABRAS CLAVE: Pacto sucesorio; eficacia de presente; bien singular; donación inter vivos; tratamiento fiscal.

ABSTRACT: *Despite the fact that Law 5/2015, of June 25, of Basque Civil Law configures the succession agreement as a unitary business of a mortis causa nature, the "anti-fraud" tax treatment conferred on it by the foral legislators of the Historical Territories of Bizkaia, Gipuzkoa and Álava assimilates it to a donation inter vivos, when it is presently effective and transfers ownership of a singular asset to the successor. This distrustful conception of the pact slows down its growth and prevents Basque deceased from having an agile and adaptable management instrument, fiscally reinforced.*

KEY WORDS: *Inheritance agreement; effectiveness of present; singular good; inter vivos donation; tax treatment.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA SOLVENCIA DE LA SUCESIÓN CONTRACTUAL: ANCLAJE HISTÓRICO, FUNCIONALIDAD Y VERSATILIDAD AL SERVICIO DE UNA ORDENACIÓN MORTIS CAUSA ADAPTABLE Y DINÁMICA.- 1. Arraigo histórico y racionalidad frente a veto y desconfianza.- 2. Naturaleza mortis causa del pacto con independencia del tipo de atribución patrimonial aparejada a la designación sucesoria.- III. LA DESNATURALIZACIÓN CONCEPTUAL DEL PACTO SUCESORIO EN LA NORMATIVA FISCAL ATINENTE AL IMPUESTO SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES.- 1. Punto de partida: la Comunidad Autónoma del País Vasco es competente para mantener, establecer y regular su propio régimen tributario.- 2. Análisis de las regulaciones fiscales de los Territorios Históricos de Bizkaia, Gipuzkoa y Álava, en lo que concierne al pacto sucesorio y en el marco del Impuesto de Sucesiones y Donaciones.- A) Bizkaia.- B) Gipuzkoa.- C) Álava. 3. Un apunte, a modo de cierre.

I. INTRODUCCIÓN.

El pacto sucesorio es el más antiguo instrumento al servicio de la ordenación sucesoria del causante y presenta múltiples virtudes a la hora de diseñar el tránsito dinámico del patrimonio hereditario. Encarna una planificación anticipada y sosegada de la sucesión, extremadamente certero y eficaz en el traspaso sucesorio de patrimonios productivos, tanto familiares como complejos. Destaca su aptitud para proteger al instituyente, facilitando la fijación de un régimen vinculante adaptado a las necesidades que vayan surgiendo en el ejercicio de su capacidad jurídica. Permite aunar, con flexibilidad y previsión, los distintos intereses en situación de conflicto. Un diamante en bruto.

El desconfiado tratamiento que brindan los legisladores forales de los Territorios Históricos de Bizkaia, Gipuzkoa y Álava a la sucesión contractual, presumiendo la voluntad evasora de los otorgantes, se encuentra lejos de ser impulsora de esta forma sostenible de entender la ordenación paccionada de la sucesión *mortis causa*. Las ansias de recaudación mutan tanto la configuración sustantiva del pacto que se traspasan, confesamente, líneas bien marcadas en el Derecho de sucesiones. A fotografiar esta desnaturalización fiscal del pacto sucesorio se dedican las páginas que siguen, con la mirada puesta en la consecución de un completo y definitivo deslinde entre el pacto con eficacia de presente y la donación *inter vivos*, cuando ambas transmiten un bien singular.

II. LA SOLVENCIA DE LA SUCESIÓN CONTRACTUAL: ANCLAJE HISTÓRICO, FUNCIONALIDAD Y VERSATILIDAD AL SERVICIO DE UNA ORDENACIÓN *MORTIS CAUSA* ADAPTABLE Y DINÁMICA.

1. Arraigo histórico y racionalidad frente a veto y desconfianza.

• Leire Imaz Zubiaur
Profesora Agregada de Derecho Civil (acred. Titular) del Departamento de Derecho de la Empresa y Derecho Civil de la UPV/EHU. Correo electrónico: leire.imaz@ehu.eus.

El pacto es la más antigua herramienta de ordenación sucesoria. Anterior, incluso, a la aparición del testamento. Así lo revelan textos babilónicos cuneiformes del siglo VII antes de la Era Actual y textos provenientes del Derecho medo, asirio, griego y egipcio. El causante acordaba, ya entonces, con sus sucesores, el destino *post mortem* de su patrimonio: estos conocían y aceptaban, desde la consumación del acuerdo, la manera en que se iban a distribuir los bienes de la herencia. El consenso se alcanzaba, pues, en vida del *de cuius* y desplegaba sus efectos tras su fallecimiento[1].

Desafortunadamente, en la época clásica del Imperio Romano comenzó a tejerse el veto a la posibilidad de que el *de cuius* pactara los pormenores de su sucesión con sus eventuales sucesores. Se instauró, para ello, un principio determinante en torno a la voluntad de todo causante: *ambulatoria est enim voluntas defuncti usque ad vitae supremun exitum*. En virtud de este axioma, la voluntad del causante debía ser, siempre, mutable hasta su muerte, sin posibilidad de vincularla a la de sus sucesores, de forma irrevocable, mediante un pacto bilateral. Es cierto que, pese a la enunciación del principio prohibitivo, se permitieron, posteriormente, en el ordenamiento romano, claros supuestos de diseño sucesorio pactado; pero, pese a su arraigo, progresivamente fueron desapareciendo. ¿A qué se debió, ya entonces, aquel empeño por prohibir la sucesión pactada entre el causante y sus sucesores?[2] En realidad, desde un prisma histórico, la voluntad del individuo como fuente creadora de relaciones jurídicas no había encontrado graves dificultades para hacerse hueco en la esfera de los actos *inter vivos*. Sin embargo, dicha voluntad no había obtenido el mismo reconocimiento de eficacia cuando se proyectaba hacia el futuro, de manera que sus efectos fueran a producirse sólo después de la muerte del que la emitía, cuando éste ya no estuviera. Por ello, y ante la carencia de instrumentos jurídicos específicos para dicha función de prolongar, hasta después de la muerte, los efectos de la voluntad declarada en vida, es comprensible que

1 Villafuerte, A.: "La sucesión contractual", *ADEQ*, Bolivia, 2007, p. 19. (https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwj-lP-ckuf7AhU-DU6QEHZw1Ad0QFnoECA4QAQ&url=https%3A%2F%2Fermoquisbert.tripod.com%2Fsuc%2F03.pdf&usg=AOvVaw3MdtEPlDMia33XAJMm9P4B)

2 "Es así que el Derecho clásico rechazaba determinados tipos de pactos sucesorios, siempre por concretas razones de congruencia jurídica, junto a motivaciones de carácter moral, dirigidas a evitar asechanzas contra la vida de los causantes, y a eliminar los *captatores hereditatum*; fue por ello por lo que se consideró en esta época el contrato hereditario como contrario a las buenas costumbres y a la moral, -*contra bonos mores*-, otras veces como contrarios al orden público o a las leyes romanas y consiguientemente, nulo. Muy posiblemente, tal postura negativa, no sólo obedeció a razones morales, sino también a otras de técnica jurídica intuidas con más o menos claridad; al ser las disposiciones de última voluntad la resultante de la suma de dos elementos, la voluntad y la muerte, actúa en ellos esta última como una condición, de tal manera que, mientras vive quien emitió la voluntad, esta carece de eficacia, y no es de extrañar que ello inclinase a los juristas romanos a repudiar todo lo que inmovilizase la *voluntas mortis causa*, ya fuese el testamento con cláusula de irrevocabilidad, ya fuese el contrato sucesorio" (Belda Mercado, J.: "La sucesión contractual en el Derecho romano vulgar: los pactos sucesorios", https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiDw5HXmOf7AhW_UKQEHSbIDRUQFnoECAsQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.boe.es%2Fbiblioteca_juridica%2Fanuarios_derecho%2Fabrir_pdf.php%3Fid%3DANU-R-2021-80256702578&usg=AOvVaw2r0F7nflPGAZei12xtUZeM) .

el diseño de la sucesión *mortis causa* comenzara a plasmarse, en los primeros albores de la historia del Derecho, mediante instituciones ya consagradas, de corte bilateral, como la compraventa y la adopción, en las que cabía invocar la concurrencia entre las voluntades otorgantes[3].

Con el tiempo, para el diseño de la sucesión *mortis causa* se fue reconociendo la eficacia de la voluntad unilateral, manifestada en un nuevo instrumento jurídico[4]: el testamento, llamado a surtir sus efectos, únicamente, a partir de la muerte del testador. En vida de éste, la voluntad que, en su caso, se hubiera declarado, no alcanzaba eficacia de ningún tipo. Bajo la máxima que proclamaba la obligada ambulatoriedad de la voluntad testamentaria, el testador podía variar su diseño sucesorio cuantas veces deseara hasta el final de sus días. Se creía, entonces, que si el causante pactaba su sucesión con los sucesores que iban a beneficiarse del acuerdo, éstos querrían (e incluso provocarían) su pronta muerte; para recibir, cuanto antes, la porción de bienes acordada. Así pues, en los ordenamientos muy influenciados por el Derecho romano, este principio de ambulatoriedad o mutabilidad de la voluntad del causante se protegió celosamente, durante siglos; rechazándose, con carácter general (y algunas excepciones[5]), las figuras que provocaban y exigían la inmutabilidad de la voluntad *mortis causa*, señaladamente, los pactos sucesorios[6].

Por el contrario, muy distinta fue la trayectoria evolutiva de los pactos sucesorios en los Derechos germánicos[7]; pues, siendo éstos esencialmente consuetudinarios, posibilitaron que la sucesión paccionada fuera admitida con carácter general en sus ordenamientos jurídicos. De esta forma, quedó dibujada

3 Imaz Zubiaur, L.: "La sucesión paccionada", *Manual de Derecho civil Vasco*, Atelier, Barcelona, 2016, pp. 344 y ss.

4 Rivas Martínez, J. J.: *Derecho de sucesiones Común y Foral*, 3ª edición, tomo II, volumen 2, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 1547 y ss.

5 Cita las excepciones, Castán Vázquez, J. M.: "Notas sobre la sucesión contractual en el Derecho español", *Anuario de Derecho Civil*, 1964, pp. 367 y ss.: a) La división de los bienes realizada por el padre entre sus hijos y descendientes; b) El pacto recíproco de sucesión entre militares; c) La donación *mortis causa*; d) El pacto sobre sucesión de una persona extraña siempre que ésta prestara su consentimiento, sin revocarlo hasta la muerte. Las excepciones continuaron manteniéndose en Las Partidas, al volcarse el principio general prohibitivo romano de la sucesión contractual".

6 Ampliamente, Imaz Zubiaur, L.: *La sucesión paccionada en el Derecho Civil Vasco*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 33 y ss.

7 "El disfavor que mostraba el Derecho romano hacia los contratos sucesorios se manifiesta en la Constitución de Justiniano (C.2.3.30), conocida por *De quaestione*, que consideraba «odiosos» este tipo de pactos por representar un peligro para la vida de la persona de cuya sucesión se trataba (*votum captandae mortis*), así como por su abierta contradicción con la omnímoda libertad de testar, si bien el Derecho bizantino postjustinianeo pareció acoger un criterio más permisivo con la contratación sucesoria. Por el contrario, el Derecho germano admitió la validez de la sucesión contractual, lo que respondía a una concepción colectiva y familiar de la propiedad, favoreciéndose así la conservación íntegra del patrimonio de la familia a través de las sucesivas generaciones. Así, se admitió una institución equivalente al nombramiento contractual de heredero, como fue la denominada «*affatomie*» recogida en las Leyes Sálica y Ripuaria o el llamado «*thinx*» reconocido en la ley lombarda" (Olmedo Castañeda, F. J.: "Prohibición de los pactos sucesorios en el Derecho común: cuestionamiento de su *ratio legis*. Propuesta para su admisibilidad", *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXII, fascículo II, 2019, pp. 447 a 484).

una dualidad de regímenes respecto de la admisión de los pactos sucesorios: de una parte, el "sistema latino", que vetaba la sucesión contractual, aunque toleraba, excepcionalmente, algunos pactos otorgados por razón de matrimonio[8]; y, de la otra, el "sistema germano", que admitía ampliamente los pactos sobre la sucesión. Esta dualidad de sistemas perdura en nuestros días, aunque con contornos más difuminados. Las legislaciones contemporáneas siguen direcciones diferentes respecto de la permisión y regulación en materia de sucesión contractual. En el marco de la Unión Europea, son varios los países cuyos ordenamientos civiles contemplan regulaciones en torno a la sucesión paccionada: Estonia, Letonia, Alemania, Chequia, Hungría, Austria y Suiza, con carácter general; Polonia, Portugal, Dinamarca, Noruega, Bélgica y Francia, con carácter excepcional. Son más, sin embargo, los que prohíben contratar con la herencia futura: Chipre, España, Croacia, Lituania, Países Bajos, Rumanía, Eslovaquia, Suecia, Bulgaria, Grecia, Luxemburgo, Malta, Eslovenia y Finlandia[9]. Con todo, en el ámbito del Estado español la regla prohibitiva no habita en Cataluña, Baleares, Galicia, Aragón, País Vasco y Navarra, que recogen la sucesión contractual en sus legislaciones civiles autonómicas[10].

Descendiendo al territorio vasco, la admisión y regulación de la sucesión contractual no ofrece dudas. Inicialmente, son los Fueros de francos o Fueros breves, concedidos por reyes o señores a núcleos urbanos de tierras vascas, los que, confiriendo a partir del siglo XIII un estatuto privilegiado a dichas villas, al objeto de repoblarlas, provocan que la Tierra Llana o zona rural se dote de textos jurídicos que plasmen por escrito el Derecho consuetudinario del lugar, para compensar el desequilibrio que surge entre las urbes y el campo. Así pues, guiados por el propósito de mantener vivo el Derecho propio de la Tierra Llana, se promulgan, en Bizkaia, el *Fuero Viejo de 1452*, el *Fuero de las Encartaciones de 1503* y el *Fuero de Durango* [de fecha desconocida, siglo XIV][11]. En 1574 se produce la fusión de los tres enclaves territoriales vizcaínos en el seno del *Fuero Nuevo de 1526* [Bizkaia nuclear, Duranguesado y Encartaciones]. El *Fuero de Ayala de 1373* y el *Fuero General de Navarra de 1394* son, asimismo, exponentes de dicha foralidad

8 García Rubio, Mª. P.: "Pactos sucesorios en el Código Civil", en Gete-Alonso y Calera, Mª. C. (dir.) y Solé Resina, J. (coord.): *Tratado de Derecho de Sucesiones (Código Civil y normativa civil autonómica),* tomo I, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 1260-1263.

9 La información relativa a los instrumentos de ordenación sucesoria admitidos en las legislaciones internas de los Estados que pertenecen a la Unión Europea se obtiene del Portal Europeo de Justicia: https://e-justice.europa.eu/content_succession-166-ni-es.do?member=1

10 Gil Rodríguez, J.: "La sucesión contractual como medio de protección de las personas con discapacidad", en Pérez de Vargas Muños, P. y Pereña Vicente, M. (coords.): *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, volumen I, Wolters Kluwer España, 2011, pp. 739 y ss.

11 Labayru y Goicoechea, E. J.: *Historia General del Señorío de Bizcaya*, tomo II, Biblioteca de la Gran Enciclopedia Vasca, Bilbao, 1968, p. 147. También, Tomás y Valiente, F.: *Manual de Historia del Derecho español*, 4ª edición, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 253 y ss. Asimismo, Lalinde Abadía, J.: "El sistema normativo vizcaíno", *Congreso de Estudios Históricos. Vizcaya en la Edad Media (Bilbao, 17-20 diciembre 1984)*, Eusko Ikaskuntza, Donostia, 1986, p. 121. Con precisión, Galicia Aizpurua, G. H.: *Legítima y troncalidad: la sucesión forzosa en el Derecho de Bizkaia*, Marcial Pons, Madrid, 2002, pp. 30 y 31.

vasca, reguladora de la sucesión paccionada como instrumento de ordenación sucesoria. También los guipuzcoanos la emplean en la práctica jurídica, a tal efecto, durante siglos, pese a no contar con un texto escrito que recoja su normativa como el resto de los territorios[12].

El pacto sucesorio ya es, en la época medieval, un contrato suscrito entre la pareja que regenta el caserío heredado de los padres o abuelos de uno de ellos y el descendiente elegido para subrogarse en su dirección. Un acuerdo que, de forma ágil y dinámica, sella el paso de la casa de una generación a otra: sin interrupciones, sin vacíos. El descendiente elegido ya ha aprendido todo lo necesario para llevar el peso de la casa, de manos de quien se la transmite mediante el pacto. Se sintonizan la continua productividad de la explotación familiar y el recién llegado reemplazo de su dirección. Por eso, el pacto se suscribe, normalmente, en el marco de las capitulaciones matrimoniales que firman los jóvenes esposos al casarse[13]. Y toma forma de *donación*, ya que el concepto de pacto sucesorio no existe en aquella época. El 'donante' de los fueros es el dueño actual de la casa heredada por sus padres; el 'donatario' es, a su vez, el descendiente elegido para ser el siguiente eslabón en la cadena transmisora del caserío familiar. El dueño actual o 'donante' es, en realidad, el causante. El 'donatario' es, entonces, el heredero. El llamado *sucesor en vida*. Mediante el pacto suscrito por ambos, el heredero recibe, en vida del causante, la propiedad del caserío familiar, a cuenta de la herencia de aquél. Sus hermanos y hermanas, si los tiene, quedan apartados, necesariamente, de la sucesión. Por lo general, acuerdan que la pareja que cede ahora la propiedad del caserío continuará viviendo en él hasta su fallecimiento, y la nueva pareja lo dirigirá, extrayendo los recursos económicos necesarios para sostener a todo el grupo doméstico que convive bajo el mismo techo. La nueva pareja deberá tener hijos, ya que, si no es así, el pacto sucesorio quedará sin efecto y se suscribirá otro con un hermano o hermana del primer elegido que sí tenga descendencia apta para continuar con la regencia de la casa familiar[14]. Este es el molde clásico de un

12 Para el análisis del Fuero de las Encartaciones, Escarzaga, E.: *Avellaneda y la Junta General de las Encartaciones*, Bilbao, 1927, pp. 27 y ss., y Etxebarria Mirones, J. y T.: *Tradiciones y costumbres de las Encartaciones*, Bilbao, 1997, pp. 270 a 274. En lo tocante al Fuero de Durango, Díez De Unzueta, I.: "Comentario jurídico al Fuero Antiguo de la Merindad de Durango", *Cuadernos de Historia Duranguesa*, Caja de Ahorros Vizcaína, Bilbao, 1983, pp. 46 y 47. Para Ayala y Navarra, SalinaS Quijada, F.: *Estudio comparativo del Derecho ayalés y navarro*, Diputación Foral de Álava, 1984, pp. 137 y ss.; para Ayala, concretamente, Uriarte Lebario, L. M.: *El Fuero de Ayala*, Imprenta de los Hijos M. G. Hernández, Madrid, 1912, pp. 115 y 116. El análisis del territorio guipuzcoano nos lo ofrece, Navajas Laporte, Á.: *La ordenación consuetudinaria del caserío guipuzcoano*, Donostia, 1975, pp. 148 y ss.

13 Monasterio Aspiri, I.: *Los pactos sucesorios en el Derecho vizcaíno*, Universidad de Deusto, Diputación Foral de Bizkaia, Bilbao, 1994, pp. 92 y 93; De Echegaray, B.: "Significación jurídica de algunos ritos funerarios del País Vasco", *RIEV*, tomo 16, 1925, pp. 94 a 118 y 184 a 222. Asimismo, Martín-Ballestero y Costea, L.: *La casa en el Derecho aragonés*, Artes Gráficas E. Berdejo Castañal, Zaragoza, 1944, pp. También, Poumerade, J.: "Algunos elementos del Derecho Privado Nordpirenaico", I Jornadas de Derecho Privado Vasco (San Sebastián, 1990), *Cuadernos de Sección de Derecho*, núm. 8, Eusko Ikaskuntza, Donostia, 1993, pp. 29 y ss. Igualmente, Yabén y Yabén, H.: *Los contratos matrimoniales en Navarra y su influencia en la estabilidad de la familia*, Madrid, 1916, pp. 21 y ss.

14 Monasterio Aspiri, I.: *Los pactos sucesorios*, cit., p. 93. Galicia Aizpurua, G. H.: *Legítima y troncalidad…*, cit., pp. 164 y 165. Asimismo, Imaz Zubiaur, L.: *La sucesión paccionada*, cit., p. 165, nota 235.

pacto sucesorio; concebido, desde las necesidades más reales del ámbito rural, para la perpetuación de la integridad e indivisibilidad del patrimonio troncal en su tránsito generacional. Ágil y dinámico: consumado -a falta de la consolidación que opera a la muerte del causante-, en vida de éste, para que pueda enseñar al heredero elegido cómo asumir la dirección de la casa y el relevo se produzca, de este modo, sin solución de continuidad.

A mediados del siglo XX, la detallada y prolija regulación de nuestros textos forales se ve diluida en la parca regulación que los Proyectos de Apéndice de 1900 y 1928 y la Compilación de Bizkaia y Álava de 1959 brindan a la sucesión contractual[15]. El legislador navarro confeccionará, por su parte, en 1973, el vigente Fuero Nuevo de Navarra, admitiendo y regulando la sucesión contractual, en coherencia con sus sólidos precedentes normativos. Gipuzkoa continúa, asimismo, sin soporte legal alguno que plasme, por escrito, la constatada utilización de la sucesión paccionada como instrumento de ordenación sucesoria al servicio de la integridad e indivisibilidad del patrimonio familiar en el traspaso generacional. Este escenario normativo se altera, de manera significativa, con la promulgación de la Constitución Española de 1978 y merced a la letra de su art. 149.1.8ª[16], permitiendo que el Parlamento Vasco apruebe, en 1992, la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco, reformada para Gipuzkoa, mediante la Ley de 16 de noviembre de 1999. La iniciativa legislativa más reciente culmina con la aprobación, por el Parlamento Vasco, de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco; que deroga las Leyes de 1992 y 1999, reeditando, con mayor depuración técnica, la regulación de la sucesión contractual contenida en la predecesora Ley de 1992[17].

15 Celaya Ibarra, A.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, tomo XXVI, *Compilación de Vizcaya y Álava*, Edersa, Madrid, 1978, pp. 129 y ss.

16 Delgado Echeverría, J.: "Los Derecho Civiles Forales en la Constitución", *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 3, 1979, pp. 643 y ss.; García Cantero, G.: "Por una interpretación del artículo 10.5 del Estatuto vasco", *Primer Congreso de Derecho Vasco: Actualización del Derecho civil*, 16-19 de diciembre de 1982, Oñate, 1983, pp. 289 y ss.; Rubio Torrano, E.: "El artículo 149.1.8ª de la Constitución y la reciente jurisprudencia doctrinal", *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 15, 1993, pp. 312 y 313; Zabalo Escudero, M. E.: "Pluralidad legislativa y conflictos de leyes internos en el ordenamiento español", *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz 1994*, UPV/EHU, Tecnos, 1995, pp. 278 a 284; Asúa González, C. I., Gil Rodríguez, J. y Hualde Sánchez, J. J.: "El ejercicio de la competencia en materia civil por parte de la Comunidad Autónoma del País Vasco", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 2, 1994, pp. 9 y ss. y "Situación actual y perspectivas de futuros del Derecho civil vasco", *Derechos Civiles de España*, I, Rodrigo Bercovitz y Julián Martínez-Simancas (dir.), Pamplona, 1999, pp. 141 y ss.; Gil Rodríguez, J.: "Qué son los Derechos civiles forales", *La Tierra de Ayala*, Actas de las Jornadas de Estudios Históricos en conmemoración del 600 Aniversario de la construcción de la Torre de Quijana, Diputación Foral de Álava, 2001, pp. 285 y ss.; Cardona Guasch, O.: "Semblanza del Derecho civil de las Comunidades Autónomas. Reflexiones sobre la evolución del Derecho civil español a partir de la Constitución de 1978", *InDret*, núm. 4, 2019, p. 13. Más recientemente, Asúa González, C. I.: "Conexión y bases de las obligaciones contractuales: a propósito de la STC 123/2019", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 37, 2020, pp. 235 y ss.

17 Imaz Zubiaur, L.: "El pacto sucesorio en el Derecho Civil Vasco", en Gete-Alonso y Calera, Mª. C. (dir.) y Solé Resina, J. (coord.): *Tratado de Derecho de Sucesiones (Código Civil y normativa civil autonómica)*, tomo I, Thomson-Civitas Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 1471-1498 (2ª edición, revisada y actualizada, 2016).

Por el contrario, muy distinto es el escenario normativo del pacto sucesorio en el Código civil de 1889[18]. El Código civil es contrario a la admisión de los contratos sucesorios, pues se halla inspirado en el propio criterio prohibitivo de los mismos, adoptado por el Derecho romano. Aunque anteriormente no faltaran concretas prohibiciones de determinados pactos, hay que datar en Las Siete Partidas de Alfonso X El Sabio -que vierte al Derecho castellano las esencias romanas y canónicas-, la aversión del ordenamiento castellano hacia la sucesión pactada, pese a su aún frecuente uso en el ámbito rural[19]. Lo manifiesta, claramente, el actual art. 1.271.II CC: "Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056". En lo relativo a la eventual admisibilidad, por parte de dicho precepto, de la partición *inter vivos* del art. 1056, la mayoría de la doctrina apuesta por configurarla, no como un pacto sucesorio, sino como una partición sin las formalidades propias de los testamentos, y sin carácter contractual. La intervención de los herederos en la partición no conlleva su contractualización; será siempre un negocio jurídico unilateral del causante.

Adentrándonos en las razones de la regla general prohibitiva de los pactos sucesorios contenida en el Código civil y sus antecedentes inmediatos, una de las más alegadas ha sido -además de la inalterabilidad de un sistema férreo de legítimas individuales y milimetradas-, precisamente, el carácter irrevocable de los mismos, argumentando la conveniencia de que el causante conserve la libertad dispositiva *mortis causa* hasta el último de sus días. No obstante, ha de tenerse en cuenta que, aunque los pactos sucesorios pudiesen ser revocables, la regla del art. 1271.II del Código civil no proclama el veto en función de la revocabilidad o no del pacto: se prohíbe, sin ulteriores matizaciones, el contrato sobre herencia futura en razón de la peculiaridad de su objeto. La regla general prohibitiva del art. 1271.II del Código civil encuentra apoyo en otros preceptos del mismo cuerpo legal[20]: el art. 991, al exigir, para aceptar o repudiar la herencia, la certeza de la muerte de la persona a quien se haya de heredar; el art. 816, estableciendo que toda renuncia o transacción sobre la legítima futura entre el que la debe y sus herederos forzosos es nula; el art. 1674, que parece excluir la comunicación entre los socios de una sociedad universal, de los bienes que adquieran luego por herencia o legado y el propio art. 658, que veta la posibilidad de que la sucesión se defiera por pacto. Como excepciones a esta regla prohibitiva de los pactos sucesorios, el Código civil reconoce, hoy, la validez de varios contratos sobre la futura sucesión: 1) La mejora por contrato oneroso celebrado con un tercero o

18 Cremades García, P.: *Sucesión mortis causa de la empresa familiar: la alternativa de los pactos sucesorios*, Dykinson, Madrid, 2014, p. 16.

19 Oñate Cuadros, F. J.: "Un cambio de paradigma: Los pactos sucesorios", *Egiunea. Revista del Colegio Notarial del País Vasco*, núm. 8, noviembre 2020-enero 2021, pp. 21 y ss.

20 Imaz Zubiaur, L.: *La sucesión paccionada*, cit., p. 93, nota 125.

realizada en capitulaciones matrimoniales 2) La promesa de mejorar o no mejorar hecha en escritura pública de capitulaciones matrimoniales; 3) La donación por razón de matrimonio de bienes futuros para caso de muerte[21]. En estos tres tipos, el pacto tiene por objeto una herencia futura, pero el carácter de verdadero pacto o contrato sucesorio se da, propiamente, cuando la promesa de mejorar o no mejorar, la mejora actual o de presente, y la donación entre cónyuges de bienes futuros, se otorgan en capitulaciones matrimoniales, así como también si la mejora tiene lugar en contrato oneroso celebrado con tercero; ya que, entonces, tales acuerdos devienen -por su bilateralidad- irrevocables, concurriendo la nota característica de los contratos.

2. Naturaleza *mortis causa* del pacto con independencia del tipo de atribución patrimonial aparejada a la designación sucesoria.

Como se desprende del encuadre histórico del pacto sucesorio, se configura éste, durante siglos, como un instrumento de ordenación sucesoria destacadamente adaptable a las necesidades que muestra la sociedad rural a la hora de consumar la transmisión generacional e indivisa del patrimonio familiar. El traspaso indiviso de dicho acervo lo procuran -por ejemplo, en Bizkaia- tanto el principio troncal como la legítima amplia y colectiva en favor de la descendencia; contando el *de cuius*, ya desde la época anterior a los Fueros (son éstos los que dan cuenta de la práctica jurídica que por costumbre se viene desarrollando, desde tiempos remotos, en los traspasos sucesorios) con la posibilidad de elegir a un solo sucesor, apartando al resto. Este sistema de heredero único es un elemento clave de los ordenamientos civiles que se ubican en la órbita pirenaica, ya que tratan de evitar, a toda costa, la desintegración -por fraccionamiento- del patrimonio familiar que garantiza, en la mayoría de los casos, la supervivencia del grupo doméstico que lo regenta. El pacto sucesorio entra en esta ecuación, precisamente, para determinar el momento y la forma en la que esa transmisión tiene lugar, de cara a optimizar el relevo generacional.

¿Por qué un contrato y no un testamento? ¿Qué ventaja tiene la vía contractual en este contexto jurídico? En efecto, solo la vinculación que emerge de la bilateralidad del pacto permite asegurar al sucesor que se vuelca con el causante (y, en su caso, también con su consorte) en el aprendizaje intensivo de las tareas

21 Blasco Gascó, F. P.: *La mejora irrevocable (Análisis de la mejora ordenada por capitulaciones matrimoniales o por contrato oneroso celebrado con un tercero)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, pp. 202 y ss.; Espejo Lerdo De Tejada, M.: *La sucesión contractual en el Código civil*, Universidad de Sevilla, Madrid, 1999, pp. 262 y ss.; Lacruz Berdejo, J. L y Sancho Rebullida, F. A.: *Derecho de sucesiones*, tomo I, *Parte general. Sucesión voluntaria*, Bosch, Barcelona, 1971, pp. 725 y ss. Sobre la que fue (también) excepción del art. 177 CC, derogado en virtud de la Ley 7/1970, de 4 de julio, de modificación del capítulo V del título VII, del libro I del Código civil sobre adopción, De Los Mozos, J. L.: "Adopción y pacto sucesorio", *Revista de Derecho español y americano*, núm. 22, 1968, pp. 11 y ss. En torno a la sucesión paccionada relacionada con las donaciones de bienes futuros entre cónyuges, Puig Peña, F.: "La donación matrimonial de bienes futuros", *Estudios de Derecho Civil en honor del Profesor Castán Tobeñas*, tomo IV, Ediciones Universidad de Navarra, Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 375 y ss.

que conlleva la regencia integral del patrimonio familiar. El pacto ofrece, a falta de su definitiva consolidación a la muerte del causante[22], la seguridad de que -si no se aparta del guion- será ese sucesor el que finalmente herede el patrimonio en el que lleva años trabajando. El causante, a su vez, consigue lo que pretende: asegurarse, como lo hicieron sus progenitores con él, décadas antes, la continuación íntegra del acervo que recibió. No puede descuidarse la ventaja que supone, para ambos, para la familia al completo, la comunidad vital que surge tras el pacto: heredero y consorte se sitúan, como 'amos nuevos' al frente del trabajo más duro de la casa, mientras aprenden de los 'amos viejos' la gestión y regencia del patrimonio. Los 'amos nuevos' tienen descendencia para continuar con la cadena de transmisión[23] y los 'amos viejos' mueren en casa, atendidos hasta sus últimos días. Para cuando éstos fallecen, el relevo ya ha tenido lugar. La designación sucesoria contenida en el pacto en favor del sucesor -generalmente a título universal- adquiere plena firmeza y no requiere de delación ni aceptación *post mortem*, toda vez que esta fase ya ha sido consumada mediante el contrato. Se trata, pues, de adelantar los efectos de la ordenación sucesoria al momento en el que causante y sucesor emprenden juntos, con sus respectivos consortes, el camino de la enseñanza-aprendizaje; del relevo. El causante ya sabe que, antes de morir, debe dejar preparado a su continuador. Sobra decir que ese mismo deseo es perfectamente trasladable al contexto socio-económico actual; especialmente, en lo que concierne a la transmisión indivisa de patrimonios y empresas (familiares) productivas[24].

El testamento, en cualquiera de sus modalidades, no puede garantizar, de la misma manera, que el relevo se produzca antes de la muerte del causante; ofreciendo seguridad, a ambas partes, de que el patrimonio seguirá unido,

22 Lacruz Berdejo, J. L., Sancho Rebullida, F. A., Luna Serrano, A., Delgado Echeverría, J., Rivero Hernández, R. y Rams Albesa, J.: *Elementos de Derecho civil*, tomo V, *Derecho de sucesiones*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 52, 53 y 423. Asimismo, Puig i Ferriol, L.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, tomo XXVII, volumen 2º, 2ª edición, Edersa, Madrid, 1990, pp. 132 y ss.

23 Martínez Sarrón, A.: "En torno a la familia foral", *Revista de Derecho Privado*, 1964, pp. 380 y ss.; Balparda y De Las Herrerías, G.: *El Fuero de Vizcaya en lo civil*, Bilbao, 1903, p. 28; García Royo, L.: *La Foralidad civil de las Provincias vascongadas*, tomo II, Vitoria, 1952, p. 67. En la misma línea, Jado y Ventades, R.: *Derecho civil de Vizcaya*, 2ª edición aumentada y comparada con el Proyecto de Apéndice al Código civil redactado por la Comisión Especial de Vizcaya y Álava, Casa de Misericordia, Bilbao, 1923, p. 221.

24 Propone el autor la admisión de la sucesión contractual en el ámbito del Código civil. Para ello, entre otras cosas, alude a la funcionalidad del pacto en la transmisión sucesoria de la empresa familiar. Ofrece, sin duda, datos de interés: "Así, en España el 85 por ciento del total de las empresas españolas son familiares y generan el 70 por ciento del empleo privado y del Producto Interior Bruto. Por su parte, en la Unión Europea el 60 por ciento de las empresas son familiares, lo que representa una cifra de 17 millones de empresas que generan 100 millones de empleos. Y en Estados Unidos el 80 por ciento de las empresas tienen la condición de familiares y producen el 50 por ciento del empleo. Un último dato que debe tenerse en cuenta es que el 80 por ciento de las empresas del mundo son familiares, según las estadísticas manejadas por la Family Business Network (FBN). Fuente de información: Instituto de la Empresa Familiar (www.iefamiliar.com). Véase, asimismo, www.fbn-i.org" (Olmedo Castañeda, F. J.: "Prohibición de los", cit., p. 10, nota 18). Cita el autor, como referencias: Fernández Gimeno, J. P. y Reyes López, M. J.: *La empresa familiar*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 172 y Tena Arregui, R.: *Organización de la empresa familiar: perspectivas estática y dinámica*, Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2006, p. 36. En esta línea, Albiez Dohrmann, K. J.: "Disposiciones patrimoniales en vida para después de la muerte", Garrido Melero, Melero y Fugardo Estivill, José María (dir.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos,* tomo II, Bosch, Barcelona, 2005, p. 589.

productivo y bien atendido. La vinculación contractual favorece, justamente, esa etapa anterior; con la garantía de que, a la muerte del causante, no habrá cambios en la decisión tomada si el rumbo permanece inalterado. En estos contextos en los que la indivisibilidad del acervo familiar es una cuestión de supervivencia, de poco sirven los principios que proclaman la necesaria ambulatoriedad de la voluntad del causante como alarde de la libertad que éste debe conservar, hasta su muerte, para mutar, su diseño sucesorio, cuantas veces estime oportuno. ¿No es, acaso, el propio pacto, un ejercicio de esa misma libertad? ¿Por qué proscribir la vinculación contractual en materia sucesoria si es dicha 'atadura', precisamente, la que evita que el relevo en la regencia del patrimonio tenga que hacerse tras la muerte del causante y sin la participación de éste? La desconfianza basada en las intenciones que tendrían los sucesores designados mediante pacto, para adelantar el momento del fallecimiento del causante, carece de fundamento. Al contrario: más garantías tendrá el sucesor designado mediante contrato -de que será él quien se quede, finalmente, con el patrimonio que ha ido regentando con la ayuda del causante- que el designado en testamento; toda vez que éste con más razón podría tratar de evitar el cambio de opinión del *de cuius* y la consiguiente revocación del nombramiento testamentario[25].

Las reticencias hacia el pacto sucesorio no terminan con ese débil argumento. Desde el punto de vista técnico, la ingeniosa fusión que se produce entre su naturaleza *mortis causa* y su plasmación contractual también ha generado controversia. Algunos estudiosos lo han tachado, por su proximidad histórica respecto de la donación y su frecuente envoltorio capitular, como un negocio jurídico de naturaleza híbrida; *inter vivos* y *mortis causa*, al mismo tiempo. El hecho de que el contrato sucesorio se perfeccione en vida del causante y procure efectos

25 Son varias y destacadas las razones que aconsejan la admisión, la regulación y el fomento de la sucesión contractual. Las enumera Oñate Cuadros, F. J.: "Un cambio de", cit., pp. 22 y ss.: 1) Planificación anticipada de la sucesión ordenándola en un momento en que el causante goza de plenas facultades psíquicas, tanto cognitivas como volitivas, sin quedar al albur de un testamento de última hora hecho bajo presiones de todo tipo de personas cercanas o de aluvión, evitándose posibles captaciones de voluntad; 2) Regulación de la contribución de los miembros de la familia a subvenir sus necesidades personales y económicas, incluyendo la prestación no lucrativa de servicios de asistencia personal. El pacto sucesorio permite integrar de forma armónica figuras como los vitalicios o prestaciones de alimentos, también introducidas en el Código civil por la Ley 41/2003; 3) Ordenación con total certeza, validez y eficacia jurídicas de la sucesión en los patrimonios productivos, ya sean pequeñas empresas familiares, ya patrimonios complejos; 4) Servir como instrumento eficaz para dar solución a la sucesión por causa de muerte en familias con problemas personales o patrimoniales complejos, facilitando el encuentro y acuerdo equilibrado entre los interesados en su resolución, evitando su enquistamiento y que años después surjan agravados por la irrupción violenta de emociones y sentimientos reprimidos una vez que los padres faltan; 5) Proteger eficazmente el patrimonio del instituyente frente a decisiones contrarias a sus propios intereses inducidas por terceros, sin necesidad de acudir a procedimientos de incapacitación potencialmente penosos y desagradables y de resultado incierto. En este sentido, el asentamiento, esperemos que definitivo, del principio de autorregulación de la persona para el caso de que en el futuro requiera de apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica en el que se asienta la Convención de Nueva York de apoyo a las personas con discapacidad y el Proyecto de Ley actualmente en trámite parlamentario va a permitir, allá donde se admitan, un uso del pacto sucesorio, tanto en favor de los propios contratantes como de terceros establecer un régimen vinculante perfectamente adaptado a las necesidades específicas de cada persona; 6) Asegurar el reintegro de las deudas contraídas por el causante frente a las personas físicas o jurídicas que financien las necesidades vitales de las personas mayores dependientes, con los rendimientos económicos correspondientes.

de presente -no solo en lo que a la designación sucesoria se refiere, sino, también, a la eventual transmisión de la propiedad de lo atribuido al sucesor-, ha generado, sin duda, una buena dosis de inquietud. Sobre todo, ya más recientemente, cuando el objeto de la atribución sucesoria contractual es un bien singular. Esta última perspectiva es la que provoca, de hecho, la desnaturalización conceptual del pacto en la normativa fiscal, a los efectos de evitar conductas fraudulentas. Con todo, sintetizo mi posicionamiento en torno a las cuestiones planteadas:

- La naturaleza del pacto es, exclusivamente, sucesoria. Se ubica en el lado de los negocios jurídicos *mortis causa* porque, si bien el fallecimiento del causante y, con ello, la apertura de su sucesión, forma parte del supuesto de hecho del pacto -toda vez que el designado sucesor no ostentará, hasta el deceso del *de cuius*, un pleno y definitivo derecho sobre lo atribuido por aquél-, las disposiciones contenidas en su *corpus* desplegarán, siempre, sus efectos, con cargo al caudal relicto; sin perjuicio de que se haya anticipado, al momento de la celebración del contrato, la entrega de la asignación sucesoria correspondiente al designado. No es, por tanto, un negocio híbrido. El hecho de que se perfeccione en vida del causante y expanda su eficacia desde el momento de la firma, no implica que se trate de un negocio *inter vivos*, porque todo lo atribuido en su virtud se transmite a cuenta de la herencia de aquél.

- El hecho de que, a lo largo de su extensa trayectoria histórica, el pacto sucesorio se haya otorgado mediante escritura pública de capitulaciones matrimoniales tampoco puede inducir a error: el empleo (ya pretérito) de la escritura capitular, para la plasmación notarial del pacto, ni convierte el pacto en negocio *inter vivos* ni transforma los capítulos maritales en negocio ordenador de la sucesión. Deslindemos, pues, pacto sucesorio de capitulaciones matrimoniales: solo el pacto es instrumento apto para ordenar la sucesión del causante; las capitulaciones matrimoniales únicamente se configuran como "soporte" o "marco" documental en el que dicha ordenación queda reflejada. El pacto sucesorio es, propiamente, el instrumento ordenador de la sucesión del *de cuius*; los capítulos maritales, sin embargo, uno de los documentos que puede llegar a contener en su seno el *corpus* de aquel pacto[26]. De ahí que resulte errónea la alusión diferenciada

26 "Las capitulaciones en las que se integre el pacto, podrán teóricamente ser las del instituyente o instituyentes o los del instituido. En el primer caso se trataría bien de instituciones entre los propios otorgantes de las capitulaciones o a favor de terceros -por ejemplo, los hijos y descendientes-, y en el segundo supuesto, que ha sido el tradicional y en el que generalmente se piensa, nos encontraríamos con que el instituyente concurre a las capitulaciones para realizar una designación sucesoria a favor de algunos de los otorgantes. ¿Por qué conectar, sin embargo, la satisfacción de los intereses que pueden subyacer en cualquiera de estas situaciones, y a las que el pacto atiende, a las capitulaciones matrimoniales? No siendo tal conexión una exigencia formal del sistema de la LDCFPV, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho catalán, y pudiéndose por tanto realizar pactos sucesorios en escritura pública, la vinculación entre pacto y capitulaciones en buena lógica únicamente -y no de forma necesaria- habrá de producirse cuando la designación venga determinada por el hecho del matrimonio. En estos casos cabe, quizás, sobre todo si se trata de la designación en una explotación familiar y hay eficacia traslativa de presente con pacto de comunidad de vida o reserva de usufructo, que se resuciten las tradicionales capitulaciones forales entendidas como constitución familiar; pero tampoco parece improbable, y esto dependerá de la práctica

al pacto sucesorio y a las capitulaciones matrimoniales como si ambas fueran dos formas distintas de ordenar la sucesión del causante. El pacto sucesorio es la única mención que cabe añadir a la del testamento, la ordenación por comisario y la ley. Las capitulaciones matrimoniales cumplen, en su caso, la mera función de albergar y vehiculizar un pacto sucesorio.

- El pacto sucesorio no es una donación. Esta es una asimilación que en la actualidad sigue generando confusión y duda. Siempre lo ha hecho. Y ya es hora de tomar medidas concretas para disiparlas. Es cierto que en los textos forales vascos del Medievo -y en muchos otros de la órbita pirenaica[27]- el pacto sucesorio ha sido descrito y regulado empleando el término "donación". Se ha utilizado, durante siglos, este término porque no había otro para hacer referencia al contrato sucesorio. No se acuñó el molde terminológico de "pacto sucesorio" hasta la etapa de las compilaciones, en la década de los sesenta del siglo XX[28]. Pero numerosos datos confirman que el negocio al que se referían los legisladores forales, empleando el término "donación", no era otro que el pacto sucesorio[29]. En los textos legales más modernos, incluidos los vigentes[30], los legisladores autonómicos todavía introducen disposiciones en las que advierten que determinadas donaciones se entenderán pactos sucesorios, en todo caso o salvo estipulación en contrario. Aún hay regulaciones que contemplan, expresamente, la donación universal de bienes -arrastrada hasta hoy, durante ocho siglos, desde los fueros más antiguos- para ilustrar un contrato sucesorio en toda regla[31]. Esta es, por tanto, la leña

notarial, que ello se reconduzca sin más a la idea de pacto. Idea a la que parece todavía más lógico que se recurra en los demás supuestos, que teóricamente pueden ser muchos. Y es que, existiendo la posibilidad de realizar un pacto sucesorio en escritura pública no es necesario recurrir a unas *"capitulaciones"* con contenido predominante o exclusivamente sucesorio. Por eso resulta hoy anacrónica la Exposición de Motivos de nuestra ley cuando señala que *"el caso más importante de sucesión pactada* es...*el que se establece en capítulos matrimoniales"*" (Asua González, C. I.: "Las formas de designar", cit., p. 213).

27 Imaz Zubiaur, L.: *La sucesión paccionada*, cit., pp. 73 y ss.

28 El primer texto que lo utiliza es la Compilación aragonesa de Derecho Civil, en 1967.

29 Imaz Zubiaur, L.: *La sucesión paccionada*, cit., pp. 73 y ss. En esta línea, a juicio de Galicia Aizpurua, G. H.: *Legítima y troncalidad*, cit., p. 182, en referencia a nuestros legisladores forales explica que "los propios redactores parecen aprehender ese matiz sucesorio cuando en la ley II, título XXIII, califican a los "donatarios" como *"sucessores en vida de los donadores"*. Y la misma idea reflejan expresiones tales como la de dar *"lo suyo en vida"*, empleada por las leyes I y II, título XXIII, y ley XVII, título XX, o al exigir que en las donaciones universales se satisfaga el requisito formal del apartamiento de los demás sucesores forzosos (ley XIII, título XX, que alude al supuesto de que se done una casería *"con todos sus pertenescidos y con todos los bienes muebles y rayzes"*". Al respecto, y confirmando el uso frecuente de estas fórmulas, Jado y Ventades, R.: *Derecho civil de*, cit., pp. 210 y ss.

30 Como botón de muestra, el propio art. 102 LDCV: "La donación *mortis causa* de bienes singulares se considera pacto sucesorio y también lo será la donación universal *inter vivos*, salvo estipulación en contrario". Igualmente, la ley 169 sobre el posible carácter irrevocable de la donación *mortis causa*. Asimismo, el art. 383 CDFA: *Carácter de las donaciones. 1. La donación universal de bienes habidos y por haber equivale a institución contractual de heredero, salvo pacto en contrario. 2. La donación mortis causa de bienes singulares tendrá el carácter de pacto sucesorio.*

31 Véanse, por ejemplo, la regulación navarra (Fuero Nuevo de 1973, *"De las donaciones para la familia y para la unidad y continuidad del patrimonio familiar"*, leyes 120 y siguientes) y la regulación balear (Compilación de 1990, arts. 8 y siguientes, sobre las *"Donaciones universales"*, recientemente derogados por la disposición derogatoria única de la Ley 8/2022, de 11 de noviembre, que entrará en vigor el 17 de enero de 2023, según determina su disposición final segunda; pero reeditados, en los arts. 6 y siguientes de la nueva norma, para Mallorca y Menorca).

que sigue alimentando la dificultad para delimitar la donación respecto del pacto sucesorio. Y, a nivel sustantivo, el deslinde es único y, al parecer, demasiado sutil: la donación transmite un bien a cuenta del patrimonio actual del titular y no efectúa nombramiento sucesorio alguno; el pacto sucesorio de institución, cuando su eficacia es de presente (es la única modalidad que genera incertidumbre), canaliza un nombramiento sucesorio, y, como mucho, transmite, en el momento, siempre a cuenta de la herencia del causante, la propiedad (provisional) de la asignación sucesoria que lleva aparejada dicho nombramiento.

- El pacto sucesorio de institución no lleva "incorporada" una donación, como se ha sugerido[32]. La transmisión patrimonial que, en su caso, efectúa el causante en favor del designado sucesor, en el marco de un pacto sucesorio con eficacia de presente, no es una "donación". La comprensión de dicha atribución patrimonial no exige acudir a la figura jurídica de la donación. La designación de sucesor, a título universal o particular, canalizada vía contrato sucesorio, puede llevar aparejada, en el momento de su otorgamiento, la transmisión de una serie de bienes y derechos a cuenta de la herencia (futura). Así, la designación sucesoria y la atribución patrimonial van de la mano, de forma inescindible. Ese nombramiento sucesorio es, justamente, la causa de la atribución de los bienes, esto es, la razón por la que ésta se lleva a cabo. Es voluntad de ambos contratantes la de nombrar al nuevo sucesor y la de recibir, en su caso, con adelanto, lo que, a cuenta de esa designación recibiría el sucesor tras la muerte del causante, si se trata de un pacto con eficacia diferida.

- La naturaleza exclusivamente sucesoria del pacto y el deslinde respecto de la figura de la donación no debe mutar, en ningún caso, en función de cuál sea el objeto de la asignación sucesoria cuya propiedad (provisional) se transmite, de presente, al nombrado sucesor. El pacto sucesorio no deja de serlo si lo que se transmite, a cuenta del caudal hereditario del causante, es un bien singular, en lugar de una cuota, una proporción o la totalidad de su patrimonio actual (y venidero, si al contrato se le dota de la "actuación intermitente")[33]. De hecho, es

32 http://www.forulege.com/default.cfm?atala=bloga_ikusi&id=1049.

33 Afirma, en este punto, Puig i Ferriol, L.: *Comentarios al Código*, cit., pp. 289 y 290, en relación al derogado art. 80-1 del texto compilado catalán, que "en cuanto a las modalidades que pueden darse en el heredamiento cumulativo, la proposición última del artículo 80-1 permite hacer todavía la subsiguiente subdistinción. El tipo que podría denominarse normal sería el de que, en el momento de ordenarse el heredamiento éste comporte además una inmediata transmisión a favor del heredero de los bienes que a la sazón tenga el heredante, con las excepciones antes referidas; por tanto, los bienes que después adquiera el heredante pasan a ser de su propiedad, y sólo los adquirirá el heredero en el momento de producirse la apertura de la sucesión con la muerte del heredante. Pero se admite también la posibilidad de que estos bienes que posteriormente adquiera el heredante pasen, desde tal momento, a ser propiedad del heredero, en virtud de lo que se ha venido en denominar "actuación intermitente" del heredamiento con respecto a los bienes que adquiera el heredante después del heredamiento (bienes futuros). Pero como semejante posibilidad se reputa más bien anormal, en cuanto limita gravemente la esfera patrimonial del heredante, el artículo 80-1 exige pacto expreso para que el heredamiento tenga tal carácter, lo cual deberá entenderse en el sentido de que la voluntad de las partes no ofrezca dudas en cuanto a esta actuación intermitente del heredamiento con respecto a los bienes futuros".

frecuente hallar, en las normas civiles que lo regulan, referencias al título universal o particular por el que puede ser nombrado el sucesor en un pacto sucesorio de institución. El designado sucesor puede serlo, por tanto, a título de herencia o a título de legado. No hay más títulos sucesorios que estos dos. La asignación patrimonial adjunta a dicho nombramiento podrá, por tanto, tratarse de una cosa concreta. Tanto en el caso de que el sucesor haya sido nombrado legatario como en el supuesto en que se trate de un heredero en cosa cierta[34]. Y no por ello el negocio ordenador mediante el cual el causante lo nombre dejará de ser pacto, si conserva todas las características de éste. Nadie sugiere que un testamento pierda tal condición cuando contiene una designación sucesoria a título particular. Resultaría impensable.

III. LA DESNATURALIZACIÓN CONCEPTUAL DEL PACTO SUCESORIO EN LA NORMATIVA FISCAL ATIENENTE AL IMPUESTO DE SUCESIONES Y DONACIONES.

1. Punto de partida: la Comunidad Autónoma del País Vasco es competente para mantener, establecer y regular su propio régimen tributario.

Tras la segunda Guerra Carlista se promulgó la Ley de 21 de julio de 1876, aboliendo los Fueros casi en su totalidad. Cánovas del Castillo, entonces Presidente del Gobierno del Estado, impuso a las provincias, a través de dicha Ley, el pago de una cantidad de dinero a la Hacienda estatal y la aportación de hombres "a las quintas". Las Diputaciones de los tres Territorios Forales (Álava, Bizkaia y Gipuzkoa) se resistieron a cumplir dicha imposición, por lo que Cánovas dictó la sustitución de las Diputaciones Forales por Diputaciones Provinciales, como las que había en el resto de provincias del Estado. Tras esta conversión de las Diputaciones Forales en Diputaciones Provinciales, Cánovas les exigió a éstas que cumplieran las obligaciones impuestas por la Ley de 1876, pero las Diputaciones no tenían estructura administrativa ni estadística precisa para ello. Para colmar, provisionalmente, este vacío, el Estado llegó a un acuerdo con las nuevas Diputaciones Provinciales: en lo sucesivo, éstas recaudarían, en sus respectivos territorios, los impuestos que el Ministerio de Hacienda habría recaudado, en dichas demarcaciones, actuando de oficio. Una vez recaudadas las cantidades relativas a los impuestos estatales, las Diputaciones Provinciales recaudadoras se las abonarían a la Hacienda estatal. A este acuerdo, con una duración prevista de ocho años, se le denominó Concierto Económico y fue refrendado por el Decreto de 28 de febrero de 1878[35]. Se extendió en el tiempo. Se renovó en 1886, 1893, 1894, 1906 y 1926, porque era un acuerdo ventajoso: el Ministerio de Hacienda

34 García-Granero Fernández, J.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, tomo XXXVII, volumen 1°, Edersa, Madrid, 1998, pp. 143 y 144.

35 https://conciertoeconomico.org/pdf/real-decreto-28febrero1878.pdf.

recaudaba unos recursos inmediatos y seguros sin incurrir en gastos de ningún tipo, mientras que las Diputaciones implicadas gozaban de un amplio margen de autonomía[36] a nivel económico y administrativo. Tras la Guerra Civil española el Concierto Económico fue derogado para Bizkaia y Gipuzkoa por su consideración como "provincias traidoras". Por el contrario, Álava y Navarra[37] mantuvieron el Concierto durante toda la dictadura franquista.

Tras la aprobación de la Constitución Española en 1978, fue la Disposición Adicional Primera (La Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales. La actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía)[38] la que cimentó la recuperación, para Bizkaia y Gipuzkoa, del régimen foral de Concierto Económico que aún mantenía Álava; conformando, desde entonces, los tres territorios, una única comunidad autónoma. El régimen tradicional de relación tributaria entre el Estado y el País Vasco pasó, en 1979, al texto del Estatuto de Autonomía[39] y, de ahí, a la de una norma promulgada *ad hoc*: la Ley 12/1981, de 13 de mayo, por la que se aprueba el Concierto Económico[40]. Se renueva el sistema en 2002[41], en virtud de la Ley 12/2002, de 23 de mayo, con notables cambios. Desde entonces, todas las modificaciones que se han ido adosando al sistema

36 https://conciertoeconomico.org/el-concierto/historia/500-anos-de-hacienda-foral/.

37 De forma similar, Navarra mantiene un sistema denominado Convenio Económico y quedó regulado por la Ley 28/1990 de 26 de diciembre, habiéndose reformado en varias ocasiones, la última mediante la Ley 14/2015, de 24 de junio: "El caso de Navarra regula, a través de su Ley paccionada de 1841 el sistema seguido que se denominaba sistema de convenio. La contribución directa por un tanto alzado que se impone en 1841 a Navarra, se modificaría por el art. 24 de la ley de 21 de julio de 1876 que autorizaba al gobierno para actualizar los ingresos fiscales de Navarra. Posteriormente, el Real Decreto de 15 de agosto de 1927 modificó la cantidad a pagar en concepto de cupo, concretamente de dos a seis millones de pesetas. La siguiente modificación se hizo por la Ley de la Jefatura del Estado de 8 de noviembre de 1941 y el convenio siguiente por Decreto ley de 24 de julio de 1969. La Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, que viene a ser su Estatuto de autonomía (STC 16/1984) recoge en su art. 45 que la actividad financiera y tributaria de Navarra se regulará por el sistema tradicional de Convenio económico. El vigente convenio económico se firmó el 31 de julio de 1990 y aprobado por ley 28/1990, de 26 de diciembre, ha sido reformado en varias ocasiones hasta la última reforma operada por la Ley 14/2015, de 24 de junio. Tanto la ley del concierto vasco como la ley del convenio navarro han sido denominadas como leyes paccionadas y su tramitación parlamentaria presenta algunas peculiaridades". https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/imprimir/sinopsis_pr.jsp?art=1&tipo=3.

38 https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229.

39 https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1979-30177.

40 https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1981-12241.

41 Ley 12/2002, de 23 de mayo, por la que se aprueba el Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-9969.

hacen referencia, precisamente, a la Ley del 2002, empezando por la articulada en 2007[42]. También, en esta línea, las de 2014[43] y 2017[44].

En el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco no es el Gobierno Vasco el que ejecuta las competencias relativas al sistema tributario propio. Conforme establece el art. 41.2.a) del Estatuto de Autonomía del País Vasco, son los Territorios Históricos (Álava, Bizkaia y Gipuzkoa) los competentes para mantener, establecer y regular, dentro de su territorio, el régimen tributario, atendiendo a la estructura general impositiva del Estado, a las normas que para la coordinación, armonización fiscal y colaboración con el Estado se contengan en el propio Concierto, y a las que dicte el Parlamento Vasco para idénticas finalidades dentro de la Comunidad Autónoma. Así pues, según establece el art. 41.2.b) del Estatuto, la exacción, gestión, liquidación, recaudación e inspección de todos los impuestos, salvo los que se integran en la Renta de Aduanas y los que actualmente se recaudan a través de Monopolios Fiscales, se efectuará, dentro de cada Territorio Histórico, por las respectivas Diputaciones Forales, sin perjuicio de la colaboración con el Estado y su alta inspección. Corrobora, pues, este listado de competencias en favor de los Territorios Históricos y, como brazos ejecutores, en pro de sus Diputaciones Forales, el propio art. 2 de la Ley del Concierto Económico[45].

En especial, destaco aquí la competencia para "regular", dentro del respectivo territorio, el régimen tributario. Y, concretamente, en lo atinente a la sucesión contractual, la competencia para aprobar normativa propia en torno al Impuesto de Sucesiones y Donaciones. Me adentro, seguidamente, en el examen del régimen jurídico que dicha normativa específica dispensa a la tributación del pacto sucesorio. No sin antes indicar que cada Territorio Histórico tiene su propia regulación al respecto. Por orden cronológico: Bizkaia [Norma Foral 4/2015, de 25 de marzo, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, modificada por la Norma Foral 1/2017, de 12 de abril, de adaptación del sistema tributario del Territorio Histórico de Bizkaia a la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil

42 Ley 28/2007, de 25 de octubre, por la que se modifica la Ley 12/2002, de 23 de mayo, por la que se aprueba el Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-18576.

43 Ley 7/2014, de 21 de abril: por la que se modifica la Ley 12/2002, de 23 de mayo, por la que se aprueba el Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-4284.

44 Ley 10/2017, de 28 de diciembre, por la que se modifica la Ley 12/2002, de 23 de mayo, por la que se aprueba el Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-15713.

45 Según Larrea, P.: "El modelo Financiero del Concierto Económico", *Ekonomiaz*, 19, 1987, pp. 34 y ss.: "Esta triple capacidad (de gestión, financiera y normativa) configura un nivel elevado de autonomía fiscal solamente superado por aquellos países federales donde la armonización tributaria es más débil que en el sistema-Concierto y la superposición de fuentes es la regla general".

Vasco]; Gipuzkoa [Norma Foral 2/2022, de 10 de marzo[46], del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones] y Álava [Norma Foral 11/2005, de 16 de mayo, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, modificada por la Norma Foral 18/2017, de 20 de septiembre, de adaptación del sistema tributario de Álava al Derecho Civil Vasco]. Resulta llamativo, cuanto menos, que sea el Estatuto de Autonomía del País Vasco el que recoja la pretensión político-jurídica de crear una Hacienda Autónoma ("Para el adecuado ejercicio y financiación de sus competencias, el País Vasco dispondrá de su propia Hacienda Autónoma"), y que sean, finalmente, los Territorios Históricos, los que ostenten la 'legitimidad reguladora' para crear normativa tributaria. No deja de ser revelador, asimismo, que los tres Territorios desplieguen dicha competencia de forma independiente unos de los otros, aunque en la materia que aquí tratamos Gipuzkoa se alinee con Bizkaia, reproduciendo su normativa. De ahí que tengamos, sobre la mesa (al menos formalmente) tres regulaciones distintas que examinar, para abordar el tratamiento fiscal que se le dispensa, en el ámbito vasco, a la sucesión contractual[47].

2. Análisis de las regulaciones fiscales de los Territorios Históricos de Bizkaia, Gipuzkoa y Álava, en lo que concierne al pacto sucesorio y en el marco del Impuesto de Sucesiones y Donaciones.

A) Bizkaia.

El territorio vizcaíno aprobó, en su día, la Norma Foral 7/2002, de 15 de octubre, de adaptación del Sistema Tributario del Territorio Histórico de Bizkaia a las peculiaridades del Derecho Civil Foral del País Vasco[48] -regulado, por aquel entonces, en la Ley 3/1992, de 1 de julio[49]-. Adaptaba, precisamente, al Derecho civil del País Vasco, la Norma Foral 11/1985, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones; primera en Bizkaia, reguladora de dicho impuesto, desde la promulgación, en 1981, de la Ley del Concierto Económico. Aquella Norma Foral de Adaptación de 2002 supuso un cambio importante en el tratamiento fiscal del pacto sucesorio con eficacia de presente: hasta entonces había tributado como una donación *inter vivos* y, en adelante, pasaría a ser considerado (conforme a su verdadera naturaleza) como un negocio de ordenación *mortis causa*, también a efectos fiscales. La redacción de algunos apartados de aquella norma de adaptación mostraba una deficiente técnica jurídica

46 https://www.gipuzkoa.eus/documents/2456431/2529811/Norma+Foral+2-2022+del+ISyD.pdf/d5fba488-f44e-96af-6a7f-c8baf7285610.

47 Para una comparativa entre el resto de comunidades autónomas sometidas al régimen común, Tallón Taboada, J. M. y Navarro Mir, P.: "La discriminación de trato en el impuesto sobre sucesiones y donaciones en función del territorio de residencia del sujeto pasivo desde la perspectiva constitucional y del derecho europeo", *Revista Quincena Fiscal*, núm. 10/2014, Aranzadi, 36 pp.

48 https://app.vlex.com/#vid/279957079.

49 https://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/pv-l3-1992.html.

como ya tuve ocasión de advertir[50]; no obstante, fueron, sin duda, reveladoras, las palabras de Zubero Olaechea (entonces Responsable de la Sección de Sucesiones y Donaciones de la Hacienda Foral de Bizkaia) celebrando el nuevo rumbo fiscal de la sucesión contractual con eficacia de presente[51].

Sin embargo, en 2011, alertó Alonso Arce (entonces Subdirector de Coordinación y Asistencia Técnica de la Hacienda Foral de Bizkaia) sobre la necesidad de deslindar, a efectos fiscales, el pacto sucesorio de presente con atribución de un bien singular respecto de la donación *inter vivos*, también, de un bien singular. Eran dos las preocupaciones que expresaba el autor para justificar la necesidad del deslinde fiscal:

50 El art. 1 de esta Norma Foral cumple la función de establecer el objeto del referido impuesto y para ello dispone, en la letra a) de su número "Uno", lo siguiente: "La adquisición de bienes y derechos por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio. Ente otros, son títulos sucesorios a los efectos de este Impuesto, además de la herencia y el legado, los siguientes: 1° La donación mortis causa. 2° Los contratos o pactos sucesorios, independientemente del momento en que opere su eficacia. 3° Los actos que resulten de la utilización del poder testatorio por el comisario, cualquiera que sea la forma que adopten. 4° La designación de sucesor en capitulaciones matrimoniales".
Concibo que este precepto confunde, de forma notoria, la diferencia existente entre el negocio ordenador de la sucesión *mortis causa* y el título sucesorio en virtud del cual sucede el designado sucesor. Únicamente existen dos títulos sucesorios: el de heredero, título universal, y el de legatario, título particular. Otra cosa es que el sucesor, heredero o legatario, pueda ser designado de diversas formas: testamento, ley o pacto sucesorio. El art. 1 de la citada Norma 7/2002 cuenta, pues, a mi parecer, con varias disfunciones: a) Cuando quiere referirse al negocio ordenador de la sucesión lo denomina *título sucesorio*, de ahí que sitúe al pacto sucesorio, a la donación *mortis causa*, a las capitulaciones matrimoniales y a los actos del comisario, en el mismo plano que la herencia o el legado, todos ellos *títulos sucesorios* en opinión del legislador foral. Y en realidad no es así: no están en el mismo plano. La herencia o el legado, que sí son títulos sucesorios [universal y particular, respectivamente], conforman, en realidad, el objeto de los negocios ordenadores de la sucesión (testamento, pacto sucesorio o ley), que no son títulos sucesorios sino posibles "contenedores" que los albergan; b) La donación *mortis causa* es, en virtud del art. 76 LDCF, si se trata de bienes singulares, pacto sucesorio, por lo que no cabe aludir a ella de forma diferenciada. Entiendo que, con más razón, debe hacerse la misma consideración si la donación *mortis causa* es universal; c) Las capitulaciones matrimoniales ni son un título sucesorio ni pueden configurarse como negocio ordenador de la sucesión, sino que únicamente cumplen la función de ser el soporte documental de un eventual negocio ordenador; d) Los actos mediante los que el comisario puede, en virtud del art. 46 LDCF, ejercitar el poder testatorio son, a su vez, negocios ordenadores de la sucesión del poderdante, no títulos sucesorios. Son los negocios ordenadores de la sucesión los que disponen de ésta, a favor del sucesor o sucesores, a título universal o particular, y todo lo recibido en este concepto, con independencia del negocio que lo ordene, debe considerarse objeto del Impuesto, a juicio de la Norma. Quizás tenga parte de responsabilidad la desafortunada inspiración que, a tal efecto, pueda generar la redacción de los arts. 27 y 74 Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco (Imaz Zubiaur, L.: *La sucesión paccionada*, cit., pp. 212 y 213, nota 69).

51 Hacía referencia Zubero Olaechea, L.: "La Norma Foral 7/2002, de 15 de octubre, de Adaptación del sistema tributario del Territorio Histórico de Bizkaia a las peculiaridades del Derecho Civil Foral del País Vasco", *Boletín JADO*, núm. 18, año VII, diciembre 2009, pp. 239 y ss., al que fue uno de los Proyectos de la vigente Ley de Derecho Civil Vasco de 2015, que, ya como texto proyectado, anunciaba la implantación de una única vecindad civil vasca para la toda la Comunidad Autónoma del País Vasco. Se explicaba así, con relación a los pactos sucesorios: "(…) si bien la Norma Foral 7/2002 les ha reconocido como títulos sucesorios, superando la situación anterior en la que se asimilaban a una donación en su tratamiento fiscal. Esto supone que, al celebrarse un Pacto Sucesorio con eficacia de presente, tenemos que atender a la residencia del instituyente para ver cuál es la legislación aplicable, y si resulta que lleva residiendo en Bizkaia al menos los cinco años anteriores a la celebración del mismo, la normativa a aplicar va a ser la del Territorio Histórico de Bizkaia. Esto va a ser muy interesante tanto para el instituyente como para el instituido. Para el instituyente, porque la plusvalía que pudiera tener lugar por la transmisión en vida de un bien, va a tener la consideración de la llamada "plusvalía del muerto", por lo que no va a tributar en IRPF; y para el instituido, porque no vamos a atender al tipo de bien que se transmite, sino la residencia del instituyente. La residencia del instituido va a ser irrelevante, pudiendo de esta manera transmitir bienes inmuebles que se encuentren en territorio de régimen común o bienes muebles a instituidos que residan fuera de Bizkaia. A partir de la Ley Civil Vasca, se ampliará la posibilidad de su uso a un colectivo mucho mayor".

a) El diverso tratamiento tributario que reciben las atribuciones *mortis causa* y las *inter vivos* en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas en cuanto al gravamen de la plusvalía latente incorporada en dichos elementos patrimoniales. Se trata, en efecto, de la coloquialmente denominada "plusvalía del muerto": una regla fiscal especial que, en la tributación de fondos de inversión, acciones u otros valores mobiliarios, en caso de haber obtenido ganancia, obliga al titular que los transmite mediante donación *inter vivos* a tributar por dicha ganancia en el IRPF, mientras que el donatario que las recibe tributa, por lo recibido, en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Por el contrario, si el titular transmite dichos valores *mortis causa*, la normativa fiscal entiende que no existe rendimiento del capital mobiliario, por lo que, aun en caso de ganancia, no tributa en el IRPF la susodicha "plusvalía del muerto"; porque, como excepción, al haber fallecido el transmitente (causante), está exenta de tributar en el IRPF. La Norma Foral 7/2002 de Adaptación extendió la exención de la "plusvalía del muerto" a los supuestos de herencias sometidas al Derecho Civil Foral del País Vasco y, por ende, a las deferidas también por pacto sucesorio con transmisión de presente. Este diverso tratamiento fiscal de la donación y del pacto sucesorio de presente es, en consecuencia, uno de los motivos por los que, para transmitir valores mobiliarios, pueden decidir, transmitente y adquirente, acudir al otorgamiento de un pacto sucesorio con transmisión de presente (para que no tribute la ganancia obtenida) en lugar de a una donación *inter vivos* (que tributa en los dos impuestos: IRPF para el donante, Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones para el donatario)[52]. El ahorro del impuesto ronda entre un 19 y un 23%, si se opta por el pacto[53]. El autor pone de relieve, por ello, que el otorgamiento del pacto sucesorio puede convertirse en una manera de "burlar" el gravamen de las rentas que se pongan de manifiesto a través de donaciones u otros títulos jurídicos de transmisión gratuita *inter vivos*.

b) Las reglas que se recogen en el Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco para la delimitación de la administración competente y de la normativa aplicable a la exacción del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. En las adquisiciones *mortis causa* es competente la Hacienda Foral vizcaína cuando el causante tenga su residencia habitual en Bizkaia a la fecha de devengo. Por el contrario, en las donaciones *inter vivos* de bienes inmuebles, solamente cuando éstos radiquen en Bizkaia[54]. Como puede observarse, los puntos de conexión

52 Alonso Arce, I.: "Los pactos sucesorios con eficacia de presente en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones", *Forum Fiscal de Bizkaia*, 115.222, abril 2011, pp. 16 y 17. Cita, el autor, las siguientes disposiciones legales: "Plusvalía del muerto" (arts. 37.4, 43.2.b) y 48 de la Norma Foral 6/2006, de 29 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas; art. 3 del Texto Refundido de la Norma Foral 2/1989, de 15 de febrero, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, aprobado por medio del Decreto Foral Normativo 3/1993, de 22 de junio).

53 https://www.ing.es/ennaranja/finanzas-personales/declaracion-renta/plusvalia-del-muerto-que-es/#.

54 Art. 25 del Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco, que lo traspone el art. 2 del Texto Refundido de la Norma Foral 2/1989, de 15 de febrero, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones aprobado por medio del Decreto Foral Normativo 3/1993, de 22 de junio.

a considerar van desde la residencia habitual del causante (pacto sucesorio con eficacia de presente) a la ubicación del bien inmueble (donación *inter vivos*). Y este también puede ser otro motivo por el que, en atención a determinadas ventajas fiscales, vayan a otorgarse más pactos de presente que donaciones; acogiéndose, las partes, a la residencia habitual del instituyente como punto de conexión, evitando, así, la normativa aplicable a la donación entre vivos en el territorio donde el bien inmueble radique.

Alonso Arce explicó, en 2011, que, ante el "abuso" de la figura del pacto sucesorio con eficacia de presente como "sustituto de la simple donación", la Hacienda Foral de Bizkaia había tomado la decisión de elaborar un Informe para aclarar cuándo se estaba ante un pacto sucesorio de presente y cuándo ante una donación *inter vivos*; para evitar, así, la alteración del punto de conexión y la obtención de beneficios fiscales que pudieran ser calificados de indebidos[55]. El Informe recibió, de hecho, el visto bueno de la Comisión de Doctrina Tributaria de la Hacienda Foral de Bizkaia[56], regulada por la Orden Foral 924/2010, de 13 de abril. En concreto, el deslinde resultaba obligado, para la Hacienda, en lo tocante a la donación *inter vivos* de bienes singulares y el pacto sucesorio de presente con designación y atribución sucesoria a título particular. Citando a Celaya Ibarra, el Informe concluyó que para que una donación *inter vivos* de un bien singular pudiera considerarse pacto sucesorio, a efectos fiscales, dicha donación debía estar "incorporada" al pacto. El alambicado Informe acabó indicando, pues, que la "donación *inter vivos* singular" debía ser parte de "algo" adicional para que pudiera ser considerado pacto. Y que, ese "algo" adicional tenía que estar "vinculado con la designación hereditaria en un instrumento paccionado". Así, "el pacto sucesorio que estableciera la institución de heredero o la atribución de determinados bienes *mortis causa* podía incorporar la entrega de un bien singular con eficacia de presente y no perder el carácter el pacto sucesorio"[57].

Precisamente, fue este posicionamiento de Alonso Arce, con base en el citado Informe de la Hacienda Foral de Bizkaia, el que terminó por fraguar la desnaturalización conceptual del pacto sucesorio, en aras a evitar el fraude fiscal. Esta necesidad de combatir la evasión aumentó, además, con la aprobación de la Norma Foral 10/2013, de 5 de diciembre[58]; que, como medida "anticrisis", vino a prorrogar, *sine die*, el régimen que la Norma Foral 1/2012, de 29 de febrero, había

55 Alonso Arce, I.: "Los pactos sucesorios", cit., p. 18.

56 https://www.bizkaia.eus/descargar_documento.asp?url=Ogasuna%2FZerga_Arautegia%2FIndarreko_arautegia%2Fpdf%2Fca_924_2010.pdf&param=1&idioma=CA.

57 Alonso Arce, I.: "Los pactos sucesorios", cit., p. 22.

58 Norma Foral 10/2013, de 5 de diciembre, de modificación del texto refundido de la Norma Foral 2/1989, de 15 de febrero, del Impuesto Sobre Sucesiones y Donaciones y de la Norma Foral 1/2011, de 24 de marzo, del Impuesto Sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados: https://www.bizkaia.eus/descargar_documento.asp?url=Ogasuna%2FZerga_Arautegia%2FIndarreko_arautegia%2Fpdf%2Fca_10_2013.pdf&param=1&idioma=CA.

establecido, "provisionalmente", para los ejercicios de 2012 y 2013: la tributación al 1.5% de las donaciones entre familiares en línea recta, cónyuges o parejas de hecho (Grupo I)[59]. Asimismo, con efectos desde el 1 de enero de 2014, la Hacienda Foral de Bizkaia estableció la tributación de las transmisiones *mortis causa*, también al 1.5% para los componentes del Grupo I, pero con un mínimo exento de 400.000 euros. Esta reducción por razón de parentesco, presente en las sucesiones pero no en las donaciones, se convirtió, obviamente, en un "nuevo" aliciente para el otorgamiento de pactos de presente con designación sucesoria a título particular, en lugar de donaciones *inter vivos* de bienes singulares.

La persecución del fraude fiscal, basada en los tres aspectos de preocupación antedichos ("plusvalía del muerto", alteración del punto de conexión y asimetría tributaria con respecto de la donación), empujó al legislador foral vizcaíno a introducir ese buscado "deslinde" entre el pacto sucesorio de presente con transmisión de un bien singular y la donación *inter vivos* de un bien singular, en la vigente Norma Foral 4/2015, de 25 de marzo, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones[60] (modificada por Norma Foral 1/2017 de 12 de abril, de adaptación del sistema tributario del territorio histórico de Bizkaia a la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco[61]); cuyo Reglamento fue aprobado por el Decreto Foral de la Diputación Foral de Bizkaia 58/2015[62], de 21 de abril (modificado, a su vez, por el Decreto Foral 92/2017, de 12 de julio, por el que se adaptan varios Reglamentos de carácter tributario a la Norma Foral 1/2017 de 12 de abril, de adaptación del sistema tributario del territorio histórico de Bizkaia a la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco[63]). La vigente Norma Foral 4/2015 del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones presenta varias cuestiones controvertidas, desde el punto de vista de técnica jurídica. Las examino, a continuación. Gradualmente, de menor a mayor intensidad.

59 Explica Atxabal Rada, A.: "La reciente reforma del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y sus consecuencias en el Derecho civil foral vasco", *Boletín JADO*, año XII, núm. 24, junio 2013, pp. 81 y ss., que, en 1992, siguiendo la estela marcada por Navarra en aquella época, Bizkaia, Gipuzkoa y Álava decidieron declarar exentas las transmisiones sucesorias entre cónyuges (o parejas de hecho a partir de 2003) y entre parientes en línea recta. Gipuzkoa y Álava, además, ese mismo año, decidieron emular a Navarra también en lo concerniente a la exención de las donaciones entre cónyuges y parientes en línea recta. Bizkaia lo hizo en 1997. Posteriormente, las comunidades autónomas de régimen común fueron "paulatinamente estableciendo la exención, sobre todo, para las sucesiones entre parientes cercanos en línea recta, o en otros casos, no establecieron la exención total pero sí una bonificación lo suficientemente generosa para que en la práctica el resultado fuese el mismo para la gran mayoría de contribuyentes por este impuesto". Esta inercia se rompe con la Norma Foral 1/2012, de 29 de febrero (BOB, núm. 48, de 8 de marzo de 2012).

60 https://www.bizkaia.eus/descargar_documento.asp?url=Ogasuna%2FZerga_Arautegia%2FIndarreko_arautegia%2Fpdf%2Fca_4_2015.pdf&param=1&idioma=CA.

61 https://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/597565-norma-foral-1-2017-de-12-abr-bizkaia-adaptacion-del-sistema-tributario-del.html.

62 https://www.bizkaia.eus/descargar_documento.asp?url=Ogasuna%2FZerga_Arautegia%2FIndarreko_arautegia%2Fpdf%2Fca_58_2015.pdf&param=1&idioma=CA.

63 https://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/602356-df-92-2017-de-12-jul-bizkaia-adaptan-varios-reglamentos-de-caracter-tributario.html.

- Hecho imponible: El art. 4 de la Norma Foral 4/2015 establece en su letra a) que constituye el hecho imponible de este impuesto "la adquisición de bienes y derechos por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio". Como ya lo hiciera la Norma Foral 7/2002 de Adaptación de la normativa fiscal a la anterior (y ya derogada) Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco de 1992, la vigente Norma Foral ofrece una amplia enumeración de lo que denomina "títulos sucesorios": menciona la herencia y el legado, como títulos sucesorios, y, junto a ellos, un número indeterminado de actos jurídicos que aglutina bajo el molde "cualquier otro título sucesorio". Lo hace como si, realmente, hubiera variedad de títulos sucesorios; cuando, de facto, únicamente hay dos: herencia y legado (título universal y particular, respectivamente). Quizás la confusión se deba a que, desde la Hacienda estatal, la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones[64], manifieste, en su art. 3, exactamente lo mismo: "1. Constituye el hecho imponible: a) La adquisición de bienes y derechos por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio". No obstante, el siguiente precepto de la Norma Foral 4/2015, el art. 5, a diferencia de lo que sucede en la Ley 29/1987, sí se dispone a enumerar lo que considera título sucesorio a efectos del Impuesto y, en este punto, vuelve a aumentar la deficiencia técnica.

- Títulos sucesorios: Como ya sucediera con la letra de la Norma Foral 7/2002 de Adaptación, el art. 5 de la vigente Norma Foral 4/2015, al ofrecer una "lista" de los que considera títulos sucesorios a efectos fiscales, llama la atención, desde un punto de vista más "terminológico", por cuatro cuestiones: 1) Coloca la herencia y el legado (propiamente, únicos títulos sucesorios[65]) en el mismo plano que la donación *mortis causa*, los pactos sucesorios, los actos del comisario en uso del poder testatorio, las capitulaciones matrimoniales y aquellos que atribuyan a los familiares de miembros o empleados fallecidos el derecho a la percepción de las cantidades que entreguen las empresas y entidades. Trata, pues, en plano de igualdad, el negocio ordenador de la sucesión (pacto sucesorio y acto en ejercicio del poder testatorio -no hay mención alguna al testamento unipersonal y al mancomunado-[66]) y el título por el que sucede el sucesor (universal o particular). Y

64 https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1987-28141.

65 Art. 19 de la Ley de Derecho Civil Vasco 5/2015:
Sucesión universal y particular.
"1. La sucesión puede ordenarse a título universal o particular.
2. Es heredero el designado a título universal en todo o en una parte alícuota de la herencia. El heredero adquiere los bienes y derechos del causante, continúa su posesión, se subroga en sus obligaciones y queda obligado a cumplir las cargas de la herencia.
3. El sucesor a título particular o legatario puede hacer valer su derecho contra los herederos universales para exigir la entrega o pago del legado.
4. El heredero que sea, a la vez, legatario, podrá aceptar el legado y repudiar la herencia".

66 Art. 18 de la Ley de Derecho Civil Vasco 5/2015:
"Formas de suceder.
1. La sucesión se defiere por testamento, por pacto sucesorio, o, en defecto de ambos, por disposición de la ley.
2. Se puede disponer de los bienes en parte por testamento o en parte por pacto sucesorio. El testamento no revoca el pacto sucesorio, pero éste deja sin valor el testamento que lo contradiga".

no son, obviamente, términos que puedan tratarse como sinónimos. Los negocios ordenadores contienen, entre otros elementos, designaciones sucesorias a título universal y/o a título particular[67]; pero no son, nunca, títulos sucesorios. 2) Los "títulos" por los que los familiares de un miembro o empleado fallecido perciban ciertas cantidades de manos de la entidad o empresa no son, ni siquiera, negocios ordenadores de la sucesión; menos, por tanto, títulos sucesorios. 3) Tampoco las capitulaciones matrimoniales son, como ya se ha explicado, negocio ordenador de la sucesión, sino, en su caso, escritura notarial en la que consta un pacto sucesorio o una designación recíproca de comisario entre cónyuges[68]. 4) La donación *mortis causa* de bienes singulares es pacto sucesorio conforme a lo que establece el art. 102 de la Ley de Derecho Civil Vasco, por lo que, con más razón lo será la donación *mortis causa* de carácter universal. De ahí que no proceda nombrar la donación *mortis causa* y el pacto sucesorio, por separado, en el art. 5 de la Norma Foral 4/2015, toda vez que ya los equipara la norma sustantiva. La sucesión puede deferirse, solamente, por testamento, pacto sucesorio o ley (también mediante la ordenación efectuada por un tercero, a través de la figura del comisario, si entendemos que esta modalidad de ordenación no queda subsumida dentro de la testamentaria)[69].

67 Art. 103 de la Ley de Derecho Civil Vasco 5/2015:
"Pacto de designación de sucesor.
El pacto de designación de sucesor puede contener la disposición de la herencia, tanto a título universal como particular, así como la renuncia a la misma; en ambos supuestos, los otorgantes pueden fijar las reservas, sustituciones, cargas, obligaciones y condiciones a que haya de sujetarse".
En este sentido, Navas Serrano, S.: "El pacto sucesorio de atribución particular en el Código civil de Catalunya", *InDret*, 2/2009, https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/130902/180668: "En las disposiciones generales sobre el pacto sucesorio, no existe una distinción clara entre el pacto sucesorio y las disposiciones otorgadas en el mismo. Finalmente, ¿por qué evitar el término "legado" en materia de pacto sucesorio acuñando, en caso de pactos sucesorios, un término jurídico nuevo -"atribución particular"- cuando el propio legislador catalán lo había utilizado en materia de heretament, en el art. 91 CS, y también lo emplean tanto los otros derechos autonómicos como los derechos extranjeros que admiten la figura que estudiamos? Si se tiene en cuenta, además, que el propio art. 430-31.5 CCC se remite a la normativa de los legados, ¿por qué no llamarlo entonces por su nombre?".

68 Art. 31.2 de la Ley de Derecho Civil Vasco 5/2015: "Los cónyuges, antes o después del matrimonio, podrán nombrarse recíprocamente comisarios en capitulaciones matrimoniales o pacto sucesorio". Sin embargo, en sede pactos sucesorios no se hace mención expresa de la escritura capitular. Únicamente se refiere el legislador autonómico a la escritura pública como elemento formal indispensable para la validez del pacto.

69 Asua González, C. I.: "La ordenación por comisario", *Manual de Derecho civil Vasco*, Atelier, Barcelona, 2016, p. 362: "Y es que cabe entender que al comisario se le otorga un poder de disposición de un patrimonio ajeno y que es él quien efectivamente dispone, culminando el proceso de ordenación iniciado por el causante. Pero cabe también considerar que se produce una suerte de representación *post mortem*, de modo que la ordenación sería la del causante. Aunque en la tradición vizcaína (de donde bebe la regulación actual) haya imperado la segunda idea (de hecho, todavía en el art. 43.2 LDCV se habla de la disposición realizada *en nombre* del causante), en la actual evolución de las ideas jurídicas, debería ya resultar inasumible, máxime porque es innecesario para el logro de las finalidades perseguidas con la institución, la consideración de que el comisario, cuando ordena una sucesión ajena, representa a una persona ya fallecida. Lo que estaría es, como se acaba de señalar, realizando actos de disposición sobre un patrimonio ajeno que culminan el proceso sucesorio abierto con la designación del comisario; pero se habría de entender que semejantes actos los realiza el comisario actuando en nombre propio y no en nombre ajeno. Dispone el comisario y no el causante; de modo que el que lo que hace el comisario *valga*, de cara a la ordenación de la sucesión, como si lo hubiera hecho el causante no ha de significar exactamente que el comisario esté realizando un negocio ordenador *del* fallecido. Todo lo anterior no se agota en el plano teórico, sino que, como se verá, tiene relevancia respecto de cuándo produce efectos la ordenación por parte del comisario realizada en testamento (si es el testamento del fallecido los efectos deberían ser desde ya; si es el testamento del comisario, aun disponiendo de bienes ajenos, los efectos deberían producirse al fallecimiento de este)".

- Pacto sucesorio de presente con atribución de un bien singular: Concretamente, es la letra b) del art. 5.1 de la Norma Foral 4/2015 la que se refiere a esta modalidad de pacto; y es, en este punto, donde se realiza el buscado "deslinde" respecto de la donación *inter vivos* de un bien singular. Así reza el segundo apartado de dicho art. 5.1.b): "A estos efectos, solamente tendrá carácter de título sucesorio el pacto sucesorio con eficacia de presente que suponga la atribución de la titularidad de un bien singular en el supuesto en que esa atribución sea parte de una disposición más amplia en la que, al menos, debe concurrir otro elemento vinculado con la designación hereditaria en un instrumento paccionado respecto de otros elementos patrimoniales diferentes. En otro caso, tendrá el carácter de negocio jurídico gratuito e «inter vivos»". La letra de la disposición no es sencilla de entender, a mi juicio. No queda claro en qué supuestos de atribución patrimonial de un bien singular entiende el legislador foral que se tributa como pacto y en qué casos, por el contrario, se debe tributar como donación entre vivos. Para entender el "deslinde" fiscal no hay mejor recurso que acudir a su fuente: el análisis que en 2011 efectuaba Alonso Arce sobre esta controvertida cuestión y que se plasma, sin duda, tras la aprobación de la Norma Foral 4/2015, en este oscuro precepto. Como se recordará, siguiendo a Celaya Ibarra, en aquel análisis se concluía que la atribución patrimonial de presente de un bien particular -adherida a un nombramiento sucesorio- debe incorporarse a "algo añadido" para que pueda tener, a efectos fiscales, la consideración de pacto sucesorio, sin que se esté burlando la imposición fiscal. He aquí, pues, la concreción de aquella exigencia: según entiendo, para que un pacto sucesorio con transmisión de presente de un bien singular pueda seguir siendo pacto a los ojos del Fisco, debe ir acompañado (en la misma escritura notarial) de otra designación sucesoria de carácter paccionado respecto de otros elementos patrimoniales diferentes; a cuenta, ambas designaciones, del caudal hereditario del instituyente. Se trata, en resumidas cuentas, de que el negocio en cuestión "se vista de sucesión". Más allá de que el negocio obtenga, en sede notarial, una u otra calificación jurídica, la Hacienda vizcaína liquidará, como pacto, solo aquella atribución singular que, aparejada a una designación sucesoria, acompañe, además, a otro pacto que tenga por objeto otra designación *mortis causa* en el marco de la sucesión del mismo instituyente. Según operan las notarías, para acomodarse a esta exigencia y dotar a la operación de un "aura sucesoria", esa segunda atribución paccionada tendrá eficacia diferida o *post mortem*. En realidad, es fácil acomodarse a este requisito normativo sin que, realmente, exista otro pacto sucesorio "principal" en el que queda insertado el controvertido pacto de presente con transmisión de bien singular: es práctica habitual de despachos y notarías diseñar, con detalle, el pacto de presente con transmisión de bien singular (que es, justamente, el que se quiere articular) y, en la misma escritura, indicar que se efectúa otro pacto con transmisión diferida a favor de uno o más descendientes del instituyente, respecto del resto

de sus bienes[70]. Posteriormente, cuando interese (si interesa), ese otro pacto con eficacia *post mortem* se podrá descomponer, sucesivamente, en tantos pactos de presente con atribución de bien singular como acuerden causante y sucesores, siempre que vuelvan a ir acompañados de otro pacto, con eficacia diferida, por los bienes que resten. Y esta suerte de "maquillaje" parece que le sirve a la Hacienda Foral de Bizkaia para que no se "cuelen", como pactos, negocios que encarnan, realmente, meras atribuciones *inter vivos*. Sobre todo, en lo tocante a valores mobiliarios, dada la tentación de evitar la imposición por la plusvalía. Este "doble" pacto no se exigirá, según el segundo apartado del mismo art. 5.1.b), "en el caso de que el bien singular cuya titularidad se atribuya sea el único elemento integrante del patrimonio del instituyente". En este último supuesto, por tanto, la Hacienda vizcaína no percibe atisbo de fraude, sino voluntad sucesoria[71]. Huelga decir que tampoco inquieta al Fisco el pacto sucesorio con transmisión diferida, sea cual sea el objeto de la atribución patrimonial adosado a la designación.

En cualquier caso, considero que la Hacienda vizcaína entra, con esta acotación conceptual, en un terreno pantanoso. Y no solo porque, a la postre, con esta reducción conceptual (presumiendo tentativa de evasión) pagan "justos por pecadores" (que también), sino porque, en lugar de recurrir a otro tipo de herramientas "antifraude", opta por "comprimir" la configuración sustantiva del

70 En efecto, así se pronuncia la Hacienda Foral de Bizkaia en una Consulta de carácter informativo de 22 de julio de 2022 (http://apps.bizkaia.net/I5IT/servlet/webAgentI5IT): "(…) En consecuencia, los pactos sucesorios se caracterizan por incorporar algo más que la atribución de un bien singular, y ese algo más se encuentra vinculado con la designación hereditaria mediante un instrumento paccionado. Si no, nos encontramos al margen de la figura del pacto sucesorio. Por tanto, no debe entenderse que lo adicional que caracteriza al pacto sucesorio sea el establecimiento de una carga, condición, modo o cualquier otra limitación, puesto que estos elementos no son específicos de los repetidos pactos, sino que también pueden darse en las donaciones, de modo que no los singularizan. La mera atribución de un bien aislado con eficacia actual no puede ser calificada como pacto sucesorio, ya que, para ello, dicha atribución debe encontrarse incorporada a otro negocio jurídico más amplio, de designación hereditaria mediante pacto. Ha de existir realmente una sucesión contractual (o pactada) a la que se incorpore la donación. Así, un pacto sucesorio mediante el que se ordene la herencia del otorgante puede incluir la entrega de bienes singulares con eficacia de presente, de forma que estas entregas participen del carácter sucesorio del negocio al que se incorporan. En estos casos, lo que adquiere el instituido es la condición de sucesor contractual, de manera que el consenso en torno a adelantar el cobro de todo o parte de lo asignado no modifica la naturaleza de dicho negocio".
En realidad, desde el punto de vista civil, el fundamento es, justamente, el contrario al que la Hacienda vierte en esta Consulta: la atribución singular de presente se adscribe a la designación sucesoria que se consigna en el pacto, sin necesidad de buscar el elemento sucesorio en otra designación respecto de otros bienes. No es ese "pacto" adicional, con transmisión diferida, el que concede naturaleza sucesoria al pacto con transmisión de presente de un bien singular. Son dos pactos distintos, en toda regla. Que la hacienda exige que vayan unidos para entender que el de presente se encuentra "suficientemente" insuflado de aura sucesoria.

71 La consulta más reciente que ha contestado la Hacienda Foral de Bizkaia en relación al pacto sucesorio con eficacia de presente es, precisamente, la que se referencia en la nota anterior, de 22 de julio de 2022. En ella se explica lo que ocurriría con la tributación de los bienes que fuese adquiriendo el instituyente tras el otorgamiento de un pacto de presente de un bien singular (adicionado con el pacto diferido sobre el resto de sus bienes): "El hecho de que el patrimonio de los instituyentes se incremente en el futuro como consecuencia de la adquisición de bienes adicionales a través de una herencia no invalida, de por sí, el pacto sucesorio otorgado en el presente. No obstante, en el caso de que al fallecer los instituyentes existieran en la masa hereditaria otros bienes o derechos distintos de los incluidos en el pacto previamente otorgado, la sucesión de los mismos seguirá reglas sucesorias que les correspondan, al margen del pacto previamente otorgado. Todo ello, lógicamente, sin perjuicio de las cláusulas que pudieran acordarse por los otorgantes del pacto sobre ese particular".

pacto sucesorio para adaptarla a sus (legítimas) pretensiones. Seguro que, en el fondo, la explicación del legislador foral, en este punto, es clara: el fin justifica los medios[72]. Esto es: quizás no sea lo más "acertado", desde el punto de vista técnico, imponer que la validez del pacto de presente de un bien singular esté condicionada al otorgamiento de un pacto "adicional" para que el legislador foral considere que la operación cuenta con "suficiente ropaje sucesorio"[73]; pero, a la postre, se antoja una medida efectiva para evitar la fuga de la plusvalía en el IRPF, la alteración del punto de conexión y el escape de la tributación de la donación, al 1.5%, si se trata de una atribución singular realizada entre personas pertenecientes al Grupo I. Además, el propio art. 56 de la Norma Foral 4/2015 obliga a acumular todas las adquisiciones *mortis causa* recibidas, también vía pacto, por un mismo causahabiente, si proceden de la sucesión del mismo causante[74]. Tal es la restricción conceptual que, ante operaciones complejas, se aconseja a los contribuyentes someterlas a consulta vinculante con carácter previo a su otorgamiento[75]. Hasta para lo concerniente a la recaudación por el Impuesto

72 Oñate Cuadros, F. J.: "Un cambio de", cit., p. 23: "En el ámbito de la CAPV, los Territorios Históricos han promulgado Normas Forales que fomentan los pactos sucesorios desde el punto de vista fiscal, equiparándolos plenamente a las herencias. Sin embargo, la práctica administrativa tiende a verlos con reticencias, por cuando su uso ocasiona a corto plazo pérdida de recaudación frente a la alternativa de la donación *inter vivos*. Con todo, bien mirado, esta pérdida no es tal, por cuanto el oneroso gravamen de las donaciones simplemente disuade de su uso; por el contrario, permite la movilización de recursos "en manos muertas" generando actividad económica. Argumentos que chocan contra el criterio de las imperiosas y urgentes necesidades de recaudación a toda costa que amenaza con equiparar el tratamiento tributario de las donaciones mortis causa y las entregas de presente al de las donaciones inter vivos, como vienen anunciando desde hace tiempo los responsables de la Hacienda estatal y que es oscuro objeto del deseo de los faroles".

73 Sucede otro tanto con el pacto sucesorio de renuncia. El mismo art. 5.1 de la Norma Foral 4/2015 dispone, en la letra c), que "la adquisición de bienes y derechos por el renunciante como consecuencia de un pacto de renuncia a parte de los derechos sucesorios solamente tendrá el carácter de título sucesorio cuando la atribución de los bienes y derechos sea parte de una disposición más amplia en la que, al menos debe concurrir otro elemento vinculado con la designación hereditaria en un instrumento paccionado respecto a otros elementos patrimoniales diferentes". Todo ello, salvo que la renuncia sea a la totalidad de los derechos sucesorios: en este caso, todo lo que adquiera el renunciante tras el fallecimiento del instituyente será considerado proveniente de negocio jurídico gratuito entre vivos. Por tanto, lo que puede tener naturaleza sucesoria es la adquisición que, por haber renunciado, reciba en vida (como anticipo de su "porción hereditaria"), el renunciante. Y esta adquisición es la que, nuevamente, debe ir "incorporada" a un negocio paccionado más amplio, con relación a la sucesión del mismo causante, para que pueda tributar como atribución *mortis causa*.

74 Art. 56. Acumulación de adquisiciones hereditarias. "1. Deberán considerarse como una sola adquisición hereditaria todos los incrementos de patrimonio que obtenga un causahabiente, que sean consecuencia de una misma sucesión respecto a un causante determinado, con independencia de que su obtención derive de distintos títulos sucesorios. 2. En tal sentido, se acumularán todas las adquisiciones de bienes y derechos recibidas, ya sean consecuencia de pactos sucesorios con eficacia de presente, de ejercicios parciales o totales del poder testatorio o de otras causas de extinción del mismo, ya sean dispuestas directamente por el testador en su testamento o por la Ley en ausencia de éste. 3. Todos los incrementos de patrimonio a que se ha hecho referencia en los dos apartados anteriores de este artículo se considerarán como una sola adquisición hereditaria a los efectos de la liquidación del Impuesto, por lo que la cuota tributaria se obtendrá en función de la suma de todas las bases imponibles, aplicando una sola vez las reducciones de la base imponible correspondientes de entre las que se regulan en esta Norma Foral. Además, las cuotas satisfechas con anterioridad por las liquidaciones acumuladas serán deducibles de la liquidación que se practique como consecuencia de la acumulación, sin que proceda devolución de cuotas por este motivo". Cosa que no ocurre en la normativa fiscal estatal, ya que, atendiendo al art. 30 de la Ley 29/1987, serán acumulables entre sí, en el plazo de tres años, todas las adquisiciones gratuitas *inter vivos* recibidas por el mismo 'donatario' y, en el plazo de cuatro años, las recibidas vía pacto sucesorio con las donaciones *inter vivos*; pero, en ningún caso, dos adquisiciones *mortis causa* vía pacto.

75 Oñate Cuadros, F. J.: "Un cambio de", cit., p. 25.

sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (Plusvalía), en la valoración de la deducción por vivienda habitual en caso de sucesión *mortis causa*, han determinado, algunos ayuntamientos (vascos y no vascos) que el pacto sucesorio es un acto *inter vivos*[76]. El afán recaudatorio transgrede, ya, las líneas más rojas del Derecho sucesorio.

Curiosamente, esta desnaturalización en la configuración jurídica del pacto no se produce, sin embargo, en la normativa estatal concerniente al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Desde 2004[77], la adquisición patrimonial vía pacto sucesorio de presente es considerada, a efectos fiscales, como una adquisición gratuita *mortis causa*, según lo dispuesto en el art. 3 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y, asimismo, con lo establecido por el art. 11 del Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones[78]. Gracias a la Sentencia del Tribunal Supremo 9 febrero 2016[79], también se ha remediado la asimetría que existía, en el ámbito estatal, en torno a la consideración del pacto sucesorio como adquisición *mortis causa* (para el instituido, a los efectos del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones) y como transmisión *inter vivos* (para el instituyente, a los efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas,

76 *Ibídem*.

77 Aguilella Mediano, J. y Quero Chamorro, B.: "La fiscalidad del pacto sucesorio de institución de presente", *Revista de Derecho Civil Aragonés*, XXIV, 2018, pp. 192 y ss.: "Hasta el año 2004, momento en el que se modificó el artículo 24 de la LISyD, concretando que el devengo de las adquisiciones producidas en vida del causante como consecuencia de contratos y pactos sucesorios tendría lugar el día en que se causara o celebrase dicho acuerdo, la Administración confirió al pacto sucesorio los efectos tributarios de una donación (negando la aplicación de las reducciones fiscales de parentesco y acumulando la donación, en su caso, a los bienes que recibiese el instituido del instituyente tras su muerte). Además, y hasta hace muy poco tiempo, esta consideración tenía un impacto en la declaración de IRPF del instituyente, toda vez que, según la Dirección General de Tributos (por todas, resoluciones V1854/2010, de 5 de agosto de 2010, y V1438/2011, de 6 de junio de 2011), podía producir una ganancia patrimonial que no estaría acogida a la exención del artículo 33.3.b) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (en adelante «LIRPF») que establece la exoneración de las transmisiones lucrativas por causa de muerte del contribuyente". En efecto, así lo explica, también, Artamendi Gutiérrez, A.: "Visión integral de la fiscalidad del pacto sucesorio", *Foro de Actualidad. Actualidad jurídica Uría Menéndez*, 42-2016, pp. 63 y ss. (https://app.vlex.com/#vid/645364573). En este caso, alegando el principio de neutralidad tributaria e incidiendo en la "situación final fáctica", el autor propone, *lege ferenda*, volver a tratar a los pactos sucesorios con transmisión de presente como donaciones, regresando a la situación de 2004; pese a que advierte que la naturaleza sucesoria de los pactos debería asemejarlos, en realidad, a la "herencia o al legado".
La Administración, en el ámbito del impuesto sobre sucesiones y donaciones, y como consecuencia del criterio de la Dirección General de Tributos (por todas, las resoluciones V1691-07, de 30 de junio de 2007 y V2233-12, de 20 de noviembre de 2012), otorgó al pacto sucesorio de presente el tratamiento correspondiente a las adquisiciones *mortis causa*, aplicando en «bloque» toda la normativa del impuesto sobre sucesiones (hecho imponible, base imponible, base liquidable, etc.), con el único matiz relativo al devengo del mismo, que tendría lugar el día en que se causara o celebrase el contrato. Sin embargo, en el ámbito del IRPF, la Dirección General de Tributos seguía manteniendo la tesis de que el pacto sucesorio de presente era una transmisión *inter vivos*, que produciría, en sede del instituyente, una alteración patrimonial en la composición del patrimonio que, en el caso de que fuese ganancia, tributaría sin poder acogerse a la exención del artículo 33.3.b) de la LIRPF y, en el supuesto de pérdida patrimonial, no sería fiscalmente deducible al tratarse de una pérdida derivada de una transmisión lucrativa por actos *inter vivos*, y de conformidad con lo establecido en el artículo 33.5.c) de la LIRPF".

78 https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1991-27678.

79 RJ 407, 2016.

en caso de ganancia). En efecto, con motivo del recurso de casación en interés de Ley interpuesto por la Administración, como consecuencia del criterio específico que había establecido el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en relación a los pactos sucesorios gallegos, quedó igualado el tratamiento fiscal de instituyente e instituido: los pactos sucesorios con eficacia de presente tendrían, también, en adelante, la consideración de transmisiones *mortis causa* a los efectos del IRPF y, por tanto, se podrían acoger a la exención establecida en el art. 33.3.b) relativa a la ganancia patrimonial que se pudiera derivar de la operación ("plusvalía del muerto")[80]. El criterio del Tribunal Supremo lo confirmó el Tribunal Económico Administrativo Central el 2 de marzo de 2016. Así pues, en la normativa estatal del Impuesto sobre Sucesiones y donaciones, el pacto de presente que atribuya al instituido un bien particular también será considerado como adquisición *mortis causa* sin ningún otro "elemento adicional": el instituido se podrá beneficiar de la reducción por parentesco y, para el instituyente, el pacto no tendrá impacto en el IRPF[81], al igual que en la legislación fiscal de Navarra (Decreto Foral Legislativo 250/2002, de 16 de diciembre)[82]. Con razón se ha dicho que, esta armonía en

80 Resolución de la Dirección General de Tributos sobre la Consulta Vinculante 1225-17, de 18 de mayo de 2017 (https://www.iberley.es/resoluciones/resolucion-vinculante-dgt-v1225-17-18-05-2017-1470981) invitaría, incluso, a impulsar el uso de la promesa de mejorar o no mejorar del art. 826 CC, teniendo en cuenta que no generan, al ser atribuciones sucesorias paccionadas, ganancias patrimoniales en el IRPF del transmitente (Oñate Cuadros, F. J.: "Un cambio de", cit., p. 23). Igualmente, Resolución de 18 de septiembre de 2018 (https://www.iberley.es/resoluciones/resolucion-vinculante-dgt-v2387-18-04-09-2018-1478260). Al respecto, Merino Jara, I.: "Los pactos sucesorios en las Comunidades Autónomas de régimen común (aspectos fiscales)", *Boletín JADO*, núm. 27, año XIV, enero-diciembre 2015-2016, pp. 547 y ss.

81 Recientemente, sin embargo, la Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal (https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2021-11473) introdujo una serie de modificaciones en la LIRPF; entre ellas una nueva redacción del art. 36 de la LIRPF, dedicado a las ganancias y pérdidas patrimoniales en el caso de transmisiones a título lucrativo. Concretamente, en el art. 36.3 incluye este nuevo párrafo: «No obstante, en las adquisiciones lucrativas por causa de muerte derivadas de contratos o pactos sucesorios con efectos de presente, el beneficiario de los mismos que transmitiera, antes del transcurso de cinco años desde la celebración del pacto sucesorio o del fallecimiento del causante, si fuera anterior, los bienes adquiridos, se subrogará en la posición de este, respecto al valor y fecha de adquisición de aquellos, cuando este valor fuera inferior al previsto en el párrafo anterior (...)». Esta previsión legal solo resultará de aplicación a las transmisiones de bienes efectuadas con posterioridad al 11 de julio de 2021 que hubieran sido adquiridos de forma lucrativa por causa de muerte en virtud de contratos o pactos sucesorios con efectos de presente. En la práctica se detectó que se estaba utilizando esta institución para actualizar los valores de los bienes trasmitidos, para posteriormente venderlos a un tercero, reduciendo con ello la ganancia patrimonial que se produciría de venderlo directamente el causante. La nueva regulación del art. 36 de la LIRPF determina que no se produce dicha actualización del valor, sino que el perceptor se subroga en el valor originario de los bienes; de forma que, si los transmite antes de los 5 años siguientes, deberá tributar por la ganancia o pérdida patrimonial, conforme al valor por el que lo habría hecho el causante si no se lo hubiese transmitido. En base a ello, la DGT [en consulta vinculante (V3020-21), de 3 de diciembre], señala que la extensión del criterio de entender que no generan ganancia o pérdida patrimonial en el IRPF del causante los pactos sucesorios con entrega de presente se ve confirmada por la introducción de la nueva redacción del art. 36.3 de la LIRPF (https://www.iberley.es/noticias/dgt-aclara-nueva-regulacion-pactos-sucesorios-mejora-galicia-31474).
El Consello de la Xunta de Galicia ha interpuesto Recurso de inconstitucionalidad contra esta nueva redacción del art. 36.3 de la LIRPF y el Tribunal Constitucional la ha admitido a trámite (*Diario la Ley*, 13 de mayo de 2002: https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAE2OzU7EMAyEnwZfKqG0_OxyyKUst9UKQYW4uonVRoQEHKds3x5ry4HDyLLmm9F8V-J1oLNYJle55MZTE7F5r0kQyppyWj_twJVAcCz25vZq54yqVXWATirGQ3a2vTxhoQFHpSCzJ-5Xa0CyYHwhze7voMz554RLmFBCTj3y1h28t6cnY0zX7u8fuh0sxEUB-xYmSklwh2k-qmTjCyG7-RknssdQBLW-RkGfyzWWrzPE9KGjXi_U_0RfRbR1ILR54KLeAwo9YqTk__b8As30EjwWAQAAWKE).

82 http://www.navarra.es/NR/rdonlyres/A6C156D7-C06D-4D45-8B9F-4C3B4AB5BE40/0/LeySuchtmv13.html?v=v20220101#a9.

todos los conceptos impositivos, establece un marco para propiciar que el pacto sucesorio sea un instrumento jurídico más utilizado por los contribuyentes, ya que posibilita adelantar los efectos de la sucesión gozando de los beneficios fiscales de las transmisiones *mortis causa*[83]. De hecho, fuentes procedentes de la Hacienda Foral de Bizkaia reconocen haber "relajado" la exigencia de ese otro "elemento adicional" al pacto de presente con transmisión de un bien singular; bastando, en la actualidad, que se trate, por ejemplo, de un recíproco (y pactado) nombramiento de comisario.

B) Gipuzkoa.

Gipuzkoa cuenta con una normativa muy reciente en la materia que nos ocupa: la Norma Foral 2/2022, de 10 de marzo[84], del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Así pues, a diferencia de lo que ocurre en el territorio vizcaíno, el guipuzcoano aglutina ya, en este último texto legal, tanto la Norma Foral 4/2016, de 14 de noviembre, de adaptación del sistema tributario del Territorio Histórico de Gipuzkoa a la Ley 5/2015[85], de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, como la Norma Foral 1/2018, de 10 de mayo, por la que se introducen modificaciones en diversas normas tributarias[86] (especialmente, relativas al pacto sucesorio de renuncia, en lo que aquí nos atañe). Por resultar idénticas a las vizcaínas las previsiones contenidas en la Norma Foral 2/2022 sobre la tributación de la sucesión paccionada[87], se vuelcan aquí todas las consideraciones

83 Aguilella Mediano, J. y Quero Chamorro, B.: "La fiscalidad del", cit., p. 194. En este sentido, desde Cataluña, De Barrón Arniches, P. y Pla Mateu, R.: "El pacto sucesorio de atribución particular: un mecanismo eficaz de transmisión de la empresa familiar", *Revista de Contabilidad y Dirección,* volumen 22, 2016, pp. 45-83.
En contra, apostando por asimilar los pactos sucesorios de presente a las donaciones *inter vivos*, en su configuración fiscal, Artamendi Gutiérrez, A.: "Visión integral de la fiscalidad del pacto sucesorio", Foro de Actualidad, Uría y Menéndez (https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjGiISa9fb7AhU3hc4BHXTwDqQQFnoECBQQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.uria.com%2Fdocumentos%2Fpublicaciones%2F4966%2Fdocumento%2Fesp01.pdf%3Fid%3D6215&usg=AOvVaw1e4gdYzhuxJ1XwIPPelcWj).

84 https://www.gipuzkoa.eus/documents/2456431/2529811/Norma+Foral+2-2022+del+ISyD.pdf/d5fba488-f44e-96af-6a7f-c8baf7285610.

85 https://www.gipuzkoa.eus/documents/2456431/2834633/NF+4-2016+%282020%29.pdf/59f9a27e-88ea-a110-21ba-bea76172c2f3.

86 https://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/621117-norma-foral-1-2018-de-10-may-gipuzkoa-modificaciones-en-diversas-normas-tributarias.html.

87 Art. 4. Hecho imponible. "Constituye el hecho imponible del impuesto: a) La adquisición de bienes y derechos por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio. Dichas adquisiciones tendrán la consideración de adquisiciones «mortis causa» a efectos de esta norma foral".
Art. 5. Títulos sucesorios. "1. Entre otros, son títulos sucesorios a los efectos de este impuesto, además de la herencia y el legado, los siguientes: a) La donación «mortis causa». b) Los contratos o pactos sucesorios, independientemente del momento en que opere su eficacia. A estos efectos, el pacto sucesorio con eficacia de presente que suponga la atribución de la titularidad de un bien singular tendrá carácter de título sucesorio solamente en el supuesto en que esa atribución sea parte de una disposición más amplia en la que, al menos, debe concurrir otro elemento vinculado con la designación hereditaria en un instrumento paccionado respecto de otros elementos patrimoniales diferentes. En otro caso, tendrá el carácter de negocio jurídico a título gratuito e «inter vivos». No obstante, no se exigirá el contenido adicional a que se refiere el párrafo anterior para que un pacto sucesorio con eficacia de presente tenga carácter de título sucesorio en el caso de que el bien singular cuya titularidad se atribuya sea el único elemento integrante del patrimonio de la persona instituyente".

que en lo relativo a la tributación del pacto se han realizado con relación a la normativa de Bizkaia[88].

C) Álava.

El territorio alavés, sin embargo, formula de forma diferente la cuestión que nos ocupa en la Norma Foral 11/2005, de 16 de mayo, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones[89] (modificada por la Norma Foral 18/2017, de 20 de septiembre, de adaptación del sistema tributario de Álava al Derecho Civil Vasco[90]). Es, justamente, el art. 7 de dicho texto legal, el que se ocupa de señalar el "hecho imponible" del Impuesto. Concretamente, así reza el precepto: Constituye el hecho imponible: a) La adquisición de bienes y derechos por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio. Entre otros, son títulos sucesorios a los efectos de este Impuesto, además de la herencia y el legado, los siguientes: a') La donación *mortis causa*. b') Los contratos o pactos sucesorios, independientemente del momento en que opere su eficacia. A estos efectos, la designación sucesoria con transmisión de presente de bienes y derechos, para que sea considerada como título sucesorio a efectos tributarios, requerirá la constatación de la voluntad del titular de los bienes y derechos de ordenar su sucesión. Se autoriza al reglamento de este Impuesto para determinar supuestos en los que se considere que consta, o no, dicha voluntad de ordenar la sucesión. En el supuesto que no conste la voluntad de ordenar la sucesión, el pacto sucesorio con eficacia de presente tendrá la consideración de negocio jurídico a título gratuito e *inter vivos*.

Sin perjuicio de las consideraciones que se formulan en torno a la calificación fiscal del término "título sucesorio" en el apartado relativo a la normativa vizcaína y que se reproducen, también, para Gipuzkoa y Álava, la normativa alavesa parece distanciarse, de sus homólogas, en lo tocante al tratamiento tributario del pacto sucesorio. Como puede observarse, la designación sucesoria contractual con transmisión de bienes de presente tendrá consideración de negocio *mortis causa*, en el territorio alavés, cuando el Fisco "constate la voluntad del instituyente de ordenar su sucesión". A priori considero que éste es un criterio más acertado para calificar un negocio como sucesorio, atendiendo a su causa; elemento que, sin embargo, Bizkaia y Gipuzkoa extraen de la calificación tributaria, presumiendo voluntad "fraudulenta" cuando el pacto de presente transmita un bien singular sin ir acompañado de otro pacto que, en la misma escritura notarial, "lo vista (suficientemente) de sucesión". Por indicación de la Norma Foral 11/2005, es, precisamente, el Decreto Foral 74/2006, del Consejo de Diputados de 29 de noviembre, que aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y

88 Respecto del pacto de renuncia ver, asimismo, nota 73.

89 https://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/dfa-nf11-2005.html.

90 https://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/605633-norma-foral-18-2017-de-20-sep-alava-adaptacion-del-sistema-tributario-de.html.

Donaciones[91], el que, en su art. 6 nos aclara en qué supuestos se entenderá que queda constatada la voluntad del instituyente de ordenar su sucesión[92]. Para que un pacto sucesorio con eficacia de presente pueda considerarse negocio *mortis causa*, el causante deberá proceder a "designar heredero/s o heredera/s sobre la totalidad de sus bienes y derechos, aunque únicamente se transmitan de presente determinados bienes y derechos". O sea: que el pacto sucesorio de presente no será considerado tal, a efectos fiscales, si no designa heredero al instituido en todos sus bienes y derechos, aunque solamente le transmita alguno de esos bienes en el momento del otorgamiento. La transmisión de presente, por tanto, debe ir acompañada de una designación sucesoria que abarque todo el patrimonio del causante para que pueda considerarse atribución *mortis causa*[93]. Además, el Reglamento alavés añade que tendrá la calificación de negocio gratuito *inter vivos* la designación contractual con transmisión de presente en la que se establezcan condiciones o reversiones. Ambas previsiones contrarían, sin ninguna duda, la configuración jurídica que el pacto sucesorio ostenta en la vigente Ley 5/2015, de Derecho Civil Vasco.

91 https://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/dfa-df74-2006.html.

92 Art. 6. Títulos sucesorios. "Entre otros, son títulos sucesorios a los efectos de este Impuesto, además de la herencia y el legado, los siguientes: a) La donación "mortis causa». b) Los contratos o pactos sucesorios, independientemente del momento en que opere su eficacia. La designación sucesoria con transmisión de presente de bienes y derechos para que sea considerada como título sucesorio a efectos tributarios, requerirá la constatación de la voluntad de la o del titular de los bienes y derechos de ordenar su sucesión. En el supuesto que no conste la voluntad de ordenar la sucesión, el pacto sucesorio con eficacia de presente tendrá la consideración de negocio jurídico gratuito e "inter vivos". A estos efectos se considera que consta la voluntad de ordenar la sucesión, cuando la persona causante proceda a designar heredero/s o heredera/s sobre la totalidad de sus bienes y derechos, aunque únicamente se transmitan de presente determinados bienes y derechos. Igualmente se requerirá que el instrumento en que se materialice la ordenación sucesoria sea de la misma naturaleza, esto es, debe constar dicha voluntad en pacto sucesorio. En el supuesto de que la designación con transmisión de presente de bienes y derechos no abarque la totalidad de los bienes y derechos, se calificará como negocio jurídico a título gratuito e "inter vivos". Igualmente tendrá la calificación de negocio jurídico a título gratuito e "inter vivos" la designación con transmisión de presente de bienes y derechos en que se establezcan condiciones o se prevea la reversión del bien o derecho a la persona transmitente o a otra persona o entidad".

93 Otro tanto sucede en relación al pacto de renuncia. La Norma Foral 11/2005 establece, en el art. 7.1.d lo siguiente: "Los pactos sucesorios de renuncia a la totalidad de los derechos sucesorios de una herencia, en vida del causante de la misma, regulados en el primer inciso del apartado 2 del artículo 100 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco. En estos supuestos de pactos de renuncia a la totalidad de los derechos sucesorios, las adquisiciones de bienes y derechos por el renunciante, incluso con posterioridad al fallecimiento del instituyente, tendrán la consideración de negocios jurídicos a título gratuito e inter vivos, sin perjuicio de la tributación que corresponda a los sucesores. La adquisición de bienes y derechos por el renunciante como consecuencia de un pacto de renuncia a parte de los derechos sucesorios únicamente tendrá el carácter de título sucesorio en los mismos supuestos a que se refiere el pacto sucesorio con eficacia de presente a que hace referencia la letra b) anterior. En otro caso tendrá la consideración de negocios jurídicos a título gratuito e *inter vivos*". El Reglamento lo reproduce de forma íntegra en su art. 6.f). No queda claro, por la remisión que ambos textos hacen en favor de la regulación del pacto sucesorio de institución, en qué supuestos, exactamente, se considera *mortis causa* la adquisición recibida por el que renuncia a parte de sus derechos sucesorios. Parece que, también, se exige que vaya "acompañando" a una designación contractual de sucesor a título universal por la totalidad de los bienes del causante. En cualquier caso, con una legítima de carácter colectivo en la que cabe apartamiento (asimilado, ya, a la preterición, Atxutegi Gutierrez, J.: *Apartamiento y desheredación en el Derecho civil vasco*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 137 y ss.), difícil será que nos encontremos con un pacto de renuncia si no resulta de interés desembarazarse de las exigencias del principio de troncalidad; ceñido, en circunstancias específicas, a los raíces sitos en la Tierra Llana vizcaína.

3. Un apunte, a modo de cierre.

Por sus indudables ventajas en la ordenación del escenario *post mortem* del causante, el pacto sucesorio vasco debe recibir impulso. Fiscal y notarial. Impulso coordinado entre las tres Haciendas Forales. El pacto debe poder otorgarse sin restricciones, sin sospechas; dotándosele de todos los beneficios fiscales que se les imprimen a las adquisiciones *mortis causa*. También cuando conlleve la transmisión de presente de la asignación sucesoria del instituido. También cuando esta asignación no suponga la totalidad del patrimonio del causante, vaya o no acompañada de otra designación de carácter paccionado. No debe recibir el tratamiento fiscal de una donación, porque no lo es. Otras deberán ser las medidas "antifraude" que los legisladores forales deban adoptar, si son requeridas, para compensar el eventual descenso de ingresos que tenga lugar, justamente, porque el pacto reciba el tratamiento fiscal que le corresponde recibir. Debe enmendarse la desnaturalización que padece en su configuración tributaria actual, para que pueda crecer en un entorno jurídico seguro y fértil. Seamos timón, no ancla.

BIBLIOGRAFÍA

Aguilella Mediano, J. y Quero Chamorro, B.: "La fiscalidad del pacto sucesorio de institución de presente", *Revista de Derecho Civil Aragonés*, XXIV, 2018.

Albiez Dohrmann, K. J.: "Disposiciones patrimoniales en vida para después de la muerte", Garrido Melero, Melero y Fugardo Estivill, José María (dir.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos,* tomo II, Bosch, Barcelona, 2005.

Alonso Arce, I.: "Los pactos sucesorios con eficacia de presente en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones", *Forum Fiscal de Bizkaia*, 115.222, abril 2011.

Artamendi Gutiérrez, A.: "Visión integral de la fiscalidad del pacto sucesorio", *Foro de Actualidad. Actualidad jurídica Uría Menéndez*, 42-2016.

Asúa González, C. I.:

- "Conexión y bases de las obligaciones contractuales: a propósito de la STC 123/2019", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 37, 2020.

- "La ordenación por comisario", *Manual de Derecho civil Vasco*, Atelier, Barcelona, 2016.

Asúa González, C. I., Gil Rodríguez, J. y Hualde Sánchez, J. J.:

- "El ejercicio de la competencia en materia civil por parte de la Comunidad Autónoma del País Vasco", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 2, 1994.

- "Situación actual y perspectivas de futuros del Derecho civil vasco", *Derechos Civiles de España*, I, R. Bercovitz y J. Martínez-Simancas (dirs.), Pamplona, 1999.

Atxabal Rada, A.: "La reciente reforma del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y sus consecuencias en el Derecho civil foral vasco", *Boletín JADO*, año XII, núm. 24, junio 2013.

Atxutegi Gutierrez, J.: *Apartamiento y desheredación en el Derecho civil vasco*, Atelier, Barcelona, 2022,

Balparda y de Las Herrerías, G.: *El Fuero de Vizcaya en lo civil*, Bilbao, 1903.

Belda Mercado, J.: "La sucesión contractual en el Derecho romano vulgar: los pactos sucesorios", https://www.google.com/url?sa=t&rct=-j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiDw5HXmOf7AhW_

UKQEHSbIDRUQFnoECAsQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.boe.es%2Fbiblioteca_juridica%2Fanuarios_derecho%2Fabrir_pdf.php%3Fid%3DANU-R-2021-80256702578&usg=AOvVaw2r0F7nflPGAZei12xtUZeM).

Blasco Gascó, F. P.: *La mejora irrevocable (Análisis de la mejora ordenada por capitulaciones matrimoniales o por contrato oneroso celebrado con un tercero)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.

Cardona Guasch, O.: "Semblanza del Derecho civil de las Comunidades Autónomas. Reflexiones sobre la evolución del Derecho civil español a partir de la Constitución de 1978", *InDret*, núm. 4, 2019, 33 pp.

Castán Vázquez, J. M.: "Notas sobre la sucesión contractual en el Derecho español", *Anuario de Derecho Civil*, 1964.

Celaya Ibarra, A.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, tomo XXVI, *Compilación de Vizcaya y Álava*, Edersa, Madrid, 1978.

Cremades García, P.: *Sucesión mortis causa de la empresa familiar: la alternativa de los pactos sucesorios,* Dykinson, Madrid, 2014.

de Barrón Arniches, P. y Pla Mateu, R.: "El pacto sucesorio de atribución particular: un mecanismo eficaz de transmisión de la empresa familiar", *Revista de Contabilidad y Dirección,* volumen 22, 2016.

de Echegaray, B.: "Significación jurídica de algunos ritos funerarios del País Vasco", *RIEV*, tomo 16, 1925.

de Los Mozos, J. L.: "Adopción y pacto sucesorio", *Revista de Derecho español y americano*, núm. 22, 1968.

Delgado Echeverría, J.: "Los Derecho Civiles Forales en la Constitución", *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 3, 1979.

Díez De Unzueta, I.: "Comentario jurídico al Fuero Antiguo de la Merindad de Durango", *Cuadernos de Historia Duranguesa*, Caja de Ahorros Vizcaína, Bilbao, 1983.

Escarzaga, E.: *Avellaneda y la Junta General de las Encartaciones*, Bilbao, 1927.

Espejo Lerdo De Tejada, M.: *La sucesión contractual en el Código civil*, Universidad de Sevilla, Madrid, 1999.

Etxebarria Mirones, J. y T.: *Tradiciones y costumbres de las Encartaciones*, Bilbao, 1997.

Fernández Gimeno, J. P. y Reyes López, M. J.: *La empresa familiar*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

Galicia Aizpurua, G. H.: *Legítima y troncalidad: la sucesión forzosa en el Derecho de Bizkaia*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

García Cantero, G.: "Por una interpretación del artículo 10.5 del Estatuto vasco", *Primer Congreso de Derecho Vasco: Actualización del Derecho civil*, 16-19 de diciembre de 1982, Oñate, 1983.

García Royo, L.: *La Foralidad civil de las Provincias vascongadas*, tomo II, Vitoria, 1952.

García Rubio, Mª. P.: "Pactos sucesorios en el Código Civil", en Gete-Alonso y Calera, Mª. C. (dir.) y Solé Resina, J. (coord.): *Tratado de Derecho de Sucesiones (Código Civil y normativa civil autonómica),* tomo I, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

García-Granero Fernández, J.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, tomo XXXVII, volumen 1º, Edersa, Madrid, 1998.

Gil Rodríguez, J.:

- "La sucesión contractual como medio de protección de las personas con discapacidad", en Pérez de Vargas Muños, P. y Pereña Vicente, M. (coords.): *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, volumen I, Wolters Kluwer España, 2011.

- "Qué son los Derechos civiles forales", *La Tierra de Ayala*, Actas de las Jornadas de Estudios Históricos en conmemoración del 600 Aniversario de la construcción de la Torre de Quijana, Diputación Foral de Álava, 2001.

Imaz Zubiaur, L.:

- "El pacto sucesorio en el Derecho Civil Vasco", en Gete-Alonso y Calera, Mª. C. (dir.) y Solé Resina, J. (coord.): *Tratado de Derecho de Sucesiones (Código Civil y normativa civil autonómica)*, tomo I, Thomson-Civitas Aranzadi, Cizur Menor, 2011 (2ª edición, revisada y actualizada, 2016).

- "La sucesión paccionada", *Manual de Derecho civil Vasco*, Atelier, Barcelona, 2016.

- *La sucesión paccionada en el Derecho Civil Vasco*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

Jado y Ventades, R.: *Derecho civil de Vizcaya*, 2ª edición aumentada y comparada con el Proyecto de Apéndice al Código civil redactado por la Comisión Especial de Vizcaya y Álava, Casa de Misericordia, Bilbao, 1923.

Labayru y Goicoechea, E. J.: *Historia General del Señorío de Bizcaya*, tomo II, Biblioteca de la Gran Enciclopedia Vasca, Bilbao, 1968.

Lacruz Berdejo, J. L y Sancho Rebullida, F. A.: *Derecho de sucesiones*, tomo I, *Parte general. Sucesión voluntaria*, Bosch, Barcelona, 1971.

Lacruz Berdejo, J. L., Sancho Rebullida, F. A., Luna Serrano, A., Delgado Echeverría, J., Rivero Hernández, R. y Rams Albesa, J.: *Elementos de Derecho civil*, tomo V, *Derecho de sucesiones*, Dykinson, Madrid, 2001.

Lalinde Abadía, J.: "El sistema normativo vizcaíno", *Congreso de Estudios Históricos. Vizcaya en la Edad Media (Bilbao, 17-20 diciembre 1984)*, Eusko Ikaskuntza, Donostia, 1986.

Larrea, P.: "El modelo Financiero del Concierto Económico", *Ekonomiaz*, 19, 1987.

Martín-Ballestero y Costea, L.: *La casa en el Derecho aragonés*, Artes Gráficas E. Berdejo Castañal, Zaragoza, 1944.

Martínez Sarrón, A.: "En torno a la familia foral", *Revista de Derecho Privado*, 1964.

Merino Jara, I.: "Los pactos sucesorios en las Comunidades Autónomas de régimen común (aspectos fiscales)", *Boletín JADO*, núm. 27, año XIV, enero-diciembre 2015-2016.

Monasterio Aspiri, I.: *Los pactos sucesorios en el Derecho vizcaíno*, Universidad de Deusto, Diputación Foral de Bizkaia, Bilbao, 1994.

Navajas Laporte, Á.: *La ordenación consuetudinaria del caserío guipuzcoano*, Donostia, 1975.

Navas Serrano, S.: "El pacto sucesorio de atribución particular en el Código civil de Catalunya", *InDret*, 2/2009, 35 pp.

Olmedo Castañeda, F. J.: "Prohibición de los pactos sucesorios en el Derecho común: cuestionamiento de su *ratio legis*. Propuesta para su admisibilidad", *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXII, fascículo II, 2019.

Oñate Cuadros, F. J.: "Un cambio de paradigma: Los pactos sucesorios", *Egiunea. Revista del Colegio Notarial del País Vasco*, núm. 8, noviembre 2020-enero 2021.

Poumerade, J.: "Algunos elementos del Derecho Privado Nordpirenaico", I Jornadas de Derecho Privado Vasco (San Sebastián, 1990), *Cuadernos de Sección de Derecho*, núm. 8, Eusko Ikaskuntza, Donostia, 1993.

Puig i Ferriol, L.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, tomo XXVII, volumen 2º, 2ª edición, Edersa, Madrid, 1990.

Puig Peña, F.: "La donación matrimonial de bienes futuros", *Estudios de Derecho Civil en honor del Profesor Castán Tobeñas*, tomo IV, Ediciones Universidad de Navarra, Aranzadi, Pamplona, 2002.

Rivas Martínez, J. J.: *Derecho de sucesiones Común y Foral, 3ª edición, tomo II, volumen 2, Dykinson, Madrid, 2004.*

Rubio Torrano, E.: "El artículo 149.1.8ª de la Constitución y la reciente jurisprudencia doctrinal", *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 15, 1993.

Salinas Quijada, F.: *Estudio comparativo del Derecho ayalés y navarro*, Diputación Foral de Álava, 1984.

Tena Arregui, R.: *Organización de la empresa familiar: perspectivas estática y dinámica*, Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2006.

Tallón Taboada, J. M. y Navarro Mir, P.: "La discriminación de trato en el impuesto sobre sucesiones y donaciones en función del territorio de residencia del sujeto pasivo desde la perspectiva constitucional y del derecho europeo", *Revista Quincena Fiscal*, núm. 10/2014, Aranzadi, 36 pp.

Tomás y Valiente, F.: *Manual de Historia del Derecho español*, 4ª edición, Tecnos, Madrid, 1990.

Uriarte Lebario, L. M.: *El Fuero de Ayala*, Imprenta de los Hijos M. G. Hernández, Madrid, 1912.

Villafuerte, A.: "La sucesión contractual", *ADEQ*, Bolivia, 2007.

Yabén y Yabén, H.: *Los contratos matrimoniales en Navarra y su influencia en la estabilidad de la familia*, Madrid, 1916.

Zabalo Escudero, M. E.: "Pluralidad legislativa y conflictos de leyes internos en el ordenamiento español", *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz 1994*, UPV/EHU, Tecnos, 1995.

Zubero Olaechea, L.: "La Norma Foral 7/2002, de 15 de octubre, de Adaptación del sistema tributario del Territorio Histórico de Bizkaia a las peculiaridades del Derecho Civil Foral del País Vasco", *Boletín JADO*, núm. 18, año VII, diciembre 2009.

LA INFRACCIÓN DE LAS PATENTES: ¿TUTELA JUDICIAL O ADMINISTRATIVA? ESPAÑA Y MÉXICO COMO PARADIGMAS*

PATENT INFRINGEMENT: JUDICIAL OR ADMINISTRATIVE PROTECTION? SPAIN AND MEXICO AS PARADIGMS

Rev. Boliv. de Derecho Nº 35, enero 2023, ISSN: 2070-8157, pp. 188-219

* Este artículo es resultado del trabajo realizado en el marco de una estancia de investigación virtual realizada por Marta Cantos Pardo en la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, campus Aguascalientes (México), bajo la tutorización del Dr. Manuel Magaña Rufino, del 1 de diciembre de 2019 al 30 de abril de 2020.

José Manuel MAGAÑA y Marta CANTOS

ARTÍCULO RECIBIDO: 7 de diciembre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 15 de diciembre de 2022

RESUMEN: La respuesta que arroja el sistema legal ante la infracción de las patentes resulta esencial para garantizar la efectiva tutela de las patentes. En España se ha previsto un procedimiento judicial con especialidades para los litigios sobre patentes. Por su parte, en México se opta por un procedimiento administrativo de declaración de infracción. A pesar de la proximidad entre un sistema y otro en algunos puntos, la lejanía en otros es notoria.

PALABRAS CLAVE: Infracciones de derechos de Propiedad Industrial; infracciones de patentes; protección de patentes en España; protección de patentes en México; tutela judicial de las patentes; proceso judicial; procedimiento administrativo; IMPI.

ABSTRACT: *The response of the legal system to patent infringement is essential to ensure effective patent protection. In Spain, a judicial procedure with particularities is foreseen for patent litigation. Mexico, on the other hand, opts for an administrative procedure of declaration of infringement. Despite the proximity between one system and another in some points, the distance in others is notorious.*

KEY WORDS: *Industrial Property infringements; patent infringements; patent protection in Spain; patent protection in Mexico; patent judicial protection; judicial process; administrative procedure; IMPI.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA TUTELA DE LAS PATENTES EN ESPAÑA ANTE LA REALIZACIÓN DE ACTOS DE INFRACCIÓN.- III. LA TUTELA DE LAS PATENTES EN MÉXICO ANTE LA REALIZACIÓN DE INFRACCIONES.- IV. EL PROCESO CIVIL ESPAÑOL Y EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE DECLARACIÓN DE INFRACCIÓN ANTE EL IMPI.- 1. Órgano que debe conocer de la petición.- 2. Legitimación.- 3. Demanda, solicitud de declaración administrativa de infracción y prueba.- 4. Procedimiento, resolución, recursos y ejecución.- 5. Medidas cautelares y medidas provisionales.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

La libre competencia es un principio básico que se erige como pilar fundamental de la gran mayoría de las economías de los Estados modernos. Tanto la Constitución Española en su art. 38, como la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su art. 28, son garantes de este derecho. Frente a esto, las patentes conceden derechos de exclusiva a sus titulares que se concretan en excepciones a esta libre competencia[1].

La patente es, por tanto, "el reconocimiento que hace un Estado en favor de una persona física o moral, aceptando que su invención es novedosa, producto de una actividad inventiva y susceptible de aplicación industrial, y como contraprestación por incentivar, fomentar, desarrollar o mejorar tecnológicamente la industria o el comercio, le concede la exclusividad en su explotación por un tiempo determinado"[2].

1 A favor de estas excepciones, el art. 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que: "Tampoco constituyen monopolios los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la producción de sus obras y los que para el uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora". En este sentido, por lo que al ordenamiento jurídico español se refiere, podemos citar por su relevancia la STS 23 noviembre 1992 (RJ 1992\9366), que estableció que: "es claro que el reconocimiento del derecho de propiedad industrial en cualquiera de sus manifestaciones no vulnera el principio de libertad de empresa que sanciona el art. 38 de la Constitución, puesto que el ejercicio de esos derechos no supone por sí solo un ataque a la competencia, principal manifestación de la libertad de empresa, como dice la Exposición de motivos de la Ley 16/1989, de 17 julio, de Defensa de la Competencia, y únicamente en el caso de que implique alguna de las conductas prohibidas por el art. 1 de dicha Ley podrá hablarse de infracción de ese principio constitucional rector de nuestra organización económica".

2 Magaña Rufino, J. M.: *Derecho de la Propiedad Industrial en México*, Porrúa, Ciudad de México, 2018, p. 27.

• José Manuel Magaña Rufino
Director de Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana Campus Aguascalientes (México). Licenciado en Derecho por la Universidad Panamericana. Es doctor en Derecho con "Sobresaliente Cum Laude" por la Universidad Complutense de Madrid. También, es autor de los libros "Las Marcas Notoria y Renombrada en el Derecho Internacional y Mexicano" (ed. Porrúa, 2010) "Derecho de la Propiedad Industrial en México" (ed. Porrúa, 2011), entre otros. Correo electrónico: mmagana@up.edu.mx.

• Marta Cantos Pardo
Doctora en Derecho por la Universitat de València. Licenciada en ADE y Derecho por la Universitat de València con Premio Extraordinario en ambas licenciaturas y Premio de Excelencia Académica de la Generalitat Valenciana. Recibió el Premio Tomás y Valiente al mejor trabajo de investigación (2019) y el XX Premio Broseta de Estudios Jurídicos (2017). Cuenta con el título de Máster en Derecho de la Propiedad Intelectual por la UNIR. Es autora de varios capítulos de libro en obras colectivas y de diversos artículos de revista. Correo electrónico: marta.cantos@uv.es.

Este monopolio de explotación de la invención por un periodo temporal es la esencia de los derechos modernos a la protección jurídica del inventor[3]. . En las sociedades actuales, ampliamente tecnificadas[4], las invenciones ocupan un lugar privilegiado, pues la tecnología está presente en mayor o menor medida en todos los ámbitos sociales. Por ello, la sociedad premia al inventor, concediéndole un monopolio de explotación temporal y compensándole por el esfuerzo realizado para alcanzar la invención patentada[5] y, como contrapartida, se produce la comunicación social de la invención. De esta forma, los estados pretenden fomentar la investigación como motor del desarrollo industrial y social[6].

Todo sistema de protección de las invenciones queda vacío si no se concreta en unos particulares derechos y si no se garantiza un sistema de protección adecuado de los mismos. De nada sirve al titular de la patente que se le reconozcan unos derechos que después pueden ser infringidos por terceros sin unas consecuencias jurídicas contundentes y sin un sistema que restaure debidamente el daño causado a los afectados.

En España la protección legal de las patentes se regula fundamentalmente en la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes (en adelante: "LP"). Por su parte, en México, se regula en la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial (en adelante: "LFPPI"). La LP española entró en vigor el 1 de abril de 2017, la cual derogó y sustituyó a la anterior Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes (en adelante: "LP de 1986"), y supuso una actualización del marco normativo español

3 Romaní Lluch, A.: "Fundamento del Derecho de Patentes de Invención", en AA.VV.: *Tratado de Derecho Industrial* (coord. por M. Baylos Morales), Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2009, p. 1099.

4 La tecnología ocupa cada vez un mayor espacio en nuestro mundo y las invenciones a su vez constituyen un papel más relevante en esta realidad. Esta evolución de la tecnología en la industria y la sociedad nos ha llevado a considerar que asistimos a la "Cuarta revolución industrial". Al respecto, Barona Vilar, S.: "Cuarta revolución industrial (4.0.) o ciberindustria en el proceso penal: revolución digital, inteligencia artificial y el camino hacia la robotización de la justicia", *Revista Jurídica Digital UANDES*, vol. 3, núm. 1, 2019, p. 2., afirma que: "La tercera Revolución Industrial se alimentó de la computación y de las tecnologías digitales (especialmente a partir de la década de 1950 debido a la aparición de la microelectrónica, de los mainframes y de las primeras apariciones de la inteligencia artificial). La sociedad analógica fue dando paso poco a poco al mundo digital, con la aparición del internet y la transformación digital, que favoreció el impulso de mejora de los procesos operativos empresariales, amén de generar nuevos modelos de negocio". Así, actualmente estamos asistiendo a la Cuarta revolución industrial o del 4.0., que, en palabras de esta autora, "comporta la digitalización de las cadenas a través de la tecnología de procesamiento de datos, software inteligente y sensores que facilitan la actividad, desde los que pueden trabajar fabricantes, proveedores, distribuidores, clientes y consumidores para poder predecir, controlar, planear y producir de forma inteligente, lo que favorece un sistema productivo global".

5 No obstante, se han alzado voces discrepantes que alertan de las extralimitaciones por extensiones indebidas del derecho de patente, que pueden dar lugar a prácticas anticompetitivas. Al respecto, *vid.* Ginebra Serrabou, X.: "La propiedad industrial y la competencia económica en México", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 121, 2007, pp. 117-171, que trata el caso Landsteiner y PIHCSA frente a Merck, analizado por la Comisión Federal de Competencia, en el que se denunciaron presuntas prácticas monopólicas por la utilización de títulos de patente, las cuales finalmente no pudieron ser calificadas como actos cuyo efecto fuera desplazar indebidamente a otros agentes del mercado, cerrándose el caso en realidad sin analizar con profundidad la cuestión.

6 Para saber más sobre los objetivos del derecho de patentes y su evolución, consulte: Kresalja Roselló, B. "Los objetivos del derecho de patentes: Notas sobre su evolución", *THĒMIS-Revista de Derecho,* núm. 36, 1997, pp. 155-173.

al derecho de patentes internacional y de la Unión Europea[7]. Por su parte, la LFPPI entró en vigor el 5 de noviembre de 2020 y fue promulgada en el marco de los compromisos asumidos por México en el Tratado de Libre Comercio México, EUA y Canadá (T-MEC), que entró en vigor el 1 de julio de 2020[8].

En el presente artículo se estudia la diferente respuesta que conceden los sistemas jurídicos español y mexicano para la tutela de las patentes ante las infracciones que se pueden cometer. En primer lugar, se presentan las diferentes formas de tutela que existen en España, tanto judiciales como extrajudiciales. Seguidamente, se presenta la evolución que ha acontecido en México a favor de la vía administrativa en los casos de infracción de patentes. Posteriormente, se analizan comparativamente el procedimiento judicial civil español y el procedimiento administrativo de declaración de infracción ante el IMPI. En particular, se analizan el órgano que debe conocer de la petición; la legitimación; la demanda, la solicitud de declaración administrativa de infracción y la prueba; el procedimiento, la resolución, los recursos y su ejecución, y las medidas cautelares y las medidas provisionales. Por último, se extraen algunas conclusiones, haciendo especial énfasis en aquellos aspectos que podrían reconsiderarse y reformarse en aras de una mayor efectividad y garantía de los derechos.

II. LA TUTELA DE LAS PATENTES EN ESPAÑA ANTE LA REALIZACIÓN DE ACTOS DE INFRACCIÓN.

En España el art. 59 LP establece qué actos constituyen una explotación directa[9] de la invención patentada, respecto de los que el titular de la patente tiene derecho de exclusividad. Estos actos son: "a) La fabricación, el ofrecimiento para la venta, la introducción en el comercio o la utilización de un producto objeto de la patente o la importación o posesión del mismo para alguno de los fines mencionados. b) La utilización de un procedimiento objeto de la patente o el ofrecimiento de

7 Entre los cambios legislativos producidos en el ámbito internacional y europeo podemos destacar: el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (Instrumento de Ratificación del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio y del Acuerdo sobre Contratación Pública, hechos en Marrakech el 15 de abril de 1994); el Tratado sobre el Derecho de Patentes, Ginebra, 1 de junio del 2000 (Instrumento de Adhesión del Tratado sobre el derecho de patentes, Reglamento del tratado sobre el derecho de patentes, y Declaraciones concertadas por la Conferencia Diplomática relativas al Tratado y al Reglamento, hechos en Ginebra el 1 de junio de 2000), y el Reglamento (CE) núm. 1610/96 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 1996, que creó el certificado complementario de protección para los productos fitosanitarios.

8 Son muchas las novedades y modificaciones que se han incorporado al sistema de Propiedad Industrial mexicano a través de esta norma, por ejemplo, la introducción de las prórrogas de patentes (certificado complementario). Para saber más, *vid*. Jalife Caballero, M.: *Comentarios a la Nueva Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial*, JalifeCaballero.com, 2020. Disponible en: https://www.jalifecaballero.com/es/propiedad-intelectual/comentarios-a-la-nueva-ley-federal-de-proteccion-a-la-propiedad-industrial/ (consultado el 10 de febrero de 2021).

9 Las explotaciones indirectas se definen en el art. 60 LP para aquellos casos en que se entregan medios aptos para la puesta en práctica de la invención patentada o, siendo medios que se encuentran corrientemente en el comercio, cuando se incita a cometer actos prohibidos. Su realización por quien no se encuentra autorizado constituye un acto de infracción.

dicha utilización, cuando el tercero sabe, o las circunstancias hacen evidente que la utilización del procedimiento está prohibida sin el consentimiento del titular de la patente. c) El ofrecimiento para la venta, la introducción en el comercio o la utilización del producto directamente obtenido por el procedimiento objeto de la patente o la importación o posesión de dicho producto para alguno de los fines mencionados".

Cuando estos actos son cometidos por un tercero que no cuenta con la debida autorización del titular, ni el amparo de las excepciones legales (arts. 61 a 66 LP), nos encontramos ante "actos de infracción de una patente". Por ello, conseguir que el infractor cese en su actividad infractora y se restauren los derechos del titular perjudicado se erige como un objetivo primordial. Con este fin, la legislación española establece la posibilidad de ejercitar una serie de acciones que podemos denominar "de infracción de derechos de propiedad industrial". Entre estas acciones se encuentran la de cesación[10] y prohibición, la declarativa de infracción, la de remoción, la de indemnización de daños y perjuicios y la de publicación de la sentencia (art. 71.1 LP)[11]. Este listado no es limitativo, pues el art. 70 LP permite que se puedan ejercitar cualesquiera acciones correspondan, con independencia de su clase y naturaleza, frente a aquellos que lesionen los derechos previstos en la norma.

En España, la tutela judicial del derecho de patente puede instarse ante el orden jurisdiccional civil y penal. En concreto, en la LP y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante: "LEC") se han establecido especialidades procedimentales para obtener la protección jurisdiccional de la patente y la restauración del derecho infringido[12]. Asimismo, el Código Penal español regula los

10 La doctrina española destaca la importancia capital de la acción de cesación como pieza básica del derecho de la Propiedad Industrial. Entre otros, Fernández-Nóvoa, C.: "Efectos de la patente", en *La modernización del derecho español de patentes* (C. Fernández-Nóvoa; J. A. Gómez Segade), Montecorvo, Madrid, 1984, p. 208; Bercovitz Rodríguez-Cano, A.: *Introducción a las marcas y otros signos distintivos en el tráfico económico*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, p. 156, y García Vidal, Á.: *Las acciones civiles por infracción de la propiedad industrial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 329.

11 Art. 71.1. LP: "El titular cuyo derecho de patente sea lesionado podrá, en especial, solicitar: a) La cesación de los actos que violen su derecho, o su prohibición si éstos todavía no se han producido. b) La indemnización de los daños y perjuicios sufridos. c) El embargo de los objetos producidos o importados con violación de su derecho y de los medios exclusivamente destinados a tal producción o a la realización del procedimiento patentado. d) La atribución en propiedad de los objetos o medios embargados en virtud de lo dispuesto en el apartado anterior cuando sea posible, en cuyo caso se imputará el valor de los bienes afectados al importe de la indemnización de daños y perjuicios. Si el valor mencionado excediera del importe de la indemnización concedida, el titular de la patente deberá compensar a la otra parte por el exceso. e) La adopción de las medidas necesarias para evitar que prosiga la infracción de la patente y, en particular, la transformación de los objetos o medios embargados en virtud de lo dispuesto en el párrafo c), o su destrucción cuando ello fuera indispensable para impedir la infracción de la patente. f) Excepcionalmente el órgano judicial podrá también, a petición del titular de la patente, ordenar la publicación de la sentencia condenatoria del infractor de la patente, a costa del condenado, mediante anuncios y notificaciones a las personas interesadas. Las medidas comprendidas en los párrafos c) y e) serán ejecutadas a cargo del infractor, salvo que se aleguen razones fundadas para que no sea así".

12 Los procesos de infracción de patentes se rigen por lo previsto en la LEC y en la LP, que han establecido un procedimiento con especialidades. Ya en la anterior LP de 1986 el legislador comprendió que la tutela civil de los derechos de Propiedad Industrial requería del establecimiento de particularidades sobre el proceso

delitos contra la Propiedad Industrial en sus arts. 273 a 277, los cuales pertenecen al Título XIII rubricado "Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico", Capítulo XI "De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores", Sección 2ª "De los delitos relativos a la Propiedad Industrial". En todo caso, para acudir a la vía penal, deben cumplirse los elementos del tipo, que requieren, entre otros, la concurrencia de dolo, que no se exige para la estimación de las acciones civiles de infracción -con alguna salvedad para la indemnización de los daños y perjuicios-. Además, en caso de infracción, también es posible acudir a otras instituciones de resolución de conflictos extrajudiciales, como por ejemplo la conciliación, el arbitraje o la mediación a las que se refieren expresamente los arts. 133 a 136 LP[13].

Del análisis de la legislación española se desprende que la opción preferente en el ordenamiento jurídico español para la tutela de las patentes es el proceso civil, pues es en el que se ha realizado un mayor desarrollo legislativo y tiene en cuenta las particularidades de este tipo de derechos, estableciendo especialidades procesales.

III. LA TUTELA DE LAS PATENTES EN MÉXICO ANTE LA REALIZACIÓN DE INFRACCIONES.

Por su parte, en México para obtener una resolución en que se declare la existencia de una infracción y se imponga la correspondiente sanción jurídica que pudiera derivarse, se acude a la vía administrativa, en concreto, a la autoridad administrativa en materia de Propiedad Industrial, el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (en adelante: "IMPI"[14]).

La LFPPI pone especial interés en la materia, reorganizando los artículos que se encontraban dispersos en la anterior Ley de Propiedad Industrial (en adelante: "LPI") e intentado dotar de mayor seguridad jurídica a los procedimientos de declaración administrativa que regula a partir del art. 328 LFPPI[15]. Además, esta

ordinario, lo que se ha mantenido en la actual LP. Gimeno Sendra, V.: *Derecho Procesal Civil II. Los procesos especiales,* Castillo de Luna ediciones jurídicas, Madrid, 2016, p. 536.

13 Sobre la arbitrabilidad de los litigios sobre derecho de Propiedad Industrial, consulte: De Miguel Asensio, P. A.: "Alcance de la arbitrabilidad de los litigios sobre derechos de Propiedad Industrial", *Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones,* núm. 7(1), 2014, pp. 81-101; y, en relación con la mediación en materia de Propiedad Industrial, *vid.* García Vidal, Á.: "La OEPM como institución mediadora y arbitral. Informe sobre las opciones de implantación y desarrollo", Fundación EOI y Oficina Española de Patente y Marcas, 2018. Disponible en: http://www.oepm.es/export/sites/oepm/comun/documentos_relacionados/Publicaciones/Estudios-Articulos/LaOEPMcomoInstitucionMediadoraArbitral.pdf (consultado el 10 de febrero de 2021).

14 Su homólogo español es la Oficina Española de Patentes y Marcas (en adelante: "OEPM"), cuyos fines y funciones se regulan, entre otros, en el art. 2 de la Ley 17/1975, de 2 de mayo, sobre creación del Organismo Autónomo Registro de la Propiedad Industrial, y el art. 3 del Real Decreto 1270/1997, de 24 de julio, por el que se regula la OEPM.

15 Jalife Daher, M.: *La nueva Ley Federal de Protección de la Propiedad Industrial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 231.

nueva norma otorga, en favor de la eficacia, especiales facultades al IMPI, como la posibilidad de condenar al infractor al pago de los daños y perjuicios causados al titular (arts. 5 fracc. VIII y 343 LFPPI), lo que supone una injerencia clara del IMPI en las funciones hasta ahora reservadas a los órganos judiciales, que podría considerarse vulnera lo previsto constitucionalmente[16].

Por lo que, a diferencia de España, donde para obtener una condena contra un acto de infracción se acude al proceso civil -o penal, si se cumplen los requisitos-, ejercitando las acciones de infracción -bajo el amparo de la LP y la LEC-; en México, para obtener una resolución que condene al infractor de una patente a dejar de cometer tales actos, acudiremos a la vía administrativa, siguiendo lo establecido en la LFPPI. De esta manera, se solicitará al IMPI que declare la infracción administrativa de una patente y condene al infractor a dejar de realizar su actividad ilícita, imponiendo la sanción que corresponda. No cabe la vía penal, a diferencia del caso español, pues no se incluye entre los supuestos de delitos enunciados en la LFPPI[17]. No obstante, tras la entrada en vigor de esta nueva ley, se puede solicitar una conciliación ante el propio IMPI[18].

No puede pasar inadvertido que no es común que las autoridades administrativas sean las que tengan atribuidas la competencia para resolver sobre las infracciones de patentes. En México, en los últimos 30 años se ha producido un progresivo avance en estas funciones por parte del IMPI[19]. Así, esta labor del

16 Al respecto, Jalife Daher, M.: *La nueva Ley*, cit., p. 235, manifiesta que: "Es claro que, para esta novedosa facultad del Instituto, esta autoridad deberá desarrollar recursos humanos, materiales y técnicos que le permitan dictar resoluciones de este tipo, las cuales requieren de un bagaje de conocimiento y experiencia que no es propia de esta autoridad administrativa. Digamos que el IMPI estará actuando como si se tratase de un tribunal civil, que conoce del desahogo de una serie de pruebas propias de la materia a dictaminar. Por otro lado, será interesante conocer las primeras resoluciones que sobre la constitucionalidad de esta facultad del Instituto se emitan, ya que es claro que, este tipo de facultades han estado reservadas en nuestro país a la autoridad judicial. Sin embargo, la apuesta que se ha hecho a agilizar y dotar de eficacia a esta clase de instancias para la condena en daños y perjuicios es una de las apuestas más importantes de la LFPPI".

17 Cfr. art. 402 LFPPI.

18 Cfr. arts. 372 y ss. LFPPI. Así, podemos matizar que en México no cabe el sometimiento a arbitraje en caso de nulidades, cancelaciones o caducidades de derechos de Propiedad Industrial, así como para dirimir eventuales presuntas infracciones o delitos. En este sentido, sí cabría la posibilidad de someter a arbitraje controversias que guarden relación con derechos de Propiedad Industrial que tengan naturaleza civil o mercantil, como sería un conflicto sobre los términos de un contrato de licencia de patente. Jalife Daher, M.: *Derecho Mexicano de la Propiedad Industrial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 734. Por el contrario, en España y respecto al arbitraje, sí sería posible resolver las controversias sobre la infracción de derechos de Propiedad Industrial por la vía arbitral. Por ejemplo, sí podría interponerse una acción de cesación ante un tribunal arbitral, ya que se considera materia de libre disposición conforme a Derecho (art. 2.1 Ley de Arbitraje). Sin embargo, no podría dirimirse un conflicto relativo "a los procedimientos de concesión, oposición o recursos referentes a una patente, cuando el objeto de la controversia sea el cumplimiento de los requisitos exigidos para su concesión, su mantenimiento y validez" (*ex* art. 136.2 LP).

19 Hasta mediados de los años ochenta la actitud de la autoridad administrativa era más bien de despreocupación y tolerancia respecto de las violaciones de derechos de Propiedad Industrial, lo que comenzó a cambiar con la Adhesión de México al GATT en 1986 y la entrada en vigor de la reforma de ese mismo año de la Ley de Invenciones y Marcas, de 30 de diciembre de 1975. Este avance se confirmó en la siguiente década cuando las autoridades administrativas de México negociaron la firma de un tratado de libre comercio con Estados Unidos y Canadá, que requería de la adopción de formas de represión de conductas vulneradoras de derechos de Propiedad Industrial. Rangel Ortiz, H.: "La acción de responsabilidad civil por la usurpación

IMPI en un primer momento se presentó como una alternativa a la vía judicial. Más tarde, la Sentencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de 17 de marzo de 2004 y la Sentencia de la misma Sala de 21 de mayo de 2008, comenzó a exigirse la previa resolución administrativa del IMPI como requisito *sine qua non* para acudir a la vía judicial[20]. Así, los titulares de patentes afectadas por un tercero tenían que agotar la vía administrativa hasta alcanzar una resolución firme[21], pues esta era la única forma de acudir posteriormente a la vía judicial para exigir el pago de los daños y perjuicios causados por la violación de su patente. Esta situación inhibió a los titulares de patentes a acudir a la vía judicial[22], por lo que lo habitual era acudir exclusivamente a la vía administrativa.

Actualmente, el requisito de previo pronunciamiento del IMPI no se exige en la LFPPI, porque su art. 396 II permite acudir de forma directa a los tribunales para

de una marca registrada en la Sentencia de 17 de marzo de 2004 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación", en AA.VV.: *Propiedad Intelectual, Análisis de casos* (coord. por E. de la Parra Trujillo), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 90-91. Por otro lado, el progresivo avance de las funciones del IMPI se ve acentuado por la entrada en vigor de la LFPPI, en concreto, por la atribución de nuevas facultades, previstas en las fracciones VI a IX de su art. 5, entre las que encontramos la posibilidad de "VI.- Determinar en cantidad líquida el monto de las multas que imponga y, en su caso, de los respectivos accesorios; requerir su pago y recaudar el crédito fiscal resultante; VII.- Exigir el pago de los créditos fiscales que no hubiesen sido cubiertos oportunamente a través del procedimiento administrativo de ejecución, en términos del Código Fiscal de la Federación o que, sin embargo, tee recaudar el cras fracciones VI a IX del art. 5, entre las que encontramos la posibilidad de requerir y VIII.- Condenar al pago de los daños y perjuicios causados al titular afectado en los procedimientos de declaración administrativa de infracción previstos en las leyes cuya aplicación le corresponde, y cuantificar el monto de la indemnización respectiva; IX.- Solicitar el auxilio de la fuerza pública federal, estatal o local, así como de cualquier institución civil o armada, para cumplimentar eficaz y prontamente sus determinaciones relacionadas con la observancia de derechos contenidos en las leyes, cuya aplicación le corresponde". A este respecto, algunos autores ya advierten de los posibles problemas que estas mayores facultades del IMPI pueden generar, pues esta institución no cuenta con facultades atribuidas por la Constitución y las leyes orgánicas aplicables, como, por ejemplo, para ejecutar embargos a fin de garantizar el crédito fiscal. Jalife Daher, M.: *La nueva Ley*, cit., pp. 24, 275-276.

20 La Sentencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de 17 de marzo de 2004, tiene su origen en la existencia de pronunciamientos jurisprudenciales contradictorios, por cuanto, ante la interposición de acciones civiles por daños y perjuicios en materia de vulneración de derechos de Propiedad Industrial, algunos tribunales consideraban que era necesario que se dictara una resolución previa del IMPI declarando la infracción del derecho, y otros entendían que podían conocer de reclamaciones de daños y perjuicios sobre la materia sin necesidad de pronunciamiento previo del IMPI. Por ello, se denunció esta contradicción ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual resolvió que era necesaria la previa resolución del IMPI como condición para que los órganos jurisdiccionales pudieran conocer de la acción de daños y perjuicios en materia de Propiedad Intelectual. Lo que se ratificó en la sentencia de la misma Sala de 21 de mayo de 2008. Rangel Ortiz, H.: "La acción de responsabilidad civil", cit., pp. 95-101. Téngase en cuenta que en la actualidad ya no se exige este requisito, *ex* art. 396 II LFPPI.

21 Disponer de una resolución firme en un procedimiento de infracción podría tardar entre 3 y 6 años. En efecto, una vez obtenida la resolución por parte del IMPI, el afectado podía solicitar el recurso de revisión ante la propia autoridad administrativa o impugnarla a través de un juicio de nulidad ante la Sala Especializada de Propiedad Intelectual (SEPI) y esta última resolución, a su vez, impugnarla a través de un Amparo Directo ante un Tribunal Colegiado.

22 Uno de los motivos por los que en la práctica en México no se recurre a la vía judicial y se prefiere optar por la vía administrativa se identifica con la escasa tradición jurídica de los juzgados en la materia. Al respecto, Rangel Ortiz, A.: "Los tribunales especializados en materia de Propiedad Intelectual", en *Diagnóstico y Propuestas sobre los sistemas de Impartición de Justicia en México*, Octavo Congreso Nacional de Abogados, Barra Mexicana-Colegio de Abogados, Oaxaca, 20 a 22 de mayo de 2004.

obtener la indemnización por la violación de sus derechos de Propiedad Industrial sin necesidad de declaración administrativa previa de infracción.

No obstante, el art. 410 LFPPI ha establecido que el juicio seguido ante un Tribunal civil por el pago de los daños y perjuicios derivados de una violación a una patente debe suspenderse si el demandado acredita haber interpuesto una acción de nulidad, caducidad o cancelación en contra del registro de patente ante el IMPI. Este requisito supone que, a pesar de que se ha liberado a la acción civil de la necesaria declaración previa de infracción que venía exigiéndose, se haya impuesto otra traba dependiente del IMPI, que podría utilizarse de forma malintencionada por el infractor para dilatar el procedimiento y continuar realizando su infracción durante el mayor tiempo posible[23].

Así, de conformidad con la LFPPI, el titular de una patente que se vea afectada indebidamente -vulnerada- por un tercero puede:

1º) Solicitar al IMPI una medida provisional[24] a efecto de inhibir el uso indebido de la patente por parte de un tercero. En este caso es necesario que el titular de la patente otorgue una garantía previa (fianza) y adicionalmente presente la demanda o solicitud administrativa de infracción ante el IMPI dentro de los veinte días hábiles contados a partir del día siguiente de la ejecución de la medida (art. 349 fracc. II LFPPI).

2º) Presentar directamente ante el IMPI una solicitud de infracción en contra del tercero que comete la violación de su patente, solicitando -o no- las medidas provisionales señaladas en el punto anterior.

3º) Solicitar, vía judicial, medidas provisionales a efecto de impedir la violación de la patente.

23 Jalife Daher, M.: *La nueva Ley,* cit., pp. 283-284.

24 Las medidas provisionales se establecen en el art. 344 LFPPI y son las siguientes: "I.- Ordenar el retiro de la circulación o impedir ésta, respecto de las mercancías que infrinjan derechos de los tutelados por esta Ley; II.- Ordenar se retiren de la circulación: a) Los objetos fabricados o usados ilegalmente; b) Los objetos, empaques, envases, embalajes, papelería, material publicitario y similares que infrinjan alguno de los derechos tutelados por esta Ley; c) Los anuncios, letreros, rótulos, papelería y similares que infrinjan alguno de los derechos tutelados por esta Ley, y d) Los utensilios o instrumento destinados o utilizados en la fabricación, elaboración u obtención de cualquiera de los señalados en los incisos a), b) y c), anteriores; III.- Prohibir, de inmediato, la comercialización o uso de los productos con los que se viole un derecho de los protegidos por esta Ley; IV.- Ordenar el aseguramiento de bienes; V.- Ordenar al presunto infractor o a terceros la suspensión o el cese de los actos que constituyan una violación a las disposiciones de esta Ley; VI.- Ordenar la suspensión de la libre circulación de mercancías destinadas a la importación, exportación, tránsito o, en su caso, cualquier régimen aduanero, que constituyan una violación a las disposiciones de esta Ley, de conformidad con los ordenamientos legales aplicables en materia aduanera; VII.- Ordenar al presunto infractor o a terceros la suspensión, bloqueo, remoción de contenidos o cese de los actos que constituyan una violación a esta Ley a través de cualquier medio virtual, digital o electrónico, conocido o por conocerse, y VIII.- Ordenar se suspenda la prestación del servicio o se clausure el establecimiento cuando las medidas que se prevén en las fracciones anteriores no sean suficiente para prevenir o evitar la violación a los derechos protegidos por esta Ley".

Particularmente, por lo que respecta a la interrupción de la actividad infractora, en la práctica, y de forma casi automática, el IMPI, al declarar la existencia de una infracción administrativa de una patente, condena al infractor a cesar en su actuación infractora[25]. Por ello, siendo que la resolución de declaración de infracción administrativa del IMPI ya impone de por sí al infractor la obligación de cesar en su actividad, posteriormente, los afectados por la infracción no acuden a un procedimiento judicial, pues ya cuentan con una resolución que obliga al infractor a cesar en su actuación ilícita.

Como se ha visto, a diferencia del caso español en que la opción preferente desde el punto de vista legislativo para la tutela de las patentes es el proceso judicial civil; en el sistema normativo de México, el mecanismo legal específico para perseguir las vulneraciones de patentes es el previsto en la LFPPI, a través de la declaración administrativa de infracción por parte del IMPI. A este respecto, podemos preguntarnos si sería conveniente replantearse esta postura a favor de la vía jurisdiccional civil como opción preferente frente a la administrativa, estableciendo las especialidades necesarias. Y ello en la medida en que un proceso judicial ofrece por lo general mayores garantías que un procedimiento administrativo, por ejemplo, de imparcialidad, tanto desde el punto de vista del desinterés subjetivo del juez, como del desinterés objetivo de la jurisdicción[26].

Asimismo, podríamos considerar que esta regulación que da preferencia a la vía administrativa y establece algunos condicionantes -trabas- para acudir a los tribunales podría ser considerada contraria a la Constitución y al ordenamiento jurídico mexicanos que establecen el derecho de toda persona a que se le

25 Sin embargo, esta sanción solo se enuncia como medida provisional en el art. 344 fracc. V LFPPI, pero no en el capítulo respectivo de sanciones cuando el IMPI dicta su resolución final (art. 388 LFPPI). Así, podría ser interesante su inclusión en el art. 388 LFPPI.

26 Montero Aroca, J.: "Función Jurisdiccional", en *Derecho Jurisdiccional I. Parte General* (J. Montero Aroca; J. L. Gómez Colomer; S. Barona Vilar), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 122-123, afirma que: "Hay que distinguir entre imparcialidad del funcionario o de la autoridad administrativa y el interés objetivo. La Administración no está desinteresada en los asuntos en que interviene, pero el funcionario concreto ha de ser imparcial; es decir, interés objetivo y desinterés subjetivo. En la Jurisdicción, en cambio, hay desinterés objetivo y subjetivo". Sanchis Crespo, C.: "Aspecto funcional de la jurisdicción", en *Derecho Procesal I. Jurisdicción, acción y proceso* (C. Sanchis Crespo; V. Pardo Iranzo; M. L. Montón García; J. I. Zaragoza Tejada), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2021, pp. 95-96, expone en relación con el derecho español un ejemplo sobre el interés objetivo de la administración que puede traerse al caso que nos ocupa: "Si se impone una sanción a un administrado por, pongamos por caso, conducir con exceso de velocidad y este recurre ante la Administración, habrá un instructor encargado del asunto. Él deberá ser imparcial (desinterés subjetivo) pero la Administración tendrá interés objetivo en que el recurso sea desestimado porque conviene más a su interés. ¿Por qué? Porque la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial dice textualmente en su disposición adicional cuarta que "el importe de las sanciones económicas obtenidas por infracciones a esta ley, en el ámbito de la Administración General del Estado, se destinará íntegramente a la financiación de actuaciones y servicios en materia de seguridad vial, prevención de accidentes de tráfico y ayuda a las víctimas". Por lo tanto, si se mantiene la sanción, la Administración dispondrá de más fondos para llevar a cabo sus políticas en esas materias". Este mismo razonamiento pudiera aplicarse para el caso del IMPI, teniendo en cuenta que el art. 389 LFPPI establece que las multas impuestas por el IMPI se destinarán a cubrir sus gastos de operación, por lo que podría concurrir interés objetivo en su actuación.

administre justicia de forma gratuita por los tribunales competentes, los cuales dirimirán las controversias de manera pronta, completa e imparcial[27].

Dejando de lado la anterior reflexión, por último, y como se ha señalado para el caso español, conviene precisar cuáles son las conductas que se pueden considerar como infracciones teniendo en cuenta la normativa mexicana. Así, diversas fracciones del art. 386 LFPPII establecen los actos concretos que se consideran infracciones relacionadas con las patentes -lo que se incluye dentro de un elenco *numerus apertus*[28], *ex* art. 386 XXXIII LFPPII-, respecto de los cuales la parte interesada -o de oficio por parte del IMPI- puede instar una investigación administrativa de infracción. En concreto, son: "IV.- Hacer aparecer como productos patentados aquéllos que no lo estén. Si la patente ha caducado o fue declarada nula, se incurrirá en la infracción después de un año de la fecha de caducidad o, en su caso, de la fecha en que sea exigible la declaración de nulidad; V.- Fabricar o elaborar productos amparados por una patente o por un registro de modelo de utilidad o diseño industrial, sin consentimiento de su titular o sin la licencia respectiva; VI.- Ofrecer en venta, poner en circulación o usar productos que incorporen una invención patentada, sin consentimiento de su titular o sin la licencia respectiva; VII.- Utilizar procesos patentados, sin consentimiento del titular de la patente o sin la licencia respectiva; VIII.- Ofrecer en venta o poner en circulación productos que sean resultado de la utilización de procesos patentados, que fueron utilizados sin el consentimiento del titular de la patente o de quien tuviera una licencia de explotación" (art. 386 IV, V, VI, VII, VIII LFPPI).

Estas vulneraciones quedan reguladas como infracciones administrativas, evitando su tipificación penal. De esta forma, se rehúyen la complejidad e implicaciones del proceso penal, buscando una reacción rápida a la conducta lesiva, que permite la imposición de sanciones, las cuales, tras la entrada en vigor de la nueva ley, pueden alcanzar cuantías notables, lo que acentúa su efecto preventivo[29].

En relación con lo anterior, conviene destacar que la nueva LFPPI para el caso de la infracción de comercialización de productos patentados no exige la realización dolosa de la actuación, esto es, la realización de la conducta "a sabiendas" de

27 En relación con esto, podemos destacar que el cobro de tarifas por aprovechamientos del IMPI y las facultades conferidas al IMPI para resolver las solicitudes de declaración administrativa de infracción han sido calificadas por algunos como inconstitucionales. Lo que, en opinión de González de Araujo Muriel, A.: *Propiedad Industrial en México. Paso a paso*, Colex, Madrid, 2020, p. 79, no es acertado porque el art. 17 de la Constitución de México otorga derechos al ciudadano y no obligaciones, pudiendo elegir entre ejercer la acción jurisdiccional o interponer la solicitud administrativa. No obstante, la realidad, en nuestra opinión, es que en este supuesto en particular la vía jurisdiccional cuenta con condicionantes que limitan el derecho de los ciudadanos a optar por el proceso judicial.

28 Esta previsión redactada de forma abierta ha sido objeto de críticas, poniéndose en duda su constitucionalidad, en tanto en cuanto para que una conducta resulte sancionable debe haber sido prevista exactamente en la norma, lo que podría dar lugar a supuestos de indefensión. González de Araujo Muriel, A.: *Propiedad Industrial*, cit., p. 102.

29 Jalife Daher, M.: *La nueva Ley,* cit., p. 256.

su ilicitud. Anteriormente, en esos casos, se requería la acreditación de que el infractor conocía de la infracción o de que existían razones suficientes para su conocimiento[30], lo que no se contiene en la LFPPI. Algunos autores, como JALIFE DAHER se han mostrado críticos con esta modificación, pues consideran que "expone a los comercializadores a situaciones de enorme riesgo, que repercutirán en una serie de trabas comerciales a partir de que los canales de venta exijan una serie de garantías y responsabilidades a los productores para el caso de la eventual invasión de una patente"[31]. En España, este requisito de actuación dolosa se exige cuando nos encontramos ante un delito contra la Propiedad Industrial[32]. También, se exige en el orden jurisdiccional civil para algunos supuestos de reconocimiento de la indemnización de daños y perjuicios a favor del perjudicado (art. 72 LP). No obstante, no se exige para la interposición de otras acciones civiles de infracción, como la acción de cesación que no requiere la concurrencia de dolo o culpa[33].

IV. EL PROCESO CIVIL ESPAÑOL Y EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE DECLARACIÓN DE INFRACCIÓN ANTE EL IMPI.

A continuación, se exponen de forma conjunta las cuestiones esenciales del proceso civil español[34] que se inicia tras la interposición de las correspondientes acciones de infracción de una patente y del procedimiento administrativo ante el IMPI para la obtención de la declaración administrativa de infracción.

30 A continuación, se cita un ejemplo de la doctrina anterior, que exigía la actuación con conocimiento de la infracción y algunos ejemplos en los que se consideraba acreditada esta actuación "a sabiendas": "Para que se actualice la hipótesis establecida en la fracción XII, de la Ley de la Propiedad Industrial, es necesario que se cumplan las siguientes condiciones: a) que exista una patente, un registro de modelo de utilidad o de diseño industrial propiedad de quien solicita la infracción, b) que se ofrezcan en venta o pongan en circulación productos amparados con dicha patente, registro de modelo de utilidad o diseño industrial y c) que se realice dicha conducta a sabiendas de que los productos fueron fabricados o elaborados sin el consentimiento del titular o sin la licencia respectiva. En tal virtud, si en el procedimiento administrativo de infracción respectivo la parte demandante ofrece diversos recortes y folletos publicitarios, en los cuales puede corroborarse que efectivamente, el particular demandado, comercializa productos amparados con dicha patente, registro de modelo de utilidad o diseño industrial, resulta claro que sí se acredita la comercialización y/o distribución de dicho producto por parte del particular demandado". Juicio Contencioso Administrativo Núm. 1032/08-EPI-01-3.- Resuelto por la Sala Regional Especializada en materia de Propiedad Intelectual del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, el 1 de julio de 2009 (TMX412.045).

31 Además, Jalife Daher, M.: *La nueva Ley,* cit., pp. 260-262, critica que no se haya utilizado la oportunidad que brindaba la redacción de un nuevo texto normativo para aclarar la posición legislativa de la "doctrina de los equivalentes".

32 Por lo que se refiere a las patentes en particular, el art. 273.1 y 2 Código Penal español determina que: "1. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de 12 a 24 meses el que, con fines industriales o comerciales, sin consentimiento del titular de una patente o modelo de utilidad y con conocimiento de su registro, fabrique, importe, posea, utilice, ofrezca o introduzca en el comercio objetos amparados por tales derechos. 2. Las mismas penas se impondrán al que, de igual manera, y para los citados fines, utilice u ofrezca la utilización de un procedimiento objeto de una patente, o posea, ofrezca, introduzca en el comercio, o utilice el producto directamente obtenido por el procedimiento patentado".

33 Sobre la irrelevancia de la culpa, consulte: García Vidal, Á.: *Las acciones civiles por infracción de la propiedad industrial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 342.

34 Debe puntualizarse que lo establecido en la LP en materia de jurisdicción y normas procesales es también de aplicación a los procesos seguidos por derecho de marcas y diseño industrial, a tenor de la Disposición Adicional Primera de la Ley 17/2001, de Marcas (en adelante: "LM"), y la Disposición Adicional Primera de la la Ley 20/2003, de Protección Jurídica del Diseño industrial (en adelante: "LDI").

I. Órgano que debe conocer de la petición.

En España el conocimiento de los litigios que se susciten como consecuencia del ejercicio de las acciones de infracción establecidas en la LP corresponderá al orden jurisdiccional civil (art. 116 LP). En particular, la LOPJ en su recientemente reformado art. 86 bis.1 LOPJ atribuye a los Juzgados de lo Mercantil la competencia objetiva para conocer de los litigios en materia de Propiedad Industrial. Estos Juzgados de lo Mercantil se crearon en España por medio de la LO 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, como juzgados especializados en una serie de materias mercantiles, entre las que se encuentra la Propiedad Industrial[35].

Asimismo, el art. 118.2 LP establece que será objetivamente competente para conocer de los litigios civiles que puedan surgir al amparo de la LP, el Juez de lo Mercantil de la ciudad sede del Tribunal Superior de Justicia, especificando que deberá ser el de "aquellas Comunidades Autónomas en las que el Consejo General del Poder Judicial haya acordado atribuir en exclusiva el conocimiento de los asuntos de patentes". En virtud de estos acuerdos, se han especializado una serie de Juzgados de lo Mercantil de Barcelona, Madrid, Valencia, Granada, Las Palmas de Gran Canaria, A Coruña y Bilbao, los cuales han sido especializados en patentes, marcas y/o diseños industriales[36].

No obstante, debemos advertir que el 17 de agosto de 2022 entró en vigor la Ley Orgánica 7/2022, de 27 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en materia de Juzgados de lo Mercantil (en adelante, LO 7/2022), la cual ha introducido cambios sustanciales en el ámbito competencial de los Juzgados de lo Mercantil. De hecho, esta reforma puede reconfigurar el actual sistema de especialización descrito, ya que modifica el art. 98.2 LOPJ en

35 La doctrina mercantilista había reclamado la creación de los Juzgados de lo Mercantil, entre otros, Fernández-Nóvoa, C.; Gómez Segade, J. A.: *La modernización del derecho español de patentes*, Montecorvo, Madrid, 1984, p. 222. No obstante, también hubo algunos autores que lo criticaron, entre los que destaca: Díez-Picazo Giménez, I.: "La inconveniencia de los Juzgados de lo Mercantil", *Tribunales de justicia: Revista española de derecho procesal*, núm. 8-9, 2002, pp. 1-10.

36 Estos han sido: (i) Acuerdo de 21 de diciembre de 2016, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se atribuye en exclusiva el conocimiento de los asuntos civiles que puedan surgir al amparo de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes, de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, y de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial, a diversos Juzgados de lo Mercantil de Cataluña, Madrid y Comunitat Valenciana. (ii) Acuerdo de 2 de febrero de 2017, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se actualiza el Acuerdo de 21 de diciembre de 2016, por el que se atribuye en exclusiva el conocimiento de los asuntos civiles que puedan surgir al amparo de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes, de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, y de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial, a diversos Juzgados de lo Mercantil de Cataluña, Madrid y Comunitat Valenciana. (iii) Acuerdo de 18 de octubre de 2018, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se amplía el Acuerdo de 2 de febrero de 2017, por el que se atribuye en exclusiva el conocimiento de los asuntos civiles que puedan surgir al amparo de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes, de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, y de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial, a diversos Juzgados de lo Mercantil de Andalucía, Canarias, Galicia y País Vasco. (iv) Acuerdo de 24 de abril de 2019, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se atribuye, en virtud de lo previsto en el art. 98 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Valencia el conocimiento de los asuntos relativos a patentes, derivados de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes.

los siguientes términos: "2. El Consejo General del Poder Judicial, oída la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia, podrá acordar que en aquellas provincias en que existan más de cinco Juzgados de lo Mercantil, uno o varios de ellos asuman con carácter exclusivo el conocimiento de determinados asuntos de entre los que sean competencia de estos Juzgados". Por tanto, es probable que el Consejo General del Poder Judicial (en adelante: "CGPJ") dicte unos nuevos acuerdos para la especialización de los Juzgados de lo Mercantil, cumpliendo con el nuevo requisito establecido en la LOPJ, esto es, que se trate de provincias en que existan más de cinco juzgados de este tipo, lo que únicamente se cumple en Madrid y Barcelona. Hasta la fecha no se han dictado, por lo que debe entenderse que siguen vigentes los anteriores.

La competencia territorial se determina en el art. 118.3 y 4 LP, que establece que, en los casos de infracción de patentes, el demandante podrá elegir de entre los Juzgados de lo Mercantil que son competentes objetivamente según lo previsto en el art. 118.2 LP[37], aquellos que correspondan (i) al domicilio del demandado, (ii) al lugar de realización de la infracción, o (iii) al lugar de producción de sus efectos. Así, el demandante puede elegir libremente entre ellos y sin orden de prioridad[38]. En todo caso, de no existir Juzgado de lo Mercantil especializado por el CGPJ según lo expuesto, será competente, cualquier Juzgado de lo Mercantil entre los designados por el CGPJ, a elección del demandante[39].

A pesar de que la especialización es positiva, la libertad de elección que este sistema establece puede llevarnos a casos de claro *forum shopping* en perjuicio del demandado. Así, si nos encontramos en el último supuesto, en el que el demandante puede elegir cualquier Juzgado de lo Mercantil entre los especializados por el CGPJ, el demandado podría verse obligado a litigar en el juzgado de un territorio que no guarda ninguna relación ni con las partes ni con los hechos, pero que por su doctrina jurisprudencial pudiera beneficiar al actor, que lo ha escogido.

Por otro lado, en México, teniendo en cuenta que el legislador opta por establecer un procedimiento administrativo especial en materia de Propiedad

37 La referencia que los apartados tercero y cuarto del art. 118 LP hacen al apartado segundo del mismo precepto debe reinterpretarse teniendo en cuenta la reforma de la LO 7/2022. Así, debería entenderse que se hace referencia a los Juzgados de lo Mercantil que cuentan con competencia objetiva y se encuentren especializados en virtud de los correspondientes Acuerdos del CGPJ (bien sean los actuales dictados al amparo del art. 118.2 LP o los nuevos que puedan dictarse *ex* art. 98.2 LOPJ). En todo caso, sería conveniente una modificación legislativa de estos apartados del art. 118 LP que dote de coherencia sistemática a la norma.

38 Massaguer Fuentes, J.: *Acciones y procesos de infracción de derechos de propiedad industrial*, 2ª ed., Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2020, p. 261, destaca que "estos fueros son electivos o concurrentes, y no sucesivos [SJM núm. 9 Barcelona 15 enero 2018 (AC 2018, 148)]. De modo que los fueros del lugar de la infracción y del lugar de sus efectos no están reservados solo a aquellos casos en los que el demandado carezca de domicilio en España, ni solo a aquellos casos en que exista una vinculación cualitativamente relevante con el lugar de la infracción o de sus efectos".

39 Garbayo Blanch, J.: "Derecho de Patentes", en AA.VV.: *Derecho de la Propiedad Intelectual* (coord. por M. I. Candelario Macías), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 284.

Industrial para conocer de las presuntas infracciones de una patente, la competencia corresponderá al IMPI. Según lo establecido en el art. 5 LFPPI, el IMPI se encuentra facultado, entre otras muchas cosas, para: "III.- Realizar las investigaciones de presuntas infracciones administrativas en los términos de las leyes cuya aplicación le corresponde; oír en su defensa a los presuntos infractores; conciliar los intereses de las partes involucradas cuando se lo soliciten; formular las resoluciones, emitir las declaraciones e imponer las sanciones administrativas correspondientes"; así como para: "V.- Ordenar y ejecutar las medidas provisionales previstas en esta Ley, para prevenir o hacer cesar la violación a un derecho, y, en su caso, decretar el destino de los bienes asegurados, incluyendo, su destrucción".

Por tanto, el IMPI es el competente para declarar la comisión de infracciones administrativas de una patente e imponer las sanciones administrativas que correspondan. De modo que la actuación -residual- de los tribunales civiles se atribuye a los Tribunales de la Federación o a los jueces y tribunales del orden común cuando sólo se afecten intereses particulares (art. 407 LFPPI). No obstante, su actuación queda reducida en la práctica forense al conocimiento de aquellos casos que tienen relación con los títulos de la Propiedad Industrial que se regulan en la LFPPI, pero que no han sido expresamente atribuidos al IMPI en la LFPPI. Además, la vía judicial se ve perjudicada por los obstáculos legales que se le imponen, como el previsto en el art. 410 LFPPI, anteriormente explicado.

2. Legitimación.

En España se encuentran legitimados activamente para la interposición de acciones civiles de infracción los siguientes sujetos:

a) El titular registral de la patente, que es aquel cuyo título se encuentra inscrito en el Registro de Patentes (art. 71.1 y 117.1 LP). También, tienen legitimación los cotitulares, sin que nos encontremos ante un caso de litisconsorcio activo necesario.

b) Además de los anteriores, el 117.1 LP determina que estarán legitimados quienes acrediten haber solicitado debidamente la inscripción en el Registro de Patentes del acto o negocio del que traiga causa el derecho que se pretende hacer valer, con el requisito de que tal inscripción finalmente sea concedida[40]. Al respecto, conviene señalar que esta legitimación se sujeta a una condición resolutoria, pues vincula la legitimación al hecho de que la inscripción sea concedida. La LP desafortunadamente no especifica la repercusión que podría tener su incumplimiento sobre un proceso ya iniciado, por ejemplo, por la

40 El apartado primero del art. 117 LP remite al art. 2.3 LP, que establece que: "La solicitud, la concesión y los demás actos o negocios jurídicos que afecten a derechos sobre los títulos mencionados en el apartado anterior se inscribirán en el Registro de Patentes, según lo previsto en esta Ley y en su Reglamento".

denegación de la inscripción, en el que nos encontraríamos ante un supuesto de pérdida sobrevenida de la legitimación activa, que daría lugar a la finalización del procedimiento debiendo acudir a lo previsto en la LEC[41].

c) El art. 117.2 regula la legitimación activa del licenciatario de una patente estableciendo que: "Salvo pacto en contrario, el titular de una licencia exclusiva podrá ejercitar en su propio nombre todas las acciones que en la presente Ley se reconocen al titular de la patente frente a los terceros que infrinjan su derecho, pero no podrá ejercitarlas el concesionario de una licencia no exclusiva[42]".

d) También está legitimado, a tenor del art. 117.3 LP, el licenciatario que no cuente con la legitimación otorgada por el art. 117.2 LP, pero al que la ley le faculta para requerir fehacientemente al titular de la misma a fin de que entable la acción judicial correspondiente. Así, si el titular se negara o no ejercitase la oportuna acción dentro de un plazo de tres meses, el licenciatario podrá entablarla en su propio nombre, acompañando el requerimiento efectuado. No obstante, en los casos en los que se solicite la adopción de medidas cautelares urgentes, que vengan justificadas por la necesidad de evitar un daño importante, el licenciatario estará legitimado para solicitar su adopción con anterioridad al transcurso de dicho plazo de tres meses -aportando el referido requerimiento-.

El art. 117.4 LP cierra la regulación de la legitimación activa estableciendo que: "El licenciatario que ejercite una acción en virtud de lo dispuesto en alguno de los apartados anteriores deberá notificárselo fehacientemente al titular de la patente, el cual podrá personarse e intervenir en el procedimiento, ya sea como parte en el mismo o como coadyuvante[43]".

41 A pesar de que no está prevista la falta de legitimación activa sobrevenida como tal en la normativa española, puede desprenderse de una interpretación sistemática de los arts. 22 y 413 LEC, ya que si se pierde el interés legítimo, porque desaparece el título, con ello desaparece también el fundamento de la pretensión. Al respecto: STS 30 mayo 2011 (ECLI: ES:TS:2011:3429 Id Cendoj: 28079130072011100444): "Resulta, pues, que la pérdida definitiva del interés legítimo de las pretensiones se regula en la LEC como causa de terminación del proceso. Y en la medida en que el interés legítimo en la pretensión no es sino el fundamento mismo de la legitimación, es obligado admitir que los art. 22 y 413 LEC, en su interpretación conjunta, suponen la regulación legal de la pérdida sobrevenida de la legitimación por pérdida sobrevenida del interés legítimo en que aquélla se asienta".

42 Podemos plantearnos si el licenciatario en exclusiva puede ejercer las acciones reguladas en la LP frente al titular de esta porque viole los términos de la exclusiva. Algunos autores se manifiestan en contra, ya que el titular no puede ser calificado como "tercero", que es frente a quienes el art. 117 LP concede legitimación al licenciado exclusivo para ejercer las acciones. Siguiendo esta interpretación, en esos casos, se debería acudir a las vías del incumplimiento contractual o de la competencia desleal. Martí Miravalls, J.: "Sobre la legitimación activa para ejercitar acciones por violación de marca en el ordenamiento jurídico español", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 123, 2008, p. 1421.

43 Esta "intervención voluntaria o adhesiva" del titular de la patente en el procedimiento judicial iniciado por el licenciatario, en ejercicio de su derecho, después de la preceptiva notificación, distingue dos supuestos que no se recogían en la anterior LP de 1986: los casos en los que el titular sea parte en el mismo -interviniente adhesivo litisconsorcial- y aquellos en los que sea coadyuvante. Esta distinción no se establece en el art. 13 LEC, el cual unificó ambas figuras, reconociendo a los dos tipos de intervinientes los mismos poderes procesales.

Por lo que a la legitimación pasiva se refiere, en el caso español, las acciones se interpondrán contra los presuntos infractores. Además, el art. 71.2 LP establece una especialidad, para el supuesto de interposición de acciones de cesación, prohibición o remoción (art. 71.1.a) y e) LP) contra los intermediarios a cuyos servicios recurre un tercero para infringir los derechos de patente. En este caso, si los actos cometidos por los intermediarios no son constitutivos en sí mismos de una infracción, se exige que las medidas de cesación y prohibición que puedan exigírseles sean objetivas, proporcionadas y no discriminatorias. Además, el art. 78.2 LP establece un límite a la legitimación pasiva, determinando que: "El titular de la patente no podrá ejercitar las acciones establecidas en este Título frente a quienes exploten los objetos que hayan sido introducidos en el comercio por personas que le hayan indemnizado en forma adecuada los daños y perjuicios causados"[44].

Por su parte, la legislación mexicana es mucho más amplia, pues permite que el procedimiento de declaración administrativa de infracción pueda iniciarse de oficio por el IMPI, o por cualquiera que ostente interés jurídico[45], esto es, a) El titular de la patente o b) El licenciatario autorizado[46]. No obstante, cualquier persona puede presentar información al IMPI con el propósito de que este último inicie un procedimiento administrativo de infracción de oficio[47]. Esta previsión no debe menospreciarse dado el volumen de casos en los que el IMPI inicia de oficio procedimientos de declaración de infracciones administrativas en algunas materias, como los derechos de autor[48].

Esta posibilidad de conocimiento de oficio nunca cabría en el proceso civil español en que sólo los legitimados para ello tienen la facultad de iniciar un proceso judicial civil de infracción de una patente[49].

44 Por su relación, podemos referenciar lo establecido para el caso de México por el Pleno de la Sala Superior del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa: "Cuando en el juicio contencioso-administrativo se somete a controversia el aspecto atinente al uso de un artículo *patentado* por un tercero sin el consentimiento del titular de la *patente,* resulta trascendental precisar cuáles son los actos pretendidamente invasores de los derechos de propiedad industrial, así como la persona o negociación a quien se atribuyen, y en el supuesto de que la actora pretenda introducir a la litis actos llevados a cabo por una persona distinta de la que fue inspeccionada en el procedimiento administrativo en que se apoya la resolución impugnada, como podría serlo la negociación de la que el usuario tercero interesado adquiere el bien protegido, la supuesta *infracción* en que incurra ese proveedor, de ninguna manera puede implicar una responsabilidad extensiva al usuario, ya que no existe fundamento legal para *infraccionar* al adquiriente del bien, si lo emplea una vez que se encuentra lícitamente en el comercio, exclusivamente para la realización de actividades propias de su giro, sin colocarlo en el mercado". Juicio núm. 8622/02-17-01-7/399/03-PL-10-04.- Resuelto por el Pleno de la Sala Superior del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, en sesión de 14 de enero de 2005, por mayoría de 4 votos a favor y 3 votos en contra.- Magistrado Ponente: Guillermo Domínguez Belloc.- Secretaria: Lic. Gabriela Badillo Barradas. (Tesis aprobada en sesión de 17 de enero de 2005) R.T.F.J.F.A. Quinta Época. Año V. No. 58. Octubre 2005. p. 454.

45 Cfr. art. 329 LFPPI.

46 Cfr. art. 144 LFPPI.

47 Cfr. art. 329 LFPPI.

48 Jalife Daher, M.: *La nueva Ley,* cit., p. 272.

49 En el proceso civil rige el principio dispositivo, del que se desprende que "Lo importante es que el proceso sólo puede ponerse en marcha por el juez cuando la parte así lo inste, nunca de oficio (regla denominada

No obstante, esta facultad de oficio del IMPI nos suscita algunas cuestiones sobre las que podría reflexionarse en aras a la obtención de un sistema más garantista. En primer lugar, cuando se actúa de oficio por parte del IMPI, no concurren dos partes enfrentadas y un "órgano resolvente" que está en medio de ellas, sino que quien resuelve es también quien ha decidido iniciar una investigación frente a un presunto infractor por considerar que existen indicios frente al mismo, lo que podría comprometer su neutralidad e imparcialidad, pues ya se ha formado una primera impresión de la supuesta infracción[50]. Otra cuestión vendría de la mano de los principios de contradicción e igualdad de armas que rigen los procesos judiciales de los Estados democráticos de Derecho, en la medida en que el IMPI podría contar con una posición privilegiada en el procedimiento administrativo frente al presunto infractor[51].

3. Demanda, solicitud de declaración administrativa de infracción y prueba.

En España el inicio de todo proceso civil requiere de la interposición de una demanda[52]. En este caso se regirá por lo establecido en los arts. 399 a 404 LEC, que regulan la demanda y su objeto en el juicio ordinario. Así, aquel que tiene

por la LEC principio de justicia rogada en su art. 216)". Gómez Colomer, J. L.: "Los principios de proceso civil", en AA.VV.: *Introducción al derecho procesal, Derecho Procesal I* (coord. por J. L. Gómez Colomer; S. Barona Vilar), 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 258.

50 En España la STC 145/1988, de 12 de julio (RTC 1988, 145) estableció respecto del proceso penal la imposibilidad de que el juez que ha instruido la causa pueda posteriormente actuar como juez sentenciador, y ello al amparo de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

51 Sobre la posición privilegiada con que puede contar el IMPI, en particular, sobre la facultad del IMPI para emitir una opinión técnica a fin de resolver el procedimiento de declaración administrativa de infracción, se manifestó el Décimo Sexto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, afirmando que no existe violación del principio de igualdad procesal de las partes para el caso de que se emita informe por parte del IMPI. Tesis I.16o.A.18 A (10a.): "DECLARACIÓN ADMINISTRATIVA DE INFRACCIÓN. LA SOLICITUD DE UNA OPINIÓN TÉCNICA REALIZADA POR EL INSTITUTO MEXICANO DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL PARA MEJOR PROVEER DENTRO DEL PROCEDIMIENTO RELATIVO, NO VIOLA EL PRINCIPIO DE IGUALDAD PROCESAL DE LAS PARTES". Aprobada por el Décimo Sexto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito y publicada en el Semanario Judicial de la Federación del viernes 6 de mayo de 2016 a las 10:06 horas y en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 30, Tomo IV, mayo de 2016, p. 2780. Y el sustentado por el Décimo Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, al resolver el amparo directo 752/2014 (TMX1.148.525). "La facultad que le confieren al IMPI los arts. 192, 192 BIS, primer párrafo, y 197 LPI, 79 del Código Federal de Procedimientos Civiles y 50 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, en la medida que le permite obtener una opinión técnica para resolver el procedimiento de declaración administrativa de infracción, no viola el principio de igualdad procesal, pues no limita o restringe la oportunidad del administrado de argumentar y, en su caso, demostrar que existe o no la infracción investigada. Esto es, no implica que una de las partes se encuentre imposibilitada, en comparación con su contraparte, para demostrar los extremos de su acción o de sus excepciones y defensas, pues lo que dichos preceptos establecen es simplemente una permisividad para que la autoridad especializada en materia de propiedad intelectual obtenga la verdad legal para determinar la existencia o inexistencia de infracción a las normas que regulan los signos distintivos y las patentes, ya que con independencia de la actividad procesal probatoria de las partes en pugna, el citado Instituto puede allegarse de datos relativos a la contienda para arribar a la verdad y resolver objetivamente; en el entendido de que esta facultad para mejor proveer debe ejercerse con audiencia de las partes".

52 Afirma Pardo Iranzo, V.: "Principios jurídico-técnicos del proceso", en *Derecho Procesal I. Jurisdicción, acción y proceso* (C. Sanchis Crespo; V. Pardo Iranzo; M. L. Montón García; J. I. Zaragoza Tejada), 2ª. ed., Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2021, p. 298, que "El proceso civil no se inicia nunca de oficio".

legitimación activa dispondrá de un plazo de prescripción de 5 años, computados desde el momento en que pudo ejercitarse la acción de infracción (art. 78.1 LP).

Los requisitos para la interposición de la demanda son los propios de cualquier demanda de juicio ordinario (art. 399 LEC). En concreto, encontramos los que se refieren a (i) los elementos subjetivos, entre los que deberemos determinar el órgano jurisdiccional competente y la designación de las partes, demandado y demandante; (ii) la fundamentación que se requiere, debiendo exponerse de forma numerada y separada los hechos y los fundamentos de derecho, y (iii) la petición, la cual deberá fijarse con claridad y precisión, que se compone del *petitum* y la *causa petendi*. Además, deberán determinarse otros aspectos como el tipo de proceso (art. 249.1.4º LEC), las peticiones y las declaraciones accesorias que pudieran instarse[53].

Esta demanda deberá acompañarse de documentos de carácter procesal -entre otros, poderes de representación, acreditación del pago de la tasa, copias, etc.- y de tipo material, que se refieren al fondo del asunto y actuarán como medios de prueba.

Por lo que respecta a la prueba, se podrá hacer uso de todos los medios de prueba válidos, rigiendo el principio de aportación de parte y adquisición procesal. Los dictámenes periciales tienen una especial transcendencia en materia de patentes por la tecnicidad de las mismas. Por ello, el art. 119.2 LP deja sin efecto lo previsto en el art. 337 LEC[54], de modo que la LP permite la no aportación del dictamen pericial junto a la contestación a la demanda, cuando se justifique cumplidamente la imposibilidad de aportarlo[55].

Por último, conviene mencionar que los arts. 123 a 126 LP regulan las diligencias de comprobación de hechos en este tipo de procesos[56]. Estas diligencias, que se establecen en la LP como un *numerus apertus*, son un mecanismo jurídico que en estos casos permite al titular de una patente comprobar de forma previa al ejercicio de una acción, si se está produciendo una infracción de la patente. Estas diligencias resultan particularmente interesantes cuando se tienen indicios de que se está

53 Barona Vilar, S.: "La demanda", en AA.VV.: *Proceso Civil, Derecho Procesal II* (coord. por J. L. Gómez Colomer; S. Barona Vilar), 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 168-173.

54 Art. 337.1 LEC: "Si no les fuese posible a las partes aportar dictámenes elaborados por peritos por ellas designados, junto con la demanda o contestación, expresarán en una u otra los dictámenes de que, en su caso, pretendan valerse, que habrán de aportar, para su traslado a la parte contraria, en cuanto dispongan de ellos, y en todo caso cinco días antes de iniciarse la audiencia previa al juicio ordinario o de la vista en el verbal".

55 En última instancia, según lo establecido en el art. 337.1 LEC, subsiste la obligación de aportar el informe pericial tan pronto como del mismo se disponga y, en todo caso, cinco días antes de la celebración de la Audiencia Previa (en relación con la audiencia previa, *vid.* arts. 414 y ss LEC).

56 También, es posible que se soliciten las diligencias preliminares previstas en la LEC, en particular las previstas en el art. 256.1.7°, 8°, 10° y 11° LEC. Al respecto, *vid.* Castrillo Santamaría, R.: *La preparación del proceso civil: Las diligencias preliminares*, Bosch Editor, Barcelona, 2018, pp. 232-287.

vulnerando una patente, pero es imposible determinar la infracción a través del simple examen del resultado final, o porque no se tiene acceso a las instalaciones del presunto infractor para verificar los medios de producción cuando se trata de invenciones de procedimiento. Lo destacable de este auxilio previo, que se solicita del Juzgado para recabar datos y certificar hechos relacionados con la presunta infracción, es que las diligencias se practicarán sin previo aviso, ni advertencia al futuro demandado, para evitar que su utilidad se vea frustrada; ya que si se trata, por ejemplo, de una medida de registro o inspección de una planta de fabricación, el preaviso podría dar lugar a que el afectado llevase a cabo actos de ocultación o prevención, que convertirían en inútil la concreta diligencia[57].

Por su parte, en México, cuando el procedimiento de declaración administrativa de infracción se inicie a petición de parte, la solicitud de declaración administrativa deberá reunir los requisitos que se recogen en el art. 330 LFPPI, que son: "I.- El nombre del solicitante y, en su caso, de su representante; II.- El domicilio para oír y recibir notificaciones, y una dirección de correo electrónico; III.- El nombre y domicilio de la contraparte o de su representante legal; IV.- El objeto de la solicitud, detallándolo en términos claros y precisos; V.- La descripción de los hechos; VI.- Las pruebas que ofrezca, en su caso, y VII.- Los fundamentos de derecho relacionados con el objeto de su solicitud". Resulta llamativo que, así como para el caso de la reclamación de los daños y perjuicios ante el IMPI sí se establece un plazo de prescripción de dos años desde que se dictó la resolución de infracción administrativa (art. 399 LFPPI), no se establece en la LFPPI ningún plazo para presentar la solicitud de declaración administrativa de infracción[58].

Es esencial que en la solicitud administrativa de infracción se precisen los actos concretos que supuestamente vulneran la patente, así como a quiénes se atribuyen[59]. Asimismo, la carga de la prueba corresponde al solicitante del

57 Bercovitz Álvarez, R.: "Novedades más relevantes de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de patentes y algunas reflexiones", *La Ley Mercantil*, núm. 35, 2017 (LA LEY 3888/2017).

58 Dado lo anterior y de conformidad con el art. 3 LFPPI, supletoriamente se tiene que recurrir a la Ley Federal del Procedimiento Administrativo que en su art. 79 establece una prescripción para imponer sanciones a la autoridad de 5 años contados a partir el día en que se cometió la falta o infracción administrativa si fuere consumada o, desde que cesó si fuere continua.

59 En relación con lo anterior, pero para los juicios contencioso administrativos, el Tribunal de Justicia Administrativa dictaminó cuanto sigue: "Cuando en el juicio contencioso administrativo se somete a controversia el aspecto atinente al uso de un artículo o patentado por un tercero sin el consentimiento del titular de la patente, resulta trascendental precisar cuáles son los actos pretendidamente invasores de los derechos de propiedad industrial, así como la persona o negociación a quien se atribuyen, y en el supuesto de que la actora pretenda introducir a la *litis* actos llevados a cabo por una persona distinta de la que fue inspeccionada en el procedimiento administrativo en que se apoya la resolución impugnada, como podría serlo la negociación de la que el usuario tercero interesado adquiere el bien protegido, la supuesta infracción en que incurra ese proveedor, de ninguna manera puede implicar una responsabilidad extensiva al usuario, ya que no existe fundamento legal para infraccionar al adquiriente del bien, si lo emplea una vez que se encuentra lícitamente en el comercio, exclusivamente para la realización de actividades propias de su giro, sin colocarlo en el mercado". Juicio No. 8622/02-17-01-7/399/03-PL-10-04.- Resuelto por el Pleno de la Sala Superior del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, en sesión de 14 de enero de 2005, por mayoría de 4 votos a favor y 3 votos en contra.- Magistrado Ponente: Guillermo Domínguez Belloc.-

procedimiento[60], con algunas excepciones: (i) como lo previsto en el art. 334 LFPPI, que permite que para la comprobación de hechos el IMPI pueda valerse de los medios de prueba que considere necesarios, y (ii) los supuestos de inversión de la carga de la prueba (art. 335 LFPPI) para los casos en que el objeto de la patente sea un proceso para la obtención de un producto. En España, se da una situación similar, atribuyéndose como regla general la carga de la prueba al actor (art. 217.2 LEC). Asimismo, como en el caso de México, el art. 69.2 LP establece que: "Si una patente tiene por objeto un procedimiento para la fabricación de productos o sustancias nuevos, se presume, salvo prueba en contrario, que todo producto o sustancia de las mismas características ha sido obtenido por el procedimiento patentado". Así, se establece la presunción legal -o inversión de la carga de la prueba para algunos autores[61]- de que el producto o sustancia se ha obtenido vulnerando una patente de procedimiento.

Por lo que se refiere a la prueba, el párrafo primero del art. 333 LFPPI establece que "en los procedimientos de declaración administrativa se admitirán toda clase de pruebas, excepto la testimonial y confesional, salvo que el testimonio

---

Secretaria: Lic. Gabriela Badillo Barradas. (Tesis aprobada en sesión de 17 de enero de 2005) R.T.F.J.F.A. Quinta Época. Año V. No. 58. Octubre 2005. p. 454 (TMX 422.372).

60 Al respecto de la carga de la prueba, podemos citar lo afirmado por el Tribunal Federal de Justicia para los juicios contencioso administrativos: "PATENTES.- LA CARGA DE LA PRUEBA PARA DEMOSTRAR LA INVASIÓN AL DERECHO DE USO EXCLUSIVO RECAE EN EL TITULAR.- El derecho a explotar en forma exclusiva una invención, adquirido con la concesión de una patente, encuentra diversos límites en el art. 22 de la Ley de la Propiedad Industrial, que establece los casos excepcionales en los que ese derecho no producirá efecto alguno frente a terceros, destacándose el previsto en su fracción II, que ampara a "cualquier persona que comercialice, adquiera o use el producto patentado u obtenido por el proceso patentado, luego de que dicho producto hubiera sido introducido lícitamente en el comercio". Ahora bien, si con base en dicha hipótesis normativa la autoridad demandada desestima la solicitud de infracción promovida por el titular de la patente en contra del usuario, motivada en el hecho de que el bien fue introducido lícitamente en el comercio en forma previa a que el usuario lo empleara en su actividad principal, corresponde al titular demandante del derecho exclusivo a la explotación, demostrar en el juicio contencioso administrativo tanto que el artículo de su invención es fabricado con idénticas características y finalidad por el usuario demandado ante el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, como su comercialización por persona ajena al licenciatario autorizado". Juicio No. 8622/02-17-01-7/399/03-PL-10-04.- Resuelto por el Pleno de la Sala Superior del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, en sesión de 14 de enero de 2005, por mayoría de 4 votos a favor y 3 votos en contra.- Magistrado Ponente: Guillermo Domínguez Belloc.- Secretaria: Lic. Gabriela Badillo Barradas. (Tesis aprobada en sesión de 17 de enero de 2005) R.T.F.J.F.A. Quinta Época. Año V. No. 58. Octubre 2005. p. 454. (TMX422.371).

61 Al respecto, parte de la jurisprudencia y la doctrina han defendido, que en realidad se trata de una inversión de la carga de la prueba, y no, de una presunción. En concreto, la STS 28 abril 2005 (TOL646.337) dictaminó que: "La actual Ley de Patentes en relación con las patentes de procedimiento introduce una excepción al principio general probatorio de que la carga de la prueba recae sobre el que afirma la existencia de una obligación, desplazando la carga de la prueba al demandado, presunto infractor de la patente de procedimiento, en los términos que resultan del art. 61.2 de la Ley de Patentes ("si una patente tiene por objeto un procedimiento para la fabricación de productos o sustancias nuevos, se presume, salvo prueba en contrario, que todo producto o sustancia de las mismas características ha sido obtenido por el procedimiento patentado"). Esta inversión de la carga de la prueba rige, según la Disposición Transitoria Segunda de la Ley de Patentes, desde 7 de Octubre de 1992 en beneficio de todos los titulares de patentes de procedimiento para la fabricación de productos o sustancias nuevos, debiendo puntualizar que hasta la expresada fecha clave de 7 de Octubre de 1992 este beneficio probatorio no podía utilizarlo el demandante que accionaba contra el titular de una patente de procedimiento, demandado, que le hubiere sido concedida su patente con anterioridad a 1 de Enero de 1986, según lo acordado en el Protocolo número 8 del Tratado de Adhesión de España a la CEE". En este sentido también, Barona Vilar, S.: *Medidas cautelares en los procesos sobre propiedad industrial*, Comares, Granada, 1995, p. 43. Pérez Daudí, V.: *Las medidas cautelares en el proceso de propiedad industrial*, Bosch, Barcelona, 1996, p. 31.

o la confesión estén contenidos en documental, así como las que sean contrarias a la moral y al derecho". Esta previsión, que se instituye en aras a agilizar el procedimiento, se puede traducir en una violación del principio de igualdad entre las partes, que debiera regir, en tanto en cuanto, un testimonio contenido en un documento no recoge la riqueza probatoria que puede arrojar la declaración testifical directa. Esto, por tanto, puede perjudicar a una de las partes, cuando para la acreditación de algunos hechos sólo se cuente con este tipo de pruebas[62].

Asimismo, el art. 331 LFPPI, establece que junto a la "solicitud de declaración administrativa deberán presentarse, en original o copia certificada, los documentos y constancias en que se funde la acción y ofrecerse las pruebas correspondientes. Las pruebas que se presenten posteriormente no serán admitidas, salvo que fueren supervenientes". Este principio de preclusión también rige en el proceso civil español, *ex* art. 136 LEC[63].

Por último, conviene mencionar la posibilidad del IMPI de llevar a cabo inspecciones (arts. 354 y ss. LFPPI), cuya importancia puede ser capital para la resolución de las solicitudes de declaración de infracción administrativa y que, en cierta medida, comparte los objetivos de las diligencias de comprobación de hechos españolas antes mencionadas.

4. Procedimiento, resolución, recursos y ejecución.

En España, estos asuntos se sustancian por medio de juicio ordinario, a tenor de lo establecido en el art. 249.1.4º LEC, que entre las materias que deben ser procesadas por juicio ordinario hace expresa referencia a las demandas en materia de "Propiedad Industrial", siendo la excepción aquellas demandas que solo versen sobre una reclamación de cantidad, en cuyo caso se determinará por la cuantía. Por tanto, en los casos de interposición de las referidas acciones de infracción de patente, el procedimiento se sustanciará por los trámites del juicio ordinario. La regulación de este procedimiento se contiene fundamentalmente en la LEC y las normas de carácter procesal que se regulan en la LP (arts. 116 a 132 LP, entre otros). Así, todo aquello no previsto en la norma especial, la LP, se regulará subsidiariamente por la norma general, la LEC.

62 Por su parte, la jurisprudencia mexicana se ha manifestado en contra de la inadmisión de la prueba testimonial en los procedimientos de declaración administrativa. "PROCEDIMIENTO INDUSTRIAL. EL ARTÍCULO 192 DE A LEY RELATIVA, EN CUANTO ESTABLECE QUE EN LOS PROCEDIMEINTOS DE DERCLARACIÓN ADMINISTRATIVA NO SERÁ ADMISIBLE LA PRUEBA TESTIMONIAL, VIOLA LA GARANTÍA DE DEFENSA PLENA CONTENIDA EN EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ART. 14 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL". Localización: TA, 9º. Época; 3ª. Sala; S. J. F. Y su Gaceta; Tomo XXI, junio de 2005; p. 239. 2ª. LXVI/2005.

63 En España, el principio de preclusión aplica a todo acto procesal de parte, pudiendo destacar a estos efectos la preclusión de aportación de las pruebas documentales (arts. 269, 270, 271 y 272 LEC), y la preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos de la demanda (art. 400 LEC).

El juicio ordinario terminará normalmente con la sentencia (art. 434 LEC). Las sentencias deberán ser "claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito" (art. 218.1 LEC). Además, deberán motivarse "expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho" (art. 218.2 LEC). Por tanto, la estimación de la demanda y la particular condena al infractor -de cesación, remoción de efectos, indemnización, etc.-, vienen determinadas por la concreta pretensión que se interpuso por el actor de la demanda[64].

Particularmente, por lo que se refiere a la acción de cesación, la LP en su art. 74.4 regula la posibilidad de imponer indemnizaciones coercitivas[65]. De esta manera, se prevé que el tribunal pueda establecer una indemnización de esta clase para aquellos casos en que se haya estimado una acción de cesación, pero cuya condena no esté siendo cumplida por el demandado condenado. Esta previsión es común para todas las modalidades de Propiedad Industrial, y viene a reforzar la protección que concede la legislación a las distintas instituciones, lo que entronca con la capital importancia que tiene la acción de cesación en esta materia.

Frente a las sentencias que pongan fin al proceso declarativo en primera instancia cabrá la posibilidad de interponer el correspondiente recurso de apelación ante la Audiencia Provincial (arts. 455 y ss LEC). Esta resolución, a su vez, podrá ser objeto del correspondiente recurso extraordinario por infracción procesal o recurso de casación (art. 466.1 LEC, arts. 468 a 476 LEC, y arts. 477 a 489 LEC). La ejecución se sustanciará, también, según lo dispuesto en el régimen procesal civil común si se cumplen los requisitos exigibles al respecto.

Por otro lado, el procedimiento a seguir en el caso de México será el establecido en la LFPPI. Así, el art. 328 LFPPI determina que: "Las solicitudes de declaración administrativa de nulidad, caducidad, cancelación e infracción que establece esta Ley, se sustanciarán y resolverán con arreglo al procedimiento que señala este Capítulo y las formalidades que esta Ley prevé". En concreto, se atiende a lo

64 No obstante, el proceso puede terminar por otras causas comunes a todo proceso civil, como son el desistimiento del demandante, el sobreseimiento de la causa, la caducidad del proceso por inactividad de las partes, la renuncia del actor, el allanamiento del demandado, el acuerdo entre las partes en ejercicio del poder de disposición que tiene esta materia para el Derecho español, y la satisfacción extraprocesal o carencia sobrevenida del objeto. El caso paradigmático que podemos encontrar se da para el supuesto de que se produzca una pérdida sobrevenida del objeto del proceso y, por ende, una pérdida del interés legítimo, por razón de la nulidad de la patente.

65 El art. 74.4 LP establece que: "Cuando se condene a la cesación de los actos que infrinjan una patente el Tribunal fijará una indemnización coercitiva a favor del demandante adecuada a las circunstancias por día transcurrido hasta que se produzca la cesación efectiva de la infracción. El importe definitivo de esta indemnización, que se acumulará a la que le corresponda percibir con carácter general en aplicación del apartado 2, así como el día a partir del cual surgirá la obligación de indemnizar, se fijarán en ejecución de sentencia, de acuerdo con lo previsto en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil".

establecido en el Título Sexto de la LFPPI[66] que regula los procedimientos de declaración administrativa, desde las disposiciones más generales, la inspección que puede llevar a cabo el IMPI, las notificaciones, hasta la conciliación[67].

El art. 342 LFPPI establece que, una vez realizado el procedimiento administrativo, en el que el titular afectado o el presunto infractor presenten sus manifestaciones o, en su caso, se exhiban los alegatos y, una vez se haya realizado el correspondiente estudio de los antecedentes relativos y hayan sido desahogadas las pruebas pertinentes, se dictará la correspondiente resolución administrativa. La resolución puede incluir tanto la declaración de la existencia de los actos de infracción de una patente, como la orden de abstenerse de seguir incurriendo en ellos y la imposición de la sanción que proceda[68].

Las sanciones se impondrán en función de la gravedad de la conducta infractora[69], sin que la norma recoja una prelación específica, las cuales pueden consistir en: "I.- Multa hasta por el importe de doscientas cincuenta mil unidades de medida y actualización, vigente al momento en que se cometa la infracción, por cada conducta que se actualice; II.- Multa adicional hasta por el importe de mil unidades de medida y actualización, por cada día en que persista la infracción[70]; III.- Clausura temporal hasta por noventa días, y IV.- Clausura definitiva". (art. 388 LFPPI). Así, la cuantía de las multas podrá duplicarse en los casos de infractores reincidentes, sin que la cuantía final pueda exceder del triple del máximo establecido en el art. 388 LFPPI (art. 390 LFPPI). Así con todo, conviene mencionar que estas sanciones se impondrán, además de la indemnización que corresponda por daños y perjuicios (art. 395 LFPPI). Como se indicó anteriormente, a pesar de que la LFPPI no señala expresamente dentro de las sanciones establecidas en su art. 388 la cesación de uso de la patente por parte del infractor, *de facto* el IMPI condena al infractor a abstenerse de continuar realizando la conducta infractora, por lo que sería

66 En virtud del art. 3 LFPPI, lo no previsto en la LFPPI se regirá supletoriamente, primero, por la Ley Federal de Procedimiento Administrativo y, posteriormente, por el Código Federal de Procedimientos Civiles. Esta especificación es muy positiva, ya que se aclaran las sucesivas aplicaciones supletorias, las cuales se habían visto afectadas en el pasado por los distintos cambios normativos y derogaciones sucesivas. Lucero Espinosa, M.: "La transformación del Contencioso-Administrativo en México", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 107, 2003, pie de página 3, pp. 752 y 753.

67 La conciliación se presenta como otra vía favorable para la resolución entre las partes de los conflictos surgidos como consecuencia de la comisión de una infracción, cuyo acuerdo se recogerá en el respectivo convenio, que pondrá fin al procedimiento de declaración administrativa de infracción, producirá efectos de cosa juzgada y llevará aparejada ejecución (art. 385 LFPPI).

68 Rangel Ortiz, H.: "La acción de responsabilidad civil", cit., pp. 93-94.

69 Al respecto, art. 392 LFPPI: "Para la determinación de las sanciones deberá tomarse en cuenta: I.- El carácter intencional de la acción u omisión constitutiva de la infracción; II.- Las condiciones económicas del infractor, y III.- La gravedad que la infracción implique en relación con el comercio de productos o la prestación de servicios, así como el perjuicio ocasionado a los directamente afectados. Cuando la acción u omisión constitutiva de infracción se haya realizado a sabiendas, se impondrá multa por el importe del doble de la multa impuesta a la conducta infractora. Se entenderá que la acción u omisión se realizó a sabiendas, cuando el infractor conocía la existencia de los derechos del titular".

70 El homólogo español de esta sanción sería la descrita indemnización coercitiva, *ex* art. 74.4 LP.

recomendable que esta previsión se incluyese expresamente entre las sanciones del art. 388 LFPPI.

Una vez se haya concluido el procedimiento administrativo correspondiente, el IMPI podrá conocer, a elección del titular perjudicado, como novedad tras la entrada en vigor de este texto normativo, de la reclamación de indemnización de los daños y perjuicios causados, a tenor del art. 396 LFPPI. En caso de que se inicie, se seguirán los trámites previstos en los arts. 397 y ss. LFPPI. Esto se ha calificado como positivo desde el punto de vista de la efectividad, pues evita acudir a un posterior proceso judicial.

Asimismo, frente a la resolución de declaración administrativa de infracción que ponga fin a un procedimiento seguido ante el IMPI, podrá promoverse el recurso de revisión ante la propia autoridad administrativa[71] o bien recurrir al juicio de nulidad ante la Sala Especializada en Propiedad Intelectual (SEPI) del Tribunal Federal de Justicia Administrativa[72]. Por lo que se refiere a la ejecución, teniendo en cuenta que las multas serán consideradas créditos fiscales, el IMPI podrá "Exigir el pago de los créditos fiscales que no hubiesen sido cubiertos oportunamente a través del procedimiento administrativo de ejecución, en términos del Código Fiscal de la Federación" (art. 5 VII LFPPI), esto es, siguiendo el Procedimiento Administrativo de Ejecución previsto en el Código Fiscal de la Federación y su Reglamento. Además, la LFPPI prevé que el IMPI implementará mecanismos para el pago de multas a través del uso de medios electrónicos o de cualquier otra tecnología (arts. 393 LFPPI).

5. Medidas cautelares y medidas provisionales.

El Capítulo III, del Título XII, de la LP, titulado "Jurisdicción y normas procesales", regula las medidas cautelares para el caso de los procedimientos judiciales seguidos ante los Tribunales españoles en materia de patentes[73]. El sistema cautelar sufrió cambios importantes respecto del régimen anterior[74] con la entrada en vigor en 2017 de la LP, como la introducción de la vía de apremio para la reparación de los daños y perjuicios causados por la adopción de medidas cautelares, la desaparición de la exigencia de que el solicitante justifique la explotación de la patente objeto de la acción[75] o la incorporación de los escritos preventivos.

71 Cfr. art. 83 Ley Federal de Procedimiento Administrativo.

72 Cfr. art. 407 LFPPI.

73 Debe puntualizarse nuevamente que la regulación de las medidas cautelares establecida por medio de la LP es también de aplicación a los procedimientos seguidos por derecho de marcas y diseño industrial.

74 Para saber más sobre el sistema cautelar previo, *vid.* Barona Vilar, S.: *Medidas cautelares*, cit., 1995; y Pérez Daudí, V.: *Las medidas cautelares en el proceso civil,* Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2012.

75 La supresión de este requisito puede tener efectos positivos y negativos, según si nos encontramos ante una medida cautelar satisfactiva -en la que resultaría necesario acreditar la concurrencia de explotación, para probar los daños producidos, por ejemplo, en el caso de la solicitud de una medida cautelar de cesación de la actividad infractora-, o ante una medida cautelar conservativa -en la que no tendría relevancia la

El Tribunal Constitucional ha establecido que "todas las medidas cautelares responden a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano judicial, esto es, de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede, contra lo dispuesto en el art. 24.1 CE, desprovisto de eficacia"[76]. Por su parte en el régimen general procesal civil, el art. 728 LEC establece tres presupuestos necesarios para su concesión: a) peligro por la mora procesal, b) apariencia de buen derecho, y c) caución[77].

En concreto, el art. 128.1 LP establece, sin carácter restrictivo, las siguientes medidas cautelares: "a) La cesación de los actos que pudieran infringir el derecho del peticionario o su prohibición, cuando existan indicios racionales para suponer la inminencia de dichos actos; b) La retención y depósito de las mercancías presuntamente infractoras del derecho del titular de la patente y de los medios exclusivamente destinados a tal producción o a la realización del procedimiento patentado; c) El afianzamiento de la eventual indemnización de daños y perjuicios; d) Las anotaciones registrales que procedan"[78].

El procedimiento para su solicitud, estimación y levantamiento será el establecido en los arts. 127 a 132 LP, debiendo hacerse especial mención a la posibilidad de interponer escritos preventivos para los supuestos de posible imposición de medidas cautelares *inaudita parte*[79]. En todo caso, la LEC será de aplicación supletoria.

Por otro lado, la LFPPI regula la posibilidad y el procedimiento de imposición por parte del IMPI de las medidas cautelares (arts. 344 a 353 LFPPI). Particularmente,

exigencia suprimida, como en el caso de medidas solicitadas para evitar una previsible insolvencia del demandado en el momento de dictar sentencia-.

76 STC 218/1994, de 18 de julio (RTC 1994, 218).

77 Respecto de la prestación de caución la LP establece un límite temporal inferior, que ya venía siendo aplicado jurisprudencialmente, de manera que si no se presta en el plazo al efecto señalado por el Juez, que en ningún caso será inferior a cinco días hábiles, se entenderá que el solicitante de las medidas renuncia a las mismas.

78 Compartimos la opinión de algunos autores, como Pérez Daudí, V.: "Análisis crítico de las Medidas Cautelares en la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes", *RJC,* núm. 1-2017, p. 63, que afirman que en caso de realizarse concreción a modo de ejemplo, habría sido más conveniente hacer mención a otras medidas de gran relevancia en este ámbito, como son la intervención judicial de bienes litigiosos, la administración judicial o la suspensión del acto administrativo de concesión del derecho de Propiedad Industrial. En su caso, habría sido conveniente que la LP hubiera prestado atención a las especialidades de las medidas cautelares en este ámbito. En este sentido, podría haber previsto especialidades como la vinculación entre la medida cautelar solicitada y la acción ejercitada, como sí se hace en la LEC o, por ejemplo, podría haber establecido que las anotaciones registrales se realicen en la OEPM en el caso en que se ejercite la acción de nulidad o reivindicatoria de la patente.

79 Los escritos preventivos son instrumentos de defensa procesal anticipatoria que aquel que prevé que puede ser sujeto pasivo de una medida cautelar *inaudita parte* puede presentar ante el Juzgado que considera competente de la hipotética medida cautelar, realizando cuantas alegaciones de hecho y derecho considere pertinentes y aportando los documentos que considere pertinentes, a los efectos de justificar anticipadamente su posición y evitar la adopción de una medida cautelar sin darle audiencia y, por tanto, sin que se puedan tener en consideración sus argumentos defensivos. Cantos Pardo, M.: "Análisis procesal de los escritos preventivos en materia de propiedad industrial", *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 53, 2021.

el art. 344 LFPPI cita un elenco de medidas más detalladas que el caso español, siendo las más comunes las de aseguramiento de la mercancía y clausura temporal de establecimientos[80], estableciendo también un sistema de fianza y contrafianza para tutelar los derechos de ambas partes[81]. Asimismo, la posibilidad de elevación a definitiva de las mismas se erige como una solución eficaz que garantiza una continuidad en el tiempo de la protección de los derechos infringidos.

V. CONCLUSIONES.

1ª) El sistema español para la tutela de los derechos de patente que se ha desarrollado de forma específica para los supuestos de infracción es el proceso civil para lo que se ha regulado en la LP y la LEC un procedimiento con especialidades. Y, ello, pese a que según las circunstancias, es posible acudir a otras vías, como al orden jurisdiccional penal o a otras formas de resolución de conflictos extrajudiciales. Este abanico de posibilidades se dibuja dentro de una manifestación de libertad de los ciudadanos para elegir los medios que consideren más adecuados para la tutela de sus derechos de patente -en la medida en que se trate de derechos disponibles y estos se ajusten a los requisitos legales-.

2ª) En México el procedimiento legal que especialmente se ha establecido para los casos de infracción de derechos de Propiedad Industrial es el administrativo ante el IMPI -pese a que existe la posibilidad de acudir a la vía jurisdiccional civil para la cuantificación de los daños y perjuicios causados por la afectación de una patente, lo que encuentra algunas trabas legales y en la práctica es muy poco utilizado, entre otros motivos, por la escasa experiencia que existe en esta vía-. El procedimiento administrativo de infracción seguido ante el IMPI aboga por la agilidad, buscando dar una respuesta lo más rápida posible a la situación, evitando que las vulneraciones de derechos de Propiedad Industrial se prolonguen en el tiempo. Además, la LFPPI introduce la vía de la conciliación, como mecanismo válido para poner fin al procedimiento de declaración administrativa de infracción por convenio entre las partes. Las claves para analizar estas diferentes opciones legislativas debieran pendular sobre las garantías que ofrece para los implicados y la eficacia con la que actúan para tutelar los derechos. Ambas vías ofrecen sus ventajas y están sujetas a mejoras.

3ª) Uno de los puntos fuertes de estos procesos es el hecho de que tanto en España, a través de la especialización de los Juzgados de lo Mercantil, como en México, atribuyendo al IMPI, como organismo más especializado, la competencia para resolver de las infracciones de patentes, se garantiza que el "órgano decisor" va

80 Rangel Ortiz, H.: "La acción de responsabilidad civil", cit., pp. 92-93.

81 En España también se prevé la posibilidad de acordar la prestación de una caución sustitutoria de las medidas cautelares, para los casos en que las medidas solicitadas impliquen restricciones para la actividad industrial y comercial del demandado (art. 129 LP).

a ser experto en la materia. No obstante, tanto en el caso español, en que pueden darse situaciones de *forum shopping* y casuísticas gravosas para el demandado, como en el caso de México, en que el IMPI puede actuar de oficio, lo que puede diluir la línea entre parte y juzgador, ambos sistemas presentan debilidades por lo que a la garantía de los derechos de los supuestos infractores se refiere.

4ª) En relación con la legitimación activa, el sistema español detalla unos casos concretos, lo que le dota de cierta seguridad jurídica, aunque puede resultar restrictivo en algunos casos. En México la LFPPI atribuye de forma amplia la legitimación para solicitar una declaración de infracción al titular afectado, su licenciatario e inclusive cualquier interesado puede presentar información al IMPI, a efecto de que este último actúe de oficio, por lo que ningún requisito especial debe cumplirse. Las diferencias en este caso son notorias.

5ª) La LP regula expresamente la posibilidad de practicar las diligencias de comprobación de hechos que resulten convenientes sin mediar previa notificación al sujeto pasivo -con el propósito de no frustrar el buen fin de estas-. Por su parte, en México se prevé la posibilidad de realizar requerimientos de informes y datos y visitas de inspección, las cuales también podrán realizarse sin previo aviso. Ambas posibilidades cuentan con suficientes garantías, por lo que equilibran debidamente los derechos de ambas partes.

6ª) La imposibilidad de valerse de la prueba testimonial y confesional en el procedimiento de declaración de infracción administrativa de México puede constituir un desequilibrio notable que podría perjudicar el derecho de prueba de una de las partes, como lo han sostenido algunos Tribunales mexicanos.

7ª) Como propuesta de *lege ferenda* y en aras de la seguridad jurídica sería conveniente que por medio de ley se recogiese de forma explícita la facultad del IMPI de imponer en su declaración de resolución de infracción la abstención a realizar determinadas conductas. Actualmente, su imposición no encuentra amparo en las sanciones contenidas en la LFPPI -solo como medida provisional-, lo que podría dar lugar a conflictos para el caso de que un infractor considerase que el IMPI no cuenta con *facultad*es para imponerle una obligación de no hacer de manera definitiva.

8ª) En conclusión, ambos cuerpos legales -el español y mexicano- han optado por vías distintas, que cuentan con pros y contras. Sin embargo, sus actuales leyes especiales tienen en común que han mejorado sus regímenes anteriores. Su aplicación e interpretación permitirán evaluar la respuesta más o menos acertada que otorgan y continuar avanzando en favor de la tutela de los derechos de patente para que en el futuro esta excepción justificada a la libre competencia cuente con un sistema más garantista y eficaz desde el punto de vista legal y social.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *La nueva ley de patentes* (coord. por A. Bercovitz Rodríguez-Cano), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

Barona Vilar, S., Colomer Gómez, J. L.; Esparza Leibar, I.; Etxeberría Guridi, J. F.; Martínez García, E.; Planchadell Gargallo, A.: *Introducción al derecho procesal, Derecho Procesal I,* 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

Barona Vilar, S., Colomer Gómez, J. L.; Esparza Leibar, I.; Etxeberría Guridi, J. F.; Martínez García, E.; Planchadell Gargallo, A.: *Proceso Civil, Derecho Procesal II*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

Barona Vilar, S.: "Cuarta revolución industrial (4.0.) o ciberindustria en el proceso penal: revolución digital, inteligencia artificial y el camino hacia la robotización de la justicia", *Revista Jurídica Digital UANDES,* núm. 3/1, 2019..

Barona Vilar, S.: *Medidas cautelares en los procesos sobre Propiedad Industrial,* Comares, Granada, 1995.

Barona Vilar, S.: *Protección del derecho de marcas (aspectos procesales)*, Thomson Civitas, Madrid, 1992.

Bercovitz Álvarez, R.: "Novedades más relevantes de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de patentes y algunas reflexiones", *La ley mercantil*, núm. 35, 2017.

Bercovitz Rodríguez-Cano, A.: *Introducción a las marcas y otros signos distintivos en el tráfico económico*, Aranzadi, Madrid, 2002.

Cantos Pardo, M.: "Análisis procesal de los escritos preventivos en materia de propiedad industrial", *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 53, 2021.

Castrillo Santamaría, R.: *La preparación del proceso civil: Las diligencias preliminares*, Bosh, Barcelona, 2018.

De Miguel Asensio, P. A.: "Alcance de la arbitrabilidad de los litigios sobre derechos de Propiedad Industrial", *Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones,* núm. 7(1), 2014.

Díez-Picazo Giménez, I.: "La inconveniencia de los Juzgados de lo Mercantil", *Tribunales de justicia: Revista española de derecho procesal*, núm. 8-9, 2002.

Fernández-Nóvoa, C.; Otero Lastres, J. M.; Botana Agra, M.: *Manual de la Propiedad Industrial*, 3ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2017.

Fernández-Nóvoa, C.; Gómez Segade, J. A.: *La modernización del derecho español de patentes*, Montecorvo, Madrid, 1984.

Garbayo Blanch, J.: "Derecho de Patentes", en AA.VV.: *Derecho de la Propiedad Intelectual* (coord. por M. I. Candelario Macías), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

García Vidal, Á.: *Las acciones civiles por infracción de la propiedad industrial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

García Vidal, Á.: *La OEPM como institución mediadora y arbitral. Informe sobre las opciones de implantación y desarrollo*. Fundación EOI y Oficina Española de Patente y Marcas, 2018, Disponible en: http://www.oepm.es/export/sites/oepm/comun/documentos_relacionados/Publicaciones/Estudios-Articulos/LaOEPMcomoInstitucionMediadoraArbitral.pdf (consultado el 10 de febrero de 2021).

Gimeno Sendra, V.: *Derecho Procesal Civil II. Los procesos especiales,* Castillo de Luna ediciones jurídicas, Madrid, 2016.

Ginebra Serrabou, X.: "La propiedad industrial y la competencia económica en México", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 121, 2007.

González de Araujo Muriel, A.: *Propiedad Industrial en México. Paso a paso*, Colex, Madrid, 2020.

Jalife Caballero, M.: *Comentarios a la Nueva Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial*, JalifeCaballero.com, 2020. Disponible en: https://www.jalifecaballero.com/es/propiedad-intelectual/comentarios-a-la-nueva-ley-federal-de-proteccion-a-la-propiedad-industrial/ (consultado el 10 de febrero de 2021).

Jalife Daher, M.: *La nueva Ley Federal de Protección de la Propiedad Industrial,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

Jalife Daher, M.: *Derecho Mexicano de la Propiedad Industrial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

Kresalja Roselló, B.: "Los objetivos del derecho de patentes: Notas sobre su evolución", *THĒMIS-Revista de Derecho,* núm. 36, 1997.

Lucero Espinosa, M.: "La transformación del Contencioso-Administrativo en México", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 107, 2003.

Magaña Rufina, J. M.: *Derecho de la Propiedad Industrial en México*, Porrúa, Ciudad de México, 2018.

Martí Miravalls, J.: "Sobre la legitimación activa para ejercitar acciones por violación de marca en el ordenamiento jurídico español", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 123, 2008.

Massaguer Fuentes, J.: *Acciones y procesos de infracción de derechos de propiedad industrial*, 2ª ed., Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2020.

Montero Aroca, J.; Gómez Colomer, J. L.; Barona Vilar, S.: *Derecho Jurisdiccional I. Parte General,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

Montero Aroca, J.; Gómez Colomer, J. L.; Barona Vilar, S.; Calderón Cuadrado, M. P.: *Derecho jurisdiccional II. Proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

Pérez Daudí, V.: "Análisis crítico de las Medidas Cautelares en la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes", *Revista Jurídica de Catalunya,* núm. 1-2017, 2017.

Pérez Daudí, V.: *Las medidas cautelares en el proceso civil,* Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2012.

Rangel Ortiz, H.: "La acción de responsabilidad civil por la usurpación de una marca registrada en la Sentencia de 17 de marzo de 2004 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación", en AA.VV.: *Propiedad Intelectual, Análisis de casos* (coord. por E. de la Parra Trujillo), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

Rangel Ortiz, A.: "Los tribunales especializados en materia de Propiedad Intelectual", en *Diagnóstico y Propuestas sobre los sistemas de Impartición de Justicia en México*, Octavo Congreso Nacional de Abogados, Barra Mexicana-Colegio de Abogados, Oaxaca, 20 a 22 de mayo de 2004.

Romaní Lluch, A.: "Fundamento del Derecho de Patentes de Invención", en AA.VV.: *Tratado de Derecho Industrial* (coord. por M. Baylos Morales), Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2009.

Sanchis Crespo, C.; Pardo Iranzo, V.; Montón García, M. L.; Zaragoza Tejada, J. I.: *Derecho Procesal I. Jurisdicción, acción y proceso*, 2ª ed., Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2021.

CONTRATO DE *ESCROW* E IMPUESTO EUROPEO SOBRE EL VALOR AÑADIDO*

ESCROW CONTRACT BEFORE EUROPEAN VALUE ADDED TAX

Rev. Boliv. de Derecho Nº 35, enero 2023, ISSN: 2070-8157, pp. 220-247

* Este trabajo se realiza en el marco del proyecto de investigación "La necesaria actualización de los sistemas tributarios ante los retos del S.XXI", Prometeo/2021/041.

Enrique DE MIGUEL CANUTO

ARTÍCULO RECIBIDO: 16 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 15 de diciembre de 2022

RESUMEN: La presencia del escrow en la contratación internacional, que es un contrato con origen en el Derecho angloamericano, desde la perspectiva del impuesto sobre el valor añadido plantea el interrogante de si la entrega de un activo, dinero o documento por el promisor al agente de escrow y si la eventual recepción de un activo, dinero o documento por el beneficiario del contrato de escrow originan o no el devengo del impuesto sobre el valor añadido y en qué concepto.

PALABRAS CLAVE: Contrato de escrow; Impuesto sobre el Valor Añadido.

ABSTRACT: *The emergence of escrow in international contracting, which is a contract originating in Anglo-American law, from the perspective of value added tax introduces the question of whether the delivery of an asset, money or document by the promisor to the escrow agent and whether or not the eventual receipt of an asset, money or document by the beneficiary of the escrow agreement, gives rise to the accrual of value added tax and under what concept.*

KEY WORDS: *Escrow contract; Value Added Tax.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. CONTRATO DE ESCROW.- 1. El caso Banco Occidental de descuento.- 2. Carácter y función.- 3. Elemento subjetivo.- 4. Contrato de depósito.- 5. Asignación de riesgo 0196.- Juicio de tipicidad.- III. ARRAS o SEÑALES.- 1. Caso Eugenie-les-Bains.- 2. Estructuración.- 3. Naturaleza.- IV. ESCROW INMOBILIARIO.- 1. Caso Mirror Group.- 2. Integración en el contrato principal.- 3. Escrow en garantía de un contrato de opción.- V. DOCTRINA ADMINISTRATIVA.- 1. Acuerdo de depósito en garantía.- 2. Hecho imponible.- 3. Devengo del impuesto.- VI. CONCLUSIONES ALCANZADAS.

I. INTRODUCCIÓN.

En el contexto de la contratación internacional encontramos el contrato de escrow, que es una figura gestada en el Derecho angloamericano, en que, en origen, a la vista del contrato principal, una compraventa de un inmueble, el vendedor (*grantor*) deposita el título de propiedad, en manos del tercero imparcial (*escrow holder*) para que cuando el comprador (*grantee*) pague el precio, reciba del tercero el título de propiedad. Se trata de una relación jurídica triangular.

Ponto el objeto depositado pasó a poder consistir en una suma de dinero (*escrow account*) con vistas a una operación mercantil, achacada de eventuales contingencias, dinero que el tercero mantiene en su poder hasta la producción de una contingencia imprevista o un evento previsto, en el contexto de la ejecución de la operación y con la finalidad de entregar el dinero a la contraparte o, caso de frustración de la ejecución, restituirlo o devolverlo al depositante.

Hasta llegar al escrow informático, en que es depositado un "código-fuente" relativo a un software o programa informático, para caso de insolvencia de la empresa desarrolladora o licenciante, o de disolución de la misma, como elemento propiciador de una cesión de uso que posibilite llevar a cabo la prestación contractual.

Elementos subjetivos: tratándose de una relación jurídica triangular, los elementos subjetivos son tres. El *escrow holder*, agente de escrow, o agente autorizado, que es un tercero imparcial, de confianza, en funciones ejecutivas del contrato principal, administrador, custodio o depositante. El *grantor*, depositor, promisor, o garante, que entrega al tercero un documento, dinero o un activo -material o intangible- con base en el contrato principal. Y el *grantee*, beneficiario, promisee, que es el destinatario potencial del documento, dinero o activo, en relación con la ejecución del contrato principal de que trae causa.

• Enrique de Miguel Canuto
Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia (Italia) en 1985, actualmente catedrático de Derecho financiero y tributario en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia (España), su ciudad natal, en la que imparte docencia de la materia desde hace más de treinta años, ha prestado sus servicios durante veinte años como magistrado suplente de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad valenciana. Enrique.de-miguel@uv.es.

Encontramos en el contrato de escrow[1] (*escrow agreement*) una relación de fiducia o confianza, entre las dos partes del contrato principal, prometedor y beneficiario, y el agente de escrow, como depositario de la confianza de ambos, que debe velar por los intereses de ambas partes y que queda encargado de cumplir las instrucciones convergentes y recíprocas recibidas de las dos partes contratantes, con vistas a facilitar la realización de puntos relativos a la ejecución de las cláusulas pactadas.

Desde la perspectiva del impuesto europeo sobre el valor añadido[2] se plantea el interrogante de si la entrega de un activo, dinero o documento por el promisor al agente de *escrow* y si la eventual recepción de un activo, dinero o documento por el beneficiario del contrato de *escrow* originan o no el devengo del impuesto sobre el valor añadido y en qué concepto.

II. CONTRATO DE ESCROW

No estando regulado en el Derecho español el contrato de escrow asumen singular valor los pronunciamientos jurisprudenciales acerca de él.

1. El caso Banco Occidental de Descuento.

El Tribunal supremo, Sala de lo civil, del Estado español, en sentencia 24 octubre 2014, caso *Banco Occidental* de descuento[3], lleva a cabo un examen minucioso del contrato de escrow, en la contratación internacional, en el contexto de un complejo negocial integrado por tres partes contratantes y tres contratos: una compraventa de acciones a cambio de notas estructuradas, una dación en pago de las notas a cambio de fondos líquidos y el otorgamiento del derecho a una opción de venta.

En primer lugar, contrato de compraventa de acciones, de 4 de julio de 2008, entre el comprador, Banco Occidental, y el Banco vendedor. El Banco Occidental debe comparecer en las oficinas del Banco vendedor, en Madrid, para suscribir el

1 Puede verse Cebriá, L. H.: "Caracterización jurídica del contrato de escrow en el Derecho español: el depósito documentario", *Revista de la Facultad de Derecho de México,* 2017, núm. 269, pp.985-1030; Elizari Urtasun, L.: "El contrato de escrow: configuración en origen y recepción en el Derecho español", *Revista de Derecho civil,* núm. 4, 2016, pp. 35-67; Nakamura Velasquez, D.: "El escrow", *Derecho & Sociedad,* núm. 33, 2009, pp. 288-297; Plaza Penadés, J.: "El contrato de escrow", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías* núm. 37, 2015, pp. 19-23. Recientemente, Feliu Rey, J.: *El contrato de escrow*, Madrid, 2021.

2 Como contexto, puede verse Bas Soria, J.: *El IVA en las operaciones internacionales*: mercancías y servicios, Madrid, 3ª edición, 2021; de la Feria, R.: *The EU VAT System and the internal market*, Amsterdam, 2009; Falcón y Tella, R. y Pulido Guerra, E.: *Derecho fiscal internacional*, Madrid-Barcelona-Sao Paulo-Buenos Aires, 2013.

3 STS, Sala de lo civil, 24 octubre 2014 [RJ 2014\5836], recurso de casación 470/2013, caso banco Occidental de descuento. La acción principal es una acción resolutoria de contrato de *escrow*, celebrado el 16 de octubre de 2008, entre el Banco Occidental de descuento y el Banco de Santander, por imposibilidad legal sobrevenida de cumplimiento y consecuente devolución de la cantidad entregada, 150.000.000 dólares, más intereses legales.

contrato de compraventa, relativo a las acciones, el "contrato adicional", relativo a la opción de venta y la "carta de confirmación", relativa a las consecuencias de la ineficacia, y, el Banco Occidental debe entregar al Banco vendedor las notas estructuradas, que recibirá estas notas del comprador.

El Banco Occidental declara y garantiza que la celebración y cumplimiento del contrato de compraventa de acciones no exige autorización o consentimiento de ningún Organo del Estado del Banco comprador que no haya sido previamente obtenido en el momento de la suscripción del contrato[4]. En la "carta confirmatoria" se hace referencia a las "obligaciones normativas" según el Derecho del Estado del comprador y se enuncian las consecuencias de la ineficacia de los contratos celebrados.

En segundo lugar, el compromiso del Deutsche Bank de adquisición de las notas estructuradas del Banco Occidental, pagando, a cambio, en la cuenta abierta por el Banco vendedor, fondos líquidos por importe de 1.180.920.000 dólares. Este compromiso es declarado esencial para el Banco vendedor y motivo determinante de la venta de acciones. El Banco vendedor dará instrucciones al Deutsche Bank para que registre a su nombre los títulos de deuda recibidos. Si bien el compromiso debe ser obtenido a su costa por el Banco comprador y deberá ser después entregado al Banco vendedor.

En tercer lugar, la opción de venta, otorgada por el Banco Occidental al Banco vendedor, en el "contrato adicional", sobre acciones de VS Casa de Bolsa, sociedad de corretaje, acciones que pueden ser vendidas, en al menos un 85% del capital social de la casa de Bolsa, en cualquier momento, dentro del año siguiente a la suscripción del contrato. Estando en tal caso el Banco Occidental obligado a adquirir las acciones por el precio previsto en el contrato adicional de opción.

En este contexto se integra un previo contrato de *escrow*, de 16 de junio de 2008, donde se recoge el propósito negocial de transmisión de las acciones por el futuro vendedor y la dación en pago de las notas estructuradas por el futuro comprador, donde se designa como Agente de *escrow*, a la entidad Casa de Bolsa CA, como receptor de la orden de ejecución de venta de las acciones por el futuro vendedor y como receptor de las instrucciones por el futuro comprador para ejecutar la operación cruzada de dación en pago de las notas estructuradas y en donde el futuro comprador efectúa el abono de 150.000 dólares en una cuenta del Citibank en Nueva York del futuro vendedor.

Como complemento, en el posterior contrato de compraventa de acciones mencionado, de 4 de julio de 2008, se incluye una "Cuenta escrow", a la que se

4 Añadido en el "contrato adicional".

asigna una finalidad penitencial : si el comprador incumple alguna de sus obligaciones perderá definitivamente el importe abonado de *escrow* a la contraparte, y si es el vendedor el que incumple alguna de sus obligaciones contractuales entonces deberá reembolsar o reintegrar el importe del *escrow* cobrado además de pagar al comprador un importe igual al original recibido[5].

2. Carácter y función.

En primer lugar, dice el Tribunal supremo, debe tenerse en cuenta, que en la actualidad el contrato de escrow, figura originaria del Derecho angloamericano que suele ser traducida con referencia genérica a la idea o noción de depósito, se está desenvolviendo en una inicial fase de marcada atipicidad con modalidades y aplicaciones muy variadas y diferenciables en los ámbitos en los que incide, casos, entre otros, de la propiedad intelectual y el sector informático (el denominando escrow informático o escrow de software), del desarrollo de la denominada nueva economía, instrumentalizando los pagos de las compraventas realizadas a través de internet, de las transacciones internacionales, asegurando su correcta ejecución, o del crédito hipotecario, como cuenta en depósito en garantía para el pago de impuestos y seguros del bien hipotecado. En esta línea, en donde se destaca su marcado *carácter instrumental* respecto del complejo negocial querido por las partes, y su *función genérica de aseguramiento* de la correcta ejecución programada, el citado contrato también encuentra una variada aplicación en la práctica jurídico financiera a través de la denominada "cuenta escrow" en donde se depositan unos fondos conexos al cumplimiento de los términos y circunstancias pactados.

3. Elemento subjetivo.

En el contexto descrito, y en segundo lugar, la caracterización de la figura contractual, en esta fase inicial de progresiva consolidación, responde a una concepción necesariamente abierta y flexible conforme al principio de libertad de contratación y autonomía negocial de las partes contratantes; concepción, abierta y flexible, que también debe informar la delimitación de la tipicidad básica o esencial de la figura. Desde esta perspectiva, por tanto, aunque la definición usual de la figura se realice con relación a la noción del contrato de depósito, ya típico o irregular, y, por extensión, su articulación suela comprender la intervención como parte contractual de un tercero depositario; no obstante, debe puntualizarse que esta caracterización no determina la delimitación básica del contrato de escrow.

En efecto, desde el análisis conceptual que debe realizarse en el contexto descrito, la delimitación básica o nuclear de la figura, conforme a su carácter instrumental y accesorio y a su función general de aseguramiento de la correcta

5 Apartado B de la cláusula segunda del contrato de compraventa de acciones de 4 de julio de 2008.

ejecución de la relación negocial proyectada, se centra, más bien, en la participación o servicio de una tercera persona, que suele denominarse *agente de escrow,* que sin ser parte o haber participado de la negociación y desarrollo reglamentario de la relación negocial, y con independencia, esto es, con la nota de ajenidad respecto de las partes contratantes, resulta llamado por razón de la confianza otorgada (*fiducia*[6]) para velar por los intereses de las partes en el buen fin de la relación negocial programada por medio de la verificación del exacto o regular cumplimiento del contrato celebrado, o de algunas obligaciones derivadas del mismo.

Desde esta tipicidad básica o nuclear la fuente informadora, y también de integración supletoria de esta figura atípica, queda referenciada en el *contrato de mandato*, que determina las instrucciones de verificación que deben realizarse, esto es, las doctrinalmente denominadas notas de automatismo y objetivación de la figura, y, más en general, en el contrato de servicios que le sirve de marco de actuación, el cual también participa de las notas de confianza y profesionalidad del prestador del servicio; generalmente sujeto a retribución pero que también puede ser configurado a título gratuito.

4. Contrato de depósito.

En este sentido, aun cuando encontramos la referencia genérica que las partes realizan a la figura del contrato de escrow, especialmente para calificar el propio contrato inicial, de 16 de junio de 2008, o en el contrato de compraventa de acciones, de 4 de julio de 2008, con referencia directa a la "cuenta escrow"[7], el Tribunal supremo- siguiendo en este punto a la sentencia de apelación- aprecia que lo cierto es que las partes en el presente caso, en uso de su libertad de contratación, prescinden a la hora de configurar su relación negocial de la intervención de un tercero depositario como parte contractual, propiamente dicha, en el entramado contractual celebrado; sin que pueda sostenerse, tal y como afirma la parte recurrente, que desde la base negocial que informa el complejo contractual, o bien, desde la interpretación sistemática del mismo, se infiera el carácter esencial de dicha caracterización del tercero depositario en el contrato de escrow proyectado. Extremo, por otra parte, que no forma parte integrante de la tipicidad nuclear o básica de la figura. En este mismo curso de calificación, también interesa destacar que la propia "cuenta de escrow" del contrato de compraventa tampoco se configura como un contrato de depósito, propiamente

6 A diferencia del *trust* del *Common law*, en el contrato de escrow no hay una atribución de propiedad formal al agente de escrow, gestor o administrador y los activos entregados no constituyen un patrimonio separado frente a los acreedores del aportante (Cebriá, L. H.: "Caracterización jurídica del contrato de escrow en el Derecho español: el depósito documentario", *Revista de la Facultad de Derecho de México,* núm. 269, 2017, pp. 1011-1012).

7 Cláusula primera del contrato de compraventa de acciones de 4 de julio de 2008.

dicho, de suerte que, en contra de lo alegado por la parte recurrente, no cabe valorar la hipotética función, ya solutoria, o bien de garantía, que le era asignada al postulado contrato de depósito.

5. Asignación de riesgos.

También interesa puntualizar, a los efectos de la tipicidad básica señalada, que si en el presente caso procede reconocer una cierta aplicación básica del contrato de escrow no es porque dicha figura opere con una función de mera distribución o asignación de riesgos ("riesgo político" o "riesgo país" en el presente caso), que es un extremo propio del contenido y naturaleza contractual a que refiere de modo principal el complejo negocial y, en su caso, extremo que podía ser considerado en las instrucciones y circunstancias objeto de verificación. Ni tampoco porque su función, fuera de su caracterización general al servicio de un aseguramiento del cumplimiento contractual, pueda reconducirse abstractamente a regular o determinar "el destino de la cantidad entregada" (cuenta escrow) conforme al cumplimiento o comprobación de una determinada contingencia o circunstancias previamente señaladas, porque la cantidad así entregada por el Banco comprador, sin una calificación propia y diferenciada, carece de relevancia a los efectos de la tipicidad contractual de la figura que resulta subsumida en la propia condicionalidad, aleatoriedad o programación de circunstancias y hechos prevista en el complejo negocial.

Por contra, conforme a la delimitación anteriormente expuesta, cabe precisar que la tipicidad básica de esta figura en el presente caso anida en la citada participación del "agente de escrow" (Valores Casa de Bolsa, C.A) que, conforme a lo pactado en el contrato de escrow y a las instrucciones recibidas, debía ejecutar las operaciones cruzadas en orden a la transmisión de las acciones prevista; todo ello, como presupuesto necesario del propósito negocial perseguido por las partes[8], si bien la ejecución, en el presente caso, no pudo llevarse a cabo por el cambio normativo producido y la falta de autorización del Gobierno venezolano.

6. Juicio de tipicidad.

El juicio de tipicidad, según el Tribunal Supremo, es el presupuesto inicial del curso interpretativo pues determina, previamente, las perspectivas de análisis que resulten preferentes y los ámbitos de la relación negocial ya condicionados por la tipicidad dispuesta por las partes.

La variedad implícita en el contexto de la atipicidad contractual, en donde los fenómenos negociales pueden presentar supuestos que van desde la confluencia

8 Cláusula tercera del contrato de escrow, de 16 junio 2008.

de elementos de tipicidad que pertenecen a tipos de contratos diferentes, la yuxtaposición de varios contratos típicos y, en su caso, la fusión de prestaciones y contratos típicos, comporta que el *juicio de tipicidad* resulte determinante para esclarecer la disciplina normativa del contrato atípico en los aspectos fundamentales de su régimen de aplicación, particularmente referidos al esquema temporal que module la eficacia de la relación obligatoria en orden a la producción de consecuencias jurídicas, casos del plazo establecido para el ejercicio del derecho, de la diferenciación o concatenación de fases de ejecución del contrato, del término suspensivo o del contrato sujeto a condición; como también referidos a la propia determinabilidad del objeto contractual y a la calificación de esencial de determinadas prestaciones o aspectos de las mismas.

En el supuesto del contrato de escrow la delimitación del alcance del juicio de tipicidad, conforme a lo anteriormente expuesto, resulta más sencilla de establecer. La razón primordial de esta consideración radica en el carácter instrumental y accesorio de esta figura que se deriva de su tipicidad básica en orden a procurar un aseguramiento del cumplimiento contractual proyectado, o de algunas de sus prestaciones, con el auxilio verificador de un tercero de confianza, de forma que su proyección en el régimen jurídico de la relación negocial toma cuerpo en la fase contractual en la que debe operarse la *ejecución* de la prestación objeto de verificación; sin que sea obstáculo, para ello, la previa constitución de un depósito, ya como garantía del cumplimiento, o bien, como elemento necesario para llevar a cabo la prestación resultante (caso del escrow informático[9]).

9 En Derecho español, en sede de actas de depósito ante notario, el R.D. 45/2007, que modifica el Reglamento notarial, prevé que los notarios pueden recibir en depósito -sea como prenda de contratos, sea para su custodia- objetos, valores, documentos y el metálico que se les sean confiados, lo que incluye el depósito notarial de documentos en soporte informático.
Los documentos electrónicos en soporte digital, podrán ser entregados al notario en depósito, por el plazo y condiciones convenido, en cuya acta se reseñarán las características del documento electrónico y de su soporte, como su fecha, formato y su extensión, la unidad de medida, y demás características técnicas que permitan identificarlos.
Respecto a las condiciones del depósito: 1° los depósitos de objetos en que fuese necesaria su identificación, serán entregados, cerrándolos y sellándolos de forma que ofrezcan garantía de no ser abiertos 2° si el objeto depositado fuera un programa informático cuyo contenido no pueda ser razonablemente conocido por el notario, éste sólo admitirá el depósito si el depositante manifiesta que el contenido de aquel programa no es contrario a la ley ni al orden público 3° interdicción de rentabilización: en los depósitos en efectivo, el notario no podrá obtener para sí rendimiento de las cantidades depositadas. En tal sentido, deberá abrir una cuenta específica no remunerada, sin poder desempeñar funciones de gestión respecto del efectivo. Tampoco puede el notario pactar rendimientos a favor del depositante o de un tercero.
Respecto a su formalización, cuando los notarios acepten el depósito se extenderá un acta que habrá de ser firmada por el depositante y por el notario. En el acta se recogerá lo que sea preciso para la correcta identificación de lo depositado, junto a las condiciones propuestas por el notario y aceptadas por el depositante para la constitución y para la devolución del depósito.
En cuanto a las reglas sobre la devolución son las siguientes: 1ª que para la devolución del depósito el solicitante tendrá que acreditar al notario el derecho que le asiste, 2ª que si el depósito está constituido bajo alguna condición convenida con un tercero, el notario no efectuará la devolución mientras no se le acredite el cumplimiento de la condición estipulada, y, 3ª cuando deba ser devuelto un depósito se extenderá en el acta nota expresiva de haberlo efectuado, que debe ser firmada por el depositante o su causahabiente o por quien ostente su representación legal o voluntaria.

De esta suerte, puede concluirse, conforme a la tipicidad básica de la figura diseñada, que los aspectos orgánicos que disciplinan la eficacia del complejo negocial realmente no derivan de la naturaleza y función del contrato de escrow, debiéndose inferir de la propia reglamentación contractual que las partes han articulado realmente- por medio de los tres contratos- para el logro del propósito negocial perseguido, con independencia de las referencias, mas o menos extensas, que la reglamentación contenga en relación al contrato de escrow.

III. ARRAS O SEÑALES.

Conforme a la tipicidad básica examinada y a la naturaleza y contenido que informa al complejo negocial celebrado, el Tribunal supremo[10], en el caso Banco Occidental de Depósito, concluyó[11] que, en realidad, la calificación de la suma previamente entregada como "escrow", en el contrato de compraventa de acciones, no es la correcta, pues la realidad del título jurídico que justifica dicha entrega no es otro -tal y como alega el recurrente- que la entrega de una suma en concepto de "señal" o "arras", que revela, por un lado, la perfección o eficacia del complejo negocial proyectado (en el propio contrato inicial de 16 de junio, denominado de escrow, ya se recoge el abono de dicho importe con "anterioridad" de la firma del contrato[12]) y por otro lado , resulta revelado o manifestado por su finalidad penitencial[13].

Siendo así, desde la perspectiva del impuesto europeo sobre el valor añadido podemos acudir a las razones y al fallo del caso *Eugénie-les-Bains*[14], resuelto por sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea, 18 junio 2007, que es una cuestión prejudicial elevada por el *Conseil d´Etat*, órgano judicial del Estado francés, acerca del tratamiento en el IVA del contrato de arras o señales.

1. Caso Eugénie-les-Bains.

La Société thermale, con domicilio social en Eugénie-les-Bains (Francia), tiene por objeto la explotación de establecimientos termales, incluidas actividades

10 Fundamento de Derecho Segundo, apartado 7.

11 Tras el análisis de las obligaciones principales del "complejo negocial" conforme al propósito negocial y el examen del carácter condicional de la estructura negocial, que había sido argumentado por el Tribunal de apelación.

12 Expositivo IV del contrato de escrow, según el cual, el Banco futuro comprador ha abonado con anterioridad a la firma de este contrato de escrow 150.000.000 dólares en la cuenta del banco futuro vendedor abierta en Nueva York con el Citibank, para su aplicación en los términos previstos en este contrato de escrow.

13 Apartado (B) de la cláusula segunda, según el cual si el vendedor incumple alguna de sus obligaciones contractuales entonces deberá reembolsar o reintegrar el importe del escrow cobrado además de pagar al comprador un importe igual al original recibido.

14 Sentencia del TJUE de 18 de junio de 2007 [TJCE 2007\203] , caso *Eugénie-les-Bains*, causa C- 277/05 (Francia). Puede verse Falcón y Tella, R.: "La inaplicación del IVA sobre las cantidades retenidas en caso de resolución de las operaciones sujetas: las arras y el art. 78.Dos.5ª LIVA", *Quincena Fiscal*, núm. 8, 2009; y García Castelao, A.: "Las arras en el impuesto sobre el valor añadido español: impacto de la STJCE de 18 julio 2007", *Jurisprudencia tributaria* 2007, núm. 13, 2007, pp-1-2.

hoteleras y de restauración. Esta sociedad percibe cantidades por adelantado, en concepto de arras, en el momento en que los clientes realizan las reservas de estancias. Estas cantidades son deducidas del pago ulterior de las prestaciones de la estancia o conservadas por la sociedad en el caso de desistimiento de los clientes.

En 1992 la Société thermale fue objeto de actuaciones de inspección en relación con el período comprendido entre 1989 y 1992. De resultas de esta inspección, la Administración tributaria consideró que las arras que habían sido percibidas por la Société thermale en el momento de la formalización de las reservas y que ésta había conservado tras la anulación de dichas reservas por parte de los clientes estaban sujetas al impuesto sobre el valor añadido. En 1994 se emitieron liquidaciones impositivas en relación con dicho período por importe de 84.054 francos, unos 12.814 euros. Presentada una reclamación relativa a esta cuestión ante la Administración tributaria, fue desestimada.

Contra esta decisión, la actora presentó recurso ante el *tribunal administratif* de Pau. El recurso fue desestimado mediante sentencia de 1999. El tribunal consideró que cuando la sociedad conserva las arras en caso de desistimiento del cliente, éstas constituyen la remuneración de la prestación consistente en la atención al cliente, la apertura de su expediente de reserva, y el compromiso de reservarle una estancia.

La actora interpuso recurso de apelación contra esta sentencia ante la *Cour administrative d'appel* de Bourdeaux, que lo desestimó mediante sentencia de 2003. Entendió que las arras depositadas por los clientes de esta sociedad y conservadas por ésta en caso de anulación de la reserva debían estar sujetas al IVA, ya que consideró que dichas arras debían considerarse, en este supuesto, contrapartida directa y remuneración de una prestación de servicios susceptible de individualización, consistente en la apertura del expediente del cliente y la reserva de su estancia.

La actora, que sostenía que estas arras debían considerarse indemnizaciones abonadas en concepto de reparación por los perjuicios sufridos como consecuencia del incumplimiento de sus clientes, y por lo tanto no sujetas al IVA, solicitó al Conseil d'État la anulación de la sentencia antedicha.

En tales circunstancias, el *Conseil d'État* decidió plantear al Tribunal de la Unión cuestión prejudicial: cuando el comprador hace uso de la facultad de desistimiento de que dispone y el vendedor conserva las cantidades abonadas en concepto de arras en el marco de contratos de venta de prestaciones de servicios sujetas al IVA, ¿deben esas cantidades considerarse remuneraciones de la prestación de la reserva y, como tales, sujetas al IVA, o bien indemnizaciones por resolución de

contrato abonadas en concepto de reparación por el perjuicio sufrido con ocasión del incumplimiento del cliente, sin relación directa con ningún servicio prestado a título oneroso y, como tales, no sujetas a este impuesto?

2. Contextualización de las arras.

El Tribunal remitente pregunta si las cantidades abonadas por un cliente en concepto de arras al empresario de un establecimiento hotelero y que éste conserva cuando el cliente hace uso de la facultad de desistimiento[15] de que dispone deben considerarse contrapartida de una prestación de reserva, sujeta al IVA, o indemnizaciones a tanto alzado por resolución de contrato, no sujetas a dicho impuesto[16].

Como punto de partida debe señalarse que la definición del concepto de arras puede variar de un Estado miembro a otro, y, por otro lado, que el ejercicio de la facultad de desistimiento vinculada a las arras puede producir consecuencias diferentes en función del Derecho nacional aplicable. Así, de las observaciones del Gobierno francés se desprende que en Derecho francés el ejercicio de dicha facultad exonera, en principio, completamente a la parte que desiste de las consecuencias del incumplimiento del contrato, mientras que, en varios Estados miembros, en una situación como ésta, subsiste la posibilidad de exigir daños y perjuicios por encima del importe de las arras conservadas.

En el presente caso, se examina el supuesto en el que la parte que ha abonado las arras tiene la facultad de reconsiderar sus compromisos, perdiendo dichas arras, y la otra parte, dispone de esta misma facultad, devolviéndolas duplicadas, sin proceder al examen de los derechos que una de las partes podría invocar después del ejercicio de dicha facultad por la otra parte.

De la jurisprudencia del Tribunal de la Unión se deduce que sólo puede responderse afirmativamente a la primera solución formulada en la cuestión prejudicial si existe un vínculo directo entre el servicio prestado y la contraprestación recibida, constituyendo las cantidades pagadas una contrapartida efectiva del servicio individualizable prestado en el marco de una relación jurídica en la que se intercambian prestaciones recíprocas[17].

15 Anotamos que el Derecho español conoce las arras de desistimiento, que autorizan a no cumplir la obligación asegurada a cambio de perder las arras el que las dio. Por un lado, aseguran la obligación, en cuanto que, si no se cumple, se pierden, pero, por otro lado, facilitan el incumplimiento, en cuanto que, conformándose con perderlas, se puede el deudor desligar de aquella (Albaladejo, M.: *Derecho civil II*, vol. 1º, 10 ed., Barcelona, 1977, p. 274).

16 Apartado nº 6 y ss. de la sentencia del TJUE de 18 de junio de 2007, caso Eugénie-les-Bains, causa C-277/05.

17 En este sentido, las sentencias 8 marzo 1988 [TJCE 1988, 123], caso Apple and Pear Development Council, causa 102/86, apartados 11, 12 y 16; 3 marzo 1994 [TJCE 1994, 33], caso Tolsma, causa C-16/93, apartado

Ahora bien, en el presente asunto, hay que señalar que estos requisitos no se cumplen. La conclusión del contrato y, por consiguiente, la existencia de un vínculo jurídico entre las partes no depende normalmente del pago de arras. Dado que éstas no son un elemento constitutivo del contrato de alojamiento, se presentan tan sólo como un elemento facultativo que pertenece a la autonomía de la voluntad de las partes.

Así, un cliente puede presentar por correo, o incluso oralmente, una solicitud de reserva de estancia, cuya aceptación por parte del empresario del establecimiento hotelero puede, en función de la práctica contractual que éste siga, efectuarse por correo, o incluso oralmente, sin que se reclamen arras. Una aceptación de la solicitud de reserva conforme a estas modalidades no dejará de dar lugar a la constitución entre las partes de un vínculo jurídico que obligue a este empresario a abrir un expediente a nombre del cliente y reservarle su estancia.

El pago de arras por parte del cliente y la obligación del empresario del establecimiento hotelero de no contratar con un tercero, en la medida en que esto le impida respetar el compromiso adquirido con respecto a su cliente, tampoco pueden considerarse, en contra de lo que sostiene el Gobierno francés, prestaciones recíprocas, ya que, en este caso, dicha obligación emana directamente del contrato de alojamiento y no del pago de las arras.

En efecto, conforme a los principios generales del Derecho civil, cada una de las partes contratantes está obligada a cumplir con el contrato y a ejecutar la prestación prevista en este último. La obligación de respetar dicho contrato no deriva, por tanto, de la conclusión de otro acuerdo, realizado especialmente para este fin. La obligación de cumplimiento efectivo de dicho contrato no depende tampoco de una eventual indemnización o penalización por mora, ni de la existencia de prenda o de arras, sino que emana del propio contrato.

Así, cuando tras la formalización de una reserva, el empresario de un establecimiento hotelero ejecuta la prestación convenida, no hace sino cumplir con el contrato concluido con su cliente, conforme al principio según el cual los contratos deben ser ejecutados. Por lo tanto, el respeto de esta obligación no puede ser calificado como una contraprestación de las arras pagadas.

Dado que la obligación de efectuar la reserva deriva del propio contrato de alojamiento y no de las arras pagadas, no existe una relación directa entre el servicio prestado y la contrapartida recibida[18]. El hecho de que el importe de las

14; 21 marzo 2002 [TJCE 2002, 126] , caso Kennemer Golf, causa C-174/00, apartado 39, y 23 marzo 2006 [TJCE 2006, 86], caso FCE Bank, causa C-210/04, apartado 34.

18 Sentencias citadas 8 marzo 1988, caso Apple and Pear Development Council [TJCE 1988, 123], apartados 11 y 12; 3 marzo 1994, caso Tolsma [TJCE 1994, 33], apartado 13, y 21 marzo 2002 [TJCE 2002, 126], caso

arras, en caso de ocupación de la habitación reservada, se impute al precio de dicha habitación confirma que estas arras no constituyen la contrapartida de una prestación autónoma e individualizable.

3. Naturaleza de las arras.

Dado que las arras no constituyen la contrapartida de una prestación autónoma e individualizable, procede examinar, para responder al Tribunal remitente, si estas arras constituyen indemnizaciones por resolución de contrato abonadas en concepto de reparación por el perjuicio sufrido como consecuencia del desistimiento del cliente[19].

A este respecto, procede recordar que las partes contratantes tienen libertad para definir, dentro del respeto de las disposiciones imperativas y del orden público, el contenido de su relación jurídica, incluidas las consecuencias de un eventual desistimiento o del incumplimiento de sus obligaciones. No obstante, tienen la posibilidad de remitirse a los diferentes instrumentos del Derecho civil, en vez de definir detalladamente sus obligaciones.

Las partes pueden de este modo establecer, para el caso de que haya un incumplimiento de las obligaciones del contrato que han concluido, cláusulas referentes a una indemnización o a una penalización por mora, así como también a la constitución de una prenda o a la utilización de arras. Aunque todos estos instrumentos tienen como fin reforzar las obligaciones contractuales de las partes y algunas de sus funciones son idénticas, cada uno de ellos posee unas características particulares.

Por lo que respecta concretamente a las arras, procede recordar, en primer lugar, que éstas constituyen el indicio de la conclusión de un contrato, en la medida en que su pago implica una presunción de la existencia de dicho contrato. En segundo lugar, las arras incitan a las partes a ejecutar dicho contrato, ya que la parte que las ha abonado puede perder la cantidad correspondiente, y la otra debería, llegado el caso, devolverlas duplicadas si es ella la causante del incumplimiento. En tercer lugar, las arras constituyen una indemnización a tanto alzado, dado que su pago dispensa a una de las partes de probar el importe del perjuicio sufrido cuando la otra parte no cumple con lo estipulado.

La razón de ser de las arras, en el sector hotelero, responde, en principio, a las características antes descritas. Dichas arras, por tanto, constituyen el indicio de la

Kennemer Golf, apartado 39.

19 Apartado nº 27 y ss. de la sentencia del TJUE 18 junio 2007, caso Eugénie-les-Bains, causa C- 277/05.

conclusión del contrato, la incitación a su ejecución y la eventual indemnización a tanto alzado.

Mientras que, en el caso de un desarrollo normal del contrato, las arras se imputan al precio de los servicios prestados por el empresario del establecimiento hotelero y están, por tanto, sujetas al IVA, la conservación de las arras de que se trata en el procedimiento principal es, por el contrario, la consecuencia del ejercicio por parte del cliente de la facultad de desistimiento que se había puesto a su disposición y sirve para indemnizar a dicho empresario de los efectos del desistimiento. Una indemnización de estas características no constituye la retribución de una prestación y no forma parte de la base imponible del IVA (en este sentido, en lo que se refiere a los intereses de demora, la sentencia del TJCE 1 julio1982, caso BAZ Bausystem, causa C-222/81, apartados 8 a 11).

Esta conclusión no queda invalidada, contrariamente a lo que sostiene el Gobierno portugués, ni por el hecho de que, en la mayoría de los casos, el importe del perjuicio sufrido y el de las arras conservadas no coincidan, ni por la posibilidad de que las habitaciones liberadas a causa del desistimiento puedan ser ocupadas por nuevos clientes. En efecto, al tratarse de una indemnización a tanto alzado, es normal que el importe del perjuicio antes mencionado pueda ser superior al de las arras conservadas por el empresario del establecimiento hotelero o estar por debajo de dicho importe.

Además, la norma conforme a la cual, cuando el responsable del incumplimiento del contrato es el empresario del establecimiento hotelero, la restitución se eleva al doble del importe de las cantidades abonadas en concepto de arras, corrobora la calificación de estas últimas como indemnizaciones a tanto alzado por resolución de contrato y no como remuneración de una prestación. En efecto, en una situación como ésta, es evidente, que el cliente de dicho empresario no realiza ninguna prestación en favor de este último.

Al no constituir, por un lado, el abono de las arras la retribución percibida por el empresario de un establecimiento hotelero en concepto de contrapartida efectiva de un servicio autónomo e individualizable prestado a su cliente, y, por otro lado, al tener por objeto la conservación de las arras, tras el desistimiento del cliente, la reparación de las consecuencias de la falta de ejecución del contrato, procede considerar que ni el abono de las arras[20], ni su conservación, ni su devolución duplicada entran dentro del ámbito de aplicación del art. 2, apartado 1, de la Sexta Directiva[21].

20 La palabra arras viene del latín "arrha", préstamo del griego "arrabon", prenda de compromiso, inspirada en el hebreo "errabon", prenda de juramento.

21 En correspondencia con el art. 2, apartado 1, letra a) de la Directiva IVA de 2006.

En suma, los arts. 2, apartado 1, y 6, apartado 1[22], de la Sexta Directiva deben interpretarse en el sentido de que las cantidades abonadas en concepto de arras en el marco de contratos relativos a prestaciones de servicio hotelero sujetas al IVA deben considerarse, cuando el cliente hace uso de la facultad de desistimiento de que dispone y esas cantidades quedan en poder del empresario de un establecimiento hotelero, *indemnizaciones* a tanto alzado por resolución de contrato abonadas en concepto de reparación por el perjuicio sufrido a causa del incumplimiento del cliente, sin relación directa con ningún servicio prestado a título oneroso y, como tales, no sujetas a este impuesto.

IV. ESCROW INMOBILIARIO.

La jurisprudencia del Tribunal de la Unión permite rastrear la relación entre el contrato principal y una cuenta de escrow, (*escrow account)* desde la perspectiva de su tratamiento en el impuesto sobre el valor añadido. El sector inmobiliario, campo de origen de la figura del escrow, aun con sus transformaciones, continúa siendo campo fértil para el desarrollo de la figura

1. Caso Mirror Group.

El caso *Mirror Group*[23], resuelto por el Tribunal de la Unión, en sentencia 9 octubre 2001, es una cuestión prejudicial elevada por la *High Court*, del Reino unido, en el contexto de un conjunto de arrendamientos de inmuebles que ponen en juego tres *escrow accounts* con distintas funciones[24].

En el año 1993, Mirror Group, sociedad domiciliada en el Reino Unido, dedicada a la edición de periódicos, se mostró interesada en arrendar locales en Londres, para trasladar a ellos su actividad. Según el Tribunal remitente, confiaba en obtener condiciones de arrendamiento favorables dada su consideración como "arrendatario prestigioso".

El 20 de junio de 1993, Mirror Group y Olympia&York Canary Wharf Ltd , en suspensión de pagos, celebraron tres contratos: primero, un contrato principal relativo al arrendamiento de las plantas 20 a 24 del edificio One Canada Square situado en Londres , segundo, el contrato de arrendamiento propiamente dicho relativo a las cinco plantas; y, tercero, un contrato por el que se otorgaba a Mirror Group una opción, que debía ejercitarse en un plazo de seis meses, para el arrendamiento de entre una y cuatro plantas más del mismo edificio, así como

22 En correspondencia con el art. 24 apartado 1 y el art. 25 de la Directiva IVA de 2006.

23 Sentencia del TJUE 9 octubre 2001[TJCE 2001\269], caso *Mirror Group*, causa C-409/98, ponente Sra. Colneric (Reino unido).

24 Galán Sánchez, R. M.: "STJCE 9.10.2001, Mirror Group plc. As. C-409/98: exención de arrendamiento de bienes inmuebles. Compromiso de asumir la condición de arrendamiento. No sujeción", *Crónica tributaria,* núm. 106, 2003, pp. 195-200.

-si la opción no se ejercitaba respecto a más de dos plantas- una segunda opción para el arrendamiento de otras dos plantas, que debía ejercitarse en un plazo de dieciocho meses.

El contrato principal estipulaba que O&Y, propietaria del edificio, pagaría a Mirror Group un «incentivo» neto de 12.002.590 libras, más IVA, a más tardar el 2 de julio de 1993, suma que tenía la consideración de contrapartida por la celebración del contrato por parte del arrendatario y de incentivo para que éste aceptara el arrendamiento.

De conformidad con el contrato principal se llevaron a cabo los siguientes pagos:

- En relación con las plantas 20 a 24 del edificio, se ingresaron en una cuenta bloqueada (*escrow account*), alrededor de 6,5 millones de libras, y fueron puestos a disposición de Mirror Group en varios pagos, conforme fue venciendo el derecho de resolución del contrato de arrendamiento por parte de Mirror Group, que se hallaba de este modo obligada a mantener en arriendo estas plantas durante un total de 25 años. Mirror tenía derecho a la resolución del contrato, pero el ejercicio de ese derecho implicaba el reembolso íntegro del incentivo.

- En el marco del contrato de opción, como un incentivo relativo a la opción, le fueron pagados a Mirror Group, alrededor de 5,5 millones de libras, que depositó de inmediato, en concepto de fianza, en otra cuenta bloqueada (*escrow account*). Mirror Group ejercitó su opción sobre tres -de las cuatro- plantas adicionales y, por ello, conservó alrededor de 4,1 millones de libras.

- Además, en concepto de IVA, fueron depositados alrededor de 2,1 millones de libras en una cuenta bloqueada (*escrow account*), antes de ser transferidos, el 26 de julio de 1993, a los Commissioners.

Por el arrendamiento de las plantas 20 a 24 del edificio, en el contrato se estipulaba que no se produciría devengo de renta durante los cinco primeros años. A partir del sexto año y hasta el final se pagaría una renta, que aumentaría progresivamente, pero sin alcanzar el nivel del mercado. En relación con el arrendamiento de las plantas adicionales respecto a las que Mirror Group podría ejercitar la opción se previeron las mismas condiciones en materia de renta.

Mirror Group estaba obligada a completar el acondicionamiento de las plantas 20 a 24 del edificio, en virtud del contrato principal. Gastó alrededor de 7,2 millones de libras en los trabajos de acondicionamiento de las plantas 20 a 24 y alrededor de 4,4 millones de libras en los trabajos de las plantas adicionales 17 a 19, respecto a las que había ejercitado su opción. No obstante, según el VAT

and Duties Tribunal, London, el incentivo no fue pagado por la propietaria O&Y a Mirror Group para que ésta efectuara los trabajos de acondicionamiento.

Después, Mirror Group solicitó a los Commissioners el reembolso del IVA de 2,1 millones de libras calculados sobre los 12 millones de libras del incentivo, petición que fue desestimada por resolución de 1997.

Contra esta resolución la actora interpuso recurso ante el *VAT and Duties Tribunal*, de Londres. El Tribunal, razonó que la aceptación por la actora de las condiciones del contrato principal, la ejecución por su parte del contrato de arrendamiento y el contrato de opción constituían «actos realizados» (*things done*) a cambio del incentivo de 12 millones de libras. Por lo que resolvió que la actora había efectuado una prestación de servicios a título oneroso.

Respecto a si esta prestación de servicios quedaba exenta, el VAT and Duties Tribunal subrayó que únicamente sucedería así si la prestación constituyera un arrendamiento o alquiler de bienes inmuebles en el sentido del art. 13, parte B, letra b), de la Sexta Directiva[25]. Pues bien, según este Tribunal, de la sentencia de 15 de diciembre de 1993, caso Lubbock Fine, causa C-63/92, se desprende que la prestación efectuada por un arrendatario que renuncia, en favor del propietario, a un arrendamiento existente a cambio de una suma de dinero debe ser considerada una prestación exenta.

En estas circunstancias, no existe razón para excluir del art. 13, parte B, letra b), de la Sexta Directiva una operación que da origen a un arrendamiento cuando, a diferencia de la situación clásica, no es el arrendatario quien paga una suma al propietario por la conclusión del arrendamiento, sino que es el propietario quien accede a pagar una contrapartida al arrendatario con el fin de asegurarse de que éste acepte el contrato de arrendamiento y respete posteriormente sus estipulaciones.

Mientras que en lo que atañe a los 5,5 millones de libras, el Tribunal entendió que en cuanto eran el pago de un incentivo relativo únicamente a las opciones a ejercitar había que concluir que no estaban exentos.

Tanto la actora como los Commissioners apelaron esta resolución ante la High Court of Justice. Mediante resolución de 1998 a la que se adjuntaba la sentencia de instancia del VAT and Duties Tribunal, este Tribunal decidió plantear al Tribunal de la Unión la cuestión prejudicial.

25 En correspondencia con el art. 135, apartado 1, letra l) y art. 135, apartado 2 de la Directiva IVA de 2006.

2. Integración en el contrato principal.

La High Court pregunta, a la luz de la sentencia dictada por el Tribunal de la Unión en el caso Lubbock Fine, causa C-63/92 ¿está exenta del IVA una prestación efectuada por una persona que, inicialmente, no tiene título alguno sobre el inmueble, cuando esta persona celebra un contrato de arrendamiento del inmueble con un propietario y/o acepta la cesión en un arrendamiento por el propietario a cambio de una suma de dinero pagada por este último?

Debemos partir de que, en virtud del art. 2, apartado 1, de la Sexta Directiva -en correspondencia con el art. 2, apartado 1, letra a) de la Directiva IVA de 2006-, están sujetas al IVA las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas a título oneroso en el interior del territorio estatal por un sujeto pasivo que actúe como tal[26].

La actora, al celebrar un contrato relativo al arrendamiento del edificio y al aceptar tomar dicho edificio en arriendo, actuó como sujeto pasivo y siendo claro que no efectuó una entrega de bienes, procede examinar si, la actora, mediante su actividad, ha efectuado una prestación de servicios a título oneroso y, en su caso, si dicha prestación se incluye en el concepto de «alquiler de bienes inmuebles», del art. 13, parte B, letra b), de la Sexta Directiva.

Por lo que respecta a la existencia de una prestación de servicios es evidente que, un sujeto pasivo que sólo paga la contrapartida en dinero por la realización de una prestación de servicios o que se compromete a efectuarla no realiza él mismo una prestación de servicios en el sentido del art. 2, apartado 1, de la Sexta Directiva. Se deriva que un arrendatario que se compromete, aunque sea previo pago efectuado por el propietario, a asumir la condición de arrendatario y a pagar la renta no realiza una prestación de servicios al propietario, en lo que atañe a esa actividad.

En otro sentido, el futuro arrendatario podría realizaría una prestación de servicios a título oneroso si el propietario, por considerar que la presencia de aquél en el inmueble donde se hallan los locales arrendados, como arrendatario prestigioso (*anchor tenant*), podría atraer a otros arrendatarios, efectuara a su favor un pago como contrapartida por su compromiso de trasladar sus actividades al mencionado inmueble. En tales circunstancias, el compromiso de este arrendatario podría calificarse de una prestación de publicidad imponible, como sostiene el Reino Unido.

26 Apartado nº 24 ss. de la sentencia del TJUE 9 octubre 2001, caso Mirror Group, causa C-409/98.

Corresponde al Tribunal remitente, a la luz de las indicaciones efectuadas por el Tribunal de la Unión, razonar y determinar si, en el asunto principal, la actora ha realizado una prestación de servicios a título oneroso a favor del propietario y, en su caso, cuál es el servicio prestado.

En ese contexto, debe señalarse que una actividad como la realizada por la actora, suponiendo que se tratara verdaderamente de una prestación de servicios, no podría ser calificada de prestación de servicios incluida en el concepto de «arrendamiento y alquiler de bienes inmuebles».

Según reiterada jurisprudencia, los términos empleados para designar las exenciones previstas por el art. 13 de la Sexta Directiva se han de interpretar estrictamente, dado que constituyen excepciones al principio general de que el IVA se percibe por cada prestación de servicios efectuada a título oneroso por un sujeto pasivo[27] .

El arrendamiento de bienes inmuebles en el sentido del art. 13, parte B, letra b), de la Sexta Directiva, consiste fundamentalmente en que el propietario de un inmueble cede al arrendatario el derecho a ocuparlo y a excluir de éste a otras personas, a cambio de una renta y por un período de tiempo acordado[28]. Así pues, el propietario es quien realiza la prestación de servicios imponible y el arrendatario quien entrega, a cambio de ésta, la contrapartida. No sucede así en el asunto principal.

Es cierto que el Tribunal de la Unión en la sentencia *caso Lubbock Fine* indicó que un arrendatario, que renuncia a su arrendamiento, devuelva la posesión del inmueble a quien le hubiere cedido los derechos de que es titular está comprendido en el concepto de «alquiler de bienes inmuebles» empleado en el art. 13, parte B, letra b), de la Sexta Directiva. Cabe subrayar que dicha sentencia fue dictada en relación con un arrendatario que había devuelto la posesión del bien inmueble arrendado al propietario y, por tanto, a efectos fiscales, había restituido el derecho a ocuparlo al renunciar a este derecho. Por esta razón, el Tribunal de la Unión consideró que la renuncia del arrendatario a la prestación de servicios realizada por el propietario, que es una modificación del contrato de arrendamiento, debe estar exenta cuando la propia prestación lo esté.

27 Pueden verse las sentencias 15 junio 1989 [TJCE 1989, 146], caso Stichting Uitvoering Financiële Acties, causa 348/87, apartado 13; 12 septiembre 2000 [TJCE 2000, 187], caso Comisión/Irlanda, causa C-358/97, apartado 52; Comisión/Reino Unido [TJCE 2000, 191], causa C-359/97, apartado 64, y 18 enero 2001 [TJCE 2001, 15], caso Stockholm Lindöpark, causa C-150/99, apartado 25.

28 En este sentido las sentencias, antes citadas, 12 septiembre 2000, caso Comisión/Irlanda [TJCE 2000, 187], apartados 52 a 57, y 12 septiembre de 2000 [TJCE 2000, 191], caso Comisión/Reino unido, apartados 64 a 69, y 4 octubre 2001 [TJCE 2001, 258], 4 octubre 2001 [TJCE 2001, 258], caso Goed Wonen, causa C-326/99, apartado 55.

Pues bien, estas condiciones no se concurren en el asunto principal. La actora, como futuro arrendatario, no renuncia en favor del propietario al derecho a ocupar el inmueble. Por tanto, en el presente caso, procede responder a la cuestión que una persona que, inicialmente, no tiene título alguno sobre un bien inmueble y que celebra un contrato de arrendamiento con el propietario y/o acepta tomar en arriendo el mencionado bien, a cambio de una suma de dinero pagada por el propietario, es claro que no realiza una prestación de servicios comprendida en el art. 13, parte B, letra b), de la Sexta Directiva.

Paradógicamente, el Abogado general Tizzano -razonando en perspectiva funcionalista circular- había concluido exactamente lo contrario, indicando que, si se apreciara que la operación considerada tuvo en su conjunto la función de transferir el disfrute del inmueble del propietario al arrendatario, de ello debe deducirse que la operación está comprendida, en su totalidad, en el concepto de arrendamiento del art. 13, parte B, letra b), de la Sexta Directiva[29].

3. Escrow en garantía de un contrato de opción.

La segunda pregunta formulada por la High Court era: a la luz de la sentencia dictada por el Tribunal de la Unión en el caso Lubbock Fine, causa C-63/92 ¿está exenta del IVA una prestación efectuada por una persona que no tiene título alguno sobre el inmueble: a) cuando esta persona celebra un contrato de opción en relación con los arrendamientos del inmueble a cambio de cobrar una suma de dinero, en condiciones según las cuales los fondos se depositan en una cuenta especial (*escrow account*[30]) en garantía del cumplimiento de sus obligaciones derivadas del contrato de opción, y/o b) cuando esa persona , posteriormente, ejerce las opciones y acepta la cesión en arrendamiento del inmueble a cambio de la liberación en su favor de los fondos depositados en la cuenta especial?

Respecto a la primera parte (letra a) de la segunda cuestión, el Tribunal de la Unión evoca que la Comisión ha señalado correctamente que un sujeto pasivo que celebre únicamente un contrato de opción como el del asunto principal sin que se produzca un intercambio de prestaciones recíprocas entre los contratantes, no efectúa una prestación de servicios en el sentido del art. 2, apartado 1, de la Sexta Directiva[31]del impuesto sobre el valor añadido.

La segunda parte (letra b) de la segunda cuestión suscita los mismos problemas que la primera cuestión planteada por el Tribunal remitente. Una vez ejercitada la opción y celebrado el contrato de arrendamiento por parte del arrendatario a

29 Conclusiones del Abogado general Tizzano, apartado nº 39.

30 de la Reina Tartiére, G.: "El escrow account: contrato y garantía", *Actualidad Civil,* núm. 1, 2007, pp. 35-40.

31 Apartado nº 37 y ss. de la sentencia del TJUE 9 octubre 2001, caso Mirror Group, causa C-409/98.

cambio de una suma de dinero que entrega el propietario, es preciso examinar si el arrendatario se ha limitado a celebrar el contrato de arrendamiento o si ha efectuado una distinta prestación al propietario.

En el primer caso, no existe prestación de servicios en el sentido del art. 2, apartado 1, de la Sexta Directiva a cargo del arrendatario. En el segundo caso, nada hay que permita sostener que se trate, por parte del arrendatario, de una prestación de servicios de arrendamiento comprendida en el art. 13, parte B, letra b), de la Sexta Directiva.

Por tanto, que una persona que no tiene título alguno sobre un inmueble, que celebra un contrato de opción, como el del asunto principal, en relación con el arrendamiento de dicho bien, a cambio de una suma de dinero pagada por el propietario del inmueble, en condiciones según las cuales los fondos se depositan en una cuenta especial (*escrow account*) en garantía del cumplimiento de sus obligaciones derivadas del contrato de opción y que posteriormente ejerce las opciones en virtud de dicho contrato y acepta celebrar contratos de arrendamiento del inmueble a cambio de la liberación de los fondos depositados en la cuenta especial a su nombre, no efectúa en ningún momento una prestación de servicios de arrendamiento comprendida en el art. 13, parte B, letra b), de la Sexta Directiva.

El Abogado general Tizzano había concluido exactamente lo contrario: que la actora no pudiera disponer del incentivo hasta el momento del ejercicio efectivo de la opción y que la suma liberada fuera directamente proporcional a la superficie arrendada le llevan a considerar que el contrato de opción cumple la función de contribuir, junto con el contrato de arrendamiento, a la transferencia del derecho de disfrute del inmueble del propietario a otro sujeto. Partiendo de que ésta es la función de la operación, considerada en su conjunto, de ello se deduce que también en este caso la suma pagada al arrendatario por el propietario del inmueble debe acogerse a la exención fiscal del art. 13, parte B, letra b), de la Sexta Directiva sobre arrendamiento de bienes inmuebles[32].

En resumen, la argumentación del Tribunal de la Unión y el razonamiento del Abogado general convergen en mirar al contrato o acuerdo principal celebrado y se preguntan, desde el punto de vista del prometente y desde la perspectiva del beneficiario, si se ha realizado una entrega de bienes o una prestación de servicios, esto es, se preguntan por el hecho imponible en relación con el contrato principal. La puesta en juego de los fondos depositados en una cuenta especial (*escrow account*) y la liberación de los fondos depositados en la cuenta especial en relación

32 Conclusiones del Abogado general Tizzano, apartado nº 43.

con la producción de los eventos y condiciones pactados, no resulta relevante desde el punto de vista de los hechos imponibles en análisis.

Por último, en Derecho español, abordamos la reflexión de la Dirección General de Tributos acerca de si la constitución de una cuenta escrow con anterioridad a la ejecución de la operación principal, puede suponer un "pago anticipado" a los efectos del impuesto sobre el valor añadido.

V. DOCTRINA ADMINISTRATIVA.

La Dirección General de Tributos-órgano del Ministerio de Hacienda- del Estado español ha manifestado su parecer acerca del tratamiento en el IVA de la constitución de un depósito en garantía (*escrow agreement*) de una venta futura de un inmueble.

1. Acuerdo de depósito en garantía.

En la consulta vinculante V 0933-21, de 15/04/2021, encontramos que la consultante ha firmado un contrato de compraventa de cosa futura por el cual se compromete a construir y entregar un edificio de oficinas. Las partes firman un acuerdo de depósito en garantía (*escrow agreement*), con el objeto de garantizar la compraventa futura, en virtud del cual la parte compradora transferirá el 10% del precio de venta a una cuenta "escrow". Los fondos se mantendrán en la cuenta "escrow" hasta el cumplimiento de las cláusulas contractuales previstas.

La cuestión consultada a la Dirección General de Tributos consiste en si el depósito de una cantidad de dinero en una cuenta *escrow* en las condiciones indicadas supone un pago anticipado a los efectos del impuesto sobre el valor añadido. La Dirección General de Tributos analiza primero el hecho imponible y después el posible devengo del impuesto.

2. Hecho imponible.

Comenzando por el hecho imponible, en cuanto a la determinación de cuándo se debe entender producida la entrega de un bien, hay que tener en cuenta los criterios establecidos por el Tribunal de la Unión, en la sentencia 8 febrero1990, caso *Shipping and Forwarding Enterprise*[33], en torno al trato en el IVA de la entrega de una villa con sus terrenos.

Conforme al art. 5 de la Sexta Directiva -en correspondencia con el art. 14 de la Directiva 2006/112- el concepto de entrega de bienes no se identifica con la transmisión de la propiedad en las formas establecidas por el Derecho

33 Sentencia del TJCE 8 febrero 1990, caso *Shipping and Forwarding Enterprise*, causa C-320/88, (Holanda).

nacional aplicable, sino que es una noción más amplia que incluye toda operación de transmisión de un bien corporal efectuada por una parte que faculta a la otra parte a disponer de hecho, como si ésta fuera la propietaria de dicho bien.

Esta interpretación es conforme con la finalidad de la Sexta Directiva -que es la misma que la de la Directiva 2006/112- que tiende, entre otras cosas, a que el sistema común del IVA se base en una definición uniforme de las operaciones imponibles. Este objetivo puede verse comprometido si la existencia de una entrega de bienes, que es una de las tres operaciones imponibles, estuviera sometida al cumplimiento de requisitos que difieren de un estado miembro a otro, como ocurre con la transmisión de la propiedad en el Derecho Civil.

El Tribunal responde a la cuestión que el apartado 1 del art. 5 de la Sexta Directiva -en correspondencia con el art. 14 de la Directiva 2006/112- debe interpretarse en el sentido de que se considera "entrega de bienes" la transmisión del poder de disposición sobre un bien corporal con las facultades atribuidas a su propietario, aunque no haya transmisión de la propiedad jurídica del bien[34].

La Dirección General de Tributos, de esta sentencia deduce, en primer lugar, que el concepto de entrega de bienes a los efectos del IVA no es un concepto que pueda ser analizado únicamente desde el punto de vista del ordenamiento de los Estados miembros, sino que se trata de un concepto autónomo de Derecho de la Unión que, por tanto, precisa de una interpretación también de matriz y alcance europeo.

En relación con el análisis relativo a la existencia de una entrega de bienes, han de examinarse las facultades que se atribuyen al destinatario de la operación para compararlas con las que se confieren al propietario de una cosa. Tal apreciación, y en lo que a la determinación del devengo se refiere, exige preguntarse por el momento a partir del cual el pretendido adquirente es titular de dichas facultades.

Por consiguiente, será el momento a partir del cual el destinatario de la operación tenga la posesión completa e inmediata del objeto de la misma, quedando la misma a su entera disposición, comprendiendo ésta tanto la facultad de usar o disfrutar, como la relativa a la facultad de disponer, el que determine la existencia de una entrega del objeto y, por consiguiente, el devengo del impuesto correspondiente a la operación.

34 Apartados 7 a 9 de la sentencia del TJCE 8 febrero 1990, caso Shipping and Forwarding Enterprise, causa C-320/88.

3. Devengo del impuesto.

En cuanto al devengo, el art. 65 de la Directiva IVA dice que en los casos en que las operaciones originen pagos anticipados a cuenta, anteriores a la operación, la exigibilidad del impuesto procederá "en el momento del cobro del precio y en las cuantías efectivamente percibidas", regla que está reflejada en el art. 75 de la Ley del IVA de 1992.

Esta regla de devengo del art. 65 de la Directiva de 2006 ha sido objeto de interpretación por el Tribunal de la Unión, así en sentencia 21 febrero 2006, caso *BUPA Hospitals y Goldsborough Developments*[35], partiendo de que esta disposición relativa a los pagos anticipados debe ser objeto de interpretación estricta.

El Tribunal de la Unión ha señalado que para que el impuesto pueda ser exigible en esa situación y de forma anticipada, es preciso que ya se conozcan todos los elementos relevantes del devengo, esto es, de la futura entrega o prestación, y, por consiguiente, concretamente, que los bienes o servicios estén identificados con precisión cuando se efectúe el pago anticipado a cuenta.

Además, esta conclusión viene confirmada por la Exposición de motivos de la Propuesta de Sexta Directiva en la que la Comisión señala que, "cuando se cobran los anticipos antes del devengo, el cobro de estos anticipos hace que el impuesto sea exigible dado que las partes contratantes anuncian así su intención de sacar por adelantado todas las consecuencias financieras relacionadas con el devengo".

Tratándose, pues, de un concepto autónomo de Derecho de la Unión, procede su interpretación igualmente en términos de Derecho de la Unión. Así, en consonancia con la interpretación que se contiene en las sentencias que se han mencionado, razona la Dirección General de Tributos que será únicamente cuando se produzca un cobro anticipado a la realización de las operaciones sujetas que sea tal que atribuya a su perceptor las mismas facultades que corresponden a un propietario sobre los fondos que constituyen dicho pago anticipado, caso de ser dinerario, cuando se deberá entender producido dicho pago anticipado.

No pudiendo disponer la consultante de los fondos depositados en la cuenta "escrow" hasta el momento que se cumplan las condiciones contractualmente

35 Sentencia TJCE de 21 febrero 2006, caso *BUPA Hospitals y Goldsborough Developments*, causa C- 419/02. El escenario presenta un grupo mercantil británico, que se ha estructurado en dos grupos a efectos del IVA. El grupo BUPA a efectos del IVA, en el que se integra BUPA Hospitals, comprador de medicamentos y prótesis, que soportará IVA, y BUPA Gatwick, proveedor que repercutirá el impuesto. Y, por otra parte, el grupo Goldsborough a efectos del IVA, en el que se integra BUPA Medical, proveedor que repercutirá (a BUPA Hospitals) y Goldsborough Developments, que soportará IVA (de BUPA Gatwick). En el horizonte de un cambio legislativo, se decide hacer acopio de un ampuloso volumen de compras, mediante un pago anticipado, con derecho *in extremis* a deducción, antes del inminente cambio normativo. La *High Court* del Reino unido planteó al Tribunal de Luxemburgo la posible aplicación de la doctrina del abuso de Derecho.

pactadas - en general a la finalización del contrato- la conclusión que se alcanza en el supuesto de la consulta es que el depósito en una cuenta "escrow" a nombre de la consultante no supone para ésta la realización de un cobro anticipado, ni tampoco implica la realización de un pago anticipado por parte del depositante, por lo que no cabe entender producido el devengo del impuesto sobre el valor añadido con la constitución de los fondos en escrow , a efectos del art. 75.2 de la Ley del IVA.

Dos son los conocidos efectos[36], en el Derecho español, de las respuestas a consultas vinculantes. El primero, que la Administración competente para la aplicación de los tributos deben aplicar los criterios contenidos en las consultas tributarias escritas a cualquier contribuyente, siempre que exista identidad entre los hechos y circunstancias de dicho contribuyente y los que se incluyan en la contestación a la consulta[37], y el segundo, que no podrá exigirse responsabilidad por infracción tributaria al contribuyente si ajusta su conducta a los criterios enunciados por la Administración en la contestación a una consulta formulada por otro contribuyente, cuando concurra una igualdad sustancial de circunstancias que permita entender aplicables los mismos criterios de solución[38].

VI. CONCLUSIONES ALCANZADAS.

En cuanto al tratamiento ante el IVA europeo del contrato de *escrow*, que supone una relación de confianza entre prometedor y beneficiario, que confían recíprocamente al agente de escrow, tercero imparcial, puntos relativos a la ejecución del contrato principal, podemos redondear tres conclusiones:

1ª) La argumentación del Tribunal de Justicia la Unión europea y el razonamiento del Abogado general, en el *caso Mirror Group*, convergen en mirar al contrato o acuerdo principal celebrado y se preguntan, desde el punto de vista del prometente y desde la perspectiva del beneficiario, si se ha realizado una entrega de bienes o una prestación de servicios, esto es, se preguntan por el hecho imponible en relación con el *contrato principal*. La puesta en juego de los fondos depositados en una cuenta especial (escrow account) y la liberación de los fondos depositados en la cuenta especial en relación con la producción de los eventos y condiciones pactados, no resulta relevante desde el punto de vista de la realización de los hechos imponibles del impuesto sobre el valor añadido.

2ª) En el Derecho fiscal español, la Administración tributaria entiende que no pudiendo disponer la beneficiaria de los fondos depositados en la cuenta "escrow"

36 Sobre el valor de las respuestas a consultas administrativas puede verse de Miguel Canuto, E.: "Doctrina administrativa: Jurisprudencia de la Unión y Derecho español", *Studi tributari europei*, núm.1, 2011-2012.

37 Art. 89 de la Ley General Tributaria de 2003.

38 Art. 179.2 de la L.G.T. de 2003.

hasta el momento que se cumplan las condiciones pactadas -por lo general a la finalización del contrato- la conclusión que se alcanza, en la consulta V 0933-21, de 15 de abril de 2021, es que el depósito en una cuenta "escrow" a nombre de la beneficiaria no supone para ésta la realización de un cobro anticipado, ni tampoco implica la realización de un pago anticipado por parte del depositante, por lo que no cabe entender producido el devengo del impuesto sobre el valor añadido con la constitución de los fondos en escrow , a efectos del art. 75.2 de la Ley española del IVA.

3ª) En este ámbito temático cabe añadir que, según el Tribunal de la Unión, la Directiva europea del IVA de 2006, en correspondencia con la precedente Sexta Directiva, deben interpretarse en el sentido de que las cantidades abonadas en concepto de arras en el marco de contratos relativos a prestaciones de servicio sujetas al IVA cuando el cliente hace uso de la facultad de desistimiento de que dispone y esas cantidades quedan en poder del empresario, deben considerarse *indemnizacione*s a tanto alzado por resolución de contrato abonadas en concepto de reparación por el perjuicio sufrido a causa del incumplimiento del cliente, sin relación directa con ningún servicio prestado a título oneroso y, como tales, *no sujetas* al impuesto europeo sobre el valor añadido.

BIBLIOGRAFIA

Albaladejo, M.: *Derecho civil II*, vol. 1º, 10 ed., Barcelona, 1977.

Bas Soria, J.: *El IVA en las operaciones internacionales*: mercancías y servicios, 3ª edición, Madrid, 2021.

Hernando Cebriá, L.: "Caracterización jurídica del contrato de escrow en el Derecho español: el depósito documentario", *Revista de la Facultad de Derecho de México,* núm. 269, 2017.

de la Feria, R.: *The EU VAT System and the internal market*, Amsterdam, 2009.

de la Reina Tartière, G.: "El escrow account: contrato y garantía", *Actualidad Civil*, núm. 1, 2007.

de Miguel Canuto, E.: "Doctrina Administrativa: Jurisprudencia de la Unión y Derecho Español", *Studi Tributari Europei*, núm. 1, 2011-2012.

Elizari Urtasun, L.: "El contrato de escrow: configuración en origen y recepción en el Derecho español", *Revista de Derecho civil,* núm. 4, 2016.

Falcon y Tella, R.: "La inaplicación del IVA sobre las cantidades retenidas en caso de resolución de las operaciones sujetas: las arras y el art. 78.Dos.5ª LIVA", *Quincena Fiscal,* núm. 8, 2009.

Falcón Tella, R. y Pulido Guerra, E.: *Derecho fiscal internacional*, Madrid-Barcelona-Sao paulo-Buenos Aires, 2013.

Feliu Rey, J.: *El contrato de escrow*, Madrid, 2021.

Galán Sánchez, R. M.: "STJCE 9.10.2001, Mirror Group plc As. C-409/98: exención de arrendamiento de bienes inmuebles. Compromiso de asumir la condición de arrendamiento. No sujeción", *Crónica tributaria,* núm. 106, 2003.

García Castelao, A.: "Las arras en el impuesto sobre el valor añadido español: impacto de la STJCE de 18 julio 2007", *Jurisprudencia tributaria,* núm. 13, 2007.

Nakamura Velasquez, D.: "El escrow", *Derecho & Sociedad,* núm. 33, 2009.

Plaza Penadés, J.: "El contrato de escrow", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías,* núm 37, 2015.

ONLINE CHILD GROOMING EN ESPAÑA: ANÁLISIS DEL TIPO PENAL A TRAVÉS DE LA TEORÍA DEL DELITO

ONLINE CHILD GROOMING IN SPAIN: AN ANALYSIS OF CRIME DEFINITION THROUGH THE LENS OF CRIMINAL THEORY

Rev. Boliv. de Derecho Nº 35, enero 2023, ISSN: 2070-8157, pp. 248-289

María Sol
CINOSI
FERNÁNDEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 30 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 15 de diciembre de 2022

RESUMEN: En este artículo abordaremos, a través de la teoría del delito, un análisis pormenorizado del delito online child grooming, tipificado en el art. 183 ter, apartado 1.º, del Código Penal español, con el objeto de identificar los problemas de interpretación que hoy en día puede aparejar su redacción y de esta forma elaborar una propuesta de lege ferenda encaminada a mejorar la técnica legislativa actualmente vigente.

PALABRAS CLAVE: Online Child Grooming; ciberacoso sexual infantil; indemnidad sexual; cibercrimen.

ABSTRACT: *In this paper we will approach, through the lens of criminal theory, a detailed analysis of the online child grooming offence, as defined in Article 183 ter, section 1 of the Spanish Criminal Code, in order to identify the problems of interpretation that its wording may entail, in an effort to elaborate a drafting proposal aimed at improving the legislative technique currently in force.*

KEY WORDS: *Online Child Grooming; child sexual harassment; sexual indemnity; cybercrime.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- 1. Necesidad de abordar la temática planteada.- 2. Finalidad del trabajo.- II. MARCO TEÓRICO Y DESARROLLO.- 1. Origen y conceptualización del delito.- A) Antecedentes normativos.- B) Datos empíricos.- 2. Bien jurídico protegido.- III. ESTRUCTURA TÍPICA DEL DELITO.- 1. El tipo objetivo.- A) Conducta típica.- B) Sujeto activo.- C) Sujeto pasivo.- 2. El tipo subjetivo.- A) El dolo.- B) Especiales elementos subjetivos del tipo.- 3. Antijuricidad.- 4. Culpabilidad.- 5. Punibilidad.- 6. Concurso con otros delitos.- IV. ART. 183 TER, SEGUNDO APARTADO, DEL CÓDIGO PENAL.- V. PROPUESTA DE REFORMA.- VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

El gran avance tecnológico que se ha experimentado a nivel internacional a lo largo de los últimos años, ha comportado la aparición de nuevas conductas delictivas, o formas de llevar a cabo las ya existentes, que no habían sido siquiera vaticinadas por los primeros codificadores en materia penal.

En efecto, el advertir que ciertos comportamientos criminales comenzaron a ser llevados a cabo a través de Internet, significó la necesidad de recogerlos dentro del catálogo punitivo de forma independiente y autónoma a las figuras ya existentes, pues ello en no pocas ocasiones planteaba problemas de atipicidad.

Sin ir más lejos, mediante la LO 5/2010, de 22 de junio, se incorporó el delito de *online child grooming*, o ciberacoso sexual infantil, al Código Penal español (en adelante CP).

Actualmente, y tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, este delito se encuentra tipificado en el art. 183 ter, apartado primero, del CP, que establece: "1. El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño".

Próximamente, en virtud de la LO 10/2022, de 6 de septiembre, este delito estará regulado en el art. 183 del Código Penal. No obstante, esta variación se

• María Sol Cinosi Fernández
Abogada graduada en la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Abogada graduada en la Universidad Internacional de La Rioja (España). Posgrado Iberoamericano en Cibercrimen e Innovación Digital por la Universidad Hartmann (México). Secretaria de Primera Instancia dentro del Ministerio Público Fiscal de la Provincia de Buenos Aires, Argentina. Correo electrónico: solcinosi@gmail.com.

trata solamente de una modificación en la numeración del artículo, más no del contenido del mismo, siendo que se ha mantenido la redacción del art. 183 ter, apartado primero del Código Penal, que se analizará a lo largo de esta investigación.

Este comportamiento, entendido como una conducta preparatoria llevada a cabo por un abusador sexual hasta lograr un encuentro con la víctima potencial, generalmente a través de un proceso de seducción, existía incluso antes de la aparición de Internet[1]. No obstante, se señala que, como consecuencia de la expansión del fenómeno tecnológico y el surgimiento de las redes sociales, esta conducta criminal se traslada al ciberespacio, advirtiéndose un incremento significativo a nivel mundial.

Este aumento delictual podría atribuirse a la globalización de Internet por varios motivos. En tanto espacio virtual, la red se ha convertido en un "lugar físico" sumamente propicio para cometer este tipo de delitos. El sujeto activo (en adelante SA), que denominaremos "*groomer*", se vale del anonimato que la virtualidad le ofrece; de la volatilidad que caracteriza a los datos informáticos; y de la posibilidad de actuar de forma transnacional, entre otras, para así acometer su objetivo delictivo con mayor facilidad y menor riesgo de ser descubierto. En definitiva, el espacio virtual ha constituido un entorno propicio a la impunidad en el que los agresores desarrollan con más libertad su depredación criminal.

Sin lugar a duda, este estado de situación ha impactado directamente en el derecho penal y ha obligado, tanto a legisladores como a juristas, a plantearse la necesidad de llevar a cabo una revisión del derecho y proceso penal, como así también de la teoría criminológica, que permita adaptarse a la evolución y desarrollo tecnológico.

A su vez, quienes desempeñan una labor investigadora con relación a este tipo de delitos, tanto en la Policía, como en las Fiscalías y Juzgados, han sido obligados a adaptarse a este fenómeno y utilizar nuevas técnicas y tecnologías de investigación.

1. Necesidad de abordar la temática planteada.

Sentado cuanto precede, siendo víctimas de este delito, los niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA), es evidente, a mi juicio, el motivo por el que es necesario conocer, estudiar e investigar esta conducta delictiva.

Los NNA, como es sabido, son sujetos sumamente vulnerables. No puede minimizarse ni subestimarse cualquier situación que los ponga en peligro o que

1 Miró Llinares, F.: *El cibercrimen. Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 298.

pueda afectar su indemnidad sexual, pues una agresión sobre dicho bien jurídico puede traer consecuencias para el resto de sus vidas.

Como juristas, y ciudadanos, en definitiva, debemos enfrentarnos a esta problemática y contribuir, desde nuestro rol en la sociedad, para que sea atendida de forma seria y eficaz, garantizando los derechos y el interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

2. Finalidad del trabajo.

Ante todo, debo destacar que un estudio realizado por el Centro de Estudios ANAR[2], mediante el cual se han analizado un total de 6.183 casos relacionados al delito de abuso sexual en España, desde el año 2008 al año 2019, ha concluido que, a lo largo de estos años, la tasa de crecimiento de los casos de abuso sexual fue de un 300,4%, calculándose 273 casos en el año 2008 y 1.093 casos en el año 2020.

En particular, el estudio referido determinó que, entre el año 2015 y el 2020, aumentaron especialmente los abusos a través de las tecnologías, notándose un crecimiento anual del 36,7% del delito de *grooming*.

La cifra referida deja al descubierto que el fenómeno delictivo aquí estudiado ha incrementado notoriamente a lo largo de los últimos años, por lo que resulta imperioso su entendimiento y análisis desde un plano jurídico, para así poder abordarlo adecuadamente.

Siendo que mi labor radica en una investigación desde un punto de vista jurídico del delito de *grooming*, desarrollaré un estudio acabado del mismo, analizando la técnica legislativa utilizada en España, examinando cada uno de los elementos que componen el tipo penal desde el punto de vista de la teoría del delito, y abordaré distintos casos jurisprudenciales que permitirán desentrañar cada uno de los aspectos que pueden ser mejorados en el campo del derecho penal.

Una de las dificultades que enfrentaremos a la hora de analizar este tipo penal es su redacción, que ha suscitado diferencias entre los autores más destacados en la materia.

En consecuencia, tras el estudio de la cuestión, se afrontará hacia el final de este trabajo, una propuesta de *lege ferenda* encaminada a mejorar la técnica legislativa actualmente vigente, cuyo propósito radica en alcanzar una redacción del tipo

2 Ballesteros, B.: *Abuso sexual en la infancia y la adolescencia según los afectados y su evolución en España (2008-2019)*, Centro de Estudios ANAR, 2021.

penal, que brinde mayor certeza jurídica y garantice, efectivamente, la protección del bien jurídico tutelado.

II. MARCO TEÓRICO Y DESARROLLO.

En primer lugar, abordaremos la definición y el concepto de *grooming*, los antecedentes normativos que han llevado a su incorporación y posterior modificación en el Código Penal español, y determinados datos empíricos que guardan relación con este delito.

Luego, a partir de un análisis doctrinal y jurisprudencial, estudiaremos el bien jurídico protegido y examinaremos la estructura típica del *grooming* desde la óptica de la teoría del delito, abordando tanto el tipo objetivo como el tipo subjetivo, la antijuricidad, la culpabilidad, la punibilidad y el concurso con otros delitos, para así arribar a una propuesta de *lege ferenda*.

1. Origen y conceptualización del delito.

El delito tipificado en el art. 183 ter, apartado primero, del Código Penal (en adelante art. 183 ter 1.º CP) ha sido definido y conceptualizado, de distintos modos tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

En primer lugar, a nivel legislativo, se suelen emplear los términos "*grooming*" o "*child grooming*", para hacer referencia a esta conducta delictiva. Así se desprende del Punto XIII de la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, de 22 de junio, que introdujo por primera vez este delito al CP español, a través del art. 183 bis, en el que el propio legislador utilizó la denominación "*child grooming*", al indicar que es un término afianzado a nivel internacional. Sin perjuicio de ello, la doctrina ha utilizado distintas expresiones para referirse a este fenómeno. Así, podremos encontrar, además de "*grooming*"[3] y "*child grooming*"[4] las expresiones "*online child grooming*"[5], "propuesta sexual telemática a menores"[6] y "acoso cibernético a menores"[7], entre otras. En definitiva, se puede observar "una falta de unanimidad, acerca de un concepto técnico-jurídico acabado para definirlo"[8].

3 Mendoza Calderón, S.: *El Derecho Penal Frente a las Formas de Acoso a Menores. Bullying, ciberbullying, grooming y sexting,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 12.

4 Dolz Lago, M. J.: "Un acercamiento al nuevo delito child grooming entre los delitos de pederastia", *Diario La Ley,* 2011, núm. 7575, p. 1.

5 Ferrandis Ciprián, D.: "El delito de Online child grooming (art. 183 bis CP)", en AA.VV.: *Delitos sexuales* contra *menores. Abordaje psicológico, jurídico y policial* (dir. por Lameiras Fernández, M. y Orts Berenguer), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 185-201.

6 Villacampa Estiarte, C.: *El delito de child grooming o propuesta sexual telemática a menores,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 7.

7 Dictamen del Consejo de Estado, 27 de junio de 2013, sobre el Anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

8 Górriz Royo, E. M.: ""*On-line child grooming*" desde las perspectivas comparada y criminológica, como premisas de estudio del art. 183 ter) 1.º CP (conforme a la LO 1/2015, 30 de marzo)", en AA.VV.: *Menores*

No obstante, la doctrina mayoritaria suele utilizar los términos "*grooming*" o "*child grooming*". En esta línea de ideas, indica el Dictamen del Consejo de Estado aprobado en el año 2013, al referirse al antiguo art. 183 bis CP, que en el mismo se tipifica el delito de acoso cibernético a menores, aclarando que es el tipo penal que doctrinalmente se conoce como "*child grooming*". De la misma forma, en el Informe del Consejo Fiscal al anteproyecto de la Ley Orgánica por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, se menciona que el delito es doctrinalmente conocido como "*child grooming*".

Partiendo desde estas expresiones, lo cierto es que, desde un plano extrajurídico y gramatical, al tratarse de un término que proviene del verbo anglosajón "*to groom*", será necesario traducirlo al español para comprender el concepto. De acuerdo con el diccionario Oxford, el verbo "*groom*", en su cuarta acepción, corresponde a "*groom somebody*", y significa "preparar a un niño para un encuentro, especialmente cuando se usa una conversación por un canal de Internet con la intención de llevar a cabo un acto sexual ilegal".

En consonancia con ello, la Real Academia Española (en adelante RAE) define al *grooming* a través de la expresión "acoso sexual a menores de edad a través de medios informáticos o telemáticos, fundamentalmente mediante chats y redes sociales".

Dicho esto, considero, que la denominación "*online child grooming*" será la más adecuada a la hora de referirnos al delito regulado en el CP, por cuanto incluye una referencia específica con relación a que el contacto debe ser virtual (*online*) y con un niño o niña (*child*). De esta forma, no existiendo una traducción textual de la palabra "*grooming*" al español, entiendo que las expresiones "acoso sexual infantil en línea" o "acoso cibernético a menores" serían las más apropiadas para referirnos a este fenómeno. De todas formas, a lo largo del trabajo utilizaré indistintamente los términos "*grooming*" y "*online child grooming*" (en adelante OCG) para referirme al delito estudiado.

Sentado cuanto precede, veremos que tampoco existe un criterio unánime a la hora de conceptualizar esta conducta criminal. Destaca con acierto la autora Villacampa Estiarte, que, a la hora de describir esta conducta, hay autores que ponen el énfasis en la idea de seducción, otros que remarcan la idea de pedofilia, y lo hay quienes describen el fenómeno partiendo de la idea de que se trata de un proceso, integrado por distintas fases o etapas, cuyo objetivo radica en ganarse la confianza de la víctima, siendo esta última idea la más aceptada[9].

y redes sociales (Dir. por Cuerda Arnau, M.L.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 199-265.

9 Villacampa Estiarte, C.: *El delito*, cit., pp. 17-18.

Así, el Centro Internacional para Niños Desaparecidos y Explotados, indica que el *grooming* es "el acto de entablar amistad o de ejercer influencia sobre un niño, niña o adolescente y a veces también sobre la familia, con el fin de preparar al niño, niña, o adolescente para la actividad sexual"[10]. A su vez, especifica que el *grooming* comprende la utilización de Internet para establecer o crear una relación con un menor a fin de facilitar la interacción sexual, ya sea sin contacto (por Internet) o con contacto (fuera de Internet).

Por su parte, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, dependiente de la ONU, indica que el *grooming* consiste en la conducta mediante la cual un adulto "(…) realiza acciones deliberadas para establecer lazos de amistad con un niño o niña en Internet con el objetivo de obtener una satisfacción sexual mediante imágenes eróticas o pornográficas del niño o, incluso, como preparación para un encuentro"[11].

Desde su perspectiva, el autor Miró Llinares considera que el *grooming* consiste en "contactar con menores por medio de las redes sociales o de otras formas de comunicación como salas de chat, canales de mensajería instantánea o similares, para acercarse a ellos e intentar posteriormente un contacto sexual"[12].

Ya desde el plano jurisprudencial, la STS 24 febrero 2015[13], omitiendo una referencia al uso de la tecnología, se refiere al *grooming* como "acciones realizadas deliberadamente con el fin de establecer una relación y un control emocional sobre un menor con el fin de preparar el terreno para el abuso sexual del menor".

Ahora bien, con relación a la naturaleza de este delito, tanto la citada sentencia, como gran parte de la doctrina, resalta que este delito constituye uno de los casos en los que el derecho penal adelanta las barreras de protección, penalizando lo que en realidad sería un acto preparatorio para la comisión de un abuso sexual.

En este orden de ideas, cabe destacar, que gran cantidad de especialistas, adhieren a la visión de que el *grooming* es la primera fase de un proceso, que culmina con un abuso sexual. En efecto, el autor Alisdair Gillespie, considera que el OCG comienza con un abusador sexual, que busca lograr una amistad con un niño, para así ganarse su confianza, y prepararlo para que este consienta actividades sexuales[14].

10 Centro Internacional Para Niños Desaparecidos y Explotados: "Grooming por Internet de Niños, Niñas y Adolescentes con fines Sexuales: Modelo de Legislación y Revisión Global", 2017, p. 10.

11 Fondo De Las Naciones Unidas Para La Infancia: "Adolescentes conectad@s. Riesgos de las redes y herramientas para protegerse", 2020, p. 34.

12 Miró Llinares, F.: *El cibercrimen,* cit., p. 301.

13 STS 24 febrero 2015 (ECLI:ES:TS:2015:823).

14 Villacampa Estiarte, C.: *El delito,* cit., p. 18.

Por su parte, los autores Craven, Brown y Gilchrist, consideran que se trata de un proceso mediante el cual el autor persigue tres fines: acceder al NNA, asegurarse de la connivencia de este, y procurar que la víctima no exponga esta situación[15].

A) Antecedentes normativos.

El antecedente normativo más directo del art. 183 ter 1.º CP, es el antiguo art. 183 bis CP, introducido por la LO 5/2010, de 22 de junio. Ambas regulaciones son a todas luces similares, por cuanto la reforma del año 2015 ha conservado, en gran parte, el articulado original. Las principales modificaciones introducidas por la reforma han sido el elevar la edad del sujeto pasivo (en adelante SP), de trece a dieciséis años, y el establecer que, el sujeto activo debe perseguir como fin el cometer alguno de los delitos previstos en los arts. 183 (abuso o agresión sexual contra menores de dieciséis) o 189 CP (su utilización con fines exhibicionistas o pornográficos), suprimiéndose así la remisión a los arts. 178, 179, 180, 181 y 182 CP.

En cuanto a la incorporación de este fenómeno criminógeno al CP español en el año 2010, debemos estar, en primer lugar, a la Decisión Marco 2004/68/JAI, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, que, si bien se encuentra actualmente derogada, ha sido el primer instrumento de la UE en establecer una base común para la incriminación de estas conductas. Sus antecesores han sido la Acción Común 97/154/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 1997, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños y la Decisión 2000/375/JAI del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativa a la lucha contra la pornografía infantil en Internet.

En segundo lugar, el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, del año 2007, conocido como Convenio de Lanzarote, y ratificado por España el 1.º de diciembre del año 2010, ha sido el primer instrumento de la UE en definir la conducta de *grooming*. En síntesis, su art. 23, ha exhortado a los Estados a tipificar el hecho de que un adulto, mediante las tecnologías de la información y la comunicación (en adelante TIC), proponga un encuentro a un niño, para cometer cualquier delito de abuso sexual o producción de material de explotación sexual infantil.

De forma posterior a la incorporación de este tipo delictivo al CP en el 2010, la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre

15 Craven, S., Brown, S., Gilchrist, E.: "Sexual grooming of children: Review of the Literature and Theoretical Considerations", Journal of Sexual Aggression, vol. 12, núm. 3, 2006, pp. 287-299.

de 2011, relativa a la lucha contra los abusos y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, cuya transposición se ha producido mediante la LO 8/2021, de 4 de junio, ha exhortado a los Estados, en su art. 6, a punir el "embaucamiento de menores con fines sexuales por medios tecnológicos", entendido como la propuesta por parte de un adulto, a través de las TIC, de encontrarse con un menor, con el fin de cometer un delito de carácter sexual.

B) Datos empíricos.

Más allá de las críticas que puedan formularse al tipo penal en este sentido, el mismo exige, como medio comisivo, la utilización de las TIC. En función de ello, es importante señalar que, como consecuencia, principalmente, del propio desarrollo y avance tecnológico, el uso de la tecnología por parte de las generaciones actuales de NNA, ha aumentado notoriamente. En efecto, gran parte de los NNA de hoy utilizan las TIC, y particularmente las redes sociales, como un espacio -virtual- de sociabilización, en donde desarrollan sus relaciones personales, dedicando para ello gran cantidad de horas diarias.

En el marco del proyecto "*EU Kids Online*"[16] del año 2011, se registró un aumento considerable en el uso de Internet por parte de los NNA en España. De acuerdo con este informe, la edad promedio en que los niños acceden por primera vez a Internet, es a los nueve años. Asimismo, se determinó que, a pesar de que en España las redes sociales exigen contar con al menos catorce años para poder crear un perfil, el 11% de los menores encuestados entre nueve y once años; el 42% entre once y doce años y el 73% entre trece y catorce años, a pesar de ello, ya se había creado un perfil.

Posteriormente, en el año 2020, se realizó un nuevo estudio, en el que participaron niños de nueve a dieciséis años. En esta ocasión, se concluyó que el 39% de los niños encuestados se había comunicado de forma *online* con un desconocido y que el 22% de ellos se había encontrado personalmente con aquella persona[17].

Por añadidura, este estudio concluyó que, de los niños encuestados entre nueve y once años, el 20% se había comunicado de forma *online* con una persona desconocida y que el 8% se había reunido personalmente con esta persona; de los niños entre doce y catorce años, el 48% se había comunicado virtualmente con un desconocido y el 27% de ellos se encontró con esta persona; y que, de los niños

16 Livingtone, S., Haddon, L., Gorzig, A., y Ólafsson, K.: *Risks and safety on the internet: the perspective of European children: full findings and policy implications from the EU Kids Online survey of 9-16 year olds and their parents in 25 countries*, EU Kids Online, 2011. Disponible en: http://eprints.lse.ac.uk/33731/.

17 Smahel, D., Machackova, H., Mascheroni, G., Dedkova, L., Staksrud, E., Ólafsson, K., Livingtone, S. y Hasebrink, U.: *EU Kids Online 2020: Survey results from 19 countries*, EU Kids Online, 2020. Disponible en: https://doi.org/10.21953/lse.47fdeqj01ofo.

encuestados entre quince y dieciséis años, el 66% se había comunicado de forma *online* con un desconocido y, de estos, el 44% se reunió personalmente con aquella persona. Asimismo, se determinó que, en España, la utilización de Internet por parte de los NNA, aumentó desde el año 2010 al 2020, de una a tres horas diarias.

En definitiva, es patente que, en los últimos años, ha aumentado la utilización de las TIC por parte de los NNA; que, en ocasiones, estos niños y niñas se contactan de forma *online* con personas desconocidas, y que incluso llegan a concretar encuentros presenciales con estas personas. Situación que, sin lugar a duda, a pesar de la ausencia de informes empíricos precisos, se ha intensificado a raíz de la pandemia provocada por el virus SARS-CoV-2.

2. Bien jurídico protegido.

Desde el iluminismo penal, se ha intentado explicar a los delitos como conductas que afectan bienes jurídicos determinados, es decir, intereses concretos de la vida en comunidad que el Derecho Penal busca proteger. Se sostiene que el bien jurídico (en adelante BJ) es el "bien ideal que se incorpora en el concreto objeto de ataque; y es lesionable sólo dañando los respectivos objetos individuales de la acción"[18].

Respecto del bien jurídico protegido por el delito de *grooming*, encontremos esencialmente dos posturas. Por un lado, quienes consideran que se trata de un delito uniofensivo, que ataca solamente a un bien jurídico, siendo este la indemnidad sexual. Y, por el otro, quienes entienden que es un delito pluriofensivo que ataca, además de la indemnidad sexual, a la seguridad de la infancia. Una u otra postura, por tanto, será relevante, según veremos, a la hora de analizar el concurso de delitos.

Previo a adentrarme en ello, debo señalar que, si bien aún se discute si este delito protege la "libertad sexual" o la "indemnidad sexual", lo cierto es que la doctrina utiliza ambas expresiones de forma indistinta[19].

Al incorporarse este delito en el CP, el Punto XIII de la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, de 22 de junio, al referirse al bien jurídico que se busca proteger, menciona a la indemnidad sexual "(…) como el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin un consentimiento válidamente prestado" como así también a "la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor".

18 Roxin, C.: *Derecho penal, Parte General, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Civitas Ediciones, S.L., Madrid, 2015, p. 63.

19 Górriz Royo, E. M.: ""*On-line child grooming*" desde las perspectivas comparada y criminológica, como premisas de estudio del art. 183 ter) 1.º CP (conforme a la LO 1/2015, 30 de marzo)", en AA.VV.: *Menores y redes sociales* (Dir. por Cuerda Arnau, M.L.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 231.

En el mismo orden de ideas, la mayor parte de la doctrina, entre los que se sitúan Górriz Royo y Villacampa Estiarte, sostiene que el delito de *grooming* es uniofensivo y que el único bien jurídico que busca proteger es la indemnidad sexual.

Desde una perspectiva gramatical, indica la RAE, que "indemnidad" es el "estado o situación de indemne", mientras que "indemne" supone estar "libre o exento de daño". En esta línea de ideas, se entiende a la indemnidad sexual como el derecho de los NNA a no sufrir interferencias en el proceso de formación sexual adecuado para su personalidad. Así, la STS 3 diciembre 2018[20] ha entendido a la indemnidad sexual como la ausencia de daño, al referirse a las consecuencias que el abuso sexual infantil supone para las víctimas, indicando que "(…) aunque no se pueda percibir, los menores víctimas de actos sexuales, físicos, o de maltrato psicológico asumen un proceso de victimización que se extiende a lo largo de su vida (…)".

Sumado a ello, la STS 11 enero 2017[21], ha trazado una relación entre el concepto de indemnidad y el de intangibilidad, al sostener que la indemnidad constituye "una manifestación de la dignidad de la persona y tutelando el derecho al correcto desarrollo de la sexualidad, sin intervenciones forzadas, traumáticas o solapadas en la esfera íntima de los menores que puedan generar huellas indelebles en su psiquismo".

Por el contrario, como adelantaba, una minoría de autores, entre los que se sitúa González Tascón, entiende que el *grooming* es un delito pluriofensivo, que busca proteger un bien jurídico individual, siendo este la indemnidad sexual, y otro colectivo: la seguridad de la infancia en la utilización de las TIC[22]. En el mismo sentido, el autor Dolz Lago considera que el BJ protegido tiene un doble carácter, al no poder escindirse la afectación al menor de la infancia en general[23].

A modo de conclusión, entiendo que, tal como se ha resaltado en la STS 6 febrero 2008[24], con la tipificación de este delito, se busca proteger como BJ a la indemnidad sexual de los menores entendida como "(…) un desarrollo de la personalidad libre, sin injerencias extrañas a sus intereses, un desarrollo psicológico y moral sin traumatismos (…) esto es el derecho del menor a no sufrir interferencias en el proceso de formación adecuada a su personalidad".

20 STS 3 diciembre 2018 (ECLI:ES:TS:2018:4077).

21 STS 11 enero 2017 (ECLI:ES:TS:2017:55).

22 Gonzalez Tascón, M. M: "El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC", *Estudios penales y criminológicos,* vol. XXXI, 2011, p. 242.

23 Dolz Lago, M. J.: "Child grooming y sexting: anglicismos, sexo y menores en el Código Penal tras la reforma del 2015", *Diario La Ley*, núm. 8757, 2016, p. 1.

24 STS 6 febrero 2008 (ECLI:ES:TS:2008:605).

En otro orden de ideas, se discute si el *grooming* constituye un delito de lesión, o de peligro, y en su caso, si este es abstracto o concreto.

Como adelantara, la doctrina mayoritaria sostiene que se trata de un delito de peligro en donde el legislador ha adelantado las barreras de protección penal del BJ indemnidad sexual, permitiendo la intervención penal cuando este corre un riesgo, más no se lesiona, por cuanto esto solo podría ocurrir al perpetrarse una conducta de las previstas en los arts. 183 o 189 CP.

En efecto, la autora Villacampa Estiarte entiende que el *grooming* es un delito de "peligro hipotético" (terminología que la autora asimila al concepto de peligro abstracto), al considerar que mediante su penalización se ha intentado "adelantar las barreras de protección penal a un momento anterior al de la realización -e incluso al inicio de ejecución- de conductas directamente lesivas contra la indemnidad sexual de los menores", quienes aún no tienen la edad requerida para poder autodeterminarse sexualmente[25].

De la misma forma, la autora Górriz Royo opina que se trata de un delito de peligro abstracto porque, al introducir esta última clase de delitos, el legislador utiliza formas más taxativas que no se vislumbran en este caso[26]. Sumado a ello, también adhiere a la teoría de que, tratándose de la penalización de un acto preparatorio, en el que, se adelanta la intervención penal, no podría considerarse que sea de peligro concreto.

En otra línea argumentativa, el Tribunal Supremo se ha inclinado por considerar que se trata de un delito de peligro concreto debido a que una de las exigencias del tipo penal, son los actos materiales tendentes al acercamiento. Así, la STS 24 febrero 2015[27], establece que es "(…) de peligro por cuanto se configura no atendiendo a la lesión efectiva del bien jurídico protegido, sino a un comportamiento peligroso para dicho bien (…) la tesis del peligro concreto parece la acertada".

Sin perjuicio de ello, en mi opinión, habrá determinados casos en donde el delito de *grooming* por sí mismo provocará una lesión efectiva al bien jurídico indemnidad sexual. Esto es así por cuanto, en ocasiones, el autor, a través del proceso mediante el cual busca ganarse la confianza del menor, y prepararlo para la actividad sexual, genera con el NNA un diálogo de contenido explícitamente sexual de tal envergadura, o de tal extensión en el tiempo, que por sí mismo daña

25 Villacampa Estiarte, C.: *El delito,* cit., p. 677.

26 Górriz Royo, E. M.: ""*On-line child grooming*"", cit., p. 234.

27 STS 24 febrero 2015 (ECLI: ES:TS:2015:823).

el desarrollo psicológico y moral de este, y el proceso de formación adecuada a su personalidad.

En función de esta posibilidad, en mi opinión, el delito de *grooming* puede ser considerado como un delito autónomo, que por sí solo, tiene la potencialidad de vulnerar efectivamente el bien jurídico indemnidad sexual. De esta forma, debería ser entendido como un delito peligro concreto (-y por qué no un delito de lesión-), si atendemos a que puede socavar por sí mismo el libre desarrollo psicosexual del menor.

En este sentido concuerdo con que "(…) (aun no siempre) esa relación asimétrica menor-adulto de contenido sexual (cuando el mismo esté presente) facilitada tecnológicamente excede la frontera del mero peligro"[28].

III. ESTRUCTURA TÍPICA DEL DELITO.

1. El tipo objetivo.

A) Conducta típica.

La acción en cuya realización reside el acontecer típico, puede estar estructurada de distintas formas[29]. En síntesis, tendremos por un lado a los delitos de actividad, en donde la mera ejecución de un acto determinado ya constituye el tipo penal. Por el otro, en los delitos de resultado, se requiere necesariamente que la conducta produzca un determinado resultado.

Se considera al delito de *grooming*, de mera actividad, atento a que, el solo constatar la realización de la acción delictiva, es suficiente para considerar que se ha consumado el delito.

Dicho esto, volviendo a la acción en sentido estricto, nos encontramos ante una conducta activa (y no omisiva) que se configurará cuando concurran de forma acumulativa y continuada dos acciones, siendo estas, "contactar" y "proponer".

La doctrina mayoritaria, entre la que debe destacarse a Ferrandis Ciprián, señala que es un delito de los que se denominan de tipo mixto acumulativo[30]. Así, Górriz Royo considera que el tipo se constituye "a partir de la conjunción de varias acciones típicas -y no de una única-, toda vez que han de verificarse por

28 de la Mata Barranco, N. J.: "El contacto tecnológico con menores del art. 183 ter 1 CP como delito de lesión contra su correcto proceso de formación y desarrollo personal sexual", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* núm. 19, 2017, p. 19.

29 Stratenweth G.: *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, p. 144.

30 Ferrandis Ciprián, D.: "El delito", cit., pp. 185-201.

añadidura"[31]. En primer lugar, el sujeto activo contactará al menor y, de forma continua, le propondrá concertar un encuentro.

A juicio de la citada autora, el tipo exigiría una tercera acción, accesoria de la segunda (proponer), por cuanto puede ser posterior o simultánea a esta, que son los actos materiales encaminados al acercamiento que debe llevar a cabo el sujeto activo, posición que parece ser acertada por cuanto el articulado utiliza la expresión "se acompañe de (…)".

En la misma línea de ideas, la STS 24 febrero 2015[32], se ha sostenido que es "(…) un tipo mixto acumulado que exige una pluralidad de actos. Por una parte, se requiere un contacto con un menor de 13 años, por otra proponer un encuentro, y, por último, la realización de actos materiales encaminados al acercamiento" (léase con un menor de dieciséis años, según la LO 1/2015, de 30 de marzo).

De acuerdo con el articulado, la primera de las acciones típicas (contactar) debe llevarse a cabo, a través de cualquier TIC, constituyéndose de esta forma un medio comisivo.

Dentro de los que se denomina TIC, encontraremos redes, terminales y servicios. Esto significa, que se incluirán dentro de esta categoría, entre otros, las redes de telefonía móvil, las aplicaciones de mensajería instantánea como lo son WhatsApp, Telegram y Signal, los ordenadores, los sitios de intercambio de archivos, y, las redes sociales como Facebook e Instagram, entre otros[33].

Desde una perspectiva gramatical, de acuerdo con la RAE, "contactar", significa "entrar en contacto o comunicación con alguien". El "contacto" es, según esta Academia, "la relación o trato que se establece entre dos personas", y la "comunicación" es "el hacer a otro partícipe, manifestarle, hacerle saber algo o conversar de palabra o por escrito". En definitiva, el tipo requiere que, de forma previa a la acción "proponer", el SA se comunique con el menor.

Aquí nos enfrentamos al primer problema interpretativo: *¿Esta comunicación debe ser sinalagmática? ¿Exige el tipo penal una respuesta por parte del menor?*

Villacampa Estiarte considera que el contacto precisa una respuesta por parte del menor, por lo que, el mero envío de un mensaje, no configuraría el tipo penal[34].

31 Górriz Royo, E. M.: "*On-line child grooming*", cit., p. 238.

32 STS 24 febrero 2015 (ECLI: ES:TS:2015:823).

33 Miró Llinares, F.: *El cibercrimen,* cit., p. 24.

34 Villacampa Estiarte, C.: *El delito,* cit., p. 162

En la misma línea de ideas, Górriz Royo[35], quien, como ya apuntábamos *ut supra*, concibe este delito como un proceso, en el que el contacto es la primera fase de la conducta típica, utilizado por el SA para ganarse la confianza del menor, considera que este, necesariamente, requiere una respuesta por parte del mismo. Además, agrega, que el contacto debe ser repetido en el tiempo, aunque reconoce que no es posible efectuar una regla acerca de la cantidad de contactos que serán necesarios.

Seguidamente aflora la siguiente cuestión: *¿Qué sucede si el primer contacto lo efectúa el menor?*

En distintas sentencias el Tribunal Supremo ha aclarado que el tipo penal no exige que sea el SA quien inicie este contacto, cuando de la conversación se infiera que se presentan las características propias del delito de *grooming*. Así, la STS 27 marzo 2017[36], consideró perpetrado el delito de *grooming*, a pesar de haber sido la menor quien efectuó el primer contacto con el sujeto activo, en función de que el autor "(…) lo orientó hacia las relaciones sexuales haciéndole preguntas como si quería ser su novia, si era virgen, si sabía besar bien, si le podía enviar alguna foto en ropa interior (…)".

En tercer lugar, resulta también una cuestión relevante el hecho de si se configura la acción típica cuando el "contacto" ocurre en el mundo físico. Cuestión que igualmente ha sido resuelta en la STS 24 febrero 2015[37], en donde se afirmó que es una exigencia típica que el contacto sea por medios tecnológicos. No obstante, aclaró el TS que sí sería aplicable el tipo penal a quien "tras unos contactos iniciales personales prosigue la captación del menor por medios tecnológicos (…)". Y en idéntico sentido se posiciona Pérez Ferrer[38] quien entiende que, a raíz de un contacto en el mundo físico, puede originarse uno virtual, lo que no obstaría a que se configure el tipo penal, siendo que el legislador no ha estipulado como exigencia que el virtual sea el primero.

Asimismo, Núñez Fernández, sostiene que el delito implica la penalización de aquellos casos en los que el primer contacto "no ha sido virtual, sino que ha sucedido en el espacio físico en cuyo caso tal contacto sería atípico, pero si a dicho contacto inicial le ha seguido un contacto virtual, éste ya entraría en el plano de la tipicidad"[39].

35 Górriz Royo, E. M.: "*On-line child grooming*", cit., p. 241.

36 STS 27 marzo 2017 (ECLI:ES:TS:2017:1071).

37 STS 24 febrero 2015 (ECLI: ES:TS:2015:823).

38 Pérez Ferrer, F.: "El nuevo delito de ciberacoso o child grooming en el Código Penal español (artículo 183 bis)", *Diario La Ley,* núm. 7915, 2012.

39 Núñez Fernández, J.: "Presente y futuro del mal llamado delito de ciberacoso a menores: análisis del artículo 183 bis CP y de las versiones del Anteproyecto de Reforma de Código penal de 2012 y 2013", *Anuario de derecho penal y ciencias penales,* tomo 65, 2012, p. 193.

Dicho esto, es posible sostener que, de la forma que está redactado el tipo penal actualmente, no configurará el delito de *online child grooming* la conducta de quien contacte a un menor, en el mundo físico, sin utilizar para ello, al menos posteriormente, las TIC.

Y aquí encontraremos una de las objeciones que puede hacerse a este tipo penal, por cuanto, queda en evidencia que, en pos del temor (en gran parte fundado) que ha provocado la irrupción de la era digital, se han dejado impunes a todos aquellos casos en los que el SA contacta y prepara a su víctima para un posterior acto sexual, en el mundo físico, pudiendo resultar esta acción incluso más efectiva que la que se lleva a cabo de forma *online*.

Y aquí es donde precisamente resulta claro que el *nomen iuris* más adecuado para el delito tipificado en el art. 183 ter 1.º CP es *online child grooming* por cuanto, el *grooming* en el mundo físico no se encuentra penalizado en el catálogo penal.

El fundamento de esta decisión político-criminal radica en las particulares ventajas que las TIC traen aparejadas. El poder mantenerse oculto, bajo el velo del anonimato, como así también la posibilidad de cometer la conducta de forma transnacional, dificulta enormemente la labor de los investigadores a la hora de identificar e individualizar al *groomer*.

En cuanto a la segunda acción típica, se exige que, además de contactar al menor, el sujeto activo, le proponga concertar un encuentro. En relación con el verbo "proponer", debemos significar que, en términos gramaticales, entre las diferentes acepciones que contiene la RAE, la que más se asemeja a este verbo es "hacer una propuesta" siendo "propuesta" una "proposición o idea que se manifiesta y ofrece a alguien para un fin".

En primer lugar, se discute cuáles son las características que debe reunir esta propuesta. Por un lado, hay autores, como Ferrandis Ciprián, que consideran que ésta deberá incluir el lugar y la hora en que se llevaría a cabo el encuentro[40]. Por el contrario, Dolz Lago[41] y González[42] opinan que es irrelevante si las partes efectivamente llegan a un acuerdo acerca del momento y del lugar de ese encuentro.

Por otro lado, también existen discrepancias a la hora de responder a esta cuestión: ¿Se configura el tipo penal cuando el sujeto activo propone concertar un encuentro en un entorno virtual?; y cuya respuesta divide a la doctrina.

40 Ferrandis Ciprián, D.: "El delito", cit., pp. 185-201.

41 Dolz Lago, M. J.: "Child grooming", cit.

42 Gonzalez Tascon, M.M: "El nuevo delito", cit., p. 246.

Algunos autores, tales como González[43], consideran que el delito se configura de todas formas. Más precisamente, Núñez Fernández señala que "el encuentro proyectado no tiene porqué tener lugar necesariamente en el espacio físico (…)" y brinda para ello como ejemplo un supuesto en el que el SA contacta a su víctima a través de un chat colectivo y luego le propone "(…) un encuentro privado vía webcam a través del cual el sujeto activo pretende obligar o convencer al menor para que se masturbe mientras él le observa"[44].

Desde mi punto de vista, efectivamente, el encuentro, puede darse en un espacio virtual. En primer lugar, esto es así porque, partiendo de la literalidad del tipo, este no exige que el encuentro se efectúe en el mundo físico. Sumado a ello, la STS 12 abril 2016[45], ha considerado que puede cometerse el delito de agresión o abuso sexual sin necesidad de que medie contacto físico. Así, leemos en la citada sentencia que "la indemnidad sexual del menor de edad puede producirse sin esa contigüidad física que, hasta hace pocos años, era presupuesto indispensable para la tipicidad de conductas de agresiones o abusos sexuales a menores", y que las nuevas tecnologías han incorporado "(…) inéditos modelos de interrelación en los que la distancia geográfica deja paso a una cercanía virtual en la que la afectación del bien jurídico, no es que sea posible, sino que puede llegar a desarrollarse con un realismo hasta ahora inimaginable".

De esta forma, siendo que el propósito que exige el tipo penal ("a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189"), podría llevarse a cabo en un espacio virtual, el encuentro, sin lugar a duda, también podría ser telemático.

Por último, en relación con la acción "proponer", se cuestiona si el menor debe aceptar la propuesta cursada por el sujeto activo.

La doctrina mayoritaria considera que no es necesaria la aceptación por parte del menor, por no requerirlo el tipo penal, mientras que otros autores defienden que sí debe serlo. Lo cierto es que esta última postura es contraria al tenor literal del tipo penal siendo que el verbo "proponer" no presupone una aceptación. Más aún cuando el término ha sido utilizado en razón del verbo "*solicitation*", empleado en el Convenio del Consejo de Europa del año 2007, que en español significa "solicitud", y que no implica una aceptación.

En otro orden de ideas, como apuntaba más arriba, una acción accesoria a esta segunda acción delictiva (proponer), serán los actos materiales encaminados

43 Gonzalez Tascón, M.M: "El nuevo delito", cit., p. 247.

44 Núñez Fernández, J.: "Presente y futuro", cit., p. 194.

45 STS 12 abril 2016 (ECLI:ES:TS:2016:1487).

al acercamiento que exige el tipo penal. Nuevamente, nos encontramos ante una expresión imprecisa de la que afloran incógnitas como: ¿Qué actos se pueden considerar como encaminados al acercamiento? ¿Cuántos actos serán necesarios?

Siendo que esta acción se relaciona directamente con la acción "proponer concertar un encuentro", es claro que deberá tratarse de un hacer activo, que este dirigido al encuentro con la víctima, el que, como mencionaba, considero que podrá ser virtual o presencial.

Así, de acuerdo con Mendoza Calderón, podrán constituir actos tendentes al acercamiento, el seleccionar el lugar para llevar a cabo el encuentro, comprar un pasaje con destino al sitio en que se encuentra el menor o enviarle a este un pasaje para que se traslade al sitio donde se encuentra el SA[46]. En definitiva, lo que ha buscado el legislador es que la propuesta cursada por el sujeto activo sea seria y concreta.

Por último, he de señalar que, sin perjuicio de estas dos acciones principales (contactar y proponer), doctrinalmente se llega al consenso de que el delito de *grooming* es realmente un proceso compuesto por distintas fases.

Villacampa Estiarte[47] hace referencia al proceso que el autor O´Connell describió a partir de un estudio realizado en salas de chat durante cinco años, en el que distingue cinco fases, con la salvedad de que, para la autora, habrá una fase anterior a la que veremos a continuación, en la que el sujeto activo selecciona a su víctima, en la mayoría de los casos, desde el anonimato o haciéndose pasar por otra persona.

Seleccionada la víctima, comenzaría la "fase de establecimiento de la amistad", que puede relacionarse con la acción "*contactar*", en la que el SA conoce al menor. Esta fase será sucedida por la "fase de conformación de la relación", en la cual, el SA buscará conversar sobre la vida del menor, con el objetivo de crear una sensación de amistad, y ganarse su confianza.

A continuación, se configuraría la "fase de valoración del riesgo", en la que el sujeto activo evalúa el grado de peligro al que se enfrenta, y las posibilidades de éxito que lo acompañan, para así arribar a la "fase de exclusividad", en donde buscará que el menor revele sus secretos, convirtiendo la conversación en algo privado, íntimo y emocional.

En quinto y último lugar el autor da inicio a la "fase sexual" en donde busca conseguir un intercambio de material explícitamente sexual, que puede dar lugar

46 Mendoza Calderón, S.: *El Derecho*, cit., p. 12.

47 Villacampa Estiarte, C.: *El delito,* cit., p. 23.

a la configuración de otras figuras delictivas como lo son las reguladas en los arts. 183 y 189 CP.

B) Sujeto activo.

Será sujeto activo de un delito aquella persona que realice materialmente la conducta descrita en el tipo penal. En este caso, siendo que el art. 183 ter 1.º CP, comienza refiriendo "El que (…)", el SA no reviste ninguna cualidad o condición especial, y, por tanto, estamos ante un delito de sujeto activo indiferenciado. Este delito podrá ser cometido por cualquier persona adulta, inclusive los menores que superen los catorce años, por mor de la LO 5/2000, de 12 de enero, que regula la responsabilidad penal de los menores.

Se ha extendido en la doctrina la noción de que el SA del *grooming* es personificado por quienes se suelen denominar "depredadores sexuales"; expresión importada de la doctrina estadounidense que utiliza los términos "*sexual predator*" o "*stranger danger*".

Ahora bien, la expresión "depredador sexual" parece asociarse con facilidad con la noción de extraño o desconocido, por lo que considero que debería evitarse.

Esto es así porque distintas investigaciones empíricas han demostrado que este estereotipo es por demás estricto, siendo que, una gran proporción de los abusadores sexuales, no son personas extrañas o desconocidas para la víctima. Tal es así, que en un estudio en el que se encuestaron 489 menores entre catorce y dieciocho años, de Cataluña, se pudo determinar que más de un 95% de los casos de OCG afectaron a víctimas que conocían al sujeto activo[48].

Atento a ello, será importante no limitar ni restringir la caracterización del sujeto activo a los depredadores sexuales, siendo que este delito puede ser cometido por personas pertenecientes al propio ámbito familiar, como personal, de la víctima.

Por otra parte, el hecho de que menores, entre catorce y dieciocho años, puedan ser sujetos activos de este comportamiento, ha suscitado críticas por parte de la doctrina. Esto es así, en tanto, pareciera no ser coherente con el hecho de que la conducta típica se ha incorporado con el objeto de proteger a los NNA, y no obstante ello, los propios menores pueden ser criminalizados por esta conducta.

48 Villacampa Estiarte, C., Gómez Adillón, M. J. "Nuevas tecnologías y victimización sexual de menores por online grooming", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* núm. 18, 2016, p. 5.

Sin ir más lejos, la SJM Ourense 13 mayo 2013[49], ha condenado a un menor de diecisiete años, como autor del delito de abuso sexual tipificado en el art. 183 bis CP, en perjuicio de una niña de doce años.

Con ánimo crítico, ha destacado la doctrina, que tanto el Convenio de Lanzarote, en su art. 23, como la Directiva 2011/93/UE, en su art. 6.º, exigen que se penalice únicamente a las personas adultas que lleven a cabo esta conducta.

Sin perjuicio de lo expuesto, de forma posterior a la sentencia reseñada, la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, introdujo el art. 183 quater al Código Penal, en el que se contempló una cláusula que excluye la responsabilidad penal del sujeto activo cuando este sea una persona próxima al menor tanto por edad, como por grado de desarrollo o madurez, y cuando la víctima haya consentido libremente la realización de la conducta.

Si bien este artículo es de aplicación obligatoria, lo cierto es que los términos "proximidad" y "grado", escogidos por el legislador penal, revisten cierta vaguedad, por lo que su aplicación quedará al arbitrio de la función nomofiláctica del TS. De esta forma, si bien se ha intentado evitar penalizar a los menores que lleven a cabo este tipo de comportamientos de forma consentida, lo cierto es que la previsión podría redactarse de forma más precisa.

Ramos Vázquez, quien utiliza la expresión "cláusula de Romeo y Julieta" a la hora de denominar a la previsión penal del art. 183 quater CP, de la misma forma que lo hace la doctrina estadounidense (en función de las palabras que enuncia Capuleto, en la obra de Shakespeare), considera que, cuando ocurra esta circunstancia, la conducta será atípica[50].

En conclusión, tal y como están redactados actualmente el tipo penal y la cláusula reseñada, sin perjuicio de que puedan ser sujetos activos de este delito las personas mayores de catorce años, habrá determinados casos en los que operará la eximente de responsabilidad penal prevista para aquellos supuestos en los que los involucrados sean próximos en edad, y grado de desarrollo o madurez, y haya mediado consentimiento libre por parte de la víctima.

Retomando la crítica que se efectúa con relación a la aparente incoherencia en la que se incurre en el CP al disponer que los menores puedan ser penalizados por esta conducta, considero que, a pesar de ser cierto que el legislador ha incluido este delito con ánimo de proteger específicamente a los NNA, ello no obsta a que también pueda ser un menor quien cometa esta conducta delictiva. En efecto,

49 Sentencia del Juzgado de Menores de Ourense, 13 mayo 2013 (ECLI:ES:JMEOU:2013:43).

50 Ramos Vázquez, J.A.: "La cláusula Romeo y Julieta (art. 183 quater del Código Penal) cinco años después: perspectivas teóricas y praxis jurisprudencial", *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XLI, 2021, pp. 307-360.

no tiene asidero sostener que, en razón de la intención primaria del legislador, deberían quedar impunes los casos de *grooming*, en donde el SA ha sido un menor, mayor de catorce años, por el solo hecho de ser menor. Justamente, la intención legislativa es proteger el BJ "*indemnidad sexual*", lo que de ninguna manera debería otorgar una protección a ciegas a los menores que ejecuten esta conducta en contra de sus propios pares. Menos aún en casos, como el de la SJM Ourense, 13 mayo 2013, ya mencionada, en donde la víctima tenía doce años y el autor, diecisiete.

C) Sujeto pasivo.

Será sujeto pasivo de un delito el titular del bien jurídico que se busca proteger. En este delito, podrán serlo, como titulares del BJ indemnidad sexual, los niños, niñas y adolescentes, menores de dieciséis años.

Aquí es importante resaltar que, al momento de incluirse este delito por primera vez en el catálogo penal, mediante la LO 5/2010, de 22 de junio, se instauraron como sujetos pasivos del mismo, únicamente, a los menores de trece años.

Sin embargo, colocar en trece años la edad del consentimiento sexual, aparentaba estar muy por debajo del promedio de edad fijado a nivel europeo. Así, el Comité de la ONU sobre Derechos del Niño, aconsejó una reforma del Código Penal español con el objeto de elevar la edad del consentimiento sexual, de conformidad con la Convención sobre los Derechos del Niño, y así mejorar la protección de los menores.

En la misma línea, se ha señalado, que aquella elección efectuada por el legislador, no se correspondía con la realidad, en donde distintas investigaciones ya habían demostrado que gran parte de las víctimas son menores de edad, pero mayores de trece años[51].

Como resultado de estas críticas, la reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo, elevó la edad del SP, incluyendo, como posibles víctimas, a los menores de dieciséis años.

En último lugar, una de las críticas que se efectúa a este tipo penal, es el hecho de que no se prevé como posibles sujetos pasivos a las personas que, si bien son mayores de edad, son especialmente vulnerables por razón de una enfermedad o discapacidad, como ocurre en otras figuras delictivas.

51 Villacampa Estiarte, C.: *El delito,* cit., p. 161.

2. El tipo subjetivo.

A) El dolo.

Afirma Roxin que "el dolo suele definirse como el "saber y querer (conocimiento y voluntad)" de todas las circunstancias del tipo penal"[52]. En síntesis, el SA debe tener conocimiento acerca del acontecer descripto en el tipo objetivo, y representarse cada uno de los elementos que lo conforman, en el momento en que lleva a cabo la conducta delictiva. En este sentido, indica Frister que "el ilícito de un delito doloso se caracteriza por la decisión consciente del autor a favor del acontecer descripto en el tipo objetivo y requiere (…) el conocimiento de ese acontecer"[53].

El tipo delictivo aquí estudiado es de dolo directo, por cuanto el autor debe conocer y representarse cada uno de los elementos típicos que conforman el tipo objetivo del delito, como así también, tener la voluntad de llevar a cabo la conducta delictiva. En efecto, tanto el Convenio de Lanzarote como la Directiva 2011/93/UE, instan a los Estados a incriminar el delito doloso de *grooming*.

En los casos en que el autor no tenga conocimiento de que mediante su accionar se configuran los elementos típicos del delito de *grooming*, o en los que no tenga la voluntad de llevarlo a cabo, no se perfeccionará el tipo subjetivo del delito.

Así, doctrinalmente, se ha establecido que se configura un "error de tipo", en los casos en donde el autor no se ha representado, o se representa equivocadamente, alguno de los elementos del tipo penal.

Sin perjuicio de que el error de tipo puede ser analizado tanto desde el plano de la tipicidad como desde el plano de la culpabilidad, quiero adelantar que puede ser vencible o invencible, en función de si el autor hubiera tenido o no la posibilidad de evitar el error informándose adecuadamente acerca de las circunstancias que conforman el hecho.

Considera Núñez Fernández, que, en el delito de *grooming*, se configurará un error de tipo, en los casos en que se constate que el sujeto activo no tenía conocimiento de que el sujeto pasivo era una persona menor de dieciséis años, entendiendo que en estos casos el delito quedaría impune[54].

Ahora bien, existe controversia con relación a los casos en que este error de tipo es vencible. Imaginemos un caso en el que el autor podría haberse dado

52 Roxin, C.: *Derecho penal, cit.*, p. 415.

53 Frister H. *Derecho penal. Parte general*, Hammurabi, Buenos Aires, 2011, p. 219.

54 Núñez Fernández, J.: "Presente y futuro", cit., p. 207.

cuenta con facilidad que la persona que ha contactado es una niña menor de dieciséis, a saber, porque esta le envía una fotografía en la cual se puede observar que es muy pequeña.

Parte de la doctrina, considera que, sin perjuicio de configurarse un error vencible, no podría atribuirse delito alguno al autor, por cuanto se debería castigar la conducta según la configuración imprudente del delito y el Código Penal español no prevé esta posibilidad para el delito de *grooming*[55]. De esta forma, considera que cualquier error de tipo, aún uno vencible, llevaría a la impunidad del sujeto activo de acuerdo con el art. 12 CP que reza "las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley", y el art. 14. 1.º CP, que establece que "(…) si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente".

En este sentido, la SAP Valencia 24 octubre 2013[56], absolvió al acusado, de veintidós años, por el delito previsto en el antiguo art. 183 bis CP, argumentando que este desconocía que su víctima tenía trece años. En efecto, indicó que esto se debió a que la víctima, al registrarse en la red social Tuenti, consignó una fecha de nacimiento falsa, según la cual se infería que tenía catorce años, omitiendo a su vez confesarle al SA su edad verdadera. No obstante, debo aclarar que, en la actualidad, en virtud de la reforma efectuada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, se castigaría de igual manera esta conducta por cuanto se han incluido como sujetos pasivos de *grooming* a los menores de dieciséis.

Sin perjuicio de la sentencia recién mencionada, se ha establecido que desconocer la edad "(…) como argumento cognoscitivo de defensa, ha de ser probado por quien alega tal exculpación e irresponsabilidad, sobre la base de que se trata de una circunstancia excepcional que ha de quedar acreditada como el hecho enjuiciado"[57]. Así, se indicó que en el caso estudiado no se configuraba un error de tipo por cuanto, en relación con la víctima, "Su aspecto y desarrollo físico, el modo de vestir o el entorno en que se hace las fotografías no dejan lugar a dudas de que se está ante una menor que no alcanza los 16 años".

Prosiguiendo con los errores que pueden presentarse respecto del tipo subjetivo, el error al revés se configura cuando el SA cree que realiza todos los elementos del tipo objetivo, pero en realidad no es así. De esta forma, si el SA cree que ha contactado y le ha propuesto un encuentro con fines sexuales a un

55 Villacampa Estiarte, C.: *El delito,* cit., pp. 171-172.

56 SAP Valencia, 24 octubre 2013 (ECLI:ES:APV:2013:4723).

57 STS 24 noviembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4403).

menor de dieciséis años, pero en verdad se trata de una persona mayor a esa edad, no se configura el tipo objetivo del delito.

Estos casos suelen ocurrir cuando padres, tutores, u otras personas mayores de dieciséis años, descubren que un NNA es víctima de este delito y continúan la conversación iniciada por este con el SA a los fines de recabar más pruebas e información sobre su autoría. Se ha sostenido que, atento a que el CP no prevé una pena para el *groomer* en estos casos, podría considerarse como un caso de tentativa inidónea[58].

B) Especiales elementos subjetivos del tipo.

Los especiales elementos subjetivos del tipo penal se configuran cuando este requiere, además del dolo, que el SA haya perseguido una finalidad ulterior específica. En palabras de Quintero Olivares "(…) determinadas conductas solamente adquieren su pleno sentido a partir de la intención que anima al autor del hecho, el propósito con el que obra" por lo que se "(…) incorpora la expresión de una finalidad perseguida por el autor, que no es un resultado ni tampoco es preciso que el autor llegue a alcanzarla"[59].

En el *grooming* esta finalidad ulterior radica en que el autor debe contactar y proponer un encuentro al NNA, con el fin y la voluntad de cometer cualquiera de los delitos previstos en los arts. 183 CP (abuso o agresión sexual contra menores de dieciséis años) o 189 CP (utilización de menores con fines exhibicionistas o pornográficos).

Determinados autores, opinan que, el *grooming* es "un delito mutilado en dos actos"[60], debido a que el tipo objetivo requiere una sola conducta y el tipo subjetivo la voluntad de realizar otras a continuación, también delictivas.

Con relación a la remisión que se efectúa al art. 189 CP, la doctrina ha sido conteste en criticar el hecho de que en este artículo se castigan una diversidad de conductas, que exceden la producción de la pornografía infantil, y que difícilmente puedan ser vinculadas con el OCG.

3. Antijuricidad.

Si el hecho es típico, será necesario determinar, de acuerdo con la teoría del delito, si es antijurídico. A grandes rasgos, una conducta es materialmente antijurídica cuando pone en peligro o lesiona un bien jurídico protegido, y, por

58 Górriz Royo, E. M.: ""*On-line child grooming*"", cit., p. 247.

59 Quintero Olivares, G.: *Parte General del Derecho Penal,* Aranzandi S.A.U, Navarra, 2015, p. RB-4.8.

60 Núñez Fernández, J.: "Presente y futuro", cit., p. 195.

ende, no resulta ser conforme a Derecho. Por el otro lado, será formalmente antijurídica cuando no este justificada por la concurrencia de una eximente de responsabilidad como es la legítima defensa (art. 20. 4.º CP), el estado de necesidad (art. 20. 5.º CP) o la exclusión de responsabilidad criminal como consecuencia del cumplimiento de un deber o el ejercicio legítimo del derecho, oficio o cargo (art. 20. 7.º CP).

En particular, en el delito de *grooming,* será relevante como eximente de la responsabilidad penal, la previsión que incorpora el art. 183 quater CP, que hace referencia a la proximidad entre el SA y el SP por edad, como por grado de desarrollo o madurez, que ha sido analizado previamente al estudiar quiénes pueden ser sujetos activos de esta conducta.

Por otra parte, en el plano de la antijuricidad, puede configurarse un error de prohibición, de conformidad con el art. 14. 3.º CP, cuando el sujeto activo, a pesar de tener pleno conocimiento de la conducta que lleva a cabo, considera que la misma es conforme a Derecho, ya sea porque no conoce la norma que ha trasgredido, o porque supone que se encuentra amparado por una causa de justificación. En el delito estudiado, este error podría darse, por ejemplo, si el autor es proveniente de un país en donde esta conducta no está incriminada penalmente, por lo que no conoce que la misma es contraria a Derecho en el territorio español, lo que se castigará en función del art. 14. 3.º CP reduciendo la pena a aplicar en uno o dos grados.

4. Culpabilidad.

Una vez que hemos determinado que la conducta es típica y antijurídica, tendremos que determinar la culpabilidad del autor. Para ello, será necesario analizar, si existe alguna causa de exclusión de la culpabilidad o una causal de ausencia de la imputabilidad.

Una causa de exclusión de la culpabilidad es el error de tipo, previsto en el art. 14. 1.º CP. Como he mencionado, este se configura cuando el autor desconoce la existencia o concurrencia de alguno de los elementos de la infracción penal, verbigracia, cuando el SA cree que está interactuando con una persona mayor de dieciséis años, cuando en verdad es un NNA menor a esa edad. Hemos visto en el acápite del dolo que, si el error de tipo era invencible, la conducta no es punible y, si lo era, solamente se podría castigar el delito a título de imprudencia, lo que no está previsto en el Código Penal español.

Así, mientras no se verifique la concurrencia de una causa de exclusión de la culpabilidad, o de ausencia de la imputabilidad, la conducta será típica, antijurídica y culpable.

5. Punibilidad.

Si la conducta es reputada como típica, antijurídica y culpable, bastará con determinar si es punible, para así sancionar al autor con la pena estipulada en el Código Penal.

Sin ánimos de desarrollar en profundidad la teoría de la punibilidad, debo señalar que determinados delitos no serán punibles por concurrir una excusa absolutoria, mientras que otros requerirán el previo cumplimiento de unos presupuestos, determinados legalmente, para que el hecho sea punible, los que se denominan condiciones objetivas de punibilidad.

De todas maneras, atento a que no existen excusas absolutorias en relación con el art. 183 ter 1.º CP, y a que este delito no exige condiciones objetivas de punibilidad, cuando una conducta comprenda todos los elementos típicos del *grooming*, y sea antijurídica y culpable, también será punible. Como consecuencia de ello, se impondrá al autor la pena de prisión de uno a tres años o, alternativamente, de multa de doce a veinticuatro meses. En este sentido, considero que no ha sido acertado el haber previsto una pena alternativa de multa, en atención a la gravedad que reviste esta conducta y al BJ tutelado.

Para finalizar este acápite, he de mencionar que, de acuerdo con el art. 183 ter 1.º CP, las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño. Si bien Villacampa Estiarte entiende que "el tipo agravado debería desaparecer, considerando implícito el requerimiento de tal medio comisivo en el tipo básico"[61], en mi opinión, la incorporación de esta previsión ha sido acertada.

En determinados casos, el SA emplea medios comisivos, los que no tienen por qué ser un requisito del tipo penal básico, y que merecen un reproche penal mayor. Esto ocurre, a modo ejemplificativo, cuando el SA crea y utiliza un perfil falso en una red social, fingiendo ser otra persona, para ganarse la confianza de su víctima, quien erróneamente cree que está conversando con una persona de su mismo sexo y/o edad.

6. Concurso con otros delitos.

El art. 183 ter 1.º CP establece que las penas previstas en este delito serán impuestas "(...) sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos", de la misma forma que lo hacía el antiguo art. 183 bis CP.

61 Villacampa Estiarte, C.: *El delito,* cit., p. 170.

Esta cláusula ha sido criticada por la doctrina y ha generado opiniones dispares. La controversia radica a propósito de cuál sería la calificación legal que debería aplicarse en aquellos casos en donde el SA lleva a cabo la conducta de OCG y, asimismo, comete alguno de los delitos previstos en los arts. 183 o 189 CP, en perjuicio del SP.

A grandes rasgos, en cuanto a la interpretación y aplicación de esta cláusula, encontraremos dos posturas opuestas.

Por un lado, la doctrina mayoritaria considera que, a pesar de su existencia, a la hora de efectuar la calificación legal de una conducta en la que se haya llevado a cabo el delito de OCG, como así también, uno de los delitos de los arts. 183 o 189 CP, habrá que respetar la teoría general del concurso de delitos, regulada en el art. 8 CP, y, por ende, apreciar que se presenta un concurso aparente de normas.

Por lo contrario, una minoría de autores considera que, en el supuesto mencionado, debe respetarse el tenor literal de la cláusula, y, apreciarse un concurso de delitos, de acuerdo con lo normado en los arts. 73 a 77 CP.

Esta distinción es sustancial por cuanto la regla concursal que se aplique, determinará la pena a imponer, siendo más beneficiosa la solución que brinda el concurso de normas.

Ahora bien, entre los autores que adscriben al concurso de normas, encontraremos matices. Así, Gallego Soler considera que debería aplicarse el principio de especialidad del art. 8. 1.º CP según el cual "El precepto especial se aplicará con preferencia al general". Este principio, que deriva del aforismo romano "*lex specialis derogat legem generale*", busca otorgar preeminencia a las normas especiales, que recojan una mayor cantidad de elementos típicos del hecho, por sobre las normas generales. Quienes escogen aplicarlo en el supuesto aquí estudiado, consideran que los arts. 183 y 189 CP, son normas especiales, que recogen más elementos típicos del hecho, respecto del art. 183 ter 1.º CP.

Por su parte, Villacampa Estiarte considera que se trataría de un concurso aparente de normas en función del principio de subsidiaridad, incorporado por el art. 8. 2.º CP, que dispone que "El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible". Para esta autora, cuando el *grooming* supere "(…) el umbral de la preparación delictiva para entrar ya en la fase ejecutiva del correspondiente tipo delictivo, habría que calificar los hechos preferentemente conforme al correspondiente delito fin, como dispone el principio de subsidiariedad tácita"[62].

62 Villacampa Estiarte, C.: *El delito,* cit., p. 166.

En este sentido, indica que, a su juicio, el delito de *grooming* no ha sido legislado para ser aplicado cuando concurre con otro delito posterior, cuya calificación es más grave, y protege al mismo bien jurídico, como sucede con los arts. 183 y 189 CP.

En otro orden de ideas, hay autores que consideran que debería aplicarse el principio de consunción propia del art. 8.3.º CP que prevé que "El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquel". Principio este que explica Quintero Olivares sosteniendo que si un mismo autor lleva a cabo "(…) sucesivamente varias acciones, que serían por sí mismas punibles, pueden ser absorbidas, considerando su contenido de antijuricidad por un acto anterior o posterior, sólo habrá que castigar al autor por aquella acción que haya absorbido la totalidad del contenido injusto"[63]. Esto implicaría que un delito puede absorber a otros que haya cometido el mismo autor, cuando este no podría haber ocurrido sin la existencia de aquellos.

En este sentido, Górriz Royo considera que si, tras perpetrarse el delito de OCG, se consumara uno de los delitos previstos en los arts. 183 o 189 CP, se produciría una "progresión delictiva, de suerte que aquellos otros delitos más graves absorberían el desvalor propio del on-line child grooming"[64]. Así, los delitos de abuso, agresión sexual, prostitución, explotación sexual y corrupción de menores, son para esta autora un suceso posterior y más grave que el *grooming*, que por ello absorben la totalidad del desvalor jurídico de este último.

Por último, en lo que al concurso aparente de normas refiere, encontraremos una cuarta posición, en la que se sitúa Gómez, quien considera que en el supuesto estudiado debería aplicarse el principio de alternatividad[65] previsto en el art. 8. 4.º CP, según el cual, se aplicarían únicamente las penas previstas en los arts. 183 y 189 CP por ser estas más gravosas que las del art. 183 ter 1.º.

En otro orden de cosas, he mencionado, que una postura minoritaria afirma que ante un caso de OCG seguido de un delito de los previstos en los arts. 183 o 189 CP, debería aplicarse el concurso real de delitos en función de la literalidad de la cláusula "(…) sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos", escogida por el legislador.

Por un lado, los autores que consideran que el OCG es un delito pluriofensivo, argumentan la elección del concurso real de delitos en este supuesto, sosteniendo que, en caso de perpetrarse alguno de los delitos-fin previstos, se ofenden bienes

63 Quintero Olivares, G.: *Parte General,* cit., p. RB 16-3.

64 Górriz Royo, E. M.: ""*On-line child grooming*"", cit., p. 258.

65 Villacampa Estiarte, C.: *El delito,* cit., p. 167.

jurídicos diferentes. Así, González Tascón, opina que la cláusula busca asegurar la autonomía punitiva del delito, cuyo objeto es proteger la seguridad de la infancia en el uso de las TIC[66].

Por su parte, el autor Ferrandis Ciprián fundamenta esta posición, en virtud de la literalidad de la cláusula, entendiendo que la frase "(...) sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos" debería interpretarse como "(...) además de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos"[67].

Independientemente del fundamento que se escoja para emplear esta solución, se aplicaría el art. 73 CP, en virtud del cual, se impondrían al SA todas las penas correspondientes a los delitos cometidos, para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible. Esto significa que se aplicaría la pena prevista en el OCG, como así también, la prevista para el delito-fin.

Ahora bien, en lo que a la jurisprudencia respecta, he advertido sentencias en donde el tribunal juzgador consideró, tal como lo hace la doctrina mayoritaria, que debe aplicarse el concurso aparente de normas. Así, la STS 10 diciembre 2015[68], ha esbozado que "Los abusos o agresión sexual consecuencia del acercamiento y aproximación obtenidos por los medios tipificados en el art. 183 bis absorben a éste. El delito del art. 183 bis es un delito de riesgo que quedará absorbido cuando el resultado que se pretende prevenir se alcanza efectivamente". Esto pone de resalto que, en el caso en concreto, el TS entendió que se configuraba un concurso de normas según el principio de consunción regulado en el art. 8.3.º CP.

En este mismo sentido, la STS 22 febrero 2017[69], se ha entendido que los actos descriptos en el art. 183 bis (actualmente 183 ter 1.º CP) son actos preparatorios de los delitos a los que se remite el tipo penal "(…) lo que concuerda con el concepto de progresión hacia las fases de tentativa y consumación cuando los abusos sexuales se materializan, supuesto en que ha de operar el principio de consunción o también el de subsidiariedad tácita (…)", añadiendo que "(…) el art. 183.1 y 3 del C. Penal castiga todo el injusto programado y ejecutado por el acusado, (…)", lo que determinaría "que se absuelva al acusado del delito del art. 183 bis del C. Penal".

De aquí que, esta inicial doctrina jurisprudencial encontró un punto de inflexión en el Pleno No Jurisdiccional (en adelante PNJ), de fecha 8 de noviembre de 2017, de la Sala Segunda del TS que, tras analizar el supuesto en el que el contacto con el menor es seguido de una lesión efectiva de su identidad sexual, acordó

66 González Tascón, M.M: "El nuevo delito", cit., p. 254.

67 Ferrandis Ciprián, D.: "El delito", cit., p. 198.

68 STS 10 diciembre 2015 (ECLI:ES:TS:2015:5809).

69 STS 22 febrero 2017 (ECLI:ES:TS:2017:692).

que "El delito de ciberacoso sexual infantil previsto en el artículo 183 Ter.1 del Código Penal, puede conformar un concurso real de delitos con las conductas contempladas en los artículos 183 y 189".

De acuerdo con la STS 28 junio 2000[70], si bien un PNJ no crea jurisprudencia, estos "(…) constituyen su normal y lógico antecedente y sus criterios interpretativos se van convirtiendo, sucesivamente, en doctrina jurisprudencial", de conformidad con el art. 264 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La doctrina expuesta por el PNJ en el año 2017, ha sido reiterada, por lo menos en tres sentencias del Tribunal Supremo, al día de la fecha.

En primer lugar, la STS 8 febrero 2018[71], recordó la pronunciación del Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional, y la citó, advirtiendo que podría aplicarse la solución que brinda el concurso real de delitos "(…) en los supuestos en que al contacto por medio tecnológico con el menor le sigue una lesión efectiva de su indemnidad sexual".

También se ha reiterado esta doctrina en la STS 22 marzo 2018[72]. En este caso, en la SAP Madrid 25 octubre 2017[73], se había condenado al acusado como autor de un delito continuado de abuso sexual con penetración cometido sobre una menor de dieciséis años en concurso de normas con un delito de ciberacoso, en función del art. 8.3.º CP. El condenado formuló recurso de casación y alegó infracción de ley por indebida aplicación del art. 183 ter 1.º CP.

Ante ello, el TS reafirmó en su FD único que "(…) la punición separada de ambos delitos ha sido reconocida por esta Sala en el Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional (…) en atención a la expresión (…) «sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos»".

Sin perjuicio de ello, señaló el TS que, en el caso concreto, la AP de Madrid optó por aplicar el concurso de normas, considerando que el *grooming* "(…) quedaba consumido por el delito de abuso sexual con penetración (…) Por lo que la opción del Tribunal es más beneficiosa para el condenado que la que se derivaría de aplicar el Acuerdo de Pleno (…)".

Por su parte, una reciente sentencia del TS, ha aplicado la solución del concurso de delitos. En esta ocasión, la SAP Zaragoza 16 mayo 2019[74], condenó al

70 STS 28 junio 2000 (ECLI:ES:TS:2000:5284).

71 STS 8 febrero 2018 (ECLI:ES:TS:2018:4189A).

72 STS 22 marzo 2018 (ECLI:ES:TS:2018:4870A).

73 SAP Madrid 25 octubre 2017 (ECLI:ES:APM:2017:15859).

74 SAP Zaragoza 16 mayo 2019 (ECLI:ES:APZ:2019:914).

SA como autor de un delito consumado y continuado de explotación y corrupción de menores de dieciséis años, mediante su captación o utilización para elaborar material pornográfico (arts. 189. 1.º a y 189. 2.º a CP); de un delito continuado de acoso sexual, sobre menor de dieciséis años, en grado de tentativa acabada (arts. 183 ter 1.º, 74. 1.º y 3.º y 62 CP) y de un delito de tenencia de pornografía infantil (art. 189. 5.º CP).

De acuerdo con los hechos probados, en el mes de junio del año 2016, la víctima, una niña de catorce años, respondió un anuncio publicado por el acusado en una página web, y le facilitó su abonado telefónico, por lo que comenzaron a mantener conversaciones por medio de la aplicación WhatsApp. El acusado conminó a la menor a un intercambio de fotografías y videos de carácter explícitamente sexual e incluso mantuvieron videollamadas en las que la menor se desnudó completamente a petición de este, quien a su vez la presionó para que se masturbase y para que representara determinadas posiciones de carácter sexual.

Esta sentencia fue recurrida en apelación, remitiéndose las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Aragón, que dictó la sentencia Nº 68/2019, el 22 de octubre de 2019, confirmando la resolución de la AP de Zaragoza[75].

Consecuentemente, ante el recurso de casación impetrado por el acusado, la STS 24 noviembre 2021[76], confirmó la sentencia dictada por el TSJ de Aragón, respaldando así la solución que brinda el concurso real de delitos.

Sentado cuanto precede, he de reconocer, que la cláusula concursal aquí examinada, trae aparejados ineludibles conflictos de interpretación, que deberían ser enmendados en caso de efectuarse una reforma del tipo penal.

No obstante, adelantaré que, a mi entender, no existe una única y uniforme solución para todos los casos en que al delito de OCG le siga alguno de los delitos-fin previstos, sino que deberá estarse a las circunstancias particulares del caso en concreto.

Habrá determinados casos en los que corresponderá aplicar el concurso de normas, de acuerdo con el art. 8 del Código Penal, mientras que en otros deberá aplicarse el concurso de delitos, según el art. 73 y siguientes del referido Código.

El aceptar que en determinados casos es menester aplicar el concurso de delitos, importa respetar la literalidad de la norma, el principio de seguridad jurídica (art. 9.3.º CE) y el de legalidad (art. 25. 1.º CE), tanto desde su perspectiva material (principio de taxatividad), como formal (reserva de ley).

75 STSJ Aragón 22 octubre 2019 (ECLI:ES:TSJAR:2019:1409).

76 STS 24 noviembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4403).

Por consiguiente, la dificultad radica en dilucidar en qué casos corresponderá emplear cada una de estas dos soluciones.

A mi juicio, la elección entre una y otra, descansará en un análisis pormenorizado de la conducta delictiva llevada a cabo por el SA. Así, habrá casos en los que la propia conducta de *grooming* revestirá tal entidad y magnitud, que será por sí misma suficiente para lesionar el bien jurídico protegido por la norma, justificándose en ese caso, la aplicación del concurso de delitos, de la forma que lo ha previsto el legislador en la cláusula aquí estudiada.

En efecto, como bien señala el autor de la Mata Barranco "en todo proceso de grooming, criminológicamente nadie discute la existencia de una denominada fase sexual, independientemente de lo que pueda suceder tras el acercamiento físico proyectado"[77]. Fase esta en la que el SA suele conminar a su víctima a un intercambio verbal caracterizado por un vocabulario sexual que no es el ordinario para un NNA.

A modo de ejemplo, resulta ilustrativo remitirse a los hechos probados en la STS 22 marzo 2018[78]. En este caso, el acusado conoció a la menor, de tan solo doce años, en un campamento del colegio de esta, en el que se desempeñaba como monitor. Al finalizar el mismo, mantuvieron conversaciones a través de WhatsApp, en las que el autor "(…) efectuaba numerosas alusiones de contenido sexual, con la intención de animar a la menor a mantener relaciones sexuales con él (…)" y, entre otras cosas, le escribió "*(…)* "te abría un poco las piernas te comía to el coño poco a poco y te daba a cuatro patas hasta que no pudieses más y te corrieses del gusto" (…)".

Por su parte, en los hechos probados de la STS 24 noviembre 2021[79], se estableció que el autor le refiere a su víctima, de catorce años, frases como "(…) "eres virgen anal? (que es eso?) Si te han penetrado por el culete…querrás que use consoladores? O sólo las manos? (lo que tú quieras) eres virgen (que es?) es que el consolador te desvirgaría (qué es qué?)" (…)". En este caso, las frases que se observan entre paréntesis son las respuestas que le brindaba la menor, las que dejan en evidencia que ni siquiera esta conocía el significado de los improperios manifestados por el *groomer.*

Dicho esto, a mi entender, el *grooming* es una conducta que puede sin lugar a duda comprender y abarcar tal entidad, que por sí misma puede lesionar el bien jurídico indemnidad sexual, y por ello merece un reproche penal, autónomo e

77 de la Mata Barranco, N. J.: "El contacto", cit., p. 22.

78 STS 22 marzo 2018 (ECLI:ES:TS:2018:4870A).

79 STS 24 noviembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4403).

independiente, respecto de otros delitos contra la indemnidad sexual que pueda cometer el autor de forma posterior.

A esto se añade, que, en muchas ocasiones, el *groomer* ejecuta esta conducta delictiva durante el transcurso de meses, e incluso años, lo que también contribuye a la posición que aquí se sostiene, en cuanto a la lesión, de forma autónoma, del bien jurídico.

Para mayor abundamiento, el hecho de que el *grooming* podría por sí solo lesionar la indemnidad sexual de los NNA, se ve reflejado en las consecuencias que trae aparejadas para sus víctimas. Los especialistas en la materia resaltan que estas suelen ser el sentimiento de culpa, aislamiento social, depresión, ansiedad, e incluso pensamientos suicidas, entre otros.

Estudios empíricos han demostrado que "(…) los jóvenes que han recibido solicitudes sexuales por *Internet* presentan el doble de probabilidades de sufrir sintomatología depresiva y mayor uso de sustancias psicoactivas que los que no las han recibido (…)"[80]. De la misma forma, Mitchell, Ybarra y Finkelhor "(…) observan que la experimentación de solicitudes sexuales online está relacionada con sintomatología depresiva y consumo de sustancias (…)"[81].

Por su parte, los autores Govetto y Papa Tello, advierten que "El ataque sexual produce una herida en quien lo padece. Podrá de muchas maneras tratarse con múltiples herramientas, pero la cicatriz inscripta en la psiquis permanecerá durante toda la vida"[82].

En contraposición a la postura que defiendo, determinados autores consideran que resulta incoherente punir esta conducta, de forma autónoma, cuando el *grooming* siquiera es delito en el mundo analógico. Empero, como he mencionado previamente, la penalización de esta conducta ha surgido a raíz de las facilidades que encuentra el *groomer* en las TIC, como son el anonimato, y la transnacionalidad. Esto, no obstante, no sería óbice para que el día de mañana, también se penalice la conducta de *grooming* llevada a cabo en el mundo físico.

Ahora bien, habiendo expuesto los argumentos principales por los que a mi juicio debería, en determinados casos, aplicarse el concurso de delitos, debo añadir que, de aceptarse la solución contraria, la cláusula examinada no tendría utilidad alguna. Y en ese caso, sería incongruente que el legislador haya optado

80 de la Mata Barranco, N. J.: "El contacto", cit., p. 7.

81 Agustina, J.R. y Montiel I.: "Victimización sexual de menores a través de las TIC", en AA.VV.: *Cibercrimen II* (Dir. por Dupuy, D.), B de F Ltda, Buenos Aires, 2020, p. 430.

82 Govetto, M. y Papa Tello, N. "Violencias sexuales en niños, niñas y adolescentes por medios digitales", en AA.VV.: *Innovación en Investigaciones Digitales* (Dir. por Dupuy, D.), Hammurabi, Buenos Aires, 2022, p. 93.

por mantener una cláusula de nula aplicación, siendo que ésta ya se hallaba en la redacción del antiguo art. 183 bis CP.

Por otra parte, autores como Górriz Royo critican la posición a la que adscribo, por considerar que vulnera el principio *ne bis in ídem*[83]. Con relación a este, la STC 221/1997, de 4 de diciembre[84], ha establecido que "(…) siempre que exista identidad fáctica, de ilícito penal reprochado y de sujeto activo de la conducta incriminada, la duplicidad de penas es un resultado constitucionalmente proscrito". De esta forma, se vulnerará la prohibición *ne bis in ídem* cuando se castiguen separadamente hechos en donde exista triple identidad de sujeto, hecho y fundamento.

A propósito de ello, señala con acierto de la Mata Barranco que "lo que hay que comprobar es si en todos los supuestos de materialización efectiva de los delitos de los arts. 183 y 189 pretendidos por el SA del delito del art. 183 ter 1 estamos simplemente ante esa progresión (y por tanto ante un mismo hecho y un mismo fundamento)"[85]. De esta forma, retomando mi postura, habrá casos de OCG, seguidos de un delito tipificado en los arts. 183 o 189 CP, en donde no habrá un mismo hecho y fundamento, sino que serán independientes.

Para mayor abundamiento, no puede dejar de considerarse el PNJ del año 2017, ya mencionado, que establece que el delito de *grooming* "(…) puede conformar un concurso real de delitos con las conductas contempladas en los artículos 183 y 189". Aquí debemos reparar en el vocablo "*puede*" que deviene de la conjugación del verbo "poder", definido por la RAE, en su primera acepción, como "Tener expedita la facultad o potencia de hacer algo". Por lo que el TS admite en el PNJ, y de forma expresa, la posibilidad de aplicar el concurso de delitos.

Antes de esbozar una conclusión, debo apuntar brevemente que no se suscitará la discusión aquí planteada, en los casos en los que el SA perpetre el delito de *grooming* en perjuicio de dos o más NNA, y consume uno de los delitos-fin previstos en perjuicio de uno o algunos de ellos, pero no de todos, siendo evidente que debe aplicarse el concurso de delitos.

Sentado cuanto precede, y a modo de conclusión, entiendo que en los casos en que el SA cometa el delito de OCG, y luego también alguno de los delitos previstos en los arts. 183 o 189 CP, será determinante examinar con precisión su conducta delictual a los fines de calificarla legalmente. Así, en los casos en que

83 Górriz Royo, E. M.: ""*On-line child grooming*"", cit., p. 256.

84 STC 221/1997, de 4 de diciembre (*Boletín Oficial del Estado,* 13 de enero de 1998, núm. 11, pp. 18-21).

85 De La Mata Barranco, N. J.: "El contacto", cit., p. 22.

el delito de *grooming* no haya tenido entidad suficiente como para lesionar por sí mismo la indemnidad sexual de la víctima, podrá aplicarse el concurso aparente de normas. En este sentido, De La Mata Barranco estima que si el desvalor de la conducta del SA "(…) que se agota en la consecución de la finalidad pretendida y es suficiente la apreciación de uno de los delitos en conflicto para captarlo en su integridad la opción por el concurso de normas debería ser posible"[86].

Por lo contrario, en los casos en que el delito de *grooming* sea de tal entidad e intensidad que por sí mismo haya creado un peligro concreto, o lesionado, la indemnidad sexual de la víctima, habrá que aplicar la regla del concurso real de delitos, para así abarcar la totalidad del desvalor de la acción perpetrada, y en consecuencia aplicar la pena prevista en el art. 183 ter 1.º CP en conjunto con la que corresponda de los arts. 183 o 189 CP. En este sentido, coincido con DE LA MATA BARRANCO en que "hay una única indemnidad sexual, pero la misma puede lesionarse con muy diferentes intensidades y en muy diferentes momentos"[87].

IV. ART. 183 TER, SEGUNDO APARTADO, DEL CÓDIGO PENAL.

Brevemente he de señalar que el art. 183 ter CP consiste de dos apartados. El primero de ellos ha sido analizado a lo largo de este trabajo, mientras que el segundo tipifica como delito la conducta de quien a través de las TIC "contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor". Se entiende doctrinalmente que en este segundo apartado punen las conductas de "*sexting*" y "embaucamiento de menores con fines sexuales" que, si bien se relacionan estrechamente con el primer apartado, no han sido objeto de análisis en este trabajo.

V. PROPUESTA DE REFORMA.

A continuación, esbozaré una propuesta de *lege ferenda.*

Artículo 183 ter. 1.º El que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años, o con una persona especialmente vulnerable por razón de una enfermedad o discapacidad, y le proponga concertar un encuentro, ya sea este en un entorno virtual o analógico, a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los arts. 183 o 189 1.º, 2.º o 3.º CP, siempre que tal propuesta se acompañe de manifestaciones expresas conducentes a ese encuentro, será castigado con la

86 DE LA MATA BARRANCO, N. J.: "El contacto", cit., p. 23.

87 DE LA MATA BARRANCO, N. J.: "El contacto", cit., p. 23.

pena de uno a tres años de prisión, excepto que el hecho importe un delito más severamente penado.

2.º En los casos en que, durante el contacto, o a partir de este, el culpable mantenga con el sujeto pasivo conversaciones o relatos de contenido sexual, o intercambie con éste archivos de cualquier tipo, de contenido sexual, o en los casos en que el culpable mantenga el contacto con el sujeto pasivo durante un lapso mayor a un mes, la pena prevista en el primer apartado de este artículo se impondrá, además de las penas correspondientes a los delitos descritos en los artículos 183 o 189 1.º, 2.º o 3.º CP en su caso cometidos por el culpable.

3.º La pena prevista en este artículo se impondrá aún en los casos en que:

a. El primer o los primeros contactos con la víctima hayan acontecido de forma presencial.

b. La víctima haya efectuado el primer contacto.

c. La víctima no acepte llevar a cabo el encuentro.

4.º La pena prevista en este artículo se impondrá en su mitad superior cuando la propuesta para encontrarse con el menor, se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.

A través de esta propuesta he incorporado como posibles sujetos pasivos del delito de *grooming* a quienes, si bien no son menores de dieciséis años, resultan ser especialmente vulnerables por razón de una enfermedad o discapacidad.

Asimismo, he especificado que este delito se cometerá aun cuando el SA le proponga al SP concertar un encuentro en un espacio virtual, siendo esta la solución que más se asemeja a la realidad en la que vivimos actualmente, en donde, a través de una videollamada se puede lesionar la integridad sexual de una persona, de la misma manera que en el mundo analógico.

Con relación a los delitos que pueden ser cometidos por el SA de forma posterior a cometer el delito de *grooming*, he delimitado la remisión únicamente a los arts. 183 y 189 1.º, 2.º y 3.º CP, excluyendo la remisión a los arts. 189. 4.º, 5.º, 6.º, 7.º y 8.º CP, por no encontrar una relación estrecha entre el delito de *grooming* y estos últimos.

Al requerir, en la propuesta de reforma al tipo penal, que se acrediten "manifestaciones expresas" conducentes al encuentro, he buscado reemplazar la actual frase "actos materiales encaminados al acercamiento". De esta forma, se requerirá que el SA haya manifestado efectivamente al SP, su deseo de

concertar un encuentro, ya sea este virtual o presencial, más no se requieren actos propiamente dichos.

En cuanto a la pena a imponer, he quitado la posibilidad de atribuir la pena alternativa de multa, entendiendo que esta no resulta coherente con la conducta criminalizada.

Por otra parte, he buscado resolver el conflicto que reviste actualmente la cláusula concursal. En este sentido, en los casos en que el sujeto activo haya mantenido un intercambio verbal o de archivos de índole sexual con el sujeto pasivo, que permitan considerar su conducta como un hecho delictivo autónomo, o en los casos en que el contacto con el sujeto pasivo se haya extendido por un lapso temporal superior a un mes, por lo que la conducta del *groomer* podría haber lesionado por sí misma la integridad sexual del sujeto pasivo, la pena prevista para el *grooming* deberá concursar de forma real con la que corresponda al delito-fin que en su caso sea cometido. Por lo contrario, de no acreditarse estos extremos, existiría un concurso aparente de normas.

En otro orden de ideas, he buscado clarificar que el delito de *grooming* se configurará aun cuando los primeros contactos hayan ocurrido en el mundo analógico; que el delito se consumará aún en los casos en que haya sido el menor quien efectuó el primer contacto y que no será necesario que el sujeto pasivo acepte la propuesta cursada por el sujeto activo.

VI. CONCLUSIONES.

Tras analizar minuciosamente el art. 183 ter 1.º CP, en función de los elementos que componen la teoría del delito, hemos podido advertir que la redacción actual de este tipo penal reviste cierto grado de vaguedad, que debería atenderse en el caso de efectuarse una reforma legislativa del delito de estudio.

La redacción de este tipo penal ha suscitado discusiones de interpretación entre los autores más destacados en la materia. Esta situación, si bien se presenta en distintos tipos penales, no debe naturalizarse. Las diferencias de interpretación dejan al descubierto que la redacción no es respetuosa del principio de taxatividad, que exige que las normas sean claras y precisas. El respeto de este principio será primordial para lograr un Estado de derecho, en el que deben prevalecer la certeza jurídica y la imparcialidad al aplicar las normas penales.

A la vista de lo expuesto, en el último acápite del trabajo, he esbozado una propuesta de *lege ferenda,* para el caso hipotético en que se efectúe una reforma legislativa del delito de estudio, en la que he tenido en consideración el análisis efectuado a lo largo del mismo.

Sentado cuanto precede, si bien son diversos los motivos por los cuales es importante hacer hincapié en una correcta redacción del tipo penal, uno de ellos es, justamente, lograr una adecuada protección para las víctimas de este delito. Los niños, niñas y adolescentes, son sujetos específicamente vulnerables. Debe repararse con especial atención el interés superior de estos, que ha sido reconocido y consagrado en diversos instrumentos jurídicos, como es la Convención de los Derechos del Niño, ratificada por el Parlamento Español en 1990.

Desafortunadamente, gran cantidad de autores concuerdan con que, a lo largo de los últimos años, el delito de *grooming* ha incrementado. En efecto, la Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2021[88], advierte que este delito dio lugar a 127 incoaciones en el año 2018, a 225 en el año 2019, y a 349 en el año 2020; lo que implica que entre el año 2018 y el año 2020 se ha registrado un aumento del 175% de los procedimientos judiciales.

Dicho esto, será fundamental, además de contar con una redacción apropiada del tipo penal, que existan políticas públicas y del sector privado que promuevan programas de prevención, para que los NNA puedan advertir y eludir la conducta de los agresores; como así también, programas de asistencia para quienes hayan sido víctimas de este delito, y para sus familiares.

En este sentido, quiero puntualizar, que este flagelo no puede ni debe ser combatido solamente desde un plano jurídico-criminal. En el momento en que la Justicia ha condenado a un sujeto como autor del delito de *online child grooming*, se ha llegado tarde. Ya hay un nuevo niño, niña o adolescente, víctima de esta conducta, que probablemente padecerá consecuencias psíquicas por el resto de su vida.

Por ese motivo, he de finalizar estas líneas advirtiendo la necesidad de educar, informar y concientizar, a toda la sociedad, y en particular a los menores, acerca de la existencia de este delito, y de sus implicancias.

La educación, como medida de prevención, será, sin lugar a duda, una de las herramientas más eficaces para evitar la victimización primaria.

Los niños, niñas y adolescentes de hoy en día, están creciendo en un mundo impulsado por la tecnología y la información. La concientización y la prevención serán la única forma de evitar que, a lo largo de los próximos años, sigan aumentando las víctimas de *online child grooming*.

88 Fiscalía General del Estado: "*Memoria elevada al Gobierno de S.M.* 2021". Disponible en: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2021/FISCALIA_SITE/index.html.

BIBLIOGRAFÍA

Agustina, J. R. y Montiel I.: "Victimización sexual de menores a través de las TIC", en AA.VV.: *Cibercrimen II* (Dir. por Dupuy, D.), B de F Ltda, Buenos Aires, 2020.

Ballesteros, B.: *Abuso sexual en la infancia y la adolescencia según los afectados y su evolución en España (2008-2019)*, Centro de Estudios ANAR, 2021. Disponible en: https://www.anar.org/estudio-anar-los-abusos-contra-menores-de-edad-se-han-multiplicado-por-4-en-la-ultima-decada/.

Centro Internacional Para Niños Desaparecidos y Explotados: "Grooming por Internet de Niños, Niñas y Adolescentes con fines Sexuales: Modelo de Legislación y Revisión Global", 2017, p. 10. Disponible en: https://www.icmec.org/wp-content/uploads/2017/09/Grooming-Por-Internet-de-Ninos_FINAL_9-18-17_ES_FINAL.pdf.

Craven, S., Brown, S., Gilchrist, E.: "Sexual grooming of children: Review of the Literature and Theoretical Considerations", Journal of Sexual Aggression, vol. 12, núm. 3, 2006.

de la Mata Barranco, N. J.: "El contacto tecnológico con menores del art. 183 ter 1 CP como delito de lesión contra su correcto proceso de formación y desarrollo personal sexual", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* núm. 19, 2017.

Dolz Lago, M. J.: "Child grooming y sexting: anglicismos, sexo y menores en el Código Penal tras la reforma del 2015", *Diario La Ley*, núm. 8758, 2016.

Ferrandis Ciprián, D.: "El delito de online child grooming (art. 183 bis CP)", en AA.VV.: *Delitos sexuales* contra *menores. Abordaje psicológico, jurídico y policial* (dir. por Lameiras Fernández, M. y Orts Berenguer), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

Fiscalía General del Estado. *Memoria elevada al Gobierno de S.M.* 2021. Disponible en: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2021/FISCALIA_SITE/index.html.

Fondo De Las Naciones Unidas Para La Infancia: "Adolescentes conectad@s. Riesgos de las redes y herramientas para protegerse", 2020, p. 34. Disponible en: https://unicef.org.ar/adolescentesconectados/UNICEF_Guia_Adolescentes_Conectados.pdf.

Frister H. *Derecho penal. Parte general.* Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

Gonzalez Tascón, M. M.: "El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC", *Estudios penales y criminológicos,* vol. XXXI, 2011.

Górriz Royo, E. M.: "*On-line child grooming* desde las perspectivas comparada y criminológica, como premisas de estudio del art. 183 ter) 1.º CP (conforme a la LO 1/2015, 30 de marzo)", en AA.VV.: *Menores y redes sociales* (dir. por Cuerda Arnau, M.L.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

Govetto, M. y Papa Tello, N.: "Violencias sexuales en niños, niñas y adolescentes por medios digitales", en AA.VV.: *Innovación en Investigaciones Digitales* (dir. por Dupuy, D.), Hammurabi, Buenos Aires, 2022.

Livingstone, S., Haddon, L., Gorzig, A., y Ólafsson, K.: *Risks and safety on the internet: the perspective of European children: full findings and policy implications from the EU Kids Online survey of 9-16 year olds and their parents in 25 countries,* EU Kids Online, 2011. Disponible en: http://eprints.lse.ac.uk/33731/.

Mendoza Calderón, S.: *El Derecho Penal Frente a las Formas de Acoso a Menores. Bullying, ciberbullying, grooming y sexting,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

Miró Llinares, F.: *El cibercrimen. Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

Núñez Fernández, J.: "Presente y futuro del mal llamado delito de ciberacoso a menores: análisis del artículo 183 bis CP y de las versiones del Anteproyecto de Reforma de Código penal de 2012 y 2013", *Anuario de derecho penal y ciencias penales,* tomo 65, 2012.

Pérez Ferrer, F.: "El nuevo delito de ciberacoso o child grooming en el Código Penal español (artículo 183 bis)", *Diario La Ley,* núm. 7915, 2012.

Quintero Olivares, G.: *Parte General del Derecho Penal,* Aranzandi S.A.U*,* Navarra, 2015.

Ramos Vázquez, J. A.: "La cláusula Romeo y Julieta (art. 183 quater del Código Penal) cinco años después: perspectivas teóricas y praxis jurisprudencial", *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XLI, 2021.

Roxin, C.: *Derecho penal, Parte General, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Civitas Ediciones, S.L., Madrid, 2015.

Smahel, D., Machackova, H., Mascheroni, G., Dedkova, L., Staksrud, E., Ólafsson, K., Livingstone, S. y Hasebrink, U.: *EU Kids Online 2020: Survey results*

from 19 countries, EU Kids Online, 2020. Disponible en: https://doi.org/10.21953/lse.47fdeqj01ofo.

STRATENWETH G.: *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*, Hammurabi, Buenos Aires, 2008.

VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *El delito de child grooming o propuesta sexual telemática a menores,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

VILLACAMPA ESTIARTE, C. y GÓMEZ ADILLÓN, M. J.: "Nuevas tecnologías y victimización sexual de menores por online grooming", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* núm. 18, 2016. Disponible en: http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-02.pdf.

LAS VÍCTIMAS DEL DELITO Y SU PARTICIPACIÓN EN EL PROCESO ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

VICTIMS OF CRIME AND THEIR PARTICIPATION IN THE PROCESS BEFORE THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT

Rev. Boliv. de Derecho Nº 35, enero 2023, ISSN: 2070-8157, pp. 290-331

Rosa PASCUAL SERRATS

ARTÍCULO RECIBIDO: 6 de junio de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 15 de diciembre de 2022

RESUMEN: El Estatuto de Roma atribuye a la Corte Penal Internacional el enjuiciamiento de los delitos más graves con trascendencia para la comunidad internacional. Tal jurisdicción tiene carácter complementario respecto de las jurisdiccionales nacionales penales. El Estatuto tan sólo reconoce legitimación para ser parte al Fiscal y al acusado. Por tanto, no es parte en este proceso la víctima del hecho delictivo. No obstante, la regulación prevista en el Estatuto y Reglamentos prevé la posibilidad de que las víctimas intervengan en las diferentes fases del proceso a través de distintas formas de participación.

PALABRAS CLAVE: Corte Penal Internacional; víctima; participación proceso.

ABSTRACT: *The Rome Statute attributes to the International Criminal Court the prosecution of the most serious crimes with transcendence for the international community. Such jurisdiction is complementary to the national criminal jurisdictions. The Statute only recognizes legitimacy to be a party to the Prosecutor and the accused. Therefore, the victim of the criminal act is not a party to this process. However, the regulation provided for in the Statute and Regulation provides the possibility for victims to intervene in the different phases of the process through different forms of participation.*

KEY WORDS: *International Criminal Court; victim; participate in a process.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA CONDICIÓN DE VÍCTIMA.- 1. Persona física.- 2. Organizaciones e instituciones.- III. LA PARTICIÓN DE LAS VÍCTIMAS EN EL PROCESO ANTE LA CPI.- 1. Presupuestos.- 2. Formas de participación.- A) Fase previa al inicio de la investigación.- B) Fase de investigación.- C) Fase de confirmación de cargos.- D) Juicio.- E) Apelación.- IV. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN.

> "Teniendo presente que, en este siglo, millones de niños, mujeres y hombres han sido víctimas de atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad.
> Reconociendo que esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad.
> Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo (…)
> Decididos a poner fin a la impunidad de sus autores.
> Se instituye por la presente una Corte Penal Internacional"[1].

El Preámbulo del Estatuto de Roma (ER) viene a establecer la razón de ser y la finalidad de la Corte Penal Internacional (CPI): poner fin a la impunidad de los autores de los crímenes más graves de trascendencia internacional. La jurisdicción de la CPI queda limitada al enjuiciamiento de los delitos previstos en el art. 5 del ER, cometidos en un Estado adscrito al ER o imputados a un nacional de uno de los Estados adscritos al ER; también podrá conocer en aquellos supuestos en que se haya otorgado competencia "ad hoc".

Tal jurisdicción la ejerce con carácter complementario de las jurisdicciones nacionales penales[2]. Ello supone que el enjuiciamiento corresponde, en principio, a los Tribunales del Estado que, en virtud de sus normas de jurisdicción y competencia, tengan atribuido su conocimiento y que la Corte, sólo tendrá competencia si tal

1 Preámbulo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional («BOE» núm. 126, de 27 de mayo de 2002).

2 Preámbulo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, párrafo 10 establece: "Destacando que la Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales".

• Rosa Pascual Serrats
Doctora en Derecho por la Universitat de València. Profesora Titular de Derecho Procesal de la Universidad CEU Cardenal Herrera, tanto en el Grado en Derecho como en el Máster Universitario en Abogacía. Participación en Proyectos de Investigación nacionales y europeos. Entre las publicaciones: monografías, capítulos de libro y artículos en revistas científicas. Cargos de gestión ostentados en la Universidad: Directora de Departamento, Secretaria Académica de la Facultad de Derecho, Empresa y Ciencias Políticas, Vicedecana y Decana de la Facultad de Derecho, Empresa y Ciencias Políticas; en la actualidad, Adjunta al Secretario General de la Universidad y Coordinadora del Máster Universitario en Abogacía. Correo electrónico: rosa.pascualserrats@uchceu.es.

Estado no está dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento, o cuando no pueda realmente hacerlo.

El proceso ante la CPI se encuentra regulado en distintos textos legales -Estatuto de Roma, Reglas de Procedimiento y Prueba, Reglamento de la Corte, Reglamento de la Fiscalía, Reglamento del Registro-. Tal dispersión normativa dificulta su aplicación y pone de manifiesto la complejidad del sistema. En este mismo sentido, Rodríguez Villasante y Prieto manifiesta que, "si el propósito de la constitución de la CPI, confesado en el Preámbulo, es sencillo (...), el instrumento elaborado (Estatuto de la CPI) es de gran complejidad. Y ello al menos por tres motivos. El primero es el carácter complementario de la CPI respecto de las jurisdicciones penales nacionales (art. 1 del Estatuto). En segundo término (...) el Estatuto es una norma compleja y extensa (…). Y el tercer aspecto que dota de especial complejidad al Estatuto es su pretendido ámbito universal, por el esfuerzo que supuso la síntesis de aportaciones procedentes de, por lo menos, dos sistemas de proyección universal: el Derecho continental (o romano-germánico) y el sistema anglosajón (o del *Common law*)"[3].

Con relación a las víctimas, el ER ha supuesto un avance en el reconocimiento su papel en el proceso ante la CPI pero, como afirma García Sanjosé, "los Estados que participaron en la Conferencia de Roma podrían haber optado por un avance significativo en la definitiva consolidación del proceso de humanización del Derecho Internacional"[4]. Es un importante avance en cuanto que la víctima no actúa sólo como testigo; no obstante, no se le reconoce la condición de parte. Tan sólo pueden constituirse en parte en el proceso ante la Corte, la Fiscalía y el acusado. La víctima va a poder intervenir a lo largo de la tramitación del procedimiento y va a poder solicitar la reparación. Como justificación del no reconocimiento como parte, se ha señalado, "el temor de algunos Estados a una Corte Penal saturada con miles de demandas individuales; en la medida en que la Corte Penal Internacional responde al modelo anglosajón del proceso contract adversarial process y no inquisitorial system. Influye, igualmente, el hecho de que el Estatuto de Roma se ubique esencialmente en el plano del Derecho internacional humanitario (…). Finalmente debe aludirse al hecho de que el principio de justicia no alude en el Estatuto de Roma a la justicia reparatoria a las víctimas sino el respeto del orden público internacional"[5]. En este último sentido, el párrafo 4 del Preámbulo del ER se establece la necesidad de que los crímenes más graves "sean efectivamente

3 Rodríguez-Villasante y Prieto, J. L.: "Parte III. La Corte Penal Internacional y las víctimas", en *La Corte Penal Internacional 20 años después* (coord. A. Salinas de Frías, P. García Andrade, I. Álvarez Arcá, E. W. Petit de Gabriel), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 13-14.

4 García San José, D.: "El derecho a la justicia de las víctimas de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional", *REDI,* vol. LVIII, 2006, pp. 130-132.

5 García San José, D.: "El derecho a la justicia", cit., pp. 130-132.

sometidos a la acción de la justicia" [6]; y en el párrafo 11 del mismo[7], se refiere a la necesidad de garantizar que la justicia internacional sea respetada. Del mismo modo, el art. 53 en sus apartados 1c) y 2c) del ER alude a la investigación y enjuiciamiento "en interés de la justicia"[8].

El papel de la víctima en el proceso ante la CPI está determinado principalmente por dos derechos: el derecho de participación y el derecho a la reparación.

En el presente artículo vamos a centrarnos en el primero de ellos, la participación de las víctimas en el proceso ante la CPI. Tras determinar quién tiene la condición de víctima, examinaremos los presupuestos para aceptar su intervención y las modalidades de participación en las distintas etapas del proceso.

II. LA CONDICIÓN DE VÍCTIMA.

El primer presupuesto para poder participar en el proceso ante la CPI es tener reconocida la condición de víctima de un delito de su competencia.

El ER no contiene una definición de víctima, sí que se establece en las Reglas de Procedimiento y Prueba (RPP)[9], en concreto, en la regla 85:

"Para los fines del Estatuto y de las Reglas de Procedimiento y Pruebas:

a) Por víctima se entenderá las personas naturales que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de algún crimen competencia de la Corte.

b) Por víctima se podrá entender también las organizaciones e instituciones que hayan sufrido daños directos a alguno de sus bienes que esté dedicado a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia y a sus monumentos históricos, hospitales y otros lugares y objetos que tengan fines humanitarios".

6 Párrafo 4 y 11 del Preámbulo del ER: "4. Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia".

7 Párrafo 11 Preámbulo del ER: "11. Decididos a garantizar que la justicia internacional sea respetada y puesta en práctica en forma duradera".

8 El art. 53.1.c del ER dispone: "El Fiscal, después de evaluar la información de que disponga, iniciará una investigación a menos que determine que no existe fundamento razonable para proceder a ello con arreglo al presente Estatuto. Al decidir si ha de iniciar una investigación, el Fiscal tendrá en cuenta si: c) existen razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia"; el art. 53.2.c del ER establece: "Si, tras la investigación, el Fiscal llega a la conclusión de que no hay fundamento suficiente para el enjuiciamiento, ya que: c) el enjuiciamiento no redundaría en interés de la justicia, teniendo en cuenta todas las circunstancias (…)".

9 Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional (BOE núm. 231, de 26 de septiembre de 2011).

Debemos, pues, diferenciar entre persona física y organizaciones o instituciones.

1. Persona física.

La regla 85 a) de las RPP establece que tendrá la condición de víctima, la persona física que haya sufrido un daño causado por un delito competencia de la CPI. Por lo tanto, para determinar si el solicitante puede participar en el proceso, la Sala debe cuestionarse si es víctima de un delito al que se extiende la jurisdicción de la Corte.

En el contexto de la situación de Uganda, la Sala de Cuestiones Preliminares II (SCP)[10] manifestó que para cumplir con los criterios fijados por la regla 85, debía determinarse:

"1) si la identidad del solicitante como persona física parece debidamente establecida; 2) si los hechos relatados por cada actor constituyen un delito bajo la jurisdicción de la Corte

3) si el reclamante alega haber sufrido un daño; 4) si, y este es el punto más importante, tal daño parece haber sido sufrido «como resultado de hechos constitutivos de un crimen de la competencia de la Corte»".

Respecto a la acreditación de la concurrencia de tales requisitos, la SCP II declaró, en la misma resolución que, ante la falta de normas sobre la materia, ella goza de "un amplio poder discrecional cuando debe evaluar la calidad de una declaración dada u otra prueba".

Vamos a examinar, a continuación, los criterios anteriores.

a) Identidad de la víctima.

Solicitada la participación por una persona natural, corresponderá a la Corte determinar si reúne la condición de víctima y si su identidad está debidamente acreditada. Al llevar a cabo esta comprobación, la Corte "se esforzará por conciliar, por un lado, la necesidad de establecer la identidad del solicitante y, por otra parte, las circunstancias personales del solicitante"[11]. En esta línea, se ha aceptado una amplia gama de documentos como prueba de la identidad.

En la causa contra Thomas Lubanga Dyilo, dada la situación que existía en la República Democrática del Congo, así como las dificultades con que se encontraban a menudo los solicitantes para obtener o producir copias de documentos oficiales

10 CPI, Sala de Cuestiones Preliminares II, 18 enero 2007, párrafo 14 (ICC-01/04-01/06).

11 CPI, Sala de Cuestiones Preliminares II, 18 enero 2007, párrafo 87 (ICC-01/04-01/06).

de identidad, y con el fin de garantizar que las víctimas no se viesen privadas injustamente de la oportunidad de participar por razones fuera de su control, la Corte se muestra flexible a la hora de aceptar pruebas que acrediten la identidad de la víctima. Así admite para su acreditación, no sólo documentos oficiales sino también documentos no oficiales como la credencial de elector, la tarjeta de estudiante, una tarjeta de empleo (…); incluso si el solicitante no puede obtener documentos de identificación, acepta "una declaración firmada por dos testigos creíbles que acrediten su identidad y, en su caso, la relación entre la víctima y la persona que actúa en su nombre, siempre que la declaración y la solicitud concuerden. La declaración debe ir acompañada de prueba de la identidad de ambos testigos. Para evaluar la credibilidad de los testigos, la Sala de Primera Instancia (SPI) tendrá en cuenta, en particular, la naturaleza y duración de su relación con el solicitante, prueba de la identidad de los testigos y de su reputación en la comunidad. En tales casos, la Sala agradecerá cualquier información que la Sección de Reparación y Participación de las víctimas puede resultar de utilidad"[12].

b) Relación de causalidad daño sufrido y delito competencia de la CPI.

En primer lugar, respecto a la necesidad de haber sufrido un daño, al que se refiere la regla 85 de las RPP, el ER no contiene una definición de daño. Se manifiesta que "según el principio 8 de los Principios Fundamentales, las víctimas pueden, individual o colectivamente, sufrir daño bajo muchas formas, incluido el daño a su integridad física o psíquica, sufrimiento moral, pérdida material o lesión grave de sus derechos fundamentales"[13].

La Sala de Apelaciones (SA) ha ofrecido orientación sobre ello. En este sentido, "considera que el daño sufrido por una persona natural es un daño a dicha persona, es decir, daño personal. Los daños materiales, físicos y psicológicos son formas de daño que están comprendidas en la regla, si los ha sufrido personalmente la víctima. El daño sufrido por una víctima como resultado de la comisión de un crimen comprendido en la competencia de la Corte puede dar lugar a un daño sufrido por otras víctimas. Esto es evidente, por ejemplo, cuando hay una estrecha relación personal entre las víctimas, como la relación entre un niño soldado y los padres de dicho niño. El reclutamiento de un niño soldado puede provocar un sufrimiento personal tanto al niño de que se trata como a sus padres. Es en este sentido que la Sala de Apelaciones entiende la afirmación de la Sala de Primera Instancia de que "las personas pueden ser víctimas directas o indirectas de un crimen comprendido en la competencia de la Corte". La cuestión que debe determinarse es si el daño sufrido es personal al individuo. Si lo es, puede vincularse tanto con las víctimas directas como con las indirectas. La determinación de si una persona

12 CPI, Sala de Cuestiones Preliminares II, 18 enero 2007, párrafos 87-88 (ICC-01/04-01/06).

13 CPI, Sala de Cuestiones Preliminares II, 18 enero 2007, párrafo 92 (ICC-01/04-01/06).

ha sufrido un daño como resultado de un crimen comprendido en la competencia de la Corte o no, y, por consiguiente, si es una víctima ante la Corte o no, tendrá que hacerse a la luz de las circunstancias particulares"[14].

La SA añade que "puede haber claramente un daño que sea a la vez de naturaleza personal y colectiva. El hecho de que el daño sea colectivo no impone ni su inclusión ni su exclusión cuando se trata de establecer si una persona es una víctima ante la Corte. La cuestión que debe determinarse es si el daño es personal a la víctima de que se trate. La noción de daño sufrido por un colectivo no es, como tal, pertinente ni determinante"[15].

Cabe pues distinguir dos categorías de víctima: las directas, cuyo daño es "el resultado de la comisión de un delito competencia de la Corte" y las indirectas "aquellas que sufren daños como consecuencia del daño sufrido por la víctima directa"[16]. Como afirma la Sala de apelaciones, "la noción de víctima implica necesariamente la existencia de daño personal pero no implica necesariamente la existencia de daño directo"[17].

Respecto al daño psicológico, se considera que debe cumplir un cierto umbral para ser considerado como tal[18]. En la causa contra Abdallah Banda Abakaer Nourain y Saleh Mohammed Jerbo Jamus, el solicitante alegaba que había sufrido un perjuicio como consecuencia de haber escuchado el ataque -escucho disparos desde el campamento-, de saber que los soldados habían resultado muertos y heridos en su campamento, y de temer un ataque en su campamento. En este caso, la SPI concluyó que, dado que el demandante no vio el ataque, sino que sólo escuchó disparos desde la dirección del campamento, "la experiencia del ataque del solicitante es demasiado remota para establecer satisfactoriamente que sufrió daño psicológico como resultado de ello"[19]. La Sala[20] consideró que la solicitante no podía ser considerada como víctima de caso, no cumplía los requisitos de la regla 85a) de las RPP y en consecuencia su solicitud fue rechazada. La Sala es de la opinión de que el hecho de haber tenido conocimiento del ataque y la muerte de los soldados del UA (que no eran familiares ni otros asociados cercanos del solicitante) no al alcanza el nivel de daño psicológico en el sentido y para los propósitos de la regla 85(a).

14 CPI, Sala de Apelaciones, 11 julio 2008, párrafo 32 (ICC-01/04-01/06 OA 9 OA 10).

15 CPI, Sala de Apelaciones, 11 julio 2008, párrafo 35 (ICC-01/04-01/06 OA 9 OA 10).

16 CPI, Sala de Primera Instancia I, 8 abril 2009, párrafo 44 (ICC-01/04-01/06).

17 CPI, Sala de Apelaciones, 11 julio 2008, párrafo 38 (ICC-01/04-01/06 OA 9 OA 10).

18 CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I, 8 octubre 2018, párrafo 35 (ICC-01/12-01/18).

19 CPI, Sala de Primera Instancia I, 29 octubre 2010, párrafo 34 (ICC-02/05-03/09-89).

20 CPI, Sala de Primera Instancia I, 29 octubre 2010, párrafo 39 (ICC-02/05-03/09-89).

Se considera que para que el daño sufrido sea personal, así como suficientemente próximo a los delitos imputados, los demandantes deben haber presenciado personalmente la ocurrencia del hecho en cuestión, en lugar de haber tenido conocimiento del hecho con posterioridad. Por tanto, las víctimas deben demostrar que estuvieron presentes y que fueron testigos de un crimen cometido contra otra persona. Si esa acreditación debe producirse en una etapa inicial del procedimiento en la que el nivel de prueba es bajo, se considera suficiente una descripción detallada de los hechos y la prueba de su residencia en el lugar en que ocurrieron.

No basta que se haya sufrido un daño, como dispone la regla 85 de las RPP, debe existir un nexo entre la comisión del delito y el daño que sufra el solicitante, tanto se trate de víctima directa como indirecta. Como manifiesta la SA, en la causa contra Thomas Lubanga Dyilo, debe existir un nexo causal entre los delitos imputados y el daño de las víctimas; la lesión, la pérdida o los daños sufridos por las personas físicas deben ser consecuencia de los delitos confirmados contra Thomas Lubanga Dyilo. Y afirma que "las víctimas directas de estos delitos son los niños menores de quince años que presuntamente fueron reclutados, alistados o utilizados activamente para participar en hostilidades por las milicias bajo el control del imputado dentro del plazo confirmado por la Sala de instrucción (..) Las víctimas indirectas deben acreditar que, como consecuencia de su relación con la víctima directa, la pérdida, la lesión o el daño sufrido por ésta da lugar a daño a ellos. De ello se sigue que el daño sufrido por la víctima indirecta debe surgir del daño sufrido por la víctima directa, provocado por la comisión de los delitos imputados" [21].

Como indica la SPI I[22] en la misma resolución, "la Sala de Apelaciones ha determinado que la existencia entre las personas de una relación cercana, como la que existe entre padres e hijos, es una condición previa para la participación de las víctimas indirectas" y el daño sufrido "puede incluir el daño psicológico, sufrimiento experimentado como consecuencia de la pérdida repentina de un familiar o de la privación material que acompaña las pérdidas de sus aportes".

También se considera como víctima indirecta a aquella persona que interviene para impedir la comisión de alguno de los delitos imputados. En tal caso, "dado que el daño de la víctima indirecta debe surgir del daño a la víctima directa, la Sala debe investigar, en su caso, si la víctima directa ha sufrido cualquier daño "relevante". En esta materia, el daño psicológico a una víctima directa puede ser causado una vez que sea consciente de que se está intentando reclutarlos, alistarlos o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades. En estas circunstancias, la pérdida,

21 CPI, Sala de Primera Instancia I, 8 abril 2009, párrafos 47 y 49 (ICC-01/04-01/06).

22 CPI, Sala de Primera Instancia I, 8 abril 2009, párrafo 50 (ICC-01/04-01/06).

lesión o el daño sufrido por la persona que interviene puede estar suficientemente vinculado al daño directo de la víctima por el intento de evitar que el niño sea más dañado como resultado de un crimen relevante"[23].

Se excluye de la categoría de "víctimas indirectas" a quienes "han sufrido daños como consecuencia de la conducta (posterior) de las víctimas directas. El propósito de los procedimientos judiciales de la CPI, según lo declarado por la SA, "es la determinación de la culpabilidad o inocencia del acusado de los delitos imputados" y sólo las víctimas de los "delitos imputados" pueden participar en las actuaciones de conformidad con el art. 68 (3) cuando se lee junto con las reglas 85 y 89(1). Los cargos confirmados contra los acusados en este caso son conscripción, aislamiento o uso de niños para participar activamente en las hostilidades. Las víctimas indirectas, por lo tanto, están restringidas a aquellas cuyo daño está ligado al daño de los niños afectados cuando se confirma que cometieron los delitos, no aquéllos cuyo daño está vinculado a cualquier conducta posterior de los niños, criminal o de otro tipo. Aunque una superposición fáctica puede existir entre la utilización del niño para participar activamente en las hostilidades y un ataque del niño a otro, la persona atacada por un niño soldado no es una víctima indirecta para estos fines porque su pérdida no está vinculada al daño infringido al niño cuando se cometió el delito"[24].

La relación de causalidad debe acreditarse, se tendrá que aportar pruebas suficientes para demostrar que existen motivos razonables para creer que ha sufrido un daño directamente vinculado a los delitos o que ha sufrido daño al intervenir para asistir a las víctimas directas del caso o para prevenir su victimización como consecuencia de la comisión de los delitos.

2. Organizaciones e instituciones.

Víctima, conforme a lo establecido en la regla 85b) puede ser no sólo una persona física sino también "organizaciones e instituciones que hayan sufrido daños directos a alguno de sus bienes que esté dedicado a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia y a sus monumentos históricos, hospitales y otros lugares y objetos que tengan fines humanitarios".

Respecto a su identificación, en la causa contra Thomas Lubanda Dyilo, se manifiesta que si el solicitante es una organización o institución se aceptará "cualquier documento que la constituye bajo la ley del país en cuestión, así como cualquier documento fehaciente que establezca que uno de sus bienes "consagrado a la religión, la educación, las artes, las ciencias o la caridad, un

23 CPI, Sala de Primera Instancia I, 8 abril 2009, párrafo 51 (ICC-01/04-01/06).

24 CPI, Sala de Primera Instancia I, 8 abril 2009, párrafo 52 (ICC-01/04-01/06).

monumento histórico, un hospital o cualquier otro lugar u objeto utilizado con fines humanitarios ha sufrido daño directo", según lo dispuesto en la regla 85b"[25].

En este caso, no cabe hablar de víctimas indirectas porque la regla 85b) establece expresamente que se haya sufrido "daño directo".

III. LA PARTICIPACIÓN DE LAS VÍCTIMAS EN EL PROCESO ANTE LA CPI.

El art. 68.3 del ER dispone:

"La Corte permitirá, en las fases del juicio que considere conveniente, que se presenten y tengan en cuenta las opiniones y observaciones de las víctimas que vieren afectados sus intereses personales y de una manera que no redunden en detrimento de los derechos del acusado a un juicio justo e imparcial ni sean incompatibles con estos. Los representantes de las víctimas podrán presentar dichas opiniones y observaciones cuando la Corte lo considere conveniente y de conformidad con las reglas de procedimiento y prueba".

Este precepto reconoce con carácter general el derecho de participación de las víctimas en todas las fases del proceso y es desarrollado en otras disposiciones del ER, en las RPP y en los diferentes Reglamentos.

Como se manifiesta por la SPI III[26], atendiendo a lo establecido en el precepto citado, "las víctimas disfrutan del derecho reglamentario indiscutible de presentar sus opiniones y observaciones si sus intereses personales se ven afectados. Las limitaciones al citado derecho reglamentario autónomo serán interpretadas en el sentido estricto y en cumplimiento con el marco estatutario". A tal efecto, se determinan claramente los límites del derecho de las víctimas a presentar sus opiniones y observaciones, estipulando que se permitirá "de una manera que no redunde en detrimento de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni sea incompatible con éstos. La última instancia de esta disposición no es alterar el derecho de las víctimas a presentar sus opiniones y observaciones, el cual es indiscutible y autónomo, sino garantizar que las modalidades de participación no repercutan negativamente en la integridad del actual proceso penal, que las fases del procedimiento en las que participan las víctimas sean las convenientes y que no se vean afectados los derechos del acusado a un juicio justo e imparcial".

Por tanto, el reconocimiento de tal derecho supone que la Corte no puede denegar tal participación sin justificación alguna. A la Corte corresponde

25 CPI, Sala de Primera Instancia I, 18 enero 2007, párrafo 89 (ICC-01/04-01/06-1119).

26 CPI, Sala de Primera Instancia III, 23 febrero 2012, Opinión parcialmente disidente juez Sylvia Steiner, párrafos 12-23 (ICC-01/05-01/08-2140).

comprobar si concurren los presupuestos para autorizar su participación, así como decidir la forma y etapa en que podrá tener lugar.

Para el ejercicio de este derecho por las víctimas, resulta necesario que tengan conocimiento de la existencia del proceso y de las distintas actuaciones que se lleven a cabo durante su tramitación. De ahí la importancia de su notificación a las víctimas y a sus representantes legales [27].

En este sentido, se manifiesta que "teniendo en cuenta la regla 92 (3) y (8) del Reglamento, la regla 103 (1) del Reglamento de la Secretaría y las conclusiones de otras Salas de Cuestiones Preliminares de la Corte en casos anteriores, el Juez Único recuerda que el primer paso para permitir que las víctimas participen en el proceso en cumplimiento de la obligación impuesta en la Corte por el artículo 68 (3) del Estatuto es llevar a cabo actividades de divulgación sobre la labor de la Corte para quienes puedan verse afectados por el presente caso (…) Las actividades de divulgación serán realizadas por el Departamento de Información Pública y Sección de Documentación ("PIDS") en cooperación y estrecha coordinación con la Sección de Participación y Reparación de Víctimas ("VPRS"), y con la asistencia de la Unidad de Víctimas y Testigos ("VWU") en lo que respecta a cualquier protección medidas para las víctimas. Este enfoque permitirá que las dos secciones transmitan un mensaje coherente a las comunidades afectadas y evitar contradicciones que podría afectar la eficiencia del proceso de solicitud para participar en la actas"[28].

También tienen un papel fundamental en el ejercicio de su derecho a participar en el proceso, los representantes de las víctimas.

La regla 90.1 de las RPP establece que "la víctima podrá elegir libremente un representante legal". La SCP I[29] "da la máxima importancia a la posibilidad de que las víctimas sean representadas, ante todo, por una persona que han elegido según sus intereses y por sus propias razones". Se considera, por tanto, que corresponde, ante todo, a las víctimas identificar al representante legal.

Si hay más de una víctima, conforme a lo dispuesto en la regla 90.2 de las RPP y con el fin de asegurar la eficacia del procedimiento, la Sala "podrá pedir a todos o ciertos grupos de ellas, de ser necesario con la asistencia de la Secretaría, que

27 La norma 87 del Reglamento de la Corte se refiere a la información a las víctimas: "2. El Fiscal deberá informar al Secretario de su decisión de no abrir la investigación o de no proceder a un enjuiciamiento conforme a los párrafos 1 y 2 del artículo 53 respectivamente, y deberá proporcionarle toda la información pertinente para que el Secretario a su vez la notifique a las víctimas según se dispone en la subregla 2 de la regla 92". La regla 92 de las RPP regula la "Notificación a las víctimas y a sus representantes legales", estableciendo en su apartado 1 que "será aplicable a todas las actuaciones de la Corte (...)".

28 CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I, 24 mayo 2018, párrafos 11-12 (ICC-01 / 12-01 / 18-37).

29 CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I, 24 mayo 2018, párrafos 64-66-12 (ICC-01 / 12-01 / 18-37).

nombren uno o más representantes comunes". Además, "debe estar justificado por la necesidad de "garantizar la eficacia del proceso".

En este sentido, la SPI I[30] manifiesta que, "consciente, sin embargo, de que la aparición en persona de un gran número de víctimas podría tener consecuencias para la rapidez y la imparcialidad del procedimiento, y dado que las opiniones y preocupaciones comunes de las víctimas a veces pueden estar mejor expuestas por un representante legal común (por ejemplo, para la lingüística, la seguridad o circunstancias), la Sala de Primera Instancia decidirá por su cuenta iniciativa, ya sea a petición de una parte o de un participante, deba o no haya representación conjunta y presentación conjunta de puntos de vista y preocupaciones de los representantes legales en una etapa particular del procedimiento". No obstante, la SPI II señaló que "aunque las víctimas son libres de elegir un representante legal, este derecho está sujeto a importantes aspectos prácticos, limitaciones financieras, infraestructurales y logísticas a las que se enfrenta la Corte"[31].

En el supuesto en que las víctimas no pudieren elegir uno o más representantes comunes dentro del plazo que fije la Sala, conforme a la regla 90.3, "ésta podrá pedir al Secretario que lo haga". En este sentido la SCP I afirma: "Como último recurso, sólo si las víctimas no están en condiciones de elegir un legal común representante, la Cámara podrá imponer una o más representantes solicitando al Registro que los elija de acuerdo con artículo 90 (3) del Reglamento y artículo 79 del Reglamento de la Corte. El Juez Único entiende que esta opción se aplica cuando las víctimas no pueden llegar a un acuerdo. El Registro, por tanto, elegirá un representante legal común sólo si la falta de acuerdo está claramente establecida y comunicada a la Sala"[32].

En el caso de que la designación del representante común no se realice por las víctimas, la regla 90.4 de las RPP establece que la Sala y la Secretaría toman "todas las medidas que sean razonables para cerciorarse de que, en la selección de los representantes comunes, están representados los distintos intereses de las víctimas (..) y se eviten conflictos de intereses. Además, conforme a la regla 90.5 de las Reglas, si carecen de medios necesarios para pagar al representante legal elegido, "podrá recibir asistencia de la Secretaría, incluso, según apropiada, asistencia financiera".

1. Presupuestos.

El derecho de participación de las víctimas en el proceso ante la CPI es un derecho de configuración legal por lo que su ejercicio se encuentra condicionado

30 CPI, Sala de Primera Instancia I, 18 enero 2007, párrafos 116,123,124 y 125 (ICC-01/04-01/06-1119).

31 CPI, Sala de Primera Instancia II, 22 julio 2009, párrafo 11 (ICC-01/04-01/07-1328).

32 CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I, 24 mayo 2018, párrafo 66 (ICC-01 / 12-01 / 18-37).

por la concurrencia de determinados presupuestos. Prueba de ello es que la regla 89.2 de las RPP dispone: "La Sala, de oficio o previa solicitud del Fiscal o de la defensa, podrá rechazar la solicitud si considera que no ha sido presentada por una víctima o que no ha cumplido los criterios establecidos en el párrafo 3 del art. 68. Las víctimas cuya solicitud haya sido rechazada podrán presentar una nueva solicitud en la etapa ulterior de las actuaciones".

Los presupuestos para autorizar la participación de las víctimas en el proceso son los siguientes: tener reconocida la condición de víctima; que resulten afectados intereses personales de la víctima; que su participación no redunde en detrimento de los derechos del acusado a un juicio justo e imparcial; que se solicite autorización a la Sala de la Corte Penal competente para conocer de la fase del proceso en que se pretende intervenir.

1º.- Tener reconocida la condición de víctima.

El primer criterio que se examina es el reconocimiento de la condición de víctima. En el apartado anterior ya hemos tratado las circunstancias que deben concurrir para ser considerada víctima. Se plantea si resulta necesario acreditar tal condición cada vez que se solicita intervenir en las distintas etapas de un mismo procedimiento. La SA ha manifestado que, "en circunstancias en las que ya se haya concedido a las víctimas autorización para participar en las actuaciones ante la Sala de Cuestiones Preliminares, no indagaría su condición de víctima, pero pasará a la siguiente etapa de su investigación, a saber, la cuestión de si sus intereses personales se ven afectados"[33] por la etapa del proceso en la que se solicita su participación. Viene, pues, a exigir la acreditación de la condición de víctima tan sólo la primera vez que se solicita la participación en el proceso.

En la decisión anterior se incluye una opinión separada y parcialmente disidente que afirma que "las víctimas que hayan participado en el proceso que dio lugar a una apelación no es necesario presentar una nueva solicitud para participar. Más bien, pueden presentar directamente una respuesta al documento en apoyo de la apelación. Esta interpretación es más respaldada por la norma 86 (8) del Reglamento de la Corte que establece que "las decisiones adoptadas por una Sala conforme a la regla 89 se aplicarán durante toda la tramitación de la misma causa, con sujeción a la facultad otorgada a la Sala pertinente por la subregla 1 de la regla 91". Esta disposición se basa en el supuesto de que las decisiones relativas a la participación de las víctimas se aplicarán durante todo el proceso, evitando

33 CPI, Sala de Apelaciones, 16 mayo 2008, párrafo 37 (ICC-01/04-01/06 OA 9 and OA 10).

así menos determinaciones innecesarias del estatus y derechos de participación de las víctimas"[34].

2º.- Los intereses personales de las víctimas resulten afectados.

El art. 68.3 del ER dispone:

"La Corte permitirá, en las fases del juicio que considere conveniente, que se presenten y tengan en cuenta las opiniones y observaciones de las víctimas que vieren afectados sus intereses personales (…)".

Por tanto, para participar en un procedimiento ante la Corte, los intereses personales de la víctima como tal, deben verse afectados. Las víctimas deberán justificar en su solicitud que sus intereses personales resultan afectados y cómo.

Con relación a los intereses personales cabe destacar lo manifestado por la SA[35]:

a) Las víctimas tienen muchos y variados intereses, pero para poder participar es necesario que estén relacionados con las cuestiones que se plantean en esa etapa del procedimiento.

b) Los intereses generales de las víctimas son muy variados: obtener reparación, ser autorizados a presentar puntos de vista y observaciones, participar en la verificación de los hechos y establecer la verdad, garantizar que su dignidad no se vea violada durante el juicio y que se ponga en peligro su seguridad, que se le reconozca como víctima en el contexto del caso, etc. Como crímenes internacionales puede haber víctimas directas e indirectas. En este contexto, la Sala velará porque las víctimas puedan debidamente tener acceso a la justicia y deberá tener en cuenta las diferentes necesidades e intereses especiales de las víctimas y grupos de víctimas.

c) La participación de la víctima no está motivada por único interés de obtener reparaciones. El concepto de interés personal debe entenderse en un sentido relativamente amplio.

d) En cuanto al estándar probatorio que debe aplicarse para autorizar la participación de las víctimas, el Estatuto de Roma y el Reglamento de Procedimiento y Prueba no prevé ninguna norma al respecto. Afirma la SA que sería absurdo que la Cámara procediera a una evaluación exhaustiva de la credibilidad o fiabilidad

34 CPI, Sala de Apelaciones, 18 enero 2007. Opinión separada y parcialmente disidente del Juez Sang-Hyun Song y razones para disentir de la orden de la Sala de Apelaciones del 20 de marzo de 2008, párrafo 4.

35 CPI, Sala de Apelaciones, 18 enero 2007, párrafos 97, 98 y 99 (ICC -01/04-01/06).

de una afirmación antes del comienzo del juicio. En consecuencia, la Sala se contentará con verificar si existen, prima facie, motivos creíbles para sugerir que la demandante sufrió un daño como consecuencia de la comisión de un delito en el ámbito de la jurisdicción de la Corte. La Sala de Primera Instancia evaluará la realidad del necesario vínculo respecto de la información facilitada en el formulario de solicitud de la víctima y en sus declaraciones (si éstas están disponibles).

3º.- Derecho del acusado a un juicio justo e imparcial.

El art. 68.3 del ER establece que "la Corte permitirá en las fases del juicio que considere conveniente, que se presenten y tengan en cuenta las opiniones y observaciones de las víctimas que vieren afectados sus intereses personales y de una manera que no redunde en detrimento de los derechos del acusado a un juicio justo e imparcial ni sea incompatible con estos".

Como afirma la SA, "incluso cuando los intereses personales de las víctimas se vean afectados en el sentido del art. 68.3 del ER, la Corte aún está obligada, por los términos expresos de ese artículo, a determinar que es apropiado que sus puntos de vista y preocupaciones sean presentados en esa etapa del procedimiento y garantizar que cualquier participación se produzca de una manera que no sea perjudicial o incompatible con los derechos del acusado a un juicio justo e imparcial"[36].

Por tanto, el derecho de las víctimas a participar debe ejercerse sin que perjudique ni sea incompatible con los derechos del acusado, tiene como límite el respeto a los derechos de acusado.

La forma de presentación de las opiniones y observaciones de las víctimas está sujeta a una condición importante: "no debe ser incompatible con a) los derechos del acusado y b) un juicio justo e imparcial. Esta es siempre una consideración relevante para la determinación de la idoneidad de la etapa en la que tales puntos de vista e inquietudes pueden ser presentados" [37].

La participación de las víctimas en el proceso "no es, en sí misma, incompatible con los derechos que el artículo 67 confiere al imputado. Tanto los derechos de las víctimas como los de los acusados están ampliamente protegidos por el Estatuto. Además, muchos sistemas legales líderes han logrado integrar la participación de las víctimas en sus procesos garantizando el derecho de los acusados a un juicio justo y rápido. En consecuencia, corresponde a la Sala de Primera Instancia siempre asegurar que el tiempo y términos deseados en la solicitud de participación de una

36 CPI, Sala de Apelaciones, 13 junio 2007, párrafo 28 (ICC-01/04-01/06 OA8).

37 CPI, Sala de Apelaciones, 13 junio 2007, Opinión separada del juez Georghios M. Pikis, párrafo 17 (ICC-01/04-01/06 OA8).

víctima en el proceso no vulneren los derechos consagrados en el artículo 67, y que el acusado reciba un juicio justo y rápido cuyo campo no exceda el marco fijado por las cargas que han sido sostenidas contra él"[38]. Respecto a la necesidad de solicitar autorización para participar en una etapa determinada del procedimiento (por ejemplo, la audiencia a un testigo particular o los debates relativos a una determinada cuestión de derecho o a una determinada prueba), después de haber sido autorizado inicialmente por la SPI a participar en el proceso, se señala que "podría crear una tendencia a los retrasos y la inseguridad legal porque aboga por un sistema en el que cada solicitud debe ser evaluada caso por caso para cada hecho procesal"[39].

Por tanto, es también una consideración relevante para determinar la idoneidad de la etapa en la que las víctimas pueden presentar sus puntos de vista y preocupaciones, los derechos de acusado, definidos en el art. 67 del ER. Entre los derechos del acusado, interesa destacar, a estos efectos: el derecho a ser informado, a disponer de tiempo y de los medios adecuados para preparar su defensa y a ser juzgado sin dilaciones indebida.

Con relación al derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas, afirma la Sala que "es claro que las víctimas tienen derecho a participar directamente en el proceso, (…) es consciente, sin embargo, de que la comparecencia personal de un gran número de víctimas podría afectar a la celeridad y equidad de los procedimientos y dado que los puntos de vista y preocupaciones comunes de las víctimas a veces pueden ser mejor presentados por un representante común, la Sala de Primera Instancia decidirá de oficio, o a petición de parte o participante, si debe existir una representación conjunta de las opiniones y preocupaciones de los representantes legales en cualquier etapa del proceso"[40]. Como afirma la SPI I "es poco probable que las contribuciones personales de unas pocas víctimas tengan el mismo impacto en el procedimiento que cuando un gran número de víctimas desea expresar sus opiniones y observaciones de forma individual. Como ejemplo extremo, si todas las víctimas que participan en esta causa (94) buscaran presentar sus opiniones y observaciones, dependiendo siempre de las circunstancias de sus intervenciones, esto podría ser contradictorio con un juicio justo para el acusado. En consecuencia, será necesario que la Sala considere las solicitudes de acuerdo con los méritos individuales, equilibrando una gran variedad de factores que incluyen los requisitos y circunstancias del juicio en su conjunto" [41].

38 CPI, Sala de Apelaciones, 18 enero 2007, Opinión separada y disidente del juez René Blattmann, párrafos 26 y 27 (ICC-01/04-01/06).

39 CPI, Sala de Primera Instancia I, 18 enero 2007. Opinión separada y disidente del juez René Blattmann, párrafo 31 (ICC-01/04-01/06).

40 CPI, Sala de Primera Instancia I, 18 enero 2007, párrafo 116 (ICC-01/04-01/06-1119).

41 CPI, Sala de Primera Instancia, 9 julio 2009, párrafo 27 (ICC-01/04-01/06-2032-Anx).

Destaca la Sala que "ésta es un área en la que los representantes legales tienen un papel crucial: es de indudable importancia que las víctimas participantes reciban un asesoramiento cuidado y exhaustivo en cuanto a la forma más conveniente que pueden participar en el proceso (…) La Sala espera "que los Representantes legales den un asesoramiento detallado y cuidadoso sobre este tema, y considerará comunicaciones orales en el momento oportuno. Aunque en principio estas víctimas participantes pueden solicitar la oportunidad de presentar sus opiniones y observaciones en persona sobre cuestiones como el daño que han experimentado individualmente y el enforque que debe aportarse para las reparaciones, puede ser más apropiado que cualquier comunicado adicional (que puede incluir cuestiones jurídicas complejas) sea hecho por sus Representantes legales. Sin embargo, la Sala abordará la situación de cada víctima después de que hayan presentado sus pruebas, una vez que las circunstancias individuales y los detalles de las solicitudes de cada una de estas tres víctimas participantes estén claras. En este momento la Sala determinará, en su caso, cuándo y por quién las opiniones y observaciones deben ser presentadas, teniendo en cuenta la situación de las víctimas y la necesidad de garantizar que el juicio del acusado sea justo'"[42].

4º.- Solicitud para participar.

Las víctimas que quieran participar en el proceso ante la CPI deberán solicitar la correspondiente autorización. La solicitud deberá incluir qué intereses personales y cómo se ven afectados y por qué deben ser autorizados para presentar sus puntos de vista y observaciones. La solicitud deberá presentarse cada vez que pretenda participar en una actuación o etapa del procedimiento, debiendo alegar que sus intereses se ven afectadas por dicha actuación o etapa, en particular. En este sentido, la SPI[43] manifiesta que después de haber sido autorizado inicialmente, "la víctima que posteriormente desee participar en una etapa determinada de este procedimiento (por ejemplo, la audiencia de un testigo particular, los debates relativos a una determinada cuestión de derecho o a una determinada prueba) establecerá, en una solicitud por escrito separada, las razones por las cuales sus intereses se ven afectados por la prueba o por las cuestiones planteadas, así como la naturaleza y alcance de la participación que se solicita".

El procedimiento para ello está regulado en la regla 89 RP, la norma 86 del Reglamento de la CPI y las normas 104 a 111 del Reglamento Secretaría. Conforme al art. 89.1 del ER: "Las víctimas, para formular sus opiniones y observaciones, deberán presentar solicitud escrita al Secretario, que la transmitirá a la Sala que corresponda. Con sujeción a lo dispuesto en el Estatuto, en particular en el párrafo 1 del artículo 68, la Sala proporcionará una copia de la solicitud al Fiscal

42 CPI, Sala Primera Instancia I, 9 julio 2009, párrafo 27 (ICC-01/04-01/06-2032-Anx).

43 CPI, Sala de Primera Instancia I, 8 enero 2007, párrafo 96 (ICC-01/04-01/06).

y a la defensa, que tendrán derecho a responder en un plazo que fijará la propia Sala. Con sujeción a lo dispuesto en la subregla 2 la Sala especificará entonces las actuaciones y la forma en que se considerará procedente la participación, que podrá comprender la formulación de alegatos iniciales y finales".

Con la finalidad de facilitar la presentación de la solicitud, conforme a lo dispuesto en la norma 86 del Reglamento de la Corte, el Secretario elaborará un modelo tipo que se pondrá a disposición de las víctimas, los grupos de víctimas y las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales que puedan colaborar en su difusión de la manera más amplia posible. Aunque no es preceptiva la utilización de este modelo, el mismo precepto establece que "en la medida de lo posible las víctimas utilizarán estos modelos tipo".

La Corte, a la hora de determinar la adecuación de la solicitud, tiene en cuenta las circunstancias del caso y se aprecia cierta flexibilidad en su exigencia. Ya lo hemos podido comprobar anteriormente con relación a la acreditación de la identidad de la víctima, y en la misma línea se pronuncia respecto a la determinación de la fecha y la ubicación del delito.

La cuestión que se plantea es, ¿puede una solicitud de participación considerarse completa si, en lugar de la fecha exacta en la que se cometió el delito, incluye información sobre el contexto en el que debe haber ocurrido el delito o plazos menos precisos?

El Juez Único[44] se remite a la regla 89 del Reglamento y al art. 86 (2) del Reglamento de la Corte y señala que esta información debe incluirse en el formulario "en la medida de lo posible" y que, por lo tanto, no es una condición *sine qua non*, que cuando las víctimas tengan dificultades para dar una fecha precisa para los delitos alegados, se debe tener en cuenta su situación personal y en la medida de lo posible, se han hecho concesiones para ello. La omisión de información no tiene por qué resultar automáticamente en el rechazo de una solicitud de participación.

En este sentido, la SCP I manifiesta que "en los casos en que la víctima que presenta una solicitud tenga dificultades para proporcionar una fecha precisa de los hechos alegados, deberá proporcionar información relativa al contexto general en el que ocurrieron los supuestos hechos para fundamentar la denuncia de que ocurrieron dentro del marco temporal del presente caso. Las víctimas deben proporcionar información suficiente que, en su conjunto, respalda la conclusión de que la solicitud de participación recae dentro del marco de tiempo del caso (…)"[45].

44 CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I, 8 octubre 2018, párrafos 19-20 (ICC-01/12-01/18).

45 CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I, 8 octubre 2018, párrafo 22 (ICC-01/12-01/18).

En el mismo sentido se pronuncia la Sala[46] cuando la víctima que presenta la solicitud encuentra difícil dar una ubicación precisa de los supuestos hechos. El juez único se refiere al art. 86(2) del RC, que establece que las solicitudes de participar deben contener una descripción del incidente que hizo que la víctima sufriera daños, incluida su ubicación. Al igual que con la fecha del crimen, "debe proporcionar información sobre el contexto general de los supuestos actos como medio para fundamentar la alegación de que se produjeron dentro del ámbito geográfico del presente caso. Las víctimas deben proporcionar información que, considerada en su totalidad, sea suficiente para respaldar la conclusión de que la solicitud de participación se enmarca en el alcance geográfico del caso".

Respecto al derecho de las partes a responder a las solicitudes de las víctimas, establecido en la regla 89 (1) de las Reglas, como afirma la SCP I[47], no es absoluto. La regla 89 (1) ER establece que la trasmisión de las solicitudes de las víctimas a las partes, y su derecho a contestarlas, está "sujeta a disposiciones del Estatuto, en particular al artículo 68, párrafo 1 […]. Al respecto, la Sala observa: i) la obligación de la Corte en virtud del art. 68 (1) ER de proteger la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y privacidad de las víctimas". Además, se considera que, dado que es previsible que elevado número de víctimas presenten solicitudes, ralentizará significativamente los procedimientos si se permitiera alegaciones de las partes sobre todas las solicitudes de participación. Se establece un sistema consistente en limitar las solicitudes que se trasladan a las partes, reduciéndose a aquéllas que plantean problemas de evaluación. Permite procedimientos expeditos, redunda en interés de las víctimas, en la medida en que permite que mayor número de víctimas solicite participar; y también redunda en beneficio de la persona acusada en cuanto que garantiza su derecho a ser juzgado en un plazo razonable[48]. Las solicitudes deben ser evaluadas caso por caso sobre la base de su intrínseca coherencia, teniendo en cuenta cualquier información aportación.

2. Formas de participación.

Conforme a la regla 89.1 RPP, recibida la solicitud, "la Sala especificará entonces las actuaciones y la forma en que se considerará procedente la participación, que podrá comprender la formulación de alegatos iniciales y finales".

Del Estatuto, Reglas y resoluciones de la CPI cabe extraer que las víctimas pueden, con carácter general: participar en audiencias, como en la audiencia de confirmación de cargos y en el juicio; presentar alegaciones, formular peticiones; interrogar a los testigos, peritos y al acusado; acceder a los documentos del

46 CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I, 20 marzo 2019, párrafo 57 (ICC-01/12-01/18).

47 CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I, 24 mayo 2018, párrafo 61 (ICC-01/12-01/18).

48 CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I , 24 mayo 2018, párrafo 62 (ICC-01/12-01/18).

proceso excepto a los clasificados como confidenciales para las partes; consultar el archivo del proceso sujeto, en su caso, a las restricciones que garantizan la confidencialidad y protección de la información, afectando a la seguridad nacional; presentar pruebas; presentar observaciones sobre la admisibilidad o pertinencia de las pruebas; acceder a las transcripciones de las vistas, con sujeción a las restricciones relativas a la confidencialidad y a la protección de la información relativa a la seguridad nacional.

Se considera que "la participación de las víctimas en forma escrita será probablemente una de las modalidades de participación más utilizadas. Esto no significa, sin embargo, que la participación oral de éstas deba excluirse, en efecto, la subregla 1 de la regla 89 expresamente prevé que la posibilidad de que las víctimas formulen alegatos iniciales y finales"[49].

A) Fase previa al inicio de la investigación.

El inicio y desarrollo de la investigación corresponde en principio a la Fiscalía de la CPI, bajo la supervisión de la SCP. Tanto la decisión de no iniciar la investigación como de iniciarla, es supervisada por la SCP.

La apertura de la investigación puede acordarse por el Fiscal, de oficio o bien a instancia de un Estado Parte o del Consejo de Seguridad.

Respecto a la iniciación de oficio, como establece el art. 15.1 del ER, "podrá iniciar de oficio una investigación sobre la base de información acerca de un crimen de la competencia de la Corte". Esa información puede haberla obtenido de las víctimas, siendo posible que el Fiscal les solicite información sobre la situación. Esta última posibilidad cabe deducirla de lo previsto en el art. 15.2 del ER: "El Fiscal analizará la veracidad de la información recibida. Con tal fin, podrá recabar más información de los Estados, los órganos de Naciones Unidas, las organizaciones intergubernamentales o no gubernamentales y otras fuentes fidedignas que considere apropiadas y podrá recibir testimonios escritos u orales en la sede de la Corte".

El Fiscal tras analizar la veracidad de la información recibida puede decidir iniciar o no la investigación. En este sentido, el art. 53.1 del ER establece que "el Fiscal, después de evaluar la información de que disponga iniciará una investigación a menos que determine que no existe fundamento razonable para proceder a ello con arreglo al presente Estatuto". Siguiendo lo establecido en el mismo precepto, el Fiscal examinará: "a) Si la información de que dispone constituye fundamento

49 Bitti, G. y Salinas Cerda, A.: "La participación de las víctimas en los procedimientos ante la Corte Penal Internacional", en AA.VV., *Participación de las víctimas en la Ley de Justicia y Paz y la Corte Penal Internacional* (coord. C. López Díaz), Agencia de Cooperación Internacional Alemana, Bogotá, 2011.

razonable para creer que se ha cometido o se está cometiendo un crimen competencia de la Corte; b) Si la causa es o sería admisible de conformidad con el art. 17 del ER[50]; c) Si existen razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia".

Resulta necesario distinguir dos posibles situaciones:

1ª.- Que el Fiscal decida no abrir la investigación.

Tal decisión debe ponerse en conocimiento de las víctimas a fin de que puedan solicitar autorización para participar presentando observaciones, aportando nuevos hechos o nuevas informaciones. Así cabe deducirlo del art. 15.6 del ER al establecer: "Si, después del examen preliminar a que se refieren los párrafos 1 y 2, el Fiscal llega a la conclusión de que la información presentada no constituye fundamento suficiente para una investigación, informará de ello a quienes la hubieren presentado. Ello no impedirá que el Fiscal examine a la luz de hechos o pruebas nuevos, otra información que reciba en relación con la misma situación". También se reconoce en la regla 92.2 de las RRPP: "A fin de que las víctimas puedan pedir autorización para participar en las actuaciones de conformidad con la regla 89, la Corte les notificará la decisión del Fiscal de no abrir una investigación o no proceder al enjuiciamiento de conformidad con el art. 53 (…)". El art. 53.1 del ER limita la notificación a "las víctimas o sus representantes legales que hayan participado ya en las actuaciones o, en la medida de lo posible, quienes se hayan puesto en contacto con la Corte en relación con la situación o la causa de que se trate. La Sala podrá decretar que se tomen las medidas indicadas en la subregla 8[51] si lo considera adecuado en las circunstancias del caso". Entendemos que, dado el momento en que se produce, la notificación se realizará a quienes se han puesto en contacto con la Corte en relación con la situación de que se trate.

El Fiscal, además, conforme a lo dispuesto en el art. 53.2 del ER, "notificará su conclusión motivada a la Sala de Cuestiones Preliminares y al Estado que ha

50 Art. 17 del ER: "1. La Corte teniendo en cuenta el décimo párrafo del preámbulo y el artículo 1, resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando: a) El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo; b) El asunto haya sido objeto de investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo; c) La persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia, y la Corte no pueda adelantar el juicio con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 20; d) El asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte".

51 Regla 92 subregla 8 de las RPP: "En el caso de la notificación a que se hace referencia en la subregla 3 o cuando lo pida una Sala, el Secretario adoptará las medidas que sean necesarias para dar publicidad suficiente a las actuaciones. En ese contexto, el Secretario podrá recabar de conformidad con la Parte IX la cooperación de los Estados Partes que corresponda y la asistencia de organizaciones intergubernamentales".

remitido el asunto de conformidad con el art. 14 o al Consejo de Seguridad si se trata de un caso previsto en el párrafo b del art. 13".

La decisión del Fiscal de no abrir la investigación podrá ser revisada por la SCP, de oficio o a instancia de parte. La revisión a instancia de parte viene prevista en el art. 53.3a) del ER: "A petición del Estado que haya remitido el asunto con arreglo al artículo 14 o del Consejo de Seguridad de conformidad con el párrafo b) del artículo 13, la Sala de Cuestiones Preliminares podrá examinar la decisión del Fiscal de no proceder a la investigación de conformidad con el párrafo 1 o el párrafo 2 y pedir al Fiscal que reconsidere esa decisión". A la posibilidad de revisión de oficio se refiere el art. 53.3b) del ER: "Además, la Sala de Cuestiones Preliminares podrá de oficio revisar una decisión del Fiscal de no proceder a la investigación si dicha decisión se basare únicamente en el párrafo 1 c)[52] o en el párrafo 2c)[53]. En ese caso, la decisión del Fiscal únicamente surtiría efecto si es confirmada por la SCP".

Es posible que las víctimas participen a instancia de la SCP, la regla 103.1 de la RPP dispone: "1. La Sala, si lo considera conveniente para una determinación adecuada de la causa, podrá en cualquier etapa del procedimiento invitar o autorizar a un Estado, a una organización o a una persona a que presente, por escrito u oralmente, observaciones acerca de cualquier cuestión que la Sala considere procedente". Entendemos que al referirse a cualquier persona podemos considerar incluidas las víctimas.

También se prevé la posibilidad de participación de las víctimas en el supuesto en que la decisión de no abrir la investigación se funde en la falta de competencia o admisibilidad. El art. 19.3 del ER dispone que: "El Fiscal podrá pedir a la Corte que se pronuncie sobre una cuestión de competencia o de admisibilidad. En las actuaciones relativas a la competencia o la admisibilidad, podrán presentar asimismo observaciones a la Corte quienes hayan remitido la situación de conformidad con el artículo 13 y las víctimas".

Por tanto, las víctimas tendrán oportunidad de formular observaciones con relación a la decisión del Fiscal de no abrir la investigación dependiendo de que el Estado que ha remitido al Fiscal la información o el Consejo de Seguridad soliciten su revisión, o bien la acuerde de oficio la SCP.

En el supuesto de revisión a instancia de parte[54], si la SCP pide al Fiscal que reconsidere, parcial o totalmente, su decisión de no iniciar una investigación, éste

52 Art. 53.1c) del ER: "c) Existen razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia".

53 Art. 53.2c) del ER: "c) El enjuiciamiento no redundaría en interés de la justicia, teniendo en cuenta todas las circunstancias, entre ellas la gravedad del crimen, los intereses de las víctimas y la edad o enfermedad del presunto autor y su participación en el presunto crimen (…)".

54 Reglas 107 y 108 de las RPP.

deberá hacerlo lo antes posible. La decisión definitiva se comunicará por escrito a la SCP y a quienes hayan participado en la reconsideración. En el caso de que hayan intervenido víctimas se pondrá en conocimiento de las mismas.

Cuando la revisión se haya llevado a cabo de oficio[55], la decisión de la SCP será comunicada a quienes hayan participado en la revisión, incluyendo por tanto a las víctimas que hubiesen formulado observaciones. Si la SCP no confirma la decisión del Fiscal, éste deberá iniciar la investigación.

2ª.- Que el Fiscal decida abrir la investigación.

Si el Fiscal concluye que existe fundamento suficiente para abrir la investigación, conforme al art. 15.3 del ER, "presentará a la Sala de Cuestiones Preliminares una petición de autorización para ello, junto con la documentación justificativa que ha reunido". Prevé el mismo precepto que, en este caso, "las víctimas podrán presentar observaciones a la Sala de Cuestiones Preliminares, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba".

Por lo tanto, para abrir la fase de investigación, el Fiscal debe tener la autorización de la SCP[56]. En este momento, se prevé la participación de las víctimas, pudiendo presentar observaciones ante la SCP. Tales observaciones, conforme a la regla 50.3 de las RPP se presentarán "por escrito" y "dentro del plazo fijado en el Reglamento[57]".

Para que las víctimas puedan solicitar su intervención es necesario tener conocimiento de las actuaciones. Por ello, la regla 50.1 del RPP establece que "el Fiscal, cuando se proponga recabar la autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares para iniciar la investigación de conformidad con el párrafo 3 del artículo 15, lo comunicará a las víctimas de las que él o la Dependencia de Víctimas y Testigos tenga conocimiento o a sus representantes legales, a menos que decida que puede poner en peligro la integridad de la investigación o la vida o los bienes de las víctimas y los testigos". Con la finalidad de dar la mayor publicidad posible, "el Fiscal podrá también recurrir a medios generales a fin de dar aviso a grupos de víctimas si llegase a la conclusión de que, en las circunstancias especiales del caso, ello no pondría en peligro la integridad o la realización efectiva de la investigación ni la seguridad y el bienestar de las víctimas o testigos", pudiendo recabar para ello

55 Reglas 109 y 110 de las RPP.

56 El art. 15.5 del ER dispone que "La negativa de la Sala de Cuestiones Preliminares a autorizar la investigación no impedirá que el Fiscal presente ulteriormente otra petición basada en nuevos hechos o pruebas, relacionados con la misma causa".

57 La Regla 50.1 del Reglamento de la Corte establece: "1. El plazo para que las víctimas presenten observaciones conforme al párrafo 3 del artículo 15 y la subregla 3 de la regla 50 será de 30 días a partir de la presentación de la información conforme a la subregla 1 de la regla 50".

la asistencia de la Dependencia de Víctimas y Testigos, según corresponda, tal y como establece la misma regla 50 de las RPP.

Por su parte, la SCP podrá, al decidir el procedimiento a seguir, solicitar información adicional a "cualquiera de las víctimas que haya presentado observaciones y, si lo considera procedente, podrá celebrar una audiencia"[58].

La SCP resolverá de forma motivada, si autoriza en todo o parte la solicitud del Fiscal de iniciar la investigación. Tal decisión se notificará a las víctimas que hayan formulado observaciones[59].

B) Fase de investigación.

En la fase de investigación el Fiscal evaluará la veracidad de la información para determinar si procede el enjuiciamiento, pudiendo ampliar la investigación a todos los hechos y las pruebas que sean pertinentes, investigando todas las circunstancias, "tanto las circunstancias incriminantes como eximentes"[60]. Para ello, conforme a lo previsto en la regla 104.2 de las RPP, "el Fiscal podrá recabar información complementaria de Estados, órganos de las Naciones Unidas, organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales u otras fuentes fidedignas que estime adecuadas y podrá recibir declaraciones escritas u orales de testigos en la sede de la Corte. La práctica de este testimonio se regirá por el procedimiento descrito en la regla 47". Entendemos que también podrá solicitar información complementaria a las víctimas.

En esta fase, conforme al art. 54.1a del ER, también "adoptará las medidas adecuadas para asegurar la eficacia de la investigación y el enjuiciamiento de los crímenes competencia de la Corte".

Si evaluada toda la información obtenida, el Fiscal decide que no hay fundamento suficiente para proceder al enjuiciamiento, "lo notificará inmediatamente por escrito a la Sala de Cuestiones Preliminares, así como al Estado o Estados que hayan remitido la situación de conformidad con el artículo 14 o al Consejo de Seguridad si se trata de una de las situaciones previstas en el apartado b) del artículo 13"[61]. También se notificará a las víctimas, tal y como establece la regla 92.2 de las RPP: "A fin de que las víctimas puedan pedir autorización para participar en las actuaciones de conformidad con la regla 89, la Corte les notificará la decisión del Fiscal (…) de no proceder al enjuiciamiento de conformidad con el art. 53. Serán notificados las víctimas o sus representantes legales que hayan

58 Regla 50.4 de las RPP.

59 Regla 40.5 de las RPP.

60 Art. 54.1 del ER.

61 Regla 105.1 de las RPP.

participado ya en las actuaciones o, en la medida de lo posible, quienes se hayan puesto en contacto con la Corte en relación con la situación o la causa de que se trate (..)". La decisión del Fiscal contendrá la conclusión y sus razones. Tal decisión será revisable, siendo trasladable lo manifestado anteriormente con relación a la decisión de no abrir la investigación.

Respecto a la participación de las víctimas en la fase de investigación cabe destacar la distinta interpretación realizada por la SCP y la SA.

La SCP se ha manifestado en un sentido favorable y amplio respecto a su participación, manifestando:

"A la luz del contenido básico del derecho a ser oído establecido en el párrafo 3 del artículo 68 del Estatuto, las personas a las que se les ha otorgado el estatus de víctima están autorizadas, pese a que se esté llevando a cabo cualquier procedimiento específico en el marco de la investigación, a ser oídas por la Sala a fin de presentar sus opiniones y observaciones así como también a presentar documentos relativos a la investigación actual de la situación de la República Democrática del Congo. Con relación al artículo 68 (3), la Sala considera que impone una obligación a la Corte frente a las víctimas (..) El derecho a presentar sus puntos de vista e inquietudes y a aportar material relacionado con la investigación en curso se deriva del hecho de que los intereses personales de las víctimas se ven afectados porque es en esta etapa que los presuntos responsables de los delitos sufridos deben ser identificados como primer paso hacia su acusación. El estrecho vínculo entre los intereses personales de las víctimas y la investigación es aún más importante en el régimen establecido en el Estatuto de Roma dado el efecto que tal investigación puede tener en futuras órdenes de reparación de conformidad con el artículo 75 del Estatuto"[62] .

La SCP considera que: "a) la fase de investigación de una situación y la etapa de cuestiones preliminares de una causa son etapas convenientes del procedimiento para la participación de las víctimas conforme a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 68 del Estatuto, y b) por lo tanto es posible tener estatus de víctima autorizada a participar en actuaciones ante la Sala de Cuestiones Preliminares relacionadas con la situación o con la causa. Por otra parte, la Sala también sostiene que el párrafo 3 del artículo 68 del Estatuto otorga facultad discrecional a la Sala para determinar las modalidades de participación "de una manera que no redunde en detrimento de los derechos del acusado"[63].

62 CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I, 17 enero 2006, párrafos 71-12 (ICC-01/04-101).

63 CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I, 31 enero 2008, párrafo 5 (ICC-01/04-423-Corr); CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I, 14 diciembre 2007, párrafo 8 (ICC-02/05-111-Corr).

La Sala de Apelaciones[64] considera que las víctimas sólo pueden participar "en el contexto de procedimientos judiciales", en este sentido manifiesta que:

a) El párrafo 3 del artículo 68 del Estatuto correlaciona la participación de las víctimas con "las fases del juicio", un término que denota una causa judicial pendiente ante una Sala.

b) Una investigación no es un procedimiento judicial, sino una averiguación llevada a cabo por el Fiscal respecto de la comisión de un crimen con el fin de llevar ante la justicia a los que consideren responsables.

c) Las reglas 89[65], 91[66] y 92[67] de las Reglas de Procedimiento y Prueba, en las que se basó la Sala de Cuestiones Preliminares para apoyar la posición según la cual las víctimas pueden participar en la fase de investigación de una situación fuera del marco de un procedimiento judicial, lejos de apoyar la posición adoptada, la contradicen.

d) Manifiestamente, la competencia para la realización de las investigaciones corresponde al Fiscal.

e) El reconocimiento por la Sala de Cuestiones Preliminares de un derecho de las víctimas a participar en la investigación necesariamente configuraría una contravención del Estatuto al introducirle por vía interpretativa una facultad que está fuera de su ámbito y esfera de competencia.

f) En la estructura normativa del Estatuto hay amplio margen para que las víctimas y cualquier otra persona que tenga información pertinente la transmita al Fiscal sin que con carácter previo se le otorgue formalmente "un derecho general de participar".

g) La participación en virtud del párrafo 3 del articulo 68 del Estatuto está limitada a las actuaciones ante la Corte, y tiene la finalidad de otorgar a las víctimas una oportunidad para hacer oír sus opiniones y preocupaciones sobre los asuntos que afecten a sus intereses personales.

64 CPI, Sala de Apelaciones, 19 diciembre 2008, párrafos 43-52 y 55-59 (ICC-01/04-556-tsPA OA4 OA5 OA6); CPI, Sala de Apelaciones, 2 febrero 2009, párrafos 43-51 y 55-59 (ICC-02/05-177-tsPA OA OA2 OA3).

65 La regla 89 de las RPP está específicamente adaptada a las disposiciones del art. 68 del Estatuto y su objetivo es regular las medidas que deben adoptarse para que la víctima participe en un procedimiento judicial.

66 La regla 91 de las RPP reconoce que las victimas pueden participar por intermedio de un representante legal.

67 La regla 92 de las RPP se refiere a la notificación a las víctimas y a sus Representantes legales de las actuaciones judiciales en las que puedan tener interés en solicitar la participación y las decisiones que puedan afectarlas.

h) No se les equipara a partes en las actuaciones ante una Sala, restringiendo su participación a las cuestiones que surjan en dichas actuaciones y atañan sus intereses personales, y ello en las fases apropiadas y en una manera que no redunde en detrimento de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni sea incompatible con éstos.

i) La SCP "trata el párrafo 3 del artículo 68 del Estatuto como si fuera una disposición híbrida, que permitiera la participación de las víctimas en cualquier asunto regulado por el Estatuto, incluidas las investigaciones. Esta posición no puede encontrar justificación alguna con arreglo al Estatuto, las Reglas de Procedimiento y Prueba o el Reglamento de la Corte.

j) Las víctimas no están impedidas de solicitar que se les de participación en cualesquiera actuaciones judiciales que afecten a investigaciones, siempre que sus intereses personales se vean afectados por las cuestiones que hayan de ser objeto de resolución.

k) No se puede otorgar a las víctimas el estatus procesal de víctima que las faculte para participar con carácter general en la investigación.

La SA no niega la posibilidad de participación de las víctimas en la fase de investigación, siempre que se trate de actuaciones en las que haya una intervención judicial y no en las realizadas por el Fiscal de forma independiente. La SA[68] "reconoce que a las víctimas no se les puede conceder un derecho general a participar en la etapa de investigación de una situación. Sin embargo, las víctimas tienen derecho a participar en cualquier actuación judicial realizada en esta etapa, incluidas las diligencias que afecten a las investigaciones. La Cámara deberá por lo tanto no otorgar derechos de participación a las víctimas a menos que exista una actuación judicial en la cual podrían participar". Se prevén actuaciones judiciales que se pueden llevar a cabo en la etapa de situación como entre otras, la revisión por la SCP de la decisión del Fiscal de no proceder con una investigación o enjuiciamiento, de conformidad con el artículo 53 del Estatuto. La SA considera que las víctimas pueden participar en tales procedimientos si demuestran que sus intereses personales se ven afectados y de esta manera reconoce su participación también en la etapa de investigación de una situación.

C) Fase de confirmación de cargos.

En esta fase, conforme dispone el art. 61 del ER, se trata de ratificar los cargos "sobre la base de los cuales el Fiscal tiene la intención de pedir el procesamiento". Para ello, tras la entrega del imputado o su comparecencia voluntaria, la SCP

68 CPI, Sala de Apelaciones, 11 abril 2011, párrafo 910 (ICC-01/04-593).

convocará una audiencia que se celebrará en presencia del Fiscal y del imputado, así como de su defensor.

Esta fase comprende la audiencia de confirmación de cargos así como una serie de actuaciones previas, entre ellas, tal y como prevé la regla 121 de las RPP: la celebración de una comparecencia en la que se fija la fecha de la audiencia y se dispondrá que se dé la publicidad adecuada a esa fecha; el Fiscal pondrá las pruebas y la información que obre en su poder en conocimiento de quien haya sido objeto de una orden de detención o de comparecencia; el Fiscal proporcionará a la SCP y al imputado una descripción detallada de los cargos, junto con una lista de las pruebas que tenga la intención de presentar en la audiencia; el imputado entregará una lista de las pruebas que tenga la intención de presentar en la audiencia; el Secretario constituirá y mantendrá un expediente de las actuaciones ante la Sala de Cuestiones Preliminares, que incluirá todos los documentos transmitidos a la Sala de conformidad con la presente regla.

En esta fase, las víctimas tienen reconocidos los siguientes derechos:

1. Derecho a ser informadas.

Con sujeción a las restricciones relativas a la confidencialidad y a la protección de información que afecte a la seguridad nacional, la misma regla 121 de las RPP reconoce a las víctimas o representantes legales que participen en las actuaciones, el derecho a poder consultar el expediente. En esta línea, se reconoce por la SCP III[69] que los representantes legales de las víctimas reconocidas como participantes en el procedimiento deben tener acceso a las transcripciones de la parte pública, no sólo de la audiencia de confirmación de los cargos sino también de las audiencias públicas y reuniones con las partes celebradas previamente. En el caso de que la Sala decida celebrar partes de la audiencia a puerta cerrada o *ex parte*, se reserva su posición de conceder o no el derecho a acceder a estas transcripciones a los representantes legales de las víctimas. Asimismo, se les debe notificar todas las decisiones públicas y documentos presentados a partir de la fecha de su reconocimiento para participar en el procedimiento. Además, incluye el derecho a que se les notifique a tiempo la celebración de la audiencia de confirmación cargos, cualquier aplazamiento de ésta, así como la fecha de la adopción de la decisión[70].

2. Derecho a participar en la audiencia de confirmación de cargos.

69 CPI, Sala Cuestiones Preliminares III, 12 diciembre 2008, párrafos 101-107 (ICC-01/05-01/08-320); CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I, 6 octubre 2009, párrafos 11-20 y 25 (ICC-02/05-02/09-136); CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I, 29 octubre 2010, párrafos 58-68 (ICC-02/05-03/09-89); CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I, 17 noviembre 2010, párrafo 8 (ICC-02/05-03/09-103).

70 CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I, 22 septiembre 2006, párrafo 5 (ICC-01/04-01/06-462); CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I, 6 octubre 2009, párrafos 16-20 (ICC-02/05-02/09-136).

El art. 61 del ER establece que la audiencia de confirmación de cargos "se celebrará en presencia del Fiscal y del imputado, así como de su defensor". En principio, no prevé que asistan las víctimas o sus representantes legales. No obstante, de la subregla 3 de la regla 92 de RPP se deduce la posibilidad de participar en la misma, al establecer: "A fin de que las víctimas puedan pedir autorización para participar en las actuaciones de conformidad con la regla 89, la Corte les notificará su decisión de celebrar una audiencia para confirmar los cargos de conformidad con el art. 61. Se notificará a las víctimas o a sus representantes legales, que hayan ya participado en las actuaciones o, en la medida de la posible, a quienes se hayan puesto en contacto con la Corte en relación con la causa de que se trate". En este sentido, la SCP I reconoce a las víctimas el derecho a "presentar observaciones sobre todas las cuestiones relacionadas con la admisibilidad y valor probatorio de las pruebas en las cuales la Fiscalía y la Defensa tienen intención de basarse durante la audiencia de confirmación de los cargos y a examinar tales pruebas en la audiencia de confirmación de cargos"[71]. El contenido de su intervención está limitado, afirmándose que "cualquier derecho de las víctimas a participar en el debate parlamentario celebrado en la audiencia de confirmación de cargos debe ser sujeto a una prohibición absoluta de ampliar la base fáctica contenida en el documento de la Fiscalía en que se formulan los cargos. La misma limitación no se aplica en relación con la tipificación jurídica de los hechos contenidos en el documento de acusación de la Fiscalía, en la medida en que la Sala puede, de conformidad con el párrafo 7 del artículo 61, aplazar la audiencia y pedir al Fiscal que considere modificar la tipificación jurídica de tales hechos, si considera que las pruebas presentadas parecen indicar la comisión de un crimen distinto"[72].

3. Derecho a interrogar a los testigos.

Las víctimas podrán, en la audiencia previa de confirmación de cargos, interrogar a los testigos salvo aquellas que solicitaron que su identidad no fuera pública, es decir, las víctimas anónimas. Afirma la SCP I que el derecho de participación "incluye el derecho a interrogar a cualquier testigo presentado por la Fiscalía y la Defensa en la audiencia de confirmación de cargos, ya que esto es parte del debate probatorio que se lleva a cabo en la audiencia de confirmación de cargos. El interrogatorio de los testigos por aquellos a los que se les ha otorgado el estatuto procesal de víctima debería llevarse a cabo después del interrogatorio por parte de la Fiscalía o dentro del plazo designado por la Sala. Por otra parte, las víctimas no están obligadas a presentar listas de preguntas que plantear a los testigos pertinentes antes del interrogatorio del testigo"[73]. Respecto a las víctimas anónimas manifiesta que "la Sala desea recordar que, teniendo en cuenta el

71 CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I, 13 mayo 2008, párrafo 134 (ICC-01/04-01/07-474).

72 CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I, 13 mayo 2008, párrafos 122-123 (ICC-01/04-01/07-474).

73 CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I, 13 mayo 2008, párrafos 135 y 137-138 (ICC-01/04-01/07-474).

principio de prohibición de acusaciones anónimas, las víctimas a las que se les ha otorgado anonimato durante la etapa de cuestiones preliminares de una causa, no tienen derecho a interrogar a los testigos de conformidad con el procedimiento previsto en la subregla 3 de la regla 91 de las Reglas. Sin embargo, cuando las identidades de las víctimas se dan a conocer a las partes, la Sala considera que la limitación anterior no se aplica. Por lo tanto, de conformidad con la subregla 3 de la regla 91 de las Reglas, si alguno de los Representantes legales de víctimas desea interrogar a cualquier testigo llamado a testificar en la audiencia de confirmación de los cargos, deben presentar una solicitud a la Sala. Si se presenta una solicitud en este sentido, la Sala decidirá, en ese momento, sobre el procedimiento que se ha de seguir, teniendo en cuenta entre otros factores, la etapa de las actuaciones, los derechos del sospechoso, los intereses de los testigos, la necesidad de un juicio justo, imparcial y expedito y los requisitos previos en el párrafo 3 del artículo 68 del Estatuto''[74]. Conforme a la regla 91.3 a) de las RPP, la Sala podrá solicitar al Representante legal "que presente por escrito las preguntas y, en su caso, las transmitirá al Fiscal y, cuando proceda, a la defensa, que estarán autorizados para formular sus observaciones en un plazo que fijará la propia Sala".

4. Derecho a asistir y participar.

Respecto al derecho a asistir, la SCP I también reconoce su "derecho a asistir a todas las audiencias públicas y a puerta cerrada, convocadas en las actuaciones previas a la audiencia de confirmación de los cargos, así como a todas las audiencias públicas y a puerta cerrada de la audiencia de confirmación de los cargos. Sin embargo, esto no incluye el derecho a asistir a aquellas audiencias celebradas "ex parte""[75]; "en el caso de que la Sala decida celebrar partes de la audiencia a puerta cerrada o ex parte, la Sala se reserva su posición para conceder o no el derecho a asistir a estas sesiones a los Representantes legales de las víctimas''[76].

En cuanto al derecho a participar, la SCP I[77] manifiesta que, siempre que sus intereses se vean afectados por la cuestión objeto de examen, las víctimas pueden participar presentando opiniones y observaciones; que tal intervención está restringida al ámbito determinado por los cargos presentados contra el acusado; que los representantes legales de las víctimas tendrán derecho a hacer una breve declaración inicial así como una breve declaración final.

El conjunto de derecho anteriores "puede ser limitado por la Sala *propio motu*, o a petición de las partes, la Secretaría o cualquier otro participante, si se

74 CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I, 6 octubre 2009, párrafos 21-24 (ICC-02/05-02/09-136).

75 CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I, 13 mayo 2008, párrafo 140 (ICC-01/04-01/07-474).

76 CPI, Sala de Cuestiones Preliminares III, 12 diciembre 2008, párrafos 101-107 (ICC-01/05-01/08-320).

77 CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I, 22 septiembre 2006 (ICC-01/04-01/06-462); CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I, de 6 de octubre de 2009, párrafos 16-20 (ICC-02/05-02/09-136).

demuestra que la limitación pertinente es necesaria para salvaguardar un interés concurrente protegido por el Estatuto o las Reglas -como es la seguridad nacional, el bienestar físico y psicológico de las víctimas y los testigos, las investigaciones de la Fiscalía-. El alcance de esta limitación será cuidadosamente delimitado sobre la base del principio de proporcionalidad"[78].

D) Juicio.

Finalizada la audiencia de confirmación de los cargos, conforme a la regla 129 de las RPP, la decisión de la SCP sobre la confirmación de los cargos y la comparecencia del acusado ante la Sala de Primera Instancia (SPI) "será notificada, de ser posible, al Fiscal y al imputado y su abogado". Además, la decisión y el expediente de las actuaciones de la SCP se transmitirán a la Presidencia.

La regla 130 de las RPP dispone que "la Presidencia, cuando constituya la Sala de Primera Instancia y le remita la causa, le transmitirá la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares y el expediente de las actuaciones".

El juicio se celebra ante el Sala de Primera Instancia. Conforme a lo establecido en el art. 64.7 del ER, "será público". No obstante, establece el mismo precepto que "la Sala de Primera Instancia podrá decidir que determinadas diligencias se efectúen a puerta cerrada, de conformidad con el artículo 68, debido a circunstancias especiales o para proteger la información de carácter confidencial o restringida que haya de presentarse en la práctica de la prueba".

El Secretario llevará el expediente de las actuaciones procesales que haya remitido la SCP, pudiendo ser consultado por el Fiscal, la defensa, los representantes de los Estados que participen en el proceso y las víctimas o sus representantes legales que participen en las actuaciones; siempre con sujeción a las restricciones relativas a la confidencialidad y a la protección de la información relativa a la seguridad nacional.

Constituida la SPI se celebrará una reunión con las partes para fijar la fecha del juicio[79]. La norma 54 del Reglamento de la Corte dispone: "De conformidad con el Estatuto y las Reglas, en una reunión con las partes, la Sala de Primera Instancia podrá dictar cualquier orden que considere procedente en interés de la justicia a los efectos del procedimiento (…)".

78 CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I, 13 mayo 2008, párrafo 150 (ICC-01/04-01/07-474).

79 Regla 162 de las RPP.

Antes del comienzo del juicio, la Sala de Primera Instancia, de oficio o a petición del Fiscal o la defensa, podrá dirimir cualquier cuestión relativa a la sustanciación de la causa[80].

Con el fin de que las víctimas puedan solicitar autorización para participar en el juicio, "el Secretario con arreglo a la decisión adoptada de conformidad con las reglas 89 a 91, notificará oportunamente a las víctimas o a sus representantes legales que participen en las actuaciones y en relación con ellas: a) las actuaciones de la Corte, con inclusión de las fechas de las audiencias o su aplazamiento y la fecha en que se emitirá el fallo; b) las peticiones, escritos, solicitudes y otros documentos relacionados con dichas peticiones, escritos o solicitudes".

Las víctimas y sus representantes legales podrán, de acuerdo con lo previsto en las reglas 89 a 92 de las RPP, asistir y participar en las audiencias, expresar sus opiniones y observaciones, interrogar a los testigos, los peritos y al acusado, así como prestar testimonio. Entre los derechos que se reconocen a las víctimas en esta fase del proceso, cabe señalar:

1. Derecho a asistir y formular observaciones.

La SPI "podrá autorizar a las víctimas a participar en las audiencias a puerta cerrada y "ex parte", y presentar observaciones confidenciales o "ex parte" "dependiendo de las circunstancias, y después de una consulta previa con las partes, cuando esto sea necesario. La Sala podrá hacer esto propio motu o a petición de cualquiera de las partes o participantes"[81].

2. Derechos con relación a la prueba.

Respecto a la prueba, tenemos que distinguir entre la posibilidad de impugnar la prueba propuesta, de interrogar, de introducir prueba y de prestar testimonio.

En cuanto a la prueba, las víctimas y sus representantes legales van a poder formular observaciones respecto a su admisibilidad y pertinencia; van a poder participar en su práctica formulando preguntas; y van a poder presentar pruebas.

La SPI I[82] manifiesta que "el derecho a presentar comunicaciones sobre asuntos de admisibilidad o sobre la pertinencia de la prueba no está reservado a las partes, en consecuencia, en las circunstancias adecuadas, los Representantes legales de las víctimas pueden tener la oportunidad de impugnar las pruebas".

80 Regla 163 de las RPP.

81 CPI, Sala de Primera Instancia I, de 18 de enero de 2008, párrafos 113-114 (ICC-01/04-01/06-1119).

82 CPI, Sala de Primera Instancia I, de 18 de enero de 2008, párrafos 109 y 11. (ICC-01/04-01/06-1119); CPI, Sala de primera Instancia II, de 22 de enero de 2010, párrafo 104 (ICC-01/04-01/07-1788).

Respecto a la inspección de pruebas, la misma Sala manifiesta que como regla general y para hacer efectivos los derechos concedidos a las víctimas en virtud del artículo 68-3 del Estatuto, la Fiscalía, a petición de los representantes legales de las víctimas autorizados a participar en el proceso, deberá proporcionar todos los documentos en su poder que se refieran a sus intereses personales, siempre que la Sala haya permitido que el material solicitado sean investigado durante las actuaciones y las víctimas los hayan identificado con precisión por escrito.

Con relación al interrogatorio de los testigos por parte de los Representantes legales de las víctimas, de conformidad con la subregla 3 de la regla 91 de las RPP, es otra manifestación de las distintas formas de participación de las víctimas. Requerirán la autorización de la Sala (incluidos los peritos y el acusado) que la concederá siempre que sus intereses personales estén comprometidos por las pruebas bajo consideración; por lo que el interrogatorio de testigos por parte de las víctimas no estará limitado a cuestiones de reparaciones[83]. Por tanto, debe solicitarse autorización para poder hacer preguntas. Al solicitarla "deberá explicar la naturaleza y los detalles del interrogatorio propuesto, así como especificar de qué manera los intereses personales de las víctimas se ven afectados, de acuerdo con las condiciones de la regla 91 de las Reglas. La Sala de Primera Instancia resolverá dichas solicitudes caso por caso"[84]. Afirma la Sala que, "como principio general, el interrogatorio hecho por los Representantes legales en nombre de las víctimas que participan en las actuaciones debe tener como finalidad la averiguación de la verdad. Las víctimas no son parte en el juicio y, desde luego, no desempeñan el papel de apoyar el caso de la Fiscalía. Sin embargo, su participación puede ser un factor importante para ayudar a la Sala a entender mejor las cuestiones contenciosas a la luz de sus conocimientos locales y sus antecedentes socioculturales".

También se reconoce la posibilidad de que las víctimas puedan presentar pruebas durante los juicios. Manifiesta la SPI I, que "el derecho a presentar pruebas durante los juicios ante la Corte no se limita a las partes. Las víctimas que participen en las actuaciones podrán ser autorizadas a presentar y examinar las pruebas si, en opinión de la Sala, esto le ayudará a determinar la veracidad de los hechos, y si en este sentido la Corte ha "pedido" las pruebas"[85]. Afirma que "como cuestión de principio, los Representantes legales de las víctimas no podrán llamar a testigos que no sean víctimas que representen. Sin embargo, en el caso

83 CPI, Sala de Primera Instancia I, de 18 de enero de 2008, párrafo 108 (ICC-01/04-01/06-1119); CPI, Sala de primera Instancia II, de 22 de enero de 2010, párrafos 72-78 (ICC-01/04-01/07-1788); Sala de Primera Instancia III, de 30 de junio de 2010, párrafos 38-40 (ICC-01/05-01/08-807-Corr).

84 CPI, Sala de Primera Instancia III, de 19 de noviembre de 2010, párrafo 19 (ICC-01/05-01/08-1023).

85 CPI, Sala de Primera Instancia I, de 18 de enero de 2008, párrafo 108 (ICC-01/04-01/06-1119); CPI, Sala de primera Instancia II, de 22 de enero de 2010, párrafos 81-84 (ICC-01/04-01/07-1788); CPI, Sala de Primera Instancia III, de 30 de junio de 2010, párrafos 37-40 (ICC-01/05-01/08-807-Corr,); CPI, Sala de Primera Instancia II, de 22 de febrero de 2008, párrafo 18. (ICC-01/05-01/08-2138).

de que los Representantes legales hayan identificado a personas que no sean víctimas participantes, que puedan aportar pruebas a la Sala sobre cuestiones que conciernen a los intereses de las víctimas, pueden tomar la iniciativa de traer este punto a la atención de la Sala. Si la Sala considera que el testigo propuesto puede proporcionarle información importante, que hasta ese momento no haya sido incluida en las pruebas presentadas por las partes, podrá llamar a los testigos por iniciativa propia, de conformidad con los apartados b) y d) del párrafo 6 del artículo 64 y el párrafo 3 del artículo 69 del Estatuto. Como regla general, la Sala sólo llamará a testigos cuyo conocimiento pueda contribuir de manera genuina a la comprobación de la verdad. Por lo tanto, es importante que los Representantes legales expliquen claramente la pertinencia del testimonio propuesto en relación con las cuestiones contenciosas de la causa. Cuando la Sala ha llamado a un testigo basándose en la sugerencia de uno de los Representantes legales, puede permitir al representante interrogar al testigo, ya sea antes o después de que la Sala lo haya examinado. El resto del interrogatorio seguirá el mismo orden que los testigos llamados por la Sala propio motu"[86].

Respecto a la presentación de prueba documental, la Sala considera que las disposiciones del Estatuto "no impiden a los Representantes legales pedir a la Sala que decida si debe ordenar la presentación de ciertas pruebas documentales. Considera que "permitir que los Representantes legales de las víctimas propongan la presentación de pruebas documentales podría de hecho ayudar a la Sala a la implementación del párrafo 3 del artículo 69 del Estatuto y, por lo tanto, en su búsqueda para determinar la veracidad de los hechos. Por consiguiente, la Sala permitirá esta posibilidad a los Representantes legales, siempre y cuando cumplan con el siguiente procedimiento. Deberán hacer una solicitud por escrito a la Sala que demuestre que los documentos que tienen la intención de presentar son pertinentes y pueden contribuir a establecer la veracidad de los hechos. Esta solicitud, junto con las pruebas que deseen presentar, deberá ser notificada a las partes y a los demás participantes para que puedan formular observaciones. Si las pruebas que los Representantes legales desean presentar están estrechamente relacionadas con el testimonio de un testigo que haya sido nombrado, la solicitud deberá presentarse con suficiente tiempo de antelación a dicho testimonio para que la Sala y las partes puedan tomar nota del contenido de la solicitud. En cualquier otra circunstancia, que en principio no debería plantearse hasta el cierre del caso de la Defensa, la solicitud deberá presentarse lo más pronto posible. Debe recordarse que la Sala sólo autoriza la presentación de tales pruebas siempre que no sean perjudiciales a la Defensa o a la equidad y la imparcialidad del juicio. La Sala evaluará las pruebas presentadas en virtud de la facultad de "decidir sobre la admisibilidad o pertinencia de las pruebas" de conformidad con el párrafo 9 del

86 CPI, Sala de Primera Instancia II, de 20 de noviembre de 2009, párrafos 45-48 (ICC-01/04-01/07-1665).

articulo 64 del Estatuto"[87]. Como se ha venido afirmando por la CPI[88], "si bien es importante que la participación de las víctimas en los juicios sea una participación significativa, dicha participación "no debe redundar en perjuicio de los derechos de los acusados a un juicio justo e imparcial ni ser incompatible con estos". Entre los derechos que se pueden ver afectados, cabe destacar el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, por lo que la Sala debe evitar retrasos indebidos derivados de la presentación de pruebas. "Es bajo este estándar de supervisión judicial que la Sala lleva a cabo esta evaluación preliminar de la presentación de las pruebas propuestas por los Representantes legales".

Otra posibilidad es que la Sala pida a las víctimas la presentación de pruebas. Ello dependerá, como afirma la misma SPI de "que las víctimas cumplan los requisitos del párrafo 3 del artículo 68 del Estatuto y de que la Sala de Primera Instancia decida ejercer la facultad que le confiere el párrafo 3 del artículo 69 del Estatuto. Por consiguiente, la presentación de tales pruebas está comprendida en el régimen establecido para que la SPI ejerza su facultad de pedir "las pruebas que considere necesarias para determinar la veracidad de los hechos". Como puede ocurrir que la Sala no conozca antes del juicio qué pruebas serán necesarias para la determinación de la veracidad de los hechos y, en lo referente a las pruebas presentadas por las víctimas, si los intereses personales de las víctimas se ven afectados, la Sala de Primera Instancia tiene la facultad de ordenar la presentación de tales pruebas durante el juicio. Así pues, el apartado d) del párrafo 6 del artículo 64 del Estatuto dispone que "al desempeñar sus funciones (…) en el curso (del juicio), la Sala de Primera Instancia podrá de ser necesario: (…) d) ordenar la presentación de pruebas adicionales a las ya (…) presentadas durante el juicio por las partes", está claro que tiene por objeto dar efecto a la facultad conferida a la SPI por la segunda oración del párrafo 3 del art. 69 del Estatuto. (…) la consecuencia implícita de lo que antecede es que puede haber circunstancias en las que las pruebas dispuestas por la Sala de Primera Instancia no sean comunicadas al acusado antes del comienzo del juicio. Insistir lo contrario supondría privar a la Sala de Primera Instancia de su capacidad de evaluar lo que sea necesario para determinar la veracidad de los hechos después de haber considerado las pruebas presentadas por las partes. Por tanto, si bien es cierto que el Estatuto destaca la importancia de que el Fiscal divulgue las pruebas antes del comienzo del juicio, esto no se aplica a las pruebas presentadas a pedido de la Sala de Primera Instancia conforme a los establecido en el párrafo 3 del artículo 69 del Estatuto"[89].

87 CPI, Sala de Primera Instancia II, de 22 de enero de 2010, párrafos 98-101 (ICC-01/04-01/07-1788).

88 CPI, Sala de Primera Instancia III, 21 diciembre 2011, párrafos 9, 12-13, 15, 17, 19-21 (ICC-01/05-01/08-2027).

89 CPI, Sala de Apelaciones, de 16 de julio de 2010, párrafos 43-48 (ICC-01/04-01/07-2288).

Se plantea, por último, la cuestión de si el estatus de víctima participante en el proceso excluye por completo la posibilidad de que puedan prestar testimonio. La SPI entiende que "excluir un testimonio de fundamental importancia y de valor probatorio por la simple razón de que también han sido autorizadas a participar en las actuaciones como víctimas sería contrario a la obligación de la Sala de establecer la verdad (…) el hecho de una víctima preste testimonio bajo juramento -lo que le otorga el estatus de testigo- permite a la defensa interrogarlo, lo que actúa como salvaguarda y significa que las víctimas que den falso testimonio están sujetos a enjuiciamiento en virtud del apartado a) del párrafo 1 del artículo 70 de Estatuto. Por otra parte, cabe señalar que, si se autoriza a la víctima únicamente a hacer una declaración por escrito, esta declaración no podría ser considerada en el fallo definitivo, lo cual sería contrario al objetivo de contribuir a la determinación de la verdad que justifica la intervención por parte de las víctimas. Por lo tanto, corresponde a la Sala asegurarse de que el doble estatuto de víctima y testigo no pone en peligro el valor probatorio de su testimonio al determinar si es inapropiado permitirle declarar en persona. Antes de pronunciarse sobre dicha solicitud, las Sala podrá pedir a las partes que formulen observaciones. La Sala recuerda, en este sentido, que la participación de las víctimas en el proceso de descubrimiento de los hechos de la Corte se supedita a que contribuyan realmente a la búsqueda de la verdad. En consecuencia, si hay dudas potenciales en cuanto a la fiabilidad del testimonio de la víctima, la Sala podrá decidir no autorizar a la víctima a prestar testimonio bajo juramento (…) la Sala hace hincapié en que no autorizará el testimonio de cualquier víctima que deba permanecer en el anonimato respecto de la defensa"[90].

Por tanto, es necesario distinguir dos modalidades de participación, "expresar opiniones y observaciones" y "proporcionar pruebas". Como afirma la Sala[91] "el primer proceso es, en esencia, el equivalente a la presentación de comunicaciones, y aunque las opiniones y observaciones de las víctimas pueden ayudar a la Sala en su aproximación a las pruebas en la causa, estas declaraciones de víctimas (hechas personalmente o presentadas por sus representantes legales) no forman parte de las pruebas en juicio. Con el fin de que las víctimas participantes puedan contribuir a la prueba en el juicio, es necesario que presenten declaración bajo juramento en el estrado de testigos". Por tanto, es necesario distinguir estos dos medios de presentar material ante la Sala. "En conclusión, las víctimas tendrán que tomar decisiones cuidadosas en cuanto a la posibilidad de prestar declaración bajo juramento, o presentar sus opiniones y observaciones, o ambas. Si desean expresar sus opiniones y observaciones, tendrán que determinar si están en mejores condiciones para realizar esta tarea, o si los asuntos relevantes podrían

90 CPI, Sala de primera Instancia II, de 22 de enero de 2010, párrafos 86-93 (ICC -01/04-01/07-1788).

91 CPI, Sala de Primera Instancia I, de 9 de julio de 2009, párrafos 15-17, 25-29 y 39-40 (ICC-01/04-01/06-2032-Anx).

ser presentados de forma más efectiva por sus representantes legales. Por otra parte, la Sala tendrá que asegurarse de que las cuestiones y los hechos no sean innecesariamente repetidos (por ejemplo, por primera vez la presentación personal de las víctimas de las víctimas de sus opiniones y observaciones, luego repetidos por ellas en las pruebas y, finalmente, abordados en una tercera ocasión en las exposiciones de los representantes legales)".

La posibilidad de que las víctimas puedan participar en las actuaciones por medio de testimonios orales "está sujeta a la autorización de la Sala. Como principio general, la Sala sólo autorizará las solicitudes en nombre de las víctimas cuyo testimonio pueda contribuir de forma genuina a la determinación de la verdad. Por lo tanto, es importante que el Representante legal explique claramente la importancia del testimonio presentado por la víctima en relación con las cuestiones de la causa y de qué manera puede ayudar a la Sala a tener una mejor comprensión de los hechos. Para determinar si y de qué manera se les permite a los Representantes legales llamar a las víctimas que representan a prestar testimonio, la Sala se guiará por la preocupación fundamental de que esto se lleve a cabo de manera expedita y que no redunde en detrimento de los derechos del acusado a un juicio justo e imparcial ni sea incompatible con estos. Consecuentemente la posibilidad para los Representantes legales de llamar a las víctimas que participan en las actuaciones a declarar en persona, está sujeta a tres limitaciones importantes: a) la Sala no puede permitir que la participación de las víctimas infrinja el derecho del acusado a ser juzgado sin dilaciones indebidas, de conformidad con el apartado c) del párrafo 1 del artículo 67; b) la Sala sólo permitirá a los Representantes legales de las víctimas llamar a los testigos en la medida en la que es no los transforme en fiscales auxiliares; c) bajo ninguna circunstancia la Sala permitirá que las víctimas testifiquen de forma anónima respecto de la defensa. Por otra parte, la Sala debe asegurarse de que la defensa tenga el tiempo suficiente para prepararse, lo que implica que la participación de una víctima no puede convertirse en una sorpresa injusta para la defensa, la cual no es capaz de responder adecuadamente. Teniendo en cuenta estas importantes condiciones previas, la Sala podrá autorizar a los Representantes legales de las víctimas a llamar a uno o más de sus clientes con el fin de testificar en persona ante la Corte y prestar testimonio bajo juramento"[92].

E) Apelación.

La legitimación para apelar la sentencia dictada por la SPI se reconoce, en el art. 81 del ER, a quienes han sido parte en el proceso, esto es, al Fiscal y al acusado. Las víctimas no tienen tal legitimación en la medida en que no son parte. No obstante, conforme a lo dispuesto en el art. 82.4 del ER, el representante legal

92 CPI, Sala de primera Instancia II, de 22 de enero de 2010, párrafos 86-93 (ICC -01/04-01/07-1788).

de las víctimas "podrá apelar, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba, la decisión por la cual se conceda la reparación".

El que las víctimas no puedan recurrir no excluye la posibilidad de participar siempre que acrediten que se ven afectados sus intereses personales.

Respecto a la participación de las víctimas en los recursos interlocutorios, manifiesta la SA, que no debe ser automática en los casos en que se hubiera autorizado por la SCP, "que se permitirá si se puede demostrar que sus intereses personales se ven afectados por las cuestiones en apelación y si la Sala de Apelaciones considera apropiada tal participación. Corresponde a la Sala de Apelaciones asegurarse de que su participación se produzca de manera que no perjudicial o incompatible con los derechos del acusado y un proceso justo e imparcial"[93]. La SA[94], en su sentencia de 13 de junio de 2007 señaló que "cualquier determinación de si los intereses personales de las víctimas se ven afectados en relación con una apelación en particular requerirá una cuidadosa consideración caso por caso". En el caso en que la SA considere que los intereses personales de las víctimas resultan afectados, al ordenar la forma de participación y con la finalidad de dar cumplimiento a los derechos de la defensa a un juicio justo e imparcial, limitará el derecho de las víctimas a presentar sus puntos de vista y observaciones únicamente para las cuestiones planteadas en la apelación y en la medida en que sus intereses personales se ven afectados por el procedimiento.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN.

Tras el estudio de la normativa que regula el procedimiento ante la Corte Penal Internacional, cabe afirmar la complejidad de su régimen, especialmente por su dispersión. También cabe señalar su falta de precisión y la importante labor que debe llevar a cabo la CPI en su delimitación.

El ER constituye un paso importante con relación a la posición de las víctimas en el proceso ante tribunales internacionales. La víctima ya no es tan sólo un testigo, sino que adquiere un papel activo, incluso en las fases previas a la confirmación de los cargos. A la víctima se le reconoce, entre otros, el derecho a participar en las distintas fases del proceso. Derecho de configuración legal, por lo que su ejercicio se encuentra condicionado por la concurrencia de los requisitos establecidos en los distintos textos que regulan la materia y también por la interpretación que de los mismos se realiza por las distintas Salas de la Corte. Corresponde a Corte determinar cuándo y cómo puede intervenir. En el ejercicio de esta facultad debe

93 CPI, Sala de Apelaciones, 16 de mayo de 2007, párrafo 35 (ICC-01/04-01/06 OA9 and OA10).

94 CPI, Sala de Apelaciones, 13 junio 2007, párrafo 28 (ICC- 01/04-01/06-925 OA8).

encontrar el equilibrio entre el derecho de las víctimas y los derechos del acusado a un juicio justo e imparcial

Debe continuar avanzándose para cumplir las esperanzas puestas en el pleno reconocimiento del papel de las víctimas en el proceso ante la CPI.

BIBLIOGRAFÍA

BITTI, G. y SALINAS CERDA, A.: "La participación de las víctimas en los procedimientos ante la Corte Penal Internacional", Participación de las víctimas en la Ley de Justicia y Paz y la Corte Penal Internacional (coord. C. LÓPEZ DÍAZ), Agencia de Cooperación Internacional Alemana, Bogotá, 2011.

GARCÍA SAN JOSÉ, D.: "El derecho a la justicia de las víctimas de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional", *REDI*, vol. LVIII, 2006.

RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L.: "Parte III. La Corte Penal Internacional y las víctimas", en *La Corte Penal Internacional 20 años después* (coord. A. SALINAS DE FRÍAS, P. GARCÍA ANDRADE, I. ÁLVAREZ ARCÁ, E. W. PETIT DE GABRIEL), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

LOS ACUERDOS DE ASOCIACIÓN ENTRE AMÉRICA LATINA Y EUROPA COMO INSTRUMENTO PARA LA DEFENSA DE SUS VALORES COMUNES

ASSOCIATION AGREEMENTS BETWEEN LATIN AMERICA AND EUROPE AS A MECHANISM OF COMMITMENT TO COMMON VALUES

Rev. Boliv. de Derecho Nº 35, enero 2023, ISSN: 2070-8157, pp. 332-353

Mónica
CHINCHILLA
ADELL

ARTÍCULO RECIBIDO: 14 de diciembre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 15 de diciembre de 2022

RESUMEN: El presente trabajo analiza algunos Acuerdos de Asociación entre América Latina y Europa, que defienden y promueven el diálogo político basado en valores comunes de ambas regiones, como lo son la protección de los derechos humanos, la igualdad, la promoción de la democracia o la seguridad, entre otros. De esta forma, la Asociación Estratégica Birregional UE-ALC va más allá del progreso económico y brinda también un desarrollo del Estado de Derecho con base en unas raíces y una cultura comunes.

PALABRAS CLAVE: Acuerdos de Asociación; Unión Europea; América Latina y el Caribe; condicionalidad política; diálogo político; valores comunes; comercio.

ABSTRACT: *The present work analyses some Association Agreements between Latin America and Europe, which defend and promote a political dialogue based on shared values in both regions such as the protection of human rights, equality, democratic values or security, among others. In this manner, the Bi-regional Strategic Association EU-LAC goes beyond economic progress and provides a well-stablished rule of law based on a common culture.*

KEY WORDS: Association agreements; European Union; Latin America and the Caribbean; political conditionality; political dialogue; common values; trade.

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA RELACIÓN ENTRE LOS VALORES DE LA UE Y SUS ACUERDOS COMERCIALES.- III. LA "CONDICIONALIDAD POLÍTICA" O DE OTRA ÍNDOLE EN LOS ACUERDOS DE ASOCIACIÓN.- 1. Las cláusulas democráticas en el marco del diálogo político.- 2. Otro tipo de condicionalidades: las cláusulas medioambientales y de seguridad.- IV. LOS ACUERDOS DE "NUEVA GENERACIÓN": LA MODERNIZACIÓN DE LAS RELACIONES BILATERALES DE LA UE.- 1. La adecuación del acuerdo comercial con México a los retos sociales contemporáneos.- 2. Una renovada asociación con Chile para intensificar la lucha contra la desigualdad.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

Desde la constitución de la Comunidad Económica Europea (CEE) con la adopción del Tratado de Roma en 1957, y de la Unión Europea (UE) posteriormente, la identidad europea se ha ido construyendo paulatinamente sobre la base del art. 2 del Tratado de la Unión Europea (TUE), que recoge los valores comunes de los Estados y de la Unión[1]. En concreto, los 27 socios europeos comparten el "respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías". Estos valores han sido desarrollados y confirmados en la práctica de la UE en diferentes actos jurídicos que plasman los valores esenciales de la Unión, y la convierten en una comunidad de valores de carácter normativo[2]. El Tratado de Lisboa completa estos valores constitutivos de la UE y reconoce "el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres" como características propias de la sociedad europea. Por eso, el respeto y compromiso frente a todos estos valores es requisito indispensable para la adhesión de nuevos Estados europeos a la Unión[3].

La Unión Europea también promueve estos valores en su acción exterior y en sus relaciones con terceros Estados (art. 3.5 TUE). En particular, los lazos históricos y culturales han favorecido el entendimiento y la cooperación duradera entre la

1 Cfr. Barceló, M. J.: "La proyección exterior de la identidad europea: Política Comercial Común y condicionalidad en materia de Derechos Humanos", *Cuadernos Europeos de Deusto*, Bilbao, núm. especial 02, febrero 2019, p. 289.

2 Cfr. Martín y Pérez de Nanclares, J.: "La Unión Europea como comunidad de valores: a vueltas con la crisis de la democracia y del Estado de Derecho", *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, núm. 43, 2019, p. 219.

3 TUE, art. 49.

• Mónica Chinchilla Adell
Doctora por la Facultad de Derecho y Relaciones Internacionales de la Universidad de Navarra (2021) y, actualmente, Profesora Ayudante Doctora en Derecho Internacional Público en la misma Universidad. Graduada en la doble titulación de Administración de Empresas y Derecho en la Universidad de Navarra (2010-2016), cursó sus estudios de Máster en Relaciones Internacionales en la Universiteit Leiden de los Países Bajos (2017). Dentro de su campo de especialización, Mónica estudia el Derecho internacional del control de armamentos y, en concreto, de las armas de destrucción masiva. Por eso, realizó una estancia de investigación en el Stockholm International Peace Research Institute (SIPRI) en 2019, donde profundizó en el control de las exportaciones de armamento de doble uso.

UE y la región de América Latina y el Caribe (ALC), de modo que las relaciones entre ambas regiones no son una cuestión novedosa[4]. Además, a partir de los años 80 del siglo pasado, la adhesión de España a la Unión Europea y el proceso de transición democrática que experimentaron los Estados latinoamericanos intensificaron el vínculo existente[5]. La estabilidad que derivó del fin de la Guerra Fría impulsó la creación de nuevos acuerdos con propósitos no sólo económicos, sino también políticos y de desarrollo, entre las entonces Comunidades Europeas y los Estados y subregiones de ALC[6]. Sin embargo, la crisis económica de 2008 trajo consigo un cambio en el planteamiento de la acción exterior de la Unión, que otorgó mayor relevancia a factores económicos. Por aquel entonces, la Comisión Europea afirmó, en el marco de la *Asociación Estratégica Birregional*[7], que "la Unión Europea, y América Latina y el Caribe son aliados naturales unidos por fuertes vínculos históricos, culturales y económicos, así como por una convergencia cada vez mayor de valores básicos y principios"[8]. Reconoció, además, que ambas regiones "comparten un compromiso común respecto a los derechos humanos, la democracia, la buena gobernanza, el multilateralismo y la cohesión social"[9]. Estos vínculos y compromisos que la UE y ALC comparten, fomentan la cooperación para hacer frente a los desafíos que surgen progresivamente en el ámbito internacional, y alcanzar objetivos comunes.

El objetivo de este trabajo es analizar la influencia que ejerce la Unión Europea sobre algunos Estados y regiones de América Latina y el Caribe a través de su acción exterior, y más concretamente, de su política comercial común. En especial, se considera el papel de los acuerdos comerciales en la transmisión de unos valores que definen la identidad exterior de la Unión, y que comparte con algunos Estados de ALC mediante cláusulas de condicionalidad políticas. Con todo esto, el propósito es mostrar cómo, al margen del comercio, hay otros ámbitos compartidos entre ambas regiones, entre los que se incluye la defensa del Estado

4 Sobre la relación entre la UE y América Latina y el Caribe en las últimas décadas, Cfr. Szilágyi, I.: "'El subimperialismo brasileño', el MERCOSUR y las cuestiones de la alianza estratégica birregional de la Unión Europea y América Latina", en AA.VV.: *La integración europea e iberoamericana II: las relaciones de la Unión Europea (UE) y el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) con el Sistema de Integración Centroamericano (SICA)* (dir. por Martín de la Guardia, R. y Pérez Sánchez, G. Á.), Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 492-505.

5 Cfr. Gardini, J. L. y Ayuso, A.: "EU-Latin America and Caribbean Inter-regional relations: complexity and change", *Atlantic Future*, Scientific Paper núm. 24, 2015, p. 10.

6 Cfr. Gómez Arana, A.: "Interregionalismo y Acuerdos de Asociación UE-América Latina y el Caribe", *Fundación Carolina*, Madrid, Documentos de Trabajo núm. 54 (2ª época), 2021, p. 3.

7 Desde la celebración de la I Cumbre de Río de Janeiro en 1999, la UE y los Estados latinoamericanos y caribeños comparten la llamada Asociación estratégica birregional. A partir de entonces, se han sucedido diferentes Cumbres periódicas con el objetivo de profundizar en el diálogo político y la cooperación entre ambas regiones. Cfr. Díaz-Silveira Santos, C.: *La estrategia inter-regional de la Unión Europea con Latinoamérica. El camino a la asociación con el MERCOSUR, la Comunidad Andina y Centroamérica*, Plaza y Valdés, Madrid, 2009, pp. 132-150.

8 Comisión Europea, *La asociación estratégica entre la Unión Europea, América Latina y el Caribe: un compromiso común*, Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Comisión Europea, 2008, p. 5. Cfr. Díaz Barrado, C. y Morán Blanco, S.: "Las relaciones Cuba y Unión Europea: «el comienzo de una gran amistad»", *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 34, 2018, p. 1000.

9 Ibid.

de Derecho y la protección de los derechos humanos, pero también cuestiones de reciente y creciente preocupación, como el medio ambiente y la seguridad. Para ello, nos centraremos en el diálogo político que marca la dirección estratégica de las relaciones entre la Unión Europea y sus Estados Miembros, y las subregiones y Estados de América Latina y el Caribe. Comprobaremos, además, cómo este diálogo político basado en valores comunes fortalece el vínculo birregional y potencia la capacidad de ambas regiones para afrontar e influir sobre los retos que se presentan en el orden internacional.

II. LA RELACIÓN ENTRE LOS VALORES DE LA UE Y SUS ACUERDOS COMERCIALES.

El Tratado de Lisboa establece el compromiso de la Unión Europea de afirmar y promover sus valores e intereses en sus relaciones con el resto del mundo[10]. Este compromiso se materializa a través de su acción exterior, que se concreta en el art. 21.1 del TUE, y donde se indica, que "la Unión procurará desarrollar relaciones y crear asociaciones con los terceros países y con las organizaciones internacionales, regionales o mundiales que compartan principios" tales como la democracia, el Estado de Derecho o la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, entre otros. De esta forma, la Unión Europea materializa sus objetivos comerciales, pero también políticos, a través de acuerdos bilaterales. Nada obsta, por lo tanto, a que la UE establezca acuerdos comerciales con terceros Estados a través de su política comercial común y su política de cooperación al desarrollo, que contemplen obligaciones materiales concretas[11]. Es precisamente este marco jurídico el que permite a la UE consagrar las relaciones internacionales bilaterales en el ámbito comercial para la protección y defensa de valores compartidos con otras regiones o con terceros Estados.

En este contexto, destacan los Acuerdos de Asociación, que imponen derechos y obligaciones recíprocos entre los Estados Miembros de la Unión y uno o varios terceros Estados firmantes[12]. En concreto, estos Acuerdos, de contenido principalmente comercial, conceden beneficios económicos a aquellos Estados que establecen relaciones comerciales con la Unión, siempre que se comprometan al cumplimiento de una serie de estándares mínimos que se consideran básicos para la Unión. Estos requisitos indispensables están previamente establecidos en "cláusulas" cuyo objetivo ha sido, tradicionalmente, la protección de intereses globales, como los derechos humanos y los principios democráticos[13]. En palabras

10 *Cfr.* TUE, art. 3.5.

11 *Cfr.* TFUE, arts. 206-208.

12 *Cfr.* TFUE, art. 217.

13 Cfr. Rodríguez de las Heras, L.: "La introducción de la cláusula democrática en la política exterior de la Unión Europea", en AA.VV.: *La acción exterior de la UE en materia de Derechos Humanos* (coord. por Manero Salvador, A.), Instituto de Estudios Internacionales y Europeos, Francisco de Vitoria, núm. 4, 2014, p.

de la profesora Barceló, "la introducción de estos mecanismos de condicionalidad a través de la política comercial convierte esta dimensión en una extensión de esta acción exterior en materia de derechos humanos"[14].

Desde los años 90, estas cláusulas jurídicamente vinculantes se introducen con carácter general en los acuerdos económicos o comerciales firmados por las entonces Comunidades Europeas, y la actual Unión Europea, con terceros Estados, especialmente aquellos con proximidad geográfica e histórica y con ciertas necesidades económicas[15], como es el caso de la región de América Latina y el Caribe. Algunas tendencias recientes han hecho evidente la necesidad de una cooperación económica más estrecha, que contribuya, además, a defender unos valores comunes que se han puesto en entredicho. En este sentido, la Comisión Europea reconoció la importancia de una asociación económica reforzada UE-ALC para contrarrestar la influencia de los Estados Unidos y la potente inversión china en la región, en detrimento de la Unión[16]. Además, el auge de políticas comerciales conservadoras en los Estados Unidos con Donald Trump, en Brasil con Bolsonaro y en el Reino Unido tras el *Brexit*, configura un nuevo contexto de tendencias aislacionistas globales. Ante esta realidad, la UE quiere reforzar el multilateralismo, el libre comercio y de forma particular la integración, como herramienta indispensable para el crecimiento económico y la estabilidad global[17], que se ha visto gravemente afectada por eventos globales como la crisis derivada de la COVID-19 o de la invasión rusa en Ucrania.

Tal y como muestran los 27 en el *Instrumento de Vecindad, Cooperación al Desarrollo y Cooperación Internacional* -denominado Europa Global- adoptado en 2021, la región de ALC no es, ni ha sido, una preocupación preferente para la Unión. Mientras que la Unión concede una "especial prioridad" a las acciones y programas de Vecindad y del África subsahariana, sitúa en un segundo plano las acciones de cooperación destinadas a las regiones de Asia y el Pacífico, y del continente americano y el Caribe[18]. Sin embargo, el contexto presente es incomparable a

92; López Jacoiste, E.: "Diálogo Euro-latinoamericano y los acuerdos de tercera generación: 'las cláusulas democráticas'", en AA.VV.: *Las implicaciones constitucionales de los procesos de integración en América Latina: Un análisis desde la Unión Europea* (coord. por Saiz Arnaiz, A., Morales-Antoniazzi, M. y Ugartemendia, J. I.), Instituto Vasco de Administración Pública, 2011.

14 Barceló, M. J.: "La proyección", cit., pp. 293-294.

15 Cfr. Rodríguez de las Heras, L.: "La introducción", cit., p. 100.

16 Cfr. Gómez Arana, A.: "Interregionalismo y", cit., pp. 3-4; García, M.: "The European Union and Latin America: 'Transformative power Europe' versus the realities of economic interests", *Cambridge Review of International Affairs*, vol. 28, núm. 4, 2015, p. 633.

17 Blanc Altemir, A.: "El Acuerdo Unión Europea-Mercosur", en AA.VV.: *La Unión Europea, promotora del libre comercio. Análisis e impacto de los principales acuerdos comerciales* (dir. por Blanc Altemir, A.), Aranzadi, Pamplona, 2020, p. 195.

18 Cfr. Reglamento (UE) 2021/947 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de junio de 2021 por el que se establece el Instrumento de Vecindad, Cooperación al Desarrollo y Cooperación Internacional - Europa Global, por el que se modifica y deroga la Decisión nº 466/2014/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan el Reglamento (UE) 2017/1601 del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE, Euratom) nº 480/2009 del Consejo, párr. 26 y art. 4.

cualquier contexto anterior, y precisa de una readaptación de los objetivos comunes que responda a las nuevas necesidades. De hecho, la Comisión Europea, que se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre la importancia de profundizar en el diálogo político y la promoción de unos valores comunes a ambas regiones[19]. Los Estados Miembros de la UE son cada vez más conscientes de la necesidad de abrirse a otros mercados para fomentar el crecimiento económico. Y América Latina juega, a día de hoy, un papel importante en las relaciones comerciales de la Unión[20]. De ahí que tanto la UE como sus Estados Miembros apuesten por fortalecer su Asociación Estratégica Birregional que va más allá de los acuerdos comerciales tradicionales centrados sólo en el intercambio de mercancías, bienes y servicios, para reforzar una identidad basada en valores y principios comunes.

III. LA "CONDICIONALIDAD POLÍTICA" O DE OTRA ÍNDOLE EN LOS ACUERDOS DE ASOCIACIÓN.

Los contenidos de carácter político que pactan la UE y sus Estados miembros con terceros Estados en los Acuerdos de Asociación constituyen la denominada "condicionalidad política" o "cláusulas" de la UE, que comporta una dimensión positiva y una negativa. Por una parte, la dimensión positiva de dichas cláusulas implica la promoción de un determinado comportamiento a cambio de beneficios económicos. Por otra parte, la condicionalidad también lleva aparejada una dimensión negativa, ya que el incumplimiento de las condiciones estipuladas *podría* suponer la suspensión o la terminación del Acuerdo entre la Unión y el tercer Estado que incumple[21]. En caso de incumplimiento de las cláusulas, la UE

19 La Comisión Europea se pronuncia en cuatro Comunicaciones: *La Unión Europea y América Latina: Una asociación de actores globales*, en 2009; *Una Asociación reforzada entre la Unión Europea y América Latina*, en 2005; *Una nueva Asociación Unión Europea/AL en los albores del siglo XXI*, en 1999; *Actualidad y perspectivas de fortalecimiento de asociación (1996–2000)*, en 1995. Cfr. Zorzán, F.: "Las relaciones UE-América Latina y el diálogo político birregional", en AA.VV.: *Las relaciones de la Unión Europea con América Latina y el Caribe* (coord. por Mallo, T. y Sanahuja, J. A.), Fundación Carolina, 2011, pp. 46-48; Díaz-Silveira Santos, C.: *La estrategia,* cit.

20 Cfr. Quispe Remón, F.: "La Unión Europea y el Sistema de Preferencias Generalizadas en América Latina", en AA.VV.: *La acción exterior de la UE en materia de Derechos Humanos*, (coord. por Manero Salvador, A.), Instituto de Estudios Internacionales y Europeos, Francisco de Vitoria, núm. 4, 2014, p. 121.

21 La práctica muestra que no se ha producido la suspensión o terminación de ningún acuerdo de este tipo firmado entre la UE y algún Estado o región de América Latina y el Caribe por el incumplimiento de la cláusula democrática. La cláusula democrática si se ha invocado en las últimas décadas para justificar el recurso a consultas, suspensión de ayudas y demás medidas por incumplimientos en algunos países de los Estados de África, del Caribe y del Pacífico, como Níger, Guinea-Bissau, República Centroafricana, Togo, Haití, Comoras, Costa de Marfil, Fiyi, Liberia y Zimbabue. Cfr. Barceló, M. J.: "La proyección", cit., p. 298. Sin embargo, con carácter general, los Acuerdos de Asociación más recientes permiten la adopción de las "medidas apropiadas" en cada caso concreto que fomenten el dialogo político y la cooperación ante una vulneración de las cláusulas políticas, para evitar la terminación o suspensión de dichos acuerdos. Ante un incumplimiento, las Partes apuestan por adoptar aquellas medidas acordes al Derecho internacional que resulten menos perjudiciales para el funcionamiento del acuerdo, siendo la suspensión la medida de último recurso. A modo de ejemplo, Cfr. Documento L 337 I, Acuerdo de Diálogo Político y de Cooperación entre la Unión Europea y sus Estados Miembros, por un lado, y la República de *Cuba*, por otro, de 13 de diciembre de 2016, art. 85; Documento L 346, Acuerdo por el que se establece una Asociación entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por un lado, y *Centroamérica*, por otro, de 15 de diciembre de 2012, art. 355; Documento L 352, Decisión del Consejo relativa a la firma y a la aplicación provisional de determinadas disposiciones del Acuerdo por el que se establece una asociación entre la Comunidad

podría decidir -de forma unilateral- terminar o suspender la vigencia del Acuerdo, ya sea de conformidad con el mecanismo específico pactado al respecto, ya sea aplicando las normas generales del Derecho internacional en materia de tratados.

Esta forma tan peculiar de la UE de impulsar los valores comunes a través de instrumentos jurídicos comerciales se ha considerado por la doctrina única y novedosa[22]. Sin embargo, algunos estiman que los intentos de la Unión por consolidar su identidad a través de acuerdos comerciales también pueden suponer un abuso de poder, pues recurre al atractivo de su extenso mercado para imponer unos valores en una relación asimétrica caracterizada por la condicionalidad[23]. Sería lo que Hettne y Soderbaum denominaron *soft imperialism*, o imperialismo blando, para establecer una relación de dependencia en favor de intereses económicos y políticos propios[24].

La Asociación Estratégica Birregional UE-ALC responde, en buena medida, al beneficio e intereses mutuos de ambas partes por defender sus valores, pero sin menoscabar sus intereses económicos y comerciales. Se trata, por lo tanto, de una asociación basada en la reciprocidad de intereses económicos, políticos y sociales que trascienden de la mera cooperación al desarrollo, y que supone un trato de igual a igual entre la Unión Europea y los Estados y regiones de América Latina y el Caribe.

1. Las cláusulas democráticas en el marco del diálogo político.

Desde la conclusión del Acuerdo entre la UE y Argentina en 1990, se han sucedido numerosos acuerdos comerciales en los que está presente la llamada "cláusula democrática" de la UE[25]. Destaca el caso de Chile que es, además, un claro ejemplo en contra de los argumentos "imperialistas". Después de 17 años de dictadura militar, el nuevo gobierno democrático chileno y la Unión Europea iniciaron negociaciones que resultaron en un Acuerdo Marco de Cooperación en 1996 y, posteriormente, en un Acuerdo de Asociación firmado en 2002. El propio gobierno chileno solicitó la inclusión de una cláusula democrática en dicho Acuerdo para que, en caso de retrocesos en el proceso democrático, ejerciera

Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República de *Chile*, por otra, de 18 de noviembre de 2002, art. 200; Documento L 276, Acuerdo de asociación económica, concertación política y cooperación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y los *Estados Unidos Mexicanos*, por otra, de 28 de octubre del 2000, art. 58.

22 Cfr. Niedrist, G.: "Las cláusulas de derechos humanos en los tratados de libre comercio de la Unión Europea", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, 2011, pp. 463-485.

23 Cfr. García, M.: "The European", cit., p. 623.

24 Cfr. Hettne, B. y Soderbaum, F.: "Civilian power or soft imperialism: the EU as a global actor and the role of interregionalism", *European Foreign Affairs Review*, vol. 10, núm. 4, 2005, pp. 535-552. Cfr. García, M.: "The European", cit., pp. 621-640.

25 Cfr. Díaz-Silveira Santos, C.: *La estrategia,* cit., pp. 129-132.

presión -política y económica- sobre los dirigentes políticos chilenos[26]. En este sentido, cabe afirmar que el Acuerdo de Asociación entre la UE y Chile "instaura una verdadera asociación basada en el reconocimiento mutuo y recíproco como socios iguales que comparten intereses y valores comunes"[27]. Tanto es así que este Acuerdo sigue siendo el más extenso, y a la vez detallado, que Chile ha firmado entre sus socios comerciales[28].

La condicionalidad política de la Unión y, en particular, la incorporación de la denominada cláusula democrática, fue un elemento de gran controversia a la hora de alcanzar un acuerdo comercial y de cooperación entre la Unión Europea y Cuba[29]. El país caribeño ha establecido paulatinamente una serie de acuerdos comerciales bilaterales con algunos Estados Miembros de la Unión, pero ha estado generalmente excluido de las iniciativas conjuntas de la Unión Europea. Se trata de un caso atípico, por su sistema político, en principio no democrático, que aleja a Cuba de los valores que defiende la Unión Europea en el art. 2 del TUE. A pesar de esto, la Alta Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad afirmó que "los europeos estamos unidos a Cuba, América Latina y el Caribe por una historia, una cultura y unos valores comunes, así como por unas aspiraciones compartidas para el presente y el futuro"[30]. La UE, por lo tanto, reconoce de forma expresa la existencia de vínculos y ámbitos comunes de cooperación.

La Posición Común de 1996 sobre Cuba fue el primer instrumento europeo que vinculó la cooperación europea con la isla y la promoción de la democracia y de las libertades fundamentales. Sin embargo, el Gobierno de Fidel Castro nunca aceptó esta condicionalidad política, y las relaciones bilaterales quedaron estancadas. Ante el fracaso de la Posición Común de 1996 en el fomento de los valores democráticos en Cuba, la Unión renunció a una política de imposiciones y exigencias unilaterales a cambio de una postura de diálogo y respeto mutuo, que garantizara la no injerencia en los asuntos internos cubanos y pudiera transmitir, progresivamente, los valores europeos[31].

26 Cfr. Szymanski, M. y Smith, M. E.: "Coherence and Conditionality in European Foreign Policy: Negotiating the EU-Mexico Global Agreement", *Journal of Common Market Studies*, vol. 43, núm. 1, 2005, p. 178.

27 Copelli Ortiz, G.: "El acuerdo Unión Europea-Chile", en AA.VV.: *La Unión Europea promotora del libre comercio. Análisis e impacto de los principales acuerdos comerciales* (dir. por Blanc Altemir, A.), Aranzadi, Pamplona, 2020, p. 150.

28 Cfr. Ibid., p. 151.

29 Cfr. Ayuso, A. y Gratius, S.: "¿Nadar a contracorriente? El futuro del Acuerdo de la Unión Europea con Cuba", en AA.VV.: *Nueva etapa entre Cuba y la UE. Escenarios de futuro*, (ed. por Ayuso, A. y Gratius, S.), CIDOB Edicions, Barcelona, 2017, p. 91.

30 Comisión Europea, "La Comisión Europea propone Acuerdo de Diálogo Político y Cooperación con Cuba", *Comunicado de prensa*, Bruselas, 22 de septiembre de 2016. Cfr. Díaz Barrado, C. y Morán Blanco, S.: "Las relaciones", cit. p. 991.

31 Cfr. Ayuso, A. y Gratius, S.: "¿Nadar a", cit., pp. 90 y 102.

El nuevo Acuerdo de Diálogo Político y Cooperación con Cuba, firmado en 2016, supone un cambio de paradigma que la Comisión Europea consideró como "un nuevo capítulo de nuestra cooperación"[32]. En él, el "diálogo político" adquiere una relevancia particular por su concreción, novedad y alusión a valores comunes, tales como los derechos humanos y la democracia. Al respecto, los profesores Díaz Barrado y Morán Blanco afirman, que "el pilar del 'diálogo político' resulta esencial para entender las 'nuevas relaciones' que se han instaurado entre las dos partes"[33].

La Unión Europea y Cuba han adoptado históricamente posturas divergentes en lo que a sus sistemas políticos se refiere, que han dificultado una cooperación efectiva entre ambas partes. En este sentido, resulta llamativo el objetivo común de "entablar un diálogo orientado… a los fines del fortalecimiento de los derechos humanos y de la democracia"[34]. Ante esta referencia a unos valores democráticos, en este caso no compartidos, el profesor Díaz Barrado se pregunta si la cláusula democrática del Acuerdo entre la UE y Cuba supone un "relajamiento" en las exigencias identitarias de la Unión[35]. Sin embargo, observamos que el nuevo Acuerdo hace alusión al compromiso de las Partes con el respeto al Derecho internacional[36], que no impone sobre los Estados la obligación de establecer un sistema político concreto, sino que reconoce la libre elección del sistema político. En definitiva, no existe un "compromiso jurídico de los Estados para instaurar y, en su caso, restablecer regímenes democráticos"[37].

Tal y como pone de manifiesto el nuevo Acuerdo entre la UE y Cuba, las posturas políticas divergentes no son un impedimento para la cooperación mutua en otros aspectos de interés común, tanto económicos, como también sociales y de seguridad. La referencia a la "democracia", de hecho, no tiene cabida en el "diálogo político" del nuevo Acuerdo, que sí engloba, en cambio, el establecimiento de un diálogo en torno a los derechos humanos. De esta forma, la UE se ha convertido en el primer socio externo con el que Cuba ha desarrollado una agenda común para la protección y promoción de los derechos humanos y las libertades fundamentales[38].

32 Comisión Europea, "La Comisión", cit.

33 Díaz Barrado, C. y Morán Blanco, S.: "Las relaciones", cit., p. 993.

34 Documento L 337 I, *Acuerdo de*, cit., art. 2 c).

35 Cfr. Díaz Barrado, C.: "El 'principio democrático' al hilo del Acuerdo sobre Diálogo Político y Cooperación entre la Unión Europea y Cuba", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 36, 2018, p. 6.

36 Cfr. Documento L 337 I, *Acuerdo de*, cit., art. 1.1.

37 Díaz Barrado, C.: "El 'principio", cit., pp. 20-21.

38 Cfr. Documento L 337 I, *Acuerdo de*, cit., arts. 5 y 22; Ayuso, A. y Gratius, S.: "¿Nadar a", cit., p. 100.

2. Otro tipo de condicionalidades: las cláusulas medioambientales y de seguridad.

Los Acuerdos de Asociación entre la UE y los Estados y regiones de ALC no sólo reflejan la identidad democrática y el respeto por el Estado de Derecho y los derechos humanos, sino que también promueven valores de corte social. Abarcan cuestiones en las que la acción unilateral de los Estados no es suficiente, y se requiere de una actuación conjunta y coordinada para la solución efectiva de problemas de carácter global. La cooperación interregional se presenta como una vía para hacer frente a los complejos retos que surgen en el orden internacional, y refuerza el compromiso de la Unión Europea y de sus socios con unos valores y principios compartidos. Entre estos valores de corte social destacan, por sus aspectos controvertidos y las perspectivas de futuro: A) la promoción del desarrollo sostenible y la protección del medio ambiente como uno de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de la Agenda 2030; y B) la cooperación en el ámbito de la seguridad como aspecto de creciente relevancia en el orden internacional.

A) El auge de los movimientos ecologistas en Europa y la aprobación del Pacto Verde Europeo en julio de 2020 obligan a la Unión a mostrar su compromiso con la protección del medioambiente, también en sus relaciones exteriores con el resto del mundo. Especialmente relevantes fueron las elecciones presidenciales en Francia y la consecuente victoria de Emmanuel Macron en abril de 2022, teniendo en cuenta el impacto que el Acuerdo entre la UE y Mercosur, tal y como está ahora, tendría sobre los agricultores franceses[39]. Al respecto, el gobierno francés de Macron ha adoptado una postura especialmente firme ante el riesgo de deforestación y del posible aumento de gases de efecto invernadero en el Amazonas en contra de los Acuerdos de París.

El compromiso de ALC con la protección del medio ambiente no es baladí, teniendo en cuenta sus vastos bosques tropicales y su impacto sobre la biodiversidad global[40]. La UE ha incorporado cláusulas medioambientales complementarias al pilar comercial de los acuerdos con terceros Estados de ALC, reivindicando su papel preponderante en la acción contra el cambio climático. Como ejemplo ilustrativo, el Acuerdo de Asociación entre la entonces Comunidad Europea y sus Estados miembros y la República de Chile, firmado en 2002, recoge entre sus objetivos la cooperación en materia de medio ambiente para fomentar su conservación o prevenir la contaminación y degradación de los recursos naturales

39 Cfr. Gómez Arana, A.: "Interregionalismo y", cit., pp. 7-8.

40 Cfr. Maroto Pérez, S.: "El medio ambiente como motor de Unidad entre Europa y América Latina", en AA.VV.: *La integración europea e iberoamericana II: las relaciones de la Unión Europea (UE) y el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) con el Sistema de Integración Centroamericano (SICA)* (dir. por Martín de la Guardia, R. y Pérez Sánchez, G. Á.), Aranzadi, Cizur Menor, 2021, p. 161.

y ecosistemas, entre otras cuestiones[41]. Muestra de estos valores y preocupaciones compartidas es que Chile también ha celebrado acuerdos con referencia expresa a la cooperación para la protección del medio ambiente con otros Estados como México (1999), Corea (2004), los Estados Unidos (2004), Canadá (2005) y China (2006). Sin embargo, y a la espera de la entrada en vigor de un nuevo Acuerdo entre la UE y Chile[42], los aspectos medioambientales forman parte de la esfera de cooperación, pero no están presentes en el diálogo político entre ambas Partes, como sí sucede en el posterior Acuerdo entre la UE y Centroamérica[43]. En vista de la alta vulnerabilidad de Chile con respecto al cambio climático[44], conviene seguir reforzando el compromiso político y de cooperación entre la UE y Chile en acuerdos venideros.

Las cláusulas medioambientales son precisamente los contenidos más controvertidos en el nuevo "acuerdo de principio" que la UE y Mercosur -Brasil, Argentina, Paraguay y Uruguay[45]- firmaron en junio de 2019, tras 20 años de negociaciones, como parte de un futuro Acuerdo de Asociación más amplio. Se trata del primer gran Acuerdo entre Mercosur y cualquier otro bloque regional, prueba de su actitud parcialmente aislacionista, que refleja la necesidad de la Unión de promover la apertura económica frente a los mensajes proteccionistas que han cobrado fuerza en los últimos años[46]. El acuerdo final, no obstante, está pendiente de firma y ratificación como consecuencia, entre otras cuestiones, de las políticas medioambientales en la zona amazónica de Brasil del ya derrotado gobierno de Jair Bolsonaro, firme negacionista del cambio climático. Está por ver si, tras las elecciones generales de octubre de 2022 y la victoria del progresista Lula da Silva, el acuerdo entre la UE y Mercosur se materializa en compromisos reales y efectivos.

41 Cfr. Documento L 352, *Decisión del*, cit., art. 28.

42 El 9 de diciembre de 2022, la Unión Europea y Chile concretaron el cierre político del proceso de modernización del Acuerdo de Asociación. A falta de revisión legal y traducción, se estima que el nuevo Acuerdo Marco Avanzado podría quedar firmado a finales de 2023.

43 Cfr. Documento L 346, *Acuerdo por*, cit., art. 20.

44 Cfr. Maroto Pérez, S.: "El medio", cit., p. 166.

45 La Unión firmó acuerdos comerciales bilaterales con Argentina en 1990, con Paraguay en 1992, con Uruguay en 1994 y con Brasil en 1995. En el año 2000, la UE y Mercosur empezaron las negociaciones para la conclusión de un Acuerdo de Asociación, pero se suspendieron en 2004 por desavenencias en el ámbito comercial. En 2012, Venezuela se unió formalmente al Mercosur. Sin embargo, en diciembre de 2016 fue suspendido temporalmente por incumplimiento de la obligación de transponer las obligaciones de Mercosur al Derecho interno venezolano. La suspensión se prorrogó indefinidamente en agosto de 2017 por incumplimiento de la cláusula democrática. Cfr. Parlamento Europeo, *El comercio de la Unión con América Latina y el Caribe. Panorama general y cifras*, Servicio de Estudios del Parlamento Europeo, 2019, p. 29; Zorzán, F. "Las relaciones", cit., p. 56.

46 La profesora Gómez Arana afirmó al respecto que el acuerdo firmado en 2019 entre Mercosur y la UE respondía a la necesidad de reforzar los valores comunes, y concretó que ambas regiones "enviaron un mensaje de rechazo al proteccionismo, y de disponibilidad para comerciar y negociar respetando normas y altos estándares". Cfr. Gómez Arana, A.: "Interregionalismo y", cit., p. 6.

El proyecto de acuerdo entre la UE y Mercosur todavía adolece de importantes debilidades que, en caso de mantenerse, podrían poner en entredicho el papel predominante de la Unión en la protección del medio ambiente[47]. El "principio de acuerdo" que firmaron en 2019 muestra que ambas regiones están dispuestas a encontrar un equilibrio entre los intereses comerciales y económicos y los valores e intereses sociales que comparten, tales como el liberalismo económico y el clima. De ahí que Sanahuja y Rodríguez afirmen, que "el acuerdo puede ser un espacio común de diálogo de políticas, de convergencia regulatoria y de transformación productiva para el cambio del modelo económico y la reconstrucción del contrato social"[48].

B) La lucha contra el terrorismo o el tráfico ilícito de personas y armas convencionales son cuestiones candentes en el orden internacional, y con gran protagonismo tanto en la UE como en ALC. En la práctica reciente de la UE, está cobrando fuerza la cooperación en el ámbito de la seguridad, y algunos Acuerdos de Asociación contemplan algunas cláusulas relacionadas con este aspecto. Por ejemplo, el Acuerdo de Asociación entre la UE y Chile (2002) establece la obligación de las Partes de "cooperar en la lucha contra el terrorismo de conformidad con lo dispuesto en las convenciones internacionales y en sus respectivas legislaciones y normativas"[49]. El Acuerdo entre la UE y el Sistema de Integración Centroamericana (SICA) de 2012 también recoge esta obligación[50], y añade el propósito compartido de hacer frente a los riesgos que plantean los flujos migratorios ilegales. En concreto, las partes:

"Entablarán un diálogo integral sobre todas las cuestiones referentes a la migración, como la migración irregular, los flujos de refugiados, el tráfico y la trata de seres humanos, e incluirán cuestiones conexas como la fuga de cerebros, en las estrategias nacionales para el desarrollo económico y social de las zonas de las que proceden los migrantes, teniendo en cuenta también los vínculos históricos y culturales existentes entre ambas regiones"[51].

En esta misma línea, la UE y Cuba (2018) acuerdan el objetivo común de adoptar las medidas oportunas para "prevenir, combatir y eliminar el tráfico ilícito de armas pequeñas y ligeras en todos sus aspectos"[52].

47 Cfr. Sanahuja, J. A. y Rodríguez, J. D.: "El acuerdo Mercosur-Unión Europea: escenarios y opciones para la autonomía estratégica, la transformación productiva y la transición social y ecológica", *Fundación Carolina*, Análisis Carolina 20/2021, 2021, p. 9.

48 Ibid., p. 15.

49 Documento L 352, *Decisión del*, cit., art. 15.

50 Cfr. Documento L 346, *Acuerdo por*, cit., art. 16.

51 Ibid., art. 19.

52 Documento L 337 I, *Acuerdo de*, cit., art. 6.2.

Es también llamativa la incorporación relativamente reciente de la cláusula para la no proliferación de armas de destrucción masiva, presente en algunos Acuerdos de Asociación. La introducción de dicha cláusula en los acuerdos con los socios latinoamericanos es especialmente relevante, teniendo en cuenta el arraigado compromiso de la región con la no proliferación y el desarme desde la firma del Tratado de Tlatelolco, en vigor desde 1969, que prohíbe el desarrollo, adquisición, ensayo y emplazamiento de armas nucleares en la región de la ALC. En el Acuerdo entre la Unión Europea y Centroamérica (2012), las partes se comprometen a cumplir plenamente con sus obligaciones internacionales de desarme y no proliferación vigentes, pero también a firmar, ratificar o adherirse a otros instrumentos internacionales que contribuyan a estos objetivos, así como a establecer un sistema de control de exportaciones sensibles que garantice la no proliferación[53]. El hecho de que todos los Estados centroamericanos -Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá- sean Partes firmantes del Tratado de Tlatelolco y del Acuerdo de Asociación con la UE es muestra de los valores que ambas regiones comparten en el ámbito de la seguridad.

Además, es oportuno recordar que la propuesta mexicana para la negociación y posterior firma del Tratado de Tlatelolco se fundamentó en el temor generado por la crisis de los misiles de Cuba unos años antes. Por eso, y teniendo en cuenta que Cuba no es Estado Parte de este Tratado, supone un avance significativo la introducción de la cláusula de no proliferación en el Acuerdo de Diálogo Político y de Cooperación entre la Unión Europea y sus Estados miembros y Cuba[54]. Aunque los compromisos adquiridos en este caso son de menor alcance que los recogidos en el Acuerdo entre la UE y Centroamérica (2012), Cuba muestra una voluntad política acorde con los valores que, generalmente, los Estados Miembros de la Unión y los Estados de ALC transmiten. En concreto, "las Partes acogen la Proclama de América Latina y el Caribe como Zona de Paz, que incluye el compromiso de los Estados de la región de promover el desarme nuclear, así como el estatus de América Latina y el Caribe como zona libre de armas nucleares"[55]. De esta forma, este Acuerdo contribuye a fortalecer los lazos con la isla caribeña, pero también la relación birregional UE-ALC en su conjunto.

El Informe anual de 2018 sobre la situación de la aplicación de la Estrategia de la Unión Europea contra la proliferación de armas de destrucción masiva destacó la contribución general de la cláusula de no proliferación en las relaciones exteriores de la UE[56]. Además, la Unión no descarta incorporar dicha cláusula en las relaciones comerciales con los Estados de Mercosur, y en sus negociaciones

53 Cfr. Documento *L 346, Acuerdo por, cit., art. 15*.

54 Cfr. Documento L 337 I, *Acuerdo de*, cit., art. 7.

55 Documento L 337 I, *Acuerdo de*, cit., art. 7.2.

56 Cfr. 2019/C 202/01, *Informe anual de situación sobre la aplicación de la Estrategia de la Unión Europea contra la proliferación de armas de destrucción masiva (2018)*, de 14 de junio de 2019, párr. 64. Al respecto, Cfr. Blanc

con Chile[57]. Esta perspectiva manifiesta que la Unión continúa trabajando por la universalidad de los objetivos internacionales de no proliferación, con la necesaria participación también de sus Estados miembros, en sus relaciones con la región de América Latina y el Caribe, donde los aspectos de seguridad forman también parte del "diálogo político" habitual.

IV. LOS ACUERDOS DE "NUEVA GENERACIÓN": LA MODERNIZACIÓN DE LAS RELACIONES BILATERALES DE LA UE.

La creciente ambición y alcance de los acuerdos comerciales de la Unión Europea con terceros Estados ha motivado la calificación doctrinal de acuerdos de "nueva generación" a aquellos más recientes que abarcan aspectos novedosos de interés común[58]. Con el objetivo de adaptar ciertos Acuerdos de Asociación al contexto y a los retos actuales, el presidente del Gobierno de España, Pedro Sánchez, recalcó la importancia de acelerar la consecución de los nuevos Acuerdos de la Unión con México y Chile[59], que han quedado parcialmente obsoletos con el paso del tiempo y el desarrollo económico y social, y que están pendientes de ratificación.

1. La adecuación del acuerdo comercial con México a los retos sociales contemporáneos.

En 1997, México se convirtió en el primer Estado latinoamericano en firmar un acuerdo de estas características, aunque con un alcance mucho más limitado que los acuerdos más actuales. En concreto, el art. 3 de dicho Acuerdo recogía el único compromiso común de "diálogo político" entre las partes, y afirma que:

"Las Partes acuerdan institucionalizar un diálogo político más intenso basado en los principios enunciados en el artículo 1, que incluya todas las cuestiones bilaterales e internacionales de interés común y dé lugar a unas consultas más estrechas entre las Partes dentro del contexto de las organizaciones internacionales a las que ambas pertenecen".

Por lo tanto, las Partes no concretaron aquellos ámbitos específicos en los que debían mantener un diálogo político, más allá de la referencia muy general

Altemir, A.: "¿Hacia un nuevo paradigma de los acuerdos de asociación de la Unión Europea? La negociación del nuevo acuerdo con el Mercosur", *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 34, 2018, pp. 921-968.

57 Cfr. 2020/C 341/01, *Informe anual de situación sobre la aplicación de la Estrategia de la Unión Europea contra la proliferación de armas de destrucción masiva (2019)*, de 13 de octubre de 2020, párr. 78.

58 Cfr. Maillo, J.: "Acuerdos comerciales UE de "Nueva Generación": origen, rasgos y valoración", *Real Instituto Universitario de Estudios Europeos*, Documento de Trabajo Serie Unión Europea y Relaciones Internacionales núm. 110/2021, 2021, 20 p.

59 Cfr. Pérez, C.: "España reclama a Bruselas que desbloquee el acuerdo con Mercosur", *El País*, 3 de mayo de 2021, disponible en: https://elpais.com/internacional/2021-05-03/espana-reclama-a-bruselas-que-desbloquee-el-acuerdocon-mercosur.html.

e imprecisa al respeto a los principios democráticos y a los derechos humanos fundamentales.

El Acuerdo entre los 27 socios europeos y México está en proceso de modernización, y, el 21 de abril de 2018, la UE y México anunciaron un "acuerdo de principio" que modifica, principalmente, el ámbito comercial de las relaciones bilaterales, con el que las Partes quieren mostrar su rechazo al proteccionismo y su apuesta por la democracia y el Estado de Derecho[60]. La Comisión Europea afirmó sobre el nuevo Acuerdo modernizado, que "permite intensificar la estrecha relación de la UE con México, tomar posición por un comercio abierto y trabajar para configurar unas normas comerciales globales acordes con nuestros valores comunes y nuestro estilo de sociedad"[61]. La Secretaria de Economía de México entre 2018 y 2020 durante el gobierno de López Obrador, Graciela Márquez, por su parte, hizo referencia al impacto social y económico de la pandemia derivada de la Covid-19 sobre los ciudadanos mexicanos, y añadió, que "llegar a un acuerdo en los tiempos actuales muestra que ambas Partes comparten los valores de un sistema de comercio basado en reglas que ofrezca certidumbre y en contra de cualquier corriente proteccionista"[62].

Asimismo, la promoción de otros valores compartidos también quedaría reflejada en el nuevo Acuerdo modernizado, que abarca aspectos innovadores entre los que destacan los compromisos en torno a la promoción del desarrollo sostenible y el medio ambiente, o la protección de los derechos de los trabajadores. Este último ha cobrado importancia en los últimos años, y se incorpora progresivamente a la lista de compromisos adquiridos por la UE en los Acuerdos de Asociación con sus socios de América Latina y el Caribe. Así quedó demostrado, por ejemplo, en el Acuerdo entre la UE y Centroamérica (2012), cuyo ámbito de cooperación compromete a las Partes a cumplir con los estándares internacionales impuestos por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y a garantizar derechos fundamentales como la libertad de asociación, el derecho a la negociación colectiva y la no discriminación, la abolición del trabajo forzado y del trabajo infantil y la igualdad de trato entre hombres y mujeres[63]. Como consecuencia, El Salvador, Estado Parte del Acuerdo con Centroamérica, ratificó los Convenios sobre libertad sindical (1987) y negociación colectiva (1998)

60 Cfr. Comisión Europea, *Comprender el Acuerdo UE-México*, disponible en: https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/eu-mexico-trade-agreement/agreement-explained/index_es.htm

61 Comisión Europea, *Guía sobre el nuevo Acuerdo comercial UE-México*, 2018, disponible en: https://comercio.gob.es/PoliticaComercialUE/AcuerdosComerciales/acuerdoscomerciales/mexico/180522-mexico-guia-resumen-nuevo-acuerdo-espanol.pdf.

62 Gobierno de México, "México y la Unión Europea concluyen proceso de negociación de la modernización del TLCUEM", Comunicado de prensa No. 38, de 28 de abril de 2020, disponible en: https://www.gob.mx/se/es/articulos/mexico-y-la-union-europea-concluyen-proceso-de-negociacion-de-la-modernizacion-del-tlcuem?idiom=es.

63 Cfr. Documento *L 346, Acuerdo por, cit., art. 42.*

de la OIT para evitar la suspensión de los beneficios económicos que aporta el Acuerdo de Asociación[64]. En esta misma línea, el nuevo Acuerdo entre la UE y Mercosur también incorpora el compromiso de los Estados Parte con el respeto a los derechos laborales y la promoción de una conducta empresarial responsable[65].

Otro aspecto novedoso que las Partes del Acuerdo modernizado entre la UE y México han considerado durante las negociaciones es la incorporación de medidas destinadas a mejorar la coordinación de la lucha contra la corrupción y el blanqueo de capitales. En concreto, las Partes se comprometen de forma vinculante a prevenir y combatir dicha lacra tipificando en sus ordenamientos internos el delito penal de corrupción en el ámbito tanto público como privado. De esta forma, los Estados Miembros de la UE y México pretenden garantizar que los funcionarios públicos y las empresas que tengan un comportamiento corrupto puedan ser perseguidos. Cabe señalar, que el diálogo político del Acuerdo entre la UE y Centroamérica (2012) ya hacía referencia a la lucha contra la corrupción[66]. Esta cláusula, no obstante, era más escueta que la acordada en el nuevo Acuerdo modernizado con México, lo que demuestra la creciente importancia y compromiso de las Partes frente a este tipo de retos.

2. Una renovada asociación con Chile para intensificar la lucha contra la desigualdad.

La Unión Europea y Chile alcanzaron un Acuerdo de Asociación en 2002, aunque no entró en vigor en su totalidad hasta 2005. Debido a los cambios económicos y sociales posteriores, la UE y Chile decidieron comenzar las negociaciones para la modernización de dicho Acuerdo, que lleva pendiente desde 2013. En el marco de las negociaciones, Chile también ha hecho patente su pretensión de proteger los derechos laborales y luchar contra la corrupción y el blanqueo de capitales. Sin embargo, el aspecto más novedoso en este caso es el compromiso de las Partes por incentivar la igualdad de oportunidades y trato para hombres y mujeres. Con la introducción de esta perspectiva de género, los Estados Miembros de la UE y Chile muestran su compromiso común con la lucha contra la discriminación, para que hombre y mujeres se beneficien por igual de las oportunidades de desarrollo que se abrirían con la aplicación del Acuerdo modernizado[67].

A la espera de la ratificación y entrada en vigor de estos Acuerdos de Asociación modernizados, parece evidente que la UE apuesta por acuerdos comerciales

64 Cfr. Manero Salvador, A.: "Las preferencias europeas y la condicionalidad: balance y perspectivas de futuro", en AA.VV.: *La acción exterior de la UE en materia de Derechos Humanos* (coord. por Manero Salvador, A.), *Instituto de Estudios Internacionales y Europeos*, Francisco de Vitoria, núm. 4, 2014, p. 106.

65 Cfr. Blanc Altemir, A.: "El Acuerdo", cit., p. 212.

66 Cfr. Documento *L 346, Acuerdo por, cit., art. 13.*

67 Cfr. Parlamento Europeo, *El comercio de la Unión con América Latina y el Caribe. Panorama general y cifras*, Servicio de Estudios del Parlamento Europeo, 2019, p. 40.

progresivos, esto es, amplía el alcance de los compromisos sociales de acuerdo con su identidad y valores al amparo de acuerdos económicos y de cooperación. De esta forma, las regiones no sólo impulsan el crecimiento de su economía, sino que también refuerzan los derechos de las personas en diferentes ámbitos, protegen el medio ambiente y hacen frente a los retos comunes que plantea el orden internacional. En cualquier caso, la materialización de los valores comunes en los Acuerdos de Asociación amplía el ámbito de actuación de la Unión en su acción exterior con la adopción de acuerdos globales o integrales que trascienden de lo económico.

V. CONCLUSIONES.

Los diferentes acuerdos celebrados por la UE con América Latina y el Caribe, tanto bilaterales como birregionales, muestran las particularidades derivadas del momento histórico en el que se celebraron y del contexto en el que se produjeron las negociaciones. Su extensión y alcance varían en función de las necesidades de los Estados y las regiones, reflejo también de la gran heterogeneidad existente entre los países de América Latina y el Caribe. Sin embargo, la UE y sus socios latinoamericanos tratan de construir paulatinamente un diálogo político basado en unos propósitos y unos valores comunes que les permita avanzar en una misma dirección. El análisis del diálogo político de algunos Acuerdos de Asociación entre la UE y ALC, como los alcanzados con Centroamérica, Chile, Cuba, Mercosur o México, muestra una agenda política extensa, que rebasa los objetivos de los que habitualmente podría entenderse por la agenda "Norte-Sur", focalizada en una mera cooperación para el desarrollo, tal y como se propone en los ODS 16 y 17.

La Unión, a través de las cláusulas democráticas, sociales, ambientales o de seguridad de los acuerdos comerciales, adopta una postura proactiva en sus relaciones con terceros Estados, y materializa los valores compartidos sin imposiciones unilaterales. Mientras que las cláusulas democráticas protegen valores en torno al Estado de derecho, la pluralidad y los derechos humanos, las cláusulas medioambientales y sociales fomentan la consecución de algunos de los ODS recogidos en la Agenda 2030. Asimismo, los Acuerdos de Asociación contienen cláusulas de seguridad para hacer frente a retos como la proliferación y el tráfico de armas, y apuestan, más recientemente, por un diálogo político encaminado a la protección de derechos sociales, como los laborales y la igualdad de oportunidades. La ratificación y entrada en vigor de los Acuerdos modernizados con Chile y México y del Acuerdo comercial con Mercosur son, sin duda, hitos importantes para alcanzar estos cometidos.

Con todo esto, sólo resta señalar que la Unión debe prestar atención a la aplicación coherente de su condicionalidad política al margen de consideraciones subjetivas y actitudes paternalistas o eurocéntricas. Para reforzar la asociación

birregional más allá de la mera retórica es necesario atender a la reciprocidad de intereses económicos, pero también políticos y sociales, que configuran la identidad de la Unión y reflejan, a la vez, los valores compartidos con los Estados y regiones de América Latina y el Caribe. Sólo así pueden impulsar su potencial político y económico y ejercer influencia en los retos que se presentan en el orden internacional.

BIBLIOGRAFÍA

Ayuso, A. y Gratius, S.: "¿Nadar a contracorriente? El futuro del Acuerdo de la Unión Europea con Cuba", en AA.VV.: *Nueva etapa entre Cuba y la UE. Escenarios de futuro*, (ed. por Ayuso, A. y Gratius, S.), CIDOB Edicions, Barcelona, 2017.

Barceló, M. J.: "La proyección exterior de la identidad europea: Política Comercial Común y condicionalidad en materia de Derechos Humanos", *Cuadernos Europeos de Deusto*, Bilbao, núm. especial 02, febrero 2019.

Blanc Altemir, A.:

- "El Acuerdo Unión Europea-Mercosur", en AA.VV.: *La Unión Europea, promotora del libre comercio. Análisis e impacto de los principales acuerdos comerciales* (dir. por Blanc Altemir, A.), Aranzadi, Pamplona, 2020.

- ¿Hacia un nuevo paradigma de los acuerdos de asociación de la Unión Europea? La negociación del nuevo acuerdo con el Mercosur", *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 34, 2018.

Copelli Ortiz, G.: "El acuerdo Unión Europea-Chile", en AA.VV.: *La Unión Europea, promotora del libre comercio. Análisis e impacto de los principales acuerdos comerciales* (dir. por Blanc Altemir, A.), Aranzadi, Pamplona, 2020.

Díaz Barrado, C.: "El 'principio democrático' al hilo del Acuerdo sobre Diálogo Político y Cooperación entre la Unión Europea y Cuba", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 36, 2018.

Díaz Barrado, C. y Morán Blanco, S.: "Las relaciones Cuba y Unión Europea: «el comienzo de una gran amistad»", *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 34, 2018.

Díaz-Silveira Santos, C.: *La estrategia inter-regional de la Unión Europea con Latinoamérica. El camino a la asociación con el MERCOSUR, la Comunidad Andina y Centroamérica*, Plaza y Valdés, Madrid, 2009.

García, M.: "The European Union and Latin America: 'Transformative power Europe' versus the realities of economic interests", *Cambridge Review of International Affairs*, vol. 28, núm. 4, 2015.

Gardini, J. L. y Ayuso, A.: "EU-Latin America and Caribbean Inter-regional relations: complexity and change", *Atlantic Future*, Scientific Paper núm. 24, 2015.

Gómez Arana, A.: "Interregionalismo y Acuerdos de Asociación UE-América Latina y el Caribe", *Fundación Carolina*, Madrid, Documentos de Trabajo núm. 54 (2ª época), 2021.

Hettne, B. y Soderbaum, F.: "Civilian power or soft imperialism: the EU as a global actor and the role of interregionalism", *European Foreign Affairs Review*, vol. 10, núm. 4, 2005.

López Jacoiste, E.: "Diálogo Euro-latinoamericano y los acuerdos de tercera generación: 'las cláusulas democráticas'", en AA.VV.: *Las implicaciones constitucionales de los procesos de integración en América Latina: Un análisis desde la Unión Europea* (coord. por Saiz Arnaiz, A., Morales-Antoniazzi, M. y Ugartemendia, J. I.), Instituto Vasco de Administración Pública, 2011.

Maillo, J.: "Acuerdos comerciales UE de "Nueva Generación": origen, rasgos y valoración", *Real Instituto Universitario de Estudios Europeos*, 2021, Documento de Trabajo Serie Unión Europea y Relaciones Internacionales núm. 110/2021.

Manero Salvador, A.: "Las preferencias europeas y la condicionalidad: balance y perspectivas de futuro", en AA.VV.: *La acción exterior de la UE en materia de Derechos Humanos* (coord. por Manero Salvador, A.), *Instituto de Estudios Internacionales y Europeos*, Francisco de Vitoria, núm. 4, 2014.

Maroto Pérez, S.: "El medio ambiente como motor de Unidad entre Europa y América Latina", en AA.VV.: *La integración europea e iberoamericana II: las relaciones de la Unión Europea (UE) y el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) con el Sistema de Integración Centroamericano (SICA)* (dir. por Martín de la Guardia, R. y Pérez Sánchez, G. Á.), Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

Martín y Pérez de Nanclares, J.: "La Unión Europea como comunidad de valores: a vueltas con la crisis de la democracia y del Estado de Derecho", *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, núm. 43, 2019.

Niedrist, G.: "Las cláusulas de derechos humanos en los tratados de libre comercio de la Unión Europea", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, 2011.

Pérez, C.: "España reclama a Bruselas que desbloquee el acuerdo con Mercosur", *El País*, 3 de mayo de 2021, disponible en: https://elpais.com/internacional/2021-05-03/espana-reclama-a-bruselas-que-desbloquee-el-acuerdocon-mercosur.html.

Quispe Remón, F.: "La Unión Europea y el Sistema de Preferencias Generalizadas en América Latina", en AA.VV.: *La acción exterior de la UE en materia de Derechos Humanos*, (coord. por Manero Salvador, A.), Instituto de Estudios Internacionales y Europeos, Francisco de Vitoria, núm. 4, 2014.

Rodríguez de las Heras, L.: "La introducción de la cláusula democrática en la política exterior de la Unión Europea", en AA.VV.: *La acción exterior de la UE en materia de Derechos Humanos* (coord. por Manero Salvador, A.), Instituto de Estudios Internacionales y Europeos, Francisco de Vitoria, núm. 4, 2014.

Sanahuja, J. A. y Rodríguez, J. D.: "El acuerdo Mercosur-Unión Europea: escenarios y opciones para la autonomía estratégica, la transformación productiva y la transición social y ecológica", *Fundación Carolina*, 2021, Análisis Carolina 20/2021.

Szilágyi, I.: "'El subimperialismo brasileño', el MERCOSUR y las cuestiones de la alianza estratégica birregional de la Unión Europea y América Latina", en AA.VV.: *La integración europea e iberoamericana II: las relaciones de la Unión Europea (UE) y el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) con el Sistema de Integración Centroamericano (SICA)* (dir. por Martín de la Guardia, R. y Pérez Sánchez G. Á.), Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

Szymanski, M. y Smith, M. E.: "Coherence and Conditionality in European Foreign Policy: Negotiating the EU-Mexico Global Agreement", *Journal of Common Market Studies*, vol. 43, núm. 1, 2005.

Zorzán, F.: "Las relaciones UE-América Latina y el diálogo político birregional", en AA.VV.: *Las relaciones de la Unión Europea con América Latina y el Caribe* (coord. por Mallo, T. y Sanahuja, J. A.), Fundación Carolina, 2011.

UNA PROPUESTA LEGISLATIVA PARA LA REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA

A LEGISLATIVE PROPOSAL FOR THE REGULATION OF GESTATION BY SUBSTITUTION IN SPAIN

Rev. Boliv. de Derecho Nº 35, enero 2023, ISSN: 2070-8157, pp. 354-385

Laura
FERNÁNDEZ
ECHEGARAY

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 15 de diciembre de 2022

RESUMEN: Es una realidad constatada que en España el número de nacimientos logrados a través de acuerdos de gestación por sustitución, celebrados fuera de nuestras fronteras, por parte de ciudadanos españoles, está en pleno auge. Lo anterior ha derivado en importantes conflictos jurídicos que han generado una absoluta incoherencia normativa. Como solución, entendemos que ha llegado el momento de integrar una legislación garantista y pautada que evite, no solo referidos conflictos, sino que palie los posibles abusos que la ausencia de regulación puede producir.

PALABRAS CLAVE: Reproducción; gestación por sustitución; filiación; propuesta legislativa.

ABSTRACT: *It is a proven reality that in Spain the number of births achieved through surrogacy agreements, celebrated outside our borders, by Spanish citizens, is booming. This has led to important legal conflicts that have generated an absolute regulatory incoherence. As a solution, we understand that the time has come to integrate a guaranteed and guided legislation that avoids, not only referred conflicts, but also mitigates the possible abuses that the absence of regulation can produce.*

KEY WORDS: *Reproduction; gestation by substitution; filiation; legislative proposal.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. CONCEPTO Y TIPOS DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.- III. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN OTROS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS Y EL TURISMO REPRODUCTIVO.- IV. LA ACTUAL INCOHERENCIA NORMATIVA EN MATERIA DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.- 1. El "Asunto Valencia".- A) STS 6 febrero 2014.- B) Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 5 de octubre de 2010, sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.- C) STS 31 marzo 2022.- V. CONCLUSIONES.- VI. UNA PROPUESTA LEGISLATIVA SOBRE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA.

I. INTRODUCCIÓN.

La gestación por sustitución es un cauce reproductivo que la ciencia y la tecnología han puesto a nuestro alcance. Es una realidad constatada que actualmente el embarazo de un niño pueda ser desarrollado por una mujer que, tras el nacimiento, lo entrega voluntariamente a un tercero o terceros, quienes lo criaran como propio. Lo anterior ha generado la apertura de un necesario debate que deriva en un interrogante final: ¿Ha llegado el momento de que España acuerde un marco normativo concreto que regule y controle la aplicación legal de esta figura? En consecuencia, a través del presente trabajo vamos a exponer la situación real en la que se encuentra esta cuestión y, por ende, los numerosos e importantes conflictos normativos existentes. De igual forma, vamos a intentar aportar una solución de calidad que palie en la medida de lo posible estos problemas. Lo cierto es que la enorme disparidad de legislaciones internacionales en materia de gestación por sustitución ha provocado el auge del llamado "turismo reproductivo". Así, ciudadanos de países no permisivos con esta técnica acuden a otros, permisivos, para alcanzar el deseo de ser padres. Los problemas se dan una vez que estas personas regresan a sus países de origen e intentan dar acceso a sus hijos al registro civil. Entendemos que una regulación propia y específica aportada por el legislador español puede servir en gran medida de mecanismo paliativo para resolver las graves consecuencias jurídicas existentes en la actualidad. Creemos que es precisamente la ausencia de regulación expresa lo que puede generar importantes perjuicios, no solo para las mujeres gestantes, sino para los menores que llegan al mundo a través de este proceso. Hoy en día, en España, nos encontramos ante una absoluta incoherencia normativa derivada de las contradictorias posturas que nuestros propios organismos públicos han

• Laura Fernández Echegaray
Profesora Ayudante Doctora de Derecho Civil de la Universidad de Cantabria (acreditada a Profesora Contratada Doctora). Doctora en Derecho por la Universidad de Cantabria. Postgrados en Derecho de Familia y en Derecho de Sucesiones en la Universidad Complutense de Madrid. Coordinadora del Máster en Derecho de Familia y Menores y Coordinadora Académica del Máster Universitario de Acceso a la Profesión de Abogado de la Universidad de Cantabria. La principal línea de investigación se centra en cuestiones de Derecho de familia, menores, reproducción humana asistida y en las relaciones de filiación. Ha publicado numerosos artículos de revista, así como capítulos de libros colectivos, destacando la monografía, La reproducción humana asistida en España y la gestación por sustitución: ¿Incoherencia normativa o legislación garantista? (Aranzadi, 2019). Correo electrónico: laura.fernandez@unican.es.

provocado al adoptar sus decisiones al respecto. Nuestra intención, por tanto, es proponer una medida legislativa de calidad, garantista y protectora de los intereses de todas las partes intervinientes en el proceso.

II. CONCEPTO Y TIPOS DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.

El contrato de gestación por sustitución consiste en que una mujer, a través de un acuerdo oneroso o lucrativo, acepta quedar embarazada con el fin de engendrar y dar a luz a un hijo que finalmente será criado como propio por otra u otras personas, hayan o no aportado estos sus propios gametos[1]. Son numerosas las expresiones que encontramos a la hora de referirnos a esta polémica figura reproductiva. Además de "gestación por sustitución", se suele denominar "maternidad subrogada"[2], "gestación subrogada", "madres portadoras", "madres suplentes", "donación temporaria de útero", "gestación por encargo"[3], "gestación por cuenta ajena" o la coloquialmente denominada "madres o vientres de alquiler". Desde nuestra opinión, es el término "gestación por sustitución" el que resulta más apropiado. Así, autores como Lamm[4] o Souto Galván[5] defienden esta expresión al tener en cuenta que la mujer contratada se limita concretamente a gestar un hijo para otra u otras personas. Por tanto, no resulta oportuno hablar de "maternidad" al abarcar esta palabra un concepto infinitamente más amplio que "gestar". Pensemos además en los casos en los que la parte comitente es un varón o pareja de varones homosexuales. Hay que indicar que ya en su día la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in Vitro y la Inseminación Artificial Humana de 1986[6], utilizó el término "gestación por sustitución", entendiendo que definía adecuadamente la realidad que comprende esta figura.

1 Díaz Romero, M.R. "La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico", *Diario La Ley*, núm. 7527, Sección Doctrina, 2010, p. 1.

2 El Comité Nacional de Bioética optó por utilizar la nomenclatura "maternidad subrogada "al entender que define correctamente la verdadera esencia de la práctica. Señala que la expresión "vientres de alquiler", en realidad, tendría que referirse a "madres de alquiler" porque lo que se alquila es una persona en su integridad, no solo su vientre. Por lo que respecta a la expresión "maternidad por sustitución", entiende que tampoco es correcta puesto que, desde la perspectiva biológica y genética, la maternidad no es sustituible. Por lo que se refiere a la utilización del término "gestación por sustitución", tampoco lo comparten al entender que se oculta el término "maternidad", resultando inadecuado puesto que ser madre supone mucho más que gestar y dar a luz a un niño.

3 Vela Sánchez, A, J: "Comentario a la iniciativa legislativa popular para la regulación de la gestación por subrogación en España", *Diario La Ley*, núm. 8457, Sección Doctrina, 2015, p. 3

4 Lamm, E.: *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni vientres de alquiler*, Colección de Bioética, Cátedra UNESCO de Bioética de la Universidad de Barcelona, 2013, p. 26.

5 Souto Galván, B: "Aproximación al estudio de la gestación por sustitución desde la perspectiva del bioderecho", *Foro Nueva Época*, núm. 1, 2005, p. 277.

6 Conocida como "Comisión Palacios" en honor a su presidente, el diputado del grupo parlamentario socialista, Mauricio Palacios, su objetivo fue realizar un estudio previo en el que colaboraron especialistas de distintas ramas científicas, sociales y jurídicas para abarcar la materia relativa a una regulación en España sobre las técnicas de reproducción asistida.

En cuanto a los tipos de gestación por sustitución podemos encontrar dos. Por un lado, la tradicional y, por otro, la gestacional[7]. En la primera de ellas, la mujer gestante que acepta desarrollar el embarazo es además la aportante del óvulo utilizado para la fecundación del embrión. Es, por tanto, la "madre" biológica y genética. A pesar de que esta forma tiene cabida en algunos de los países permisivos, la gran mayoría no comulga con esta variante al existir más posibilidades de conflicto entre las partes. Se entiende que puede generarse un mayor vínculo entre la gestante y el bebé y que ello pueda derivar en acciones judiciales de reclamación de maternidad. Por otro lado, encontramos la de tipo gestacional. Esta vía descansa en que la gestante no guarda ningún vínculo genético con el bebé. Será "madre" genética, bien la mujer comitente contratante, bien una donante de óvulos. En la práctica es la más aceptada porque evidentemente genera menos conflictos futuros entre las partes intervinientes.

Con ello, hay que indicar que, con carácter general[8], en ambos tipos de gestación serán los padres contratantes los que aparezcan en el certificado de nacimiento del niño, quien quedará registrado oficialmente como hijo natural de la pareja o persona comitente.

Expuesto lo anterior, no hay duda de que la figura de la gestación por sustitución, simplemente por el contenido que engloba, ya desprende innumerables y complejos planteamientos, no sólo a nivel jurídico, sino evidentemente ético, social, sociológico, económico, religioso y psicológico[9].

III. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN OTROS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS Y EL TURISMO REPRODUCTIVO.

Dentro del panorama internacional podemos distinguir cuatro grupos diferenciados de países:

7 Pérez Monge, M.: "Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: Regulación versus realidad", *Revista de Derecho Privado*, 2010, p. 43.

8 En Reino Unido, a priori, la mujer que va a aparecer en el certificado de nacimiento es la gestante. Únicamente tras un periodo de reflexión en el que ésta acepta y consiente transferir su filiación a los comitentes, y tras la petición judicial por parte de éstos (*parental order*), se otorgará un segundo certificado de nacimiento en el que ya figurarán los padres de intención. Hay que indicar que el periodo de reflexión que se otorga a la gestante en Reino Unido es de seis meses. En nuestra opinión, este extenso lapso provoca que, en realidad, el trasfondo que implica la figura de la gestación por sustitución pierda toda su esencia. Permitir que desde el inicio del proceso la gestante pueda convertirse en madre se desvía absolutamente del propio sentido de la maternidad subrogada. Además de esto, entendemos que esta concesión resulta absolutamente cruel para los padres de intención que acordaron la entrega del bebé con la gestante; mucho más si tenemos en cuenta que en Reino Unido se contempla la gestación de tipo gestacional. Esto significa que los propios padres genéticos que contaron con la ayuda voluntaria de una mujer gestante para desarrollar un embarazo pueden verse privados totalmente de su propio hijo genético. En definitiva, la gestante se puede convertir en madre de un niño con el que no guarda ningún vínculo genético. En este sentido, existen otras legislaciones como la de Israel en las que la inscripción de los comitentes como padres del recién nacido tampoco es automática. En este caso, en el momento del parto la autoridad pública interviniente en el proceso se reserva la tutela del menor hasta que los comitentes tramitan judicialmente, en los siete días siguientes al nacimiento del bebé, la transmisión parental a su favor.

9 Méndez Baiges, V. y Silveira Gorski, H. C.: *Bioética y derecho*, Edit. UOC, Barcelona, 2007, pp. 121 y ss.

Por un lado, los que carecen de regulación (Argentina o Tailandia, entre otros), por otro, algunos que como España la rechazan expresamente (Francia[10], Alemania[11], Suiza[12], Italia[13]o Austria[14]) y, finalmente, los que la permiten. A su vez, dentro de este último grupo permisivo hay que diferenciar los que lo hacen únicamente de forma gratuita (Brasil[15], Reino Unido[16], Canadá[17], Israel, Grecia[18], México, Australia, Sudáfrica[19], Nueva Zelanda o Portugal[20]) y los que van más allá y la contemplan de forma comercial (Rusia, India[21], Ucrania, Georgia o algunos Estados de los Estados Unidos[22]).

Aunque este último grupo de Estados sean ampliamente permisivo con esta técnica, las garantías que ofrecen no son exactamente equiparables en todos ellos. A modo de ejemplo, indicar que ya desde hace ya unos años, India[23] no ofrece una protección jurídica comparable a las que ofrecen algunos Estados norteamericanos como California[24]. Lo mismo ocurre hoy en día con países como Rusia, Georgia o Ucrania.

10 Ley 94/653, de 29 de julio de 1994/ art. 16-7 CC/ Comité *Consultatif National d´Ethique* de Francia: Opiniones núm. 23, de 23 de octubre de 1984; Opinión núm. 90, de 24 de noviembre de 2005, Opinión núm. 110, mayo de 2010.

11 Art. 1, Ley 745/90, de 13 de diciembre, sobre Protección del Embrión.

12 Art. 119.2, d) de la Constitución Federal Suiza: "La donación de embriones y todas las formas de maternidad de sustitución están prohibidas" y art. 4 de la Ley Federal, sobre Procreación Medicamente Asistida, de 18 de diciembre de 1998 (reformada en 2006)

13 Art. 4.3, Ley 40/2004, de 19 de febrero, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

14 Art. 2.3 de la Ley Federal Austriaca sobre Reproducción Asistida, de 1 de julio de 1992.

15 Resolución núm. 1957, de 15 de diciembre de 2010, del Consejo Federal de Medicina (CFM).

16 Ley de acuerdos de subrogación (*Surrogacy Arrangements Act)* de 1985.

17 Ley de Reproducción Humana Asistida, de 29 de marzo de 2004 (no aplicable a la Provincia de Quebec).

18 Art. 8 de la Ley3089/2002, de 19 de diciembre de 2002 y arts. 1.458 y ss. Del CC. Griego.

19 *Children´s Act*. núm. 38/2005. Destacar la sentencia núm. 29936/2011, de 27 de septiembre (ZAGPPHC 185).

20 En Portugal ha sido aprobada la Ley de Gestación Subrogada en fecha 26 de noviembre de 2021.

21 En el caso India, dicha técnica está legalizada y es el Consejo Médico de Investigación, organismo que rige la carrera médica en el país, quien controla que las madres de alquiler, entre otros requisitos, no superen los 45 años, pasen la prueba de VIH y no tomen drogas. En este país el precio de estos contratos está aproximadamente en 30.000 dólares.

22 En Estados Unidos esta técnica no está permitida en toda su extensión territorial. Únicamente está legalizada en ocho Estados. Se encuentra prohibida en Nueva York, Nuevo México, Arizona, Utah, Michigan o Washington. Por el contrario, Estados como Florida, Minnesota California son los más demandados.

23 En India, en junio de 2013, se produjo una importante modificación legislativa que significó que, como parte de los trámites legales, se exigía certificación oficial expedida por el país de origen de los comitentes sobre la legalidad de la técnica en su país. Así le sucedió a A.M.C., ciudadana española (asturiana) quien fue madre contratante de dos mellizos, nacidos el 1 de julio de 2013 en Bombay, a los cuales ya les concedieron el pasaporte español. Tras el cambio de legislación indicado se vio obligada a permanecer en una situación de bloqueo teniendo que quedarse en la India junto a sus dos hijos al no poder sacarlos del país. Evidentemente las autoridades españolas no podían emitir ese certificado por no tratarse de una práctica legal en España. No obstante, la embajada española en Nueva Delhi hizo llegar una carta oficial a las autoridades indias en la que se expuso la necesidad de encontrar una "solución jurídica" para resolver este caso dada su "enorme dimensión humana". Finalmente, se le permitió salir del país con los dos niños al entenderse que el interés superior de los menores justificaba la autorización.

24 En Estados Unidos contratar un vientre femenino puede llegar a costar más de 100.000 dólares. De estos, la madre de alquiler cobra unos 25.000 dólares y la madre biológica que aporta el óvulo, entre 4.000 y 10.000 dólares. La agencia especializada, médicos y abogados reciben el diferencial. Es por ello que muchas parejas norteamericanas tienen que salir de Estados Unidos a otros países más económicos para realizar

No hay duda de que esta disparidad de legislaciones ha supuesto un aumento considerable del llamado "turismo reproductivo"[25]. Ciudadanos de países prohibitivos se desplazan a otros permisivos con la intención de acceder a esta técnica o, incluso, aun estando admitidas en su lugar de origen, acuden a otro atendiendo a mejores garantías, costes o celeridad en el proceso[26]. España no es una excepción. Resulta evidente que lo anterior ha generado importantes conflictos de intereses. Cuando estos padres intencionales tienen al niño en sus brazos llega el momento de regresar a su país de origen y retomar sus vidas. ¿Qué ocurre entonces con estos menores? ¿Pueden acceder al Registro Civil a pesar de haber nacido bajo una técnica no permitida? ¿Qué nacionalidad se les otorga?

La cuestión relativa al turismo reproductivo es preocupante por varias razones. En primer lugar, hay que tener en cuenta que se convierte en una opción únicamente viable para personas con buena posición económica. Por otra parte, es imposible controlar de forma absoluta la calidad o seguridad de los servicios ofrecidos, pudiendo estos presentar riesgos para las partes intervinientes. Lo anterior aumenta la posibilidad de peligro de explotación de mujeres que viven en países en desarrollo. El turismo reproductivo provoca que ciudadanos de países no permisivos quebranten las leyes nacionales con el fin de conseguir un objetivo no permitido. De lo anterior, como decimos, derivan preocupantes consecuencias relativas a la inscripción en el registro civil de estos niños y, en definitiva, de su filiación. Por último, la idea de turismo reproductivo parece reflejar la existencia de un negocio de "*baby bussines*"[27].

En la actualidad, pasada ya la tendencia de India o Tailandia como destinos preferenciales para los españoles, Ucrania ha tomado el relevo. Aquellos países, atendiendo a relevantes cambios legislativos padecidos años atrás, cerraron finalmente sus fronteras a ciudadanos extranjeros dejando únicamente la gestación por sustitución en beneficio de sus nacionales. A esto hay que sumarle que Ucrania había gozado hasta ahora de una aparente facilidad a la hora de inscribir los nacimientos en el Registro Civil español. Ya no es así. A lo largo de año 2018 el Gobierno español decidió suspender la entrega de pasaportes de estos niños de padres españoles nacidos en Ucrania. La grave consecuencia ha derivado en que

la técnica. Como ya se ha indicado, el estado más liberal en relación con esta materia es California. Es más, podemos considerar que la historia de las madres de alquiler arranca precisamente allí, cuando en el año 1975 un periódico local publicó un anuncio en el cual se solicitaba una mujer para ser inseminada artificialmente, a petición de una pareja estéril que estaba dispuesta a ofrecer remuneración a cambio. UDA. *Fertility Consulting.* www.vientredealquiler.com/index.php/glosario/606-madres-de-alquiler-iel-fin-justifica-los-medios

25 También conocido como "turismo procreativo internacional, "turismo de fertilidad internacional" o "*Cross-Border Reroductive Care*".

26 Davies, T.: "Cross-Border Reproductive Care: Quality and Safety Challenges for the regulator", *Fertiliti & Sterility*, 2010, 94 (1), pp. 20-22.

27 Lamm, E.: "*Gestación por sustitución*", cit., p. 194.

hoy en día más de cuarenta familias españolas permanecen atrapadas en territorio ucraniano sin posibilidad de poder abandonar el país en compañía de sus hijos.

Hay que poner de manifiesto que esta preocupante situación tuvo un abismo de esperanza con ocasión de la malograda Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 14 de febrero de 2019[28], sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, la cual fue derogada de forma inmediata, concretamente a través de la Instrucción de 18 de febrero de 2019[29]. Citada Instrucción permitía poder inscribir la paternidad del padre biológico que hubiere sido aportante de gametos en el acuerdo de gestación subrogada tras la acreditación de una prueba biológica de ADN. En realidad, esta aportación no distaba del propio contenido del art. 10.3 LTRHA. Además de ello, se daba un trato destacado a la necesidad de obtener el consentimiento, posterior al parto, libre, voluntario y consciente de la mujer gestante, en relación con la posterior solicitud de adopción del niño por parte del cónyuge legal del padre. Por último, se contemplaba también el acceso de la maternidad a favor de la mujer comitente cuando, constando la renuncia de la gestante, se acreditaba que la madre intencional había aportado los gametos femeninos para la fecundación. Como decimos, esta solución fue un espejismo lo que implica que, actualmente, tal y como veremos, la normativa actual siga descansando sobre la vigente Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 5 de octubre de 2010.

En este punto, no podemos olvidar el informe de la Conferencia de Derecho Internacional Privado de la Haya, de 10 de marzo de 2012[30], sobre los problemas que plantean los contratos de maternidad subrogada. Se propone asumir un sistema de orden público reducido para las situaciones legítimamente creadas en países extranjeros en el que se permita reconocer efectos jurídicos derivados de la maternidad subrogada al amparo de un ordenamiento jurídico extranjero. La Conferencia en armonía con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) informa de la necesidad de aminorar la aplicación del orden público internacional debiendo ser aplicado bajo imperiosa necesidad y por el fin legítimo que lo justifica. En resumen, lo que se recomienda es, siempre que sea por el interés superior del menor, poder aminorar la aplicación del orden público internacional que permita reconocer en el país en el que la técnica gestacional contratada está prohibida, de la filiación legalmente determinada en el país que, por el contrario, es permisivo con esta técnica reproductiva.

28 Texto íntegro disponible en: http://www.migrarconderechos.es/legislacionMastertable/legislacion/IDGRN_14_2_2019.

29 (RCL 2019, 268).

30 http://www.hcch.net/index_es.php?act=text.display&tid=178.

Como vemos, todo lo que rodea la gestación por sustitución es fuente de polémica. Las posiciones a nivel social se encuentran enfrentadas y nuestros grupos parlamentarios han comenzado una andadura de debates que, tarde o temprano, tendrá que culminar: ¿lo dejamos cómo está? ¿lo prohibimos absolutamente? ¿lo regulamos con pautas, límites y garantías?

Antes de dar la respuesta a citados interrogantes, vamos a describir cuál es la situación general en la que se encuentran los acuerdos de gestación por sustitución, así como los importantes conflictos normativos existentes en la actualidad.

IV. LA ACTUAL INCOHERENCIA NORMATIVA EN MATERIA DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.

Como venimos indicando, el panorama actual existente en materia de contratos de gestación por sustitución está protagonizado por una absoluta incoherencia normativa. Esta realidad, esta complicada situación ha sido generada como consecuencia de las distintas valoraciones interpretativas que los distintos organismos públicos afectados han ido arrojando a medida que han tenido que ir resolviendo los conflictos emergentes. De esta forma, partiendo del coloquialmente denominado "Asunto Valencia", las distintas instancias judiciales intervinientes han ido pronunciándose respecto al destino jurídico de los hijos de padres españoles, nacidos a través de contratos de maternidad subrogada en el extranjero. Siendo su postura absolutamente contraria a la inscripción "directa" de estas filiaciones intencionales, sorprende la contraria y favorable posición que la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) ha mantenido en sus decisiones a lo largo del tiempo.

Como punto de partida debemos indicar que el ordenamiento jurídico español sanciona expresamente con la nulidad de pleno derecho cualquier contrato de gestación por sustitución. Así, el art. 10 de la Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA)[31] indica que: "1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de paternidad respecto al padre biológico, conforme a las reglas generales"[32].

31 BOE núm. 26, de 27 de mayo de 2006.

32 En relación con el art. 10.3 LTRHA compartimos el criterio de Lamm, que denomina al contenido de este precepto como una "hipocresía del ordenamiento jurídico español". La anterior consideración descansa en que, ante un supuesto de nacimiento derivado de un contrato de gestación por sustitución, el padre comitente que aportó el esperma podrá reclamar judicialmente la paternidad del hijo y ser determinado como padre legal y, en cambio, la esposa o pareja femenina, quien formó parte de igual forma de ese contrato de gestación, no podrá reclamar la maternidad, aún ni en el caso de haber aportado su propio óvulo. Para ser determinada como madre legal tendrá forzosamente que recurrir a la vía de la adopción del hijo de su esposo (art. 175.4 CC) y, en definitiva, adoptar a su propio hijo genético. Sin duda, resulta

España, como hemos visto anteriormente, no es una excepción al turismo reproductivo en materia de gestación por sustitución. Es más, cada vez es más frecuente que ciudadanos españoles opten por acudir a otros lugares para obtener su propósito de formar una familia[33]. Además de esto, hay que indicar que el conflicto jurídico en España ha aumentado considerablemente ante casos en que los contratantes son parejas homosexuales de varones. Partimos de la base de que estos conflictos de gestación por sustitución internacional no son sencillos de solventar. Tal es así que la Sociedad Europea de Reproducción Humana y Embriología (ESHRE) recomienda a los comitentes que soliciten asesoramiento legal sobre las normas nacionales en materia de gestación subrogada, siempre antes de iniciar cualquier procedimiento[34].

Como veníamos anunciando, las posturas contrarias provenientes de los distintos operadores jurídicos españoles han derivado en la preocupante incoherencia normativa que en este trabajo denunciamos[35]. Para ello, partiendo del ya citado "Asunto Valencia" vamos a exponer la complicada situación actual que hace que, en nuestra opinión, haya llegado el momento apropiado para que el legislador español regule de forma pautada y garantista una normativa expresa en materia de acuerdos de gestación por sustitución que otorgue una seguridad jurídica en nuestro país.

1. El "Asunto Valencia".

La importancia de este caso se ha convertido en el mayor referente jurídico en la materia en España. En realidad, fruto de esta historia judicial y procesal, la situación ha derivado en una problemática jurídica de gran complejidad técnica e interpretativa. El caso versa sobre dos niños gemelos nacidos en California a través de un acuerdo de gestación por sustitución. La gestante era una mujer de nacionalidad norteamericana y los padres de intención un matrimonio homosexual de varones valencianos. Tras el nacimiento la pareja intentó burocratizar el nacimiento en el Registro Consular de España en los Ángeles. Para ello aportaron

contradictorio. Lamm, E.: Conferencia "*Gestación por sustitución: Realidad y legalidad en España y el mundo*". Departamento de Derecho Internacional Privado. Universidad de Salamanca, 17 de febrero de 2015.

33 Señala Lamm que "el turismo reproductivo es preocupante por varias razones: es solo una opción para las personas que pueden económicamente permitírselo y es imposible un absoluto control en la calidad o la seguridad de los servicios ofrecidos que pueden presentar riesgos para las partes". Continua la autora explicando que, España, hasta hace poco, era lugar pasivo de recepción de extranjeros sobre todo en materia de donación de óvulos. Ahora, en cambio, se ha convertido en sujeto activo en materia de gestación por sustitución. En 2003 nacieron en Estados Unidos casi 1.000 niños españoles través de esta técnica y, entre 2006 y 2010, la cifra de acuerdos se incrementó en un 100%. Lamm, E.: "Una vez más sobre la gestación por sustitución, porque sin marco legal se siguen sumando violaciones a derechos humanos", *Ars Iuris Salmaticensis*, *Estudios, Ediciones Universidad de Salamanca*, Vol. 4, junio 2016, pp. 64 y 65.

34 Shenfield, F., De Mouzon, J., Pennings, G., Ferreretti, A.P., Goossens, V: "ESHRE´s good practice guide for cross-border care for centers and practitioners", *Human Reproduction*, vol. 26, 2011, pp. 1625-1627.

35 Para más información al respecto puede consultarse la obra de mi autoría: Fernández Echegaray, L.: *La gestación por sustitución y la reproducción humana asistida en España: ¿Incoherencia normativa o legislación garantista?*, Aranzadi, 2019.

el certificado americano de nacimiento de los niños expedido por el Registro Vital de California, en el que constaban ambos como padres. La evidencia de un acuerdo de gestación por sustitución provocó el rechazo de la inscripción de los menores con la doble filiación paterna. Recurrida esta negatoria, fue la DGRN quien tuvo que pronunciarse al respecto, dictando la Resolución de 18 de febrero de 2009[36] a través de la cual, se ordenaba la inscripción de los niños en el Registro Civil español. En este caso, a pesar de la existencia de un contrato de gestación por sustitución, la DGRN falló favorablemente a la inscripción de los menores en base a la aplicación del art. 81 del Reglamento del Registro Civil[37]de 1958, al esgrimir que el control necesario de la legalidad de las certificaciones registrales extranjeras para acceder al Registro Civil, no exime que estas decisiones deban de ser idénticas a las que se adoptarían en España, sino documentos públicos expedidos por la autoridades competentes que desempeñen "funciones equivalentes" a las autoridades registrales españolas, y que no se produzcan efectos contrarios al orden público internacional español[38]. Así, entendió que no habían sido quebrantados los principios básicos de nuestro ordenamiento jurídico ni, de igual forma, se veía atacado el orden público internacional español puesto que, en España, ya constan permitidos supuestos de determinación de filiación a favor de dos hombres, o de dos mujeres, otorgándose de esta forma el cumplimiento al principio de no discriminación por razón de sexo que rige en nuestro país en virtud del art. 14 de la Constitución española (CE).

Una vez ordenada la inscripción de los menores, el Ministerio Fiscal interpuso demanda y, tras los trámites judiciales pertinentes, el Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia, a través de la Sentencia 15 septiembre 2010[39], falló denegando la inscripción de los menores. Esta sentencia fue recurrida en apelación y, de igual forma, la Audiencia Provincial de Valencia, a través de la sentencia 23 noviembre 2011[40], ratificó la denegación de la inscripción. Entre otros, los argumentos jurídicos en los que se basaron citadas resoluciones descansaron, por un lado, en la errónea aplicación, por quebrantamiento del principio de jerarquía normativa del art. 9.3 CE, del art. 81 del Reglamento del Registro Civil, y no del art. 23 de la Ley del

36 RJ 2009, 1735.

37 El art. 81 del RRC de 1958 (RCL, 1958, 1957) indicaba que "El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el canónico o extranjero con fuerza en España con arreglo a las leyes". En este sentido, Díaz Romero manifiesta la correcta aplicación de este artículo y, por tanto, entiende que, existiendo una decisión extranjera en forma de certificación registra, el acceso a nuestro Registro Civil no constituye una cuestión de derecho aplicable, sino de validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España. Entiende, por tanto, la utilización de las normas españolas de conflicto de leyes, como la de leyes sustantivas o las que a tales normas de conflicto puedan conducir, como es el caso de la LTRHA 2006. Díez Romero, M. R.: "La gestación por sustitución", cit., p. 4.

38 Fernández-Sancho Tahoces A. S.: "Eficacia jurídico registral del contrato de gestación subrogada", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, (Parte Estudio), 2011, p. 138.

39 Sentencia 193/2010, 15 septiembre (AC 2010, 1707).

40 Sentencia 826/2011, 23 noviembre (AC 2011, 1561).

Registro Civil, de 8 de junio de 1957[41], que obliga al encargado del Registro Civil a realizar no solo un control formal, sino también de fondo, en relación con una certificación registral extranjera. Es evidente que ese control de fondo se refiere a la necesidad de comprobar la inexistencia de una contradicción con nuestra legislación. Además de lo anterior, se entendió que el interés superior del menor no puede lograrse infringiendo la ley, más, cuando la propia legislación española regula otro cauce legal para la inscripción de la filiación de los menores a favor de los comitentes (art. 10 LTRHA).

Interpuesto el correspondiente recurso de casación, el Tribunal Supremo se pronunció a través de la STS 6 febrero 2014[42]. La importancia de esta resolución ha provocado que hasta la fecha se haya convertido en el referente jurídico de esta materia en nuestro país.

A) STS 6 febrero 2014.

En primer lugar, la Sala Primera compartió el criterio de las instancias inferiores relativo a la jerarquía normativa del art. 23 de la Ley del Registro Civil de 1957, frente a la aplicación del Reglamento, en cuanto a lo que el reconocimiento de una decisión extranjera se refiere. Por otro lado, manifestó que hay que tener en cuenta que en España el art. 10 de la LTRHA integra el orden público internacional español. Reprochó expresamente que los recurrentes, nacionales españoles y residentes en nuestro país, se desplazaran a California únicamente para concertar el contrato de gestación por sustitución, prohibido en España. Puso de manifiesto que la vinculación de la situación jurídica debatida con el estado extranjero, cuya decisión se solicitaba fuera reconocida, era completamente artificial, fruto de la "huida" de los solicitantes del ordenamiento jurídico español que declara radicalmente nulo el contrato de gestación por sustitución.

El TS se encargó de aclarar que la prohibición en nuestro país de la maternidad subrogada no es excepcional, sino que se da en la mayoría de los países de nuestro entorno, bajo un factor determinante que es la prohibición del carácter oneroso. De igual forma, entendió que el orden público debe ser entendido como el sistema de derechos y libertades individuales garantizadas en la Constitución Española y en los Convenios Internacionales de Derechos Humanos ratificados por nuestro país, así como el conjunto de valores y principios que los encarnan; el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la intimidad familiar, el derecho a la dignidad de la persona, los derechos de protección de la infancia y los derechos de protección integral de la familia[43].

41 RCL, 1957, 777.

42 STS 835/2013, 6 febrero 2014 (RJ 2014, 736).

43 García Alguacil, M, J.: "Incoherencia legislativa o despropósito judicial: A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014", *Revista Doctrinal Aranzadi*, Civil-Mercantil, núm. 3, vol. 2, 2014,

La Sala finalmente falló que la filiación cuyo acceso se pretendía inscribir en el Registro Civil Español era consecuencia directa y principal del contrato de gestación por sustitución. Decidió no admitir disociación alguna entre el contrato y la filiación que pretendían los recurrentes. Añadió que es importante tomar en consideración que nuestra ley sobre TRHA prevé el régimen de filiación del niño que nace como consecuencia de dicho contrato. Señaló que la filiación cuya inscripción se pretendía es frontalmente contraria al art. 10 LTRHS y, por tanto, incompatible con el orden público español. Esto impedía el reconocimiento de la decisión registral extranjera en lo que respecta a la filiación que en ella se determinaba[44].

En consecuencia, el Tribunal Supremo ordenó la cancelación de la filiación de los padres e instó a los progenitores a que, en el caso de que alguno de ellos fuera el aportante del material genético, ejercitara la acción de reclamación de paternidad y determinara así la misma. A su vez, el otro progenitor podría solicitar posteriormente la adopción. Proponía en definitiva el trámite legalmente previsto en el art. 10.3 LTRHA. De igual forma, indicó que existen en nuestro ordenamiento figuras como el acogimiento o adopción que impedirían el perjuicio a los menores. En este sentido, De Verda y Beamonte entiende que el hecho de que el TS inste a acudir a la adopción supone utilizar este mecanismo de protección de menores para conseguir los efectos que se persiguen mediante la gestación por sustitución. Se pregunta este autor que, si esto es así, "¿por qué no se admite directamente la gestación por sustitución y se evita un proceso más largo y complejo que va a llevar al mismo resultado?"[45]. En otro sentido, Vela Sánchez, cree que acudir a la adopción para lograr la inscripción de los hijos nacidos de gestación por sustitución, acarrea un fraude de ley[46], al plantear el hecho de reconocer un resultado prohibido por una norma, utilizando otra de cobertura prevista para otro supuesto.

En definitiva, la Sala Primera del Tribunal Supremo se ha pronunciado en contra de la inscripción directa de los hijos de españoles nacidos a través de acuerdos de gestación subrogada en el extranjero.

---

p. 106.

44 En este sentido, autores como Farnós Amorós y Durán Ayago entienden que el control efectuado en este caso por el TS es abstracto e incompatible con el reconocimiento incidental de una certificación registral extranjera, mero reflejo registral de una resolución previa que únicamente exigiría comprobar si, en el caso concreto, se producía vulneración del orden público internacional español. Farnós Amorós, E.: "La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología", *ADC*, LXVIII, fasc. I, 2015, p. 31 y Durán Ayago, A: "El acceso al Registro Civil de certificaciones extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución", *AEDIPr,* Tomo XII, 2012, p. 302.

45 de Verda y Beamonte, J. R.: "Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la sentencia del Juzgado de Primer Instancia nº 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)", *Diario La Ley,* núm. 7501, Sección Tribuna, 2010, p. 5.

46 Vela Sánchez, A. J.: *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, Comares, Granada, 2012, pp. 3 y ss.

Es en este punto donde no podemos obviar que, con independencia del fallo de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, lo cierto es que la incoherencia se magnifica si tenemos en cuenta que la Sala Cuarta, de lo Social, del propio Tribunal, ya con ocasión de la resolución de dos recursos de casación planteados para unificación de doctrina, falló a favor de conceder la prestación por maternidad/paternidad a los comitentes, padres de niños nacidos a través de gestación por sustitución en el extranjero. Así se hizo a través de las STS 16 noviembre 2016 y 25 octubre 2016[47] (procedentes de la sentencia del TSJ del País Pasco, 13 mayo 2014 y del TSJ de Cataluña, 15 septiembre 2015[48]). Su fallo se fundamentó en entender que se trata de prestaciones de seguridad social enfocadas a la atención de los menores, siendo esta, por tanto, una cuestión predominante. El TS advirtió la falta de apreciación de cualquier conducta fraudulenta por parte de los actores a pesar de haber acudido a la gestación por sustitución. Las propias prohibiciones relativas al contrato de maternidad subrogada, o de las inscripciones registrales de los menores, deben quedar al margen del problema focalizado en el pleito principal, que no es otro que la concesión de la prestación por maternidad contemplada en nuestro Derecho. No se trata, por tanto, de crear una prestación concreta para estos casos sino, simplemente, de interpretar las exigencias actuales de la misma conforme a las exigencias del ordenamiento jurídico español. Insistía el Tribunal en recordar que las prestaciones por maternidad abarcan supuestos de adopción y de acogimiento.

En la actualidad no hay duda interpretativa al respecto. La jurisprudencia social se ha consolidado claramente sobre este criterio positivo a favor de españoles que han tenido a sus hijos a través de gestación por sustitución en el extranjero.

B) Instrucción de la Dirección General de los Registro y del Notariado, de 5 de octubre de 2010, sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución[49].

Hay que destacar que al tiempo de tramitarse este procedimiento la Dirección General de los Registros y del Notariado dictó la Instrucción de 5 de octubre de 2010. Este instrumento es de obligada mención puesto que, en realidad, ha integrado expresamente la gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico español[50] y, en consecuencia, es la norma vigente actualmente en esta materia.

47 STS 16 noviembre 2016, 25 octubre 2016, (Recurso de Unificación de Doctrina, núm. 3818/2015).

48 Sentencia TSJ de Cataluña, 15 septiembre 2015 (Recurso núm. 2299/2015).

49 (RCL, 2010, 2624).

50 En este sentido, Vela Sánchez defiende que gracias a esta Instrucción y a sus concretas directrices se podría configurar la estructura básica del convenio de gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico. De esta forma, entenderíamos la gestación por sustitución como la fecundación de la mujer gestante con la aportación de material genético de, al menos, uno de los padres o madres intervinientes, siendo necesaria la capacidad plena de obrar y consentimiento voluntario de las partes contratantes, junto con la irrevocabilidad de ese consentimiento y la posibilidad de que el hijo conozca su origen biológico. Vela Sánchez, J. A.: "De nuevo sobre la regulación", cit., pp. 9 y 10.

Lo cierto es que ha sido objeto de durísimas críticas por parte de nuestra doctrina[51], manifestando algún autor que esta resolución "muestra una serie de carencias jurídicas en el ámbito del derecho internacional privado dignas de elogio"[52]. Con esta Instrucción la DGRN no cambia su criterio respecto al que emitió en la Resolución de 18 de febrero de 2009, manteniendo la posibilidad de inscribir en el Registro Civil español a los niños nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución. Ahora bien, lo que introduce es la exigencia, como requisito constitutivo, de que uno de los solicitantes sea español. Como razón fundamental alega la protección del interés del menor "facilitando la comunidad transfronteriza de una relación de filiación declarada por un tribunal extranjero"[53].

La Instrucción hace referencia a los objetivos que pretende asegurar y, además de la protección del menor, exige de igual forma la de las gestantes. Al objeto de salvaguardar estos intereses establece una serie de factores a respetar[54]: 1) exigencia de resolución judicial extranjera sobre la filiación. 2) exigencia de exequatur en España de la resolución judicial extranjera. 3) exigencia de reconocimiento incidental si la resolución ha sido dictada como consecuencia de un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria (donde no será preciso acudir a un reconocimiento judicial por homologación previo a la inscripción registral). 4) decisión del encargado respecto al exequatur por homologación judicial previa, o de reconocimiento incidental registral. En este caso, si el encargado considera que la resolución se dictó en el marco de un procedimiento de jurisdicción contenciosa denegará la inscripción de la resolución en nuestro registro español por entender que esa resolución requiere de un *exequatur* previo. En cambio, si el encargado considera que la resolución deriva de un procedimiento análogo al nuestro de jurisdicción voluntaria, controlará incidentalmente si la resolución puede ser reconocida en España[55].

51 Pérez Monje, M.: "Cuestiones actuales", cit., pp. 59 y 64; Salas Carceller, A.: "El registro civil español y la filiación surgida de la gestación por sustitución", *Aranzadi Civil*, núm. 10/2011, Parte Tribuna, 2011; Lasarte Álvarez, C.: "La reproducción asistida y la prohibición legal de la maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria", *Diario La Ley*, núm. 7777, 2012, p. 12; Muñoz De Dios Sáez, L.F.: "¿Se ha legalizado o no el alquiler de vientres?, *El Notario del Siglo XXI*, núm. 34, 2010, pp. 45-50.

52 García Alguacil, M, J.: "Incoherencia legislativa", cit., pp. 79-110.

53 Jiménez Martínez, M. V.: "La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales", *Anuario Facultad de Derecho-Universidad de Alcalá,* 2012, pp. 365-380.

54 Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González. J.: "Notas críticas en torno a la Instrucción de la DGRN de fecha 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución", *Cuadernos de Derecho Trasnacional*, marzo, 2012, pp. 247-262.

55 Así ocurrió en el caso de una ciudadana española que acudió a California a celebrar un contrato de gestación por sustitución. A la hora de inscribir a sus gemelos directamente en el Registro Civil español (directamente en España y no en el Consulado) se encontró con una negativa por parte del encargado. Interpuesta la correspondiente demanda, en fecha 25 de junio de 2012, el Jugado de Primera Instancia e Instrucción núm.1 de Pozuelo de Alarcón (Madrid), (Auto de 25 junio 2012, Rec. Núm. 285/2012) dio lugar a la solicitud de exequátur en reconocimiento de sentencia extranjera (firme y apostillada según Convenio de la Haya), dictada en proceso de reconocimiento de maternidad por un tribunal californiano, reconociéndola como madre legal y única progenitora de los menores. Se entendió que tal decisión no resultaba contraria al orden público al ser la protección del menor el de mayor interés.

La crítica fundamental a esta Instrucción descansa en que disfraza o maquilla un fraude de ley[56]. El fraude de ley se entiende como la técnica utilizada por los interesados que buscan un resultado prohibido por una norma imperativa, a través de la utilización de otra norma de cobertura que prevé ese resultado para otro tipo de negocios o contratos civiles. Teniendo en cuenta el anterior concepto legal no cabe duda de que, para los contrarios a la inscripción de los hijos nacidos fruto de un contrato de gestación subrogada, estamos en presencia de este tipo de infracción civil. Así, de Verda y Beamonte[57] entiende que la solución que propone la Instrucción está prestando cobertura administrativa a un turismo reproductivo que trata de eludir la aplicación del art. 10 LTRHA que claramente establece la nulidad del contrato de gestación por sustitución.

Por otro lado, en defensa de esta Instrucción podemos decir que se asienta sobre el principio del orden público internacional, el cual, a pesar de defender principios constitucionales como el derecho a la dignidad de la persona, al libre desarrollo de la personalidad o el derecho a la igualdad, permite reconocer ciertos efectos a instituciones desconocidas en nuestro ordenamiento[58].

Lo cierto es que, como consecuencia de la aplicación de esta Instrucción, la DGRN ha permitido la inscripción en nuestro Registro Civil de numerosas filiaciones de niños nacidos en países extranjeros bajo la técnica de la maternidad subrogada. Para ello, ante los recursos interpuestos por los padres intencionales contra autos denegatorios de la inscripción, emitidos por cónsules españoles destinados en países permisivos de la gestación, la DGRN aplica esta Instrucción y en consecuencia controla que obren los requisitos en ella exigidos para dichas inscripciones[59].

La crítica más profunda que se puede lanzar contra este instrumento es que se está permitiendo inscribir únicamente a los niños que nacen por gestación por sustitución en el extranjero. ¿Qué ocurre con las personas españolas que quieren ser padres y no pueden recurrir a esta técnica en otro país por los elevadísimos costes económicos que requiere? Recordemos que, entre los países permisivos con la técnica, únicamente Estados Unidos o Canadá exigen esa resolución judicial necesaria[60] para que a través de la Instrucción pueda inscribirse en España el

56 Lasarte Álvarez, C.: "La reproducción asistida", cit., pp. 17 y 18.

57 de Verda y Beamonte, J. R.: "Inscripción de los hijos", cit., pp. 13-15.

58 García Alguacil, M, J.: "Incoherencia legislativa", cit., pp. 79-110.

59 RDGRN núm. 5/2011 de 23 de septiembre (JUR 2012/168314), RDGRN núm. 4/2012 de 23 de septiembre (JUR 2012/168313), RDGRN núm. 4/2011 (JUR 2012/307190, RDGRN núm. 3/2011 de 9 de junio (JUR 2012/151439), RDGRN núm. 2/2011 de 9 de junio (JUR 2012/151438), RDGRN núm.1/2011 de 9 de junio (JUR 2012/151437), RDGRN núm. 6/2011 (JUR 2012/ 147776), RDGRN núm. 4/2011 de 6 de mayo (JUR 2012/110698), RDGRN núm. 1/2011 de 3 de mayo (JUR 2012/107637).

60 Véase RDGRN, de 6 de mayo de 2011, en la que no se admitió la inscripción a favor de un varón español (en solitario), respecto de un niño nacido a través de gestación por sustitución en India. El argumento de la denegación descansó precisamente en que "no es inscribible en el Registro civil español el nacimiento en

nacimiento. De igual forma, recordamos que Estados Unidos, aunque es el país más garantista, es el más costoso. Es una realidad que muy pocos ciudadanos españoles pueden optar a la gestación por sustitución en Estados Unidos. Esto desemboca en una desigualdad de oportunidades entre los más afortunados económicamente y los más desfavorecidos.

Por otro lado, tal y como afirma Farnós Amorós, a través de esta Instrucción en realidad se está parcheando lo que el legislador español no ha estado dispuesto a hacer a través de una modificación legislativa del art. 10[61].

En consecuencia, creemos rotundamente que, con ocasión de esta Instrucción, la gestación por sustitución ya está integrada actualmente en nuestro sistema normativo habiendo superado en definitiva el propio contenido del art. 10 LTRHA, y la nulidad de pleno derecho que decreta.

C) STS 31 marzo 2022[62].

Recientemente nuestro TS ha vuelto a pronunciarse en contra de los acuerdos de gestación por sustitución y, en definitiva, contra la inscripción "directa" de los nacimientos habidos a través de estos contratos realizados por nacionales españoles fuera de nuestras fronteras. Al igual que hizo a través de la STS 6 febrero 2014, el alto Tribunal acude a la institución de la adopción como mecanismo resolutivo de estos conflictos. En este caso, tras el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la SAP de Madrid, 1 diciembre 2020[63], a través de la cual se reconocía una filiación materna derivada de un contrato de gestación subrogada suscrito por una española en el Estado mexicano de Tabasco, la Sala Primera finalmente ha declarado la no inscripción del menor en el Registro Civil español, denegando la filiación materna de la mujer comitente.

El caso de autos versa sobre la acción de reclamación de filiación materna por posesión de estado (art. 131 CC)[64] que interpuso el abuelo del menor, padre de la mujer suscriptora del acuerdo de gestación subrogada (quien se allanó a la demanda). Es importante indicar que en la demanda planteada se hacía referencia

el extranjero de un menor mediante gestación por sustitución cuando no existe resolución judicial dictada por órgano jurisdiccional competente en la que se determine la filiación del nacido, se haga constar que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y se recoja el libre consentimiento y la renuncia expresa de la madre gestante, de acuerdo con la establecido en la Instrucción de 5 de octubre de 2010". En el mismo sentido, véase la RDGRN, de 23 de septiembre de 2011.

61 Farnós Amorós, E.: "Acceso a la reproducción asistida por parejas del mismo sexo en España: estado de la cuestión, propuestas y retos", *Revista de Derecho de Familia*, núm. 49, 2011, p. 177.

62 RJ 2022, 1190.

63 Sección vigesimosegunda (PROV 2021, 55934).

64 Art. 131 CC: "Cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado. Se exceptúa el supuesto en que la filiación que se reclame contradiga otra legalmente determinada".

a que el art. 10 LTRHA no es de aplicación para contratos de gestación por sustitución celebrados fuera de nuestro país[65]. Una vez turnada la demanda, y seguido el procedimiento con todos los trámites procesales oportunos, el Juzgado de Primera Instancia número 77 de Madrid, dictó la sentencia, 19 de enero 2019[66] por la que desestimaba la pretensión, entendiendo que el interés superior del menor no puede utilizarse para contrariar la ley, sino para aplicarla y colmar sus lagunas. Se impide así el reconocimiento de la filiación instada en virtud del art. 10 LTRHA, estando ya determinada la filiación de los niños nacidos por gestación subrogada por el parto (mujer gestante), en aras de la nulidad absoluta del acuerdo contractual.

Interpuesto el correspondiente recurso de apelación (con la adhesión de la madre comitente), la AP de Madrid estimó el mismo y, en consecuencia, ordenó la inscripción de la filiación materna instada, con el respeto de mantener los apellidos que originalmente se habían otorgado al menor en la documentación extranjera. Hay que señalar que el demandante se basaba en una interpretación amplia de los apartados 2 y 3 del art. 10 LTRHA, acorde a la jurisprudencia de la Sala Primera y del TEDH, invocando la posesión de estado como título de atribución de la maternidad sin necesidad de la existencia de relación biológica alguna. Destaca la necesaria aplicación del interés superior del menor al entender que, de lo contrario, se le causaría un grave perjuicio (carencia de DNI o NIE etc…). De igual forma, en la adhesión al recurso por parte de la madre comitente se indicaba que ésta había realizado un reconocimiento expreso de maternidad en el Estado mexicano y que, por tanto, el menor ostentaba la nacionalidad mexicana. Por ello debían ser de aplicación las normas recogidas en los arts. 9.1 y 9.4 CC, debiendo en definitiva determinarse su filiación acorde a la ley personal, es decir, la nacionalidad de la comitente. A mayor abundamiento, la AP señaló que la madre intencional tiene un trabajo estable y bien remunerado, satisface las necesidades educativas y de atención médica del menor y, además, no es viable acudir a la figura de la adopción dada, por una parte, la diferencia de edad entre la comitente y el niño, y por otra, al no existir un padre identificado por provenir de un donante el material genético masculino. Además de todo lo anterior, insiste en que no es posible tampoco acudir ni a la figura del acogimiento familiar ni a la adopción, dada la correspondiente supresión correlativa del régimen de visitas con la familia de origen. De ser así, atendiendo al criterio del TEDH, se abocaría al niño a una situación de "incertidumbre inquietante". El Tribunal entendió que constaba acreditado un comportamiento por parte de la comitente acorde a los deberes de "madre", siendo estos continuados y reiterados. Por ello se cumplían los requisitos

65 El TS en la sentencia que se comenta recuerda que, conforme al art. 9.4 CC, dada la naturaleza de la acción que se ejercita, la normativa aplicable para resolver la pretensión formulada es la del Estado donde el hijo tiene su residencia habitual, no la del Estado en el que haya nacido (Fundamento de Derecho Cuarto).

66 Juicio verbal de filiación, Autos núm. 174/18.

exigidos por la jurisprudencia para poder valorar la posesión de estado de la relación de filiación. Por último, la sentencia recoge que el menor evolucionaba en el proceso de formación de su personalidad, concibiendo a la comitente como madre, siendo acorde la situación a las exigencias del art. 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) el no mudar la naturaleza del modelo familiar en el que el menor convive.

Contra esta resolución, el Ministerio público planteó recurso de casación y, entre las alegaciones en las que basaba su pretensión, se aludía a que la AP de Madrid había determinado una filiación materna respecto de una mujer que no era la madre biológica del niño (no había aportado su material genético). En este aspecto no podemos pasar por alto la importancia que el Ministerio público otorga al componente biológico. De igual forma, se denunciaba la infracción del art. 131 del Código Civil (CC), en relación con el art. 10 de la LTRHA, además de resaltarse el interés casacional por oposición a la doctrina jurisprudencial del TS, en concreto de la citada sentencia 6 febrero 2014. De esta forma reproducía que el art. 10 LTRHA integra el orden público internacional español y que la madre comitente se había desplazado a México únicamente para concertar el contrato de gestación y pretender la filiación conforme a la legislación mexicana, hecho que evidencia una "huida" del ordenamiento jurídico español. Además de ello, invocó bienes jurídicos ya tomados en consideración por el TS como son el respeto a la dignidad e integridad moral de la gestante y la salvaguarda de los intereses del menor previstos por el ordenamiento jurídico español. De igual forma, denunció que, de reconocerse la filiación instada, se impediría al menor ejercitar su derecho a la investigación de la paternidad, quebrantándose por tanto su derecho a conocer su identidad biológica. Por último, entendió que las figuras del acogimiento o adopción eran aplicables puesto que las limitaciones por razón de edad eran superables.

El Pleno de la Sala Primera estimó el recurso, y por tanto la denegación de inscripción de la filiación, recogiendo, entre otros, los siguientes parámetros concluyentes respecto al supuesto analizado:

1) Reconoció que, tras el nacimiento, el menor viajó a España en compañía de su madre con quien continuó residiendo en compañía de sus progenitores, prestándole la tutela y cuidados necesarios en el domicilio familiar que compartían.

2) Se analizaron con fuerte crítica las distintas estipulaciones del contrato de maternidad subrogada realizado a través de agencia intermediaria en el Estado

de Tabasco, alegándose las numerosas infracciones que se hacían de derechos constitucionales[67].

3) Señala que la gestación por sustitución comercial vulnera gravemente los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución española, así como los convenios internacionales sobre derechos humanos.

4) Reitera que la pretensión de reconocer la filiación determinada por una autoridad extranjera, como consecuencia de un contrato de gestación subrogada, es manifiestamente contraria al orden público español.

5) Alude al argumento relativo a "venta de niños", apoyándose en el art. 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño[68], y en los arts. 1 y 2 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la Pornografía[69].

67 En el contrato de gestación por sustitución celebrado entre la comitente y la gestante, y aportado al procedimiento de referencia, existen, entre otras, las siguientes clausulas sobre las que no podemos manifestar más que nuestra más rotunda oposición al ser claramente infractoras de varios derechos personales: Intervención de agencia intermediaria; sometimiento de la gestante de exámenes médicos, análisis de sangre y pruebas psicológicas según lo exija la comitente; la gestante renuncia a todos los derechos de confidencialidad médica y psicológica; se llevarán a cabo tantas transferencias embrionarias hasta terminar con los embriones; se llevarán a cabo hasta tres transferencias por cada ciclo de reproducción asistida; no existe la posibilidad de reducción embrionaria; la gestante deberá tomar medicamentos para el ciclo de transferencia embrionaria por vía oral, por inyección o intravaginal en horarios específicos y durante periodos prolongados de tiempo, según indicación médica; la gestante deberá someterse a todas las pruebas médicas que se exijan, incluido ultrasonidos o pruebas frecuentes de sangre; la gestante deberá permanecer tres días en cama tras la transferencia embrionaria; la gestante deberá informar semanalmente a la futura madre de todas los resultados médicos, ecografías y citas relacionadas con el embarazo; puede exigirse a la gestante una dieta nutricional, abstinencia de relaciones sexuales, abstinencia de tatuajes, perforaciones y efectos de cirugía estética, interrupción de la práctica de ejercicio, prohibición de automedicación, aunque sea natural, abstenerse de fumar o tomar drogas o bebidas alcohólicas -incluso vino o bebidas energéticas o con cafeína- y no exponerse a los humos del tabaco; la gestante no podrá comer carne o pescado crudo ni exponerse a excrementos de animales; la gestante no se someterá a esfuerzos físicos; La gestante podrá ser sometida al azar y sin aviso previo a test de drogas, alcohol o tabaco según petición de la comitente; la gestante se abstendrá de participar en cualquier actividad o empleo que pueda afectar al embarazo; la gestante no podrá levantar objetos pesados ni someterse a radiografías o sustancias nocivas o practicar deportes peligrosos; la gestante no podrá salir de México durante la duración del contrato, ni salir de la ciudad o cambiar de domicilio, salvo permiso de la madre comitente en caso de urgencia; a partir de la semana 30 de gestación la gestante no podrá alejarse más de 50 millas del hospital acordado, salvo autorización de la madre comitente; en el sexto mes de embarazo la gestante tendrá que tener su domicilio en la ciudad de Tabasco donde permanecerá hasta el parto; la agencia o madre comitente deberá reservar todas las citas médicas y será autorizada para hablar directamente con el médico; la gestante acepta someterse a pruebas de diagnóstico prenatal y a una amniocentesis, muestras de vellosidad crónica cuando lo solicite el médico o la madre comitente; en caso de que la gestante sufra cualquier enfermedad o lesión potencialmente mortal – por ejemplo muerte cerebral- la futura madre tiene el derecho mantenerla con vida hasta el nacimiento; la gestante acepta someterse a una cesárea para el nacimiento del niño; la gestante solo se someterá a un aborto cuando se certifique que su vida corre en peligro; la gestante tras el parto no intentará ponerse en contacto con el niño ni con la futura madre (…)

68 Art. 35 de la CDN: "Los Estados tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma". En este sentido, la Sentencia, en su Fundamento de Derecho Tercero, hace referencia al Informe emitido por la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños de la Asamblea General de la ONU, 15 enero 2018, en el que la expresión del art. 35 "para cualquier fin o en cualquier forma", supone que la gestación por sustitución no es una excepción a la prohibición de venta de niños establecida en la norma.

69 El art. 2 de citado Protocolo define la venta de niños como "todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o cualquier

6) Señala que el intercambio del niño por dinero resulta gravemente lesivo para su dignidad e integridad moral al considerarle un objeto contractual y atentar contra su derecho a conocer el origen biológico.

7) Refiere numerosas vulneraciones de los derechos de la mujer gestante y del niño al ser tratados como meros objetos. Por una parte, se cosifica al niño, y por otra, se impone a la gestante importantes limitaciones a su autonomía personal, atacando su integridad física y moral, siendo ello absolutamente incompatible con la dignidad de todo ser humano. Alude a la imaginación a la hora de poder descifrar la precaria situación económica en la que debe encontrarse la gestante al aceptar someterse a un trato inhumano y degradante que vulnera sus más elementales derechos a la intimidad, integridad física y moral, dignidad y autonomía personal.

8) Critica duramente el papel de las agencias intermediarias que, de igual forma, constituye una práctica vulneradora de los derechos fundamentales[70].

9) Recuerda que el Parlamento Europeo condena la práctica de la gestación por sustitución por ser contraria a la dignidad de la mujer al utilizarse su cuerpo y sus funciones reproductivas como materia prima y con fines financieros[71]. De igual forma, recuerda que el Comité de Bioética de España es contrario a esta práctica[72].

10) Insiste en que el contrato de gestación por sustitución entraña una explotación de la mujer y un daño a los intereses superiores del menor.

11) Manifiesta que el contrato de gestación subrogada puede suponer un delito tipificado en el art. 221.1 del Código Penal cuando se hayan eludido los procedimientos aplicables a la guarda, acogimiento o adopción.

12) Atiende al art. 26.2 de la Ley 54/2007, 28 diciembre, sobre Adopción Internacional[73] que exige que, para la validez de las adopciones internacionales, no se puede vulnerar el orden público. Concretamente, hace referencia a adopciones

otra retribución". En este aspecto, también la Sentencia, en su Fundamento de Derecho Tercero, hace referencia al Informe emitido por la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños de la Asamblea General de la ONU, 15 enero 2018, en el que la expresión del art. 2.a) del Protocolo establece que concurre los tres elementos exigidos en la definición: Remuneración o cualquier retribución, traslado del niño e intercambio del niño por entrega de dinero. En este último apartado se indica que no es necesario que el intercambio tenga que ser actual ni que el niño ya haya nacido, sino que puede ser futura como ocurre con la gestación subrogada.

70 La sentencia, en su fundamento Cuarto.6. denuncia que las agencias sobre gestación subrogada actúan sin ninguna traba en España, haciendo publicidad ilícita si se tiene en cuenta el art. 3.1 de la Ley General de Publicidad (RCL 1988/2279).

71 Así se recoge en el apartado 115 de la Resolución del Parlamento Europeo, 17 diciembre 2015, sobre el Informe Anual sobre los Derechos Humanos y la Democracia.

72 El Comité de Bioética de España, en su informe de 2017, estableció que el deseo de una persona de tener un hijo, por muy noble que sea, no puede realizarse a costa de los derechos de otras personas.

73 RCL 2007, 2383.

en cuya constitución no se haya respetado el interés superior del menor, en particular cuando se haya prescindido de los consentimientos, y audiencias necesarias, o cuando se constate que no fueron libres, informados o se obtuvieron mediante pago o compensación[74].

13) Alude a que España es firmante de la Convención de la ONU sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 18 diciembre 1979, la cual, en su art. 6, conmina a los Estados miembros a adoptar medidas precisas para suprimir todas las formas de trata de mujeres, en las que puede incluirse la situación de la gestante que deriva de un contrato de gestación subrogada comercial.

Por todo ello, el TS finaliza argumentando que, si realmente existe el núcleo familiar y el menor tiene relaciones de facto con quien pretende el reconocimiento de la relación paterno o materno-filial, la solución que ha de buscar tanto el comitente como las autoridades públicas intervinientes es permitir el desarrollo de esos vínculos, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Primera y del TEDH, quienes ya han reconocido la existencia de un vida familiar de facto, incluso en ausencia de lazos biológicos, siempre que existan unos lazos personales afectivos y los mismos tengan una duración relevante. En estos casos, por tanto, cuando quien solicita el reconocimiento de la relación de filiación es la madre comitente, la única vía por la que puede obtenerse la determinación es a través la de la adopción[75]. En este sentido, pone de manifiesto el Dictamen del TEDH, 10 abril 2019, que acepta la adopción como uno de los mecanismos más satisfactorios del interés superior del menor en la medida en que el procedimiento establecido por la legislación nacional garantice que puede aplicarse con prontitud y eficacia. El Tribunal entiende que, en el presente supuesto, de las pruebas aportadas, puede inferirse que el requisito de la idoneidad podrá obtenerse con prontitud y que la cuestión relativa a la diferencia de edad no tiene carácter absoluto.

Por último, el Pleno entiende que, de reconocerse la filiación derivada de un contrato de gestación por sustitución de una manera automática, y a pesar de ser conscientes de que se están vulnerando los derechos de las gestantes y de los propios niños[76] a los que se trata como simples mercancías, sin ni siquiera comprobar la idoneidad de los comitentes para ser reconocidos como titulares de

74 Alude el TS al art. 3 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, por el que los Estados firmantes deben tipificar como delito la actuación consistente en inducir indebidamente, en calidad de intermediario, a alguien a que preste su consentimiento para la adopción de un niño en violación de los instrumentos jurídicos internacionales aplicables en materia de adopción, tanto si se ha cometido dentro como fuera de sus fronteras.

75 Cuando quien la solicita es el padre biológico, la vía es contemplada en el art. 10.3 LTRHA, y consiste en la interposición judicial de una acción de reclamación de paternidad.

76 El Tribunal se remite a los asuntos del TEDH; Paradiso y Campanelli c. Italia (STEDH, 24 enero 2017) y Fjòlnisdóttir y otros c. Islandia (STEDH 18 mayo 2021).

patria potestad, provocaría que en España se facilitara la actuación de las agencias de intermediación asegurándose potenciales clientes.

V. CONCLUSIONES.

Atendiendo a todo el análisis realizado a lo largo del trabajo podemos comprobar que el panorama nacional español en materia de gestación por sustitución se encuentra inmerso en una grave incoherencia normativa donde, por un lado, la Dirección General de los Registros y del Notariado, así como la Sala Cuarta de lo Social del TS se muestren a favor de las inscripciones de niños de españoles nacidos a través de acuerdos de gestación por sustitución en el extranjero y, por otro, la Sala Primera de lo Civil del Alto Tribunal que se muestra radicalmente contraria. En realidad, de lo que se manifiesta absolutamente en contra es de reconocer el mecanismo de inscripción "directa" de estos nacimientos. Lo cierto es que, como hemos podido comprobar, en el fondo reconoce la figura de la gestación por sustitución y le otorga efectos, aunque sea dando un rodeo procesal para llegar al mismo fin. Por ello, en nuestra opinión, entendemos que ha llegado el momento de realizar una regulación concreta de la gestación por sustitución en España que de luz a esta dispersión normativa y, en conclusión, resuelva estos conflictos que cada vez emergen con mayor frecuencia.

Además de esto, no podemos obviar las reiteradas condenas que el Tribunal Europeo de Derecho Humanos (TEDH) ha dictado contra Francia por casos similares al contemplado en el "asunto Valencia"[77]. Destacan en la materia los asuntos franceses Mennesson[78], Labassee[79], Bouvet[80], Foulon[81] y Laborié[82]. Es evidente que los argumentos jurídicos en los que el Tribunal europeo basa citadas condenas no pueden pasar por alto para los organismos públicos españoles. Estas

77 Como consecuencia de estas sentencias, dictadas contra Francia en junio de 2014, es decir, unos meses después de que la Sala Primera del Tribunal Supremo dictara la sentencia de 6 febrero 2014 denegando la inscripción de los menores en el "asunto Valencia", los comitentes plantearon la nulidad de citada resolución basándose precisamente en estas decisiones del TEDH (casos Mennesson y Labassee contra Francia) en los que se ordenaba la inscripción de los menores en el Registro Civil francés por aplicación del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que protege el derecho a la vida privada y familiar. Nuestro Alto Tribunal, a través de Auto de 2 de febrero de 2015 (RJ 2015, 141), desestimó la petición de nulidad de sentencia, ratificando en su integridad la anterior. Entendió que los casos franceses distaban del español y no guardaban una completa identidad similar puesto que, Francia, había dejado completamente desprotegidos a los menores, mientras que, nuestro Tribunal Supremo, había propuesto soluciones legales para resolver el conflicto y que finalmente se lograse que los menores pudieran acceder al Registro Civil español.

78 STEDH, 26 de junio 2014 (JUR 176908).

79 STEDH, 26 junio 2014 (JUR 176905).

80 STEDH, 21 de julio 2016 (TEDH, 61).

81 STEDH, 21 julio 2016 (TEDH, 61).

82 STEDH, 17 de enero 2017 (JUR 25806).

decisiones[83] del TEDH son vinculantes para los Estados miembros y, por ende, deben ser aplicados en nuestro país.

Por todo ello, creemos que la mejor vía de modificación pasa por reformar el art. 10 LTRHA. Es necesario que se legisle en base a una serie de garantías que aseguren los derechos de todas las partes intervinientes, con limitaciones, pautas y una serie de obligados requisitos que ineludiblemente deberán respetar las partes en cualquier acuerdo de gestación por sustitución. Es evidente que los que abogan por un modelo regulado de la gestación subrogada no atienden al modelo seguido en Tabasco o Ucrania. Lo que evidencia esto es que con una ausencia de regulación se producen más abusos. Si España decide regular esta figura con garantías y límites que protejan a la mujer gestante y a los niños, evitaremos que sigan sucediéndole estas situaciones. La realidad es que la gestación por sustitución ha llegado a España y lo ha hecho para quedarse. No escondamos la cabeza y reconozcamos que el conflicto irá a mayores si no ponemos un remedio. Lo importante ya no es decantarse a favor o en contra de la gestación por sustitución, sino ser conscientes de que existe y de que no a desaparecer.

Atendiendo a todo lo anterior, con la finalidad de intentar aportar una solución de calidad al conflicto que actualmente se sigue generando, nos atrevemos a formular la siguiente propuesta de Ley.

VI. UNA PROPUESTA LEGISLATIVA SOBRE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA.

El objetivo final de este trabajo descansa en ofrecer una propuesta legislativa personal sobre gestación por sustitución en España. En todo caso, debemos dejar constancia de que, en nuestra opinión, el cauce de reforma más adecuado pasaría por modificar el art. 10 LTRHA de 2006.

Debemos tener en cuenta que regular la gestación por sustitución es una tendencia al alza en el derecho comparado. Así, la mayor parte de países que han optado por esta idea lo han hecho en los últimos diez años. Lo cierto es que en nuestro país los niños españoles cuyos padres han optado por esta vía de procreación en el extranjero, quedan en un limbo legal en el que se viola su derecho a gozar de una única identidad, así como su derecho a ser inscritos desde el mismo momento de su nacimiento. Por ende, se quebranta también

83 También son referentes en la materia los asuntos Paradiso & Campanelli contra Italia (STEDH, 25358, 27 de enero 2015 y STEDH, Gran Sala, ECHR 034, 24 enero 2017) y el reciente asunto Valdis Fjölnisdóttir contra Islandia (STEDH, 18 mayo 2021) A pesar de que en estos casos no se ordena la inscripción de los menores a favor de los comitentes, ni se condena a los países demandados al entender que sus normativas están dentro del margen de actuación permitido en cuanto a la discrecionalidad de las legislaciones nacionales, hay que indicar que su fundamentación jurídica es elemental para entender la gestación por sustitución. En estos fallos destaca la defensa del TEDH del componente biológico de los comitentes en los casos de gestación subrogada.

su derecho a la vida privada y a poseer una nacionalidad determinada y unos derechos sucesorios respecto a sus progenitores intencionales.

El hecho de que esta práctica exista y haya llegado a España con la intención de quedarse lleva aparejada la responsable necesidad de los Estados de crear una regulación de calidad, pautada, con garantías y limitaciones, que asegure los derechos de todas las partes involucradas. De igual forma se logrará evitar no solo el llamado "turismo reproductivo", sino las graves discriminaciones económicas que existen actualmente entre los poderosos que pueden optar a ella, frente a los menos afortunados en poder adquisitivo económico.

La propuesta legislativa que defendemos está basada en los siguientes criterios:

1) Creemos que en España únicamente debería permitirse la gestación por sustitución de tipo gestacional. De esta forma la mujer gestante no debe guardar ninguna vinculación genética con el niño que va a engendrar. Entendemos que, por ello, el óvulo objeto de fecundación podrá proceder tanto de la mujer comitente como de una donante de óvulos.

2) La mujer gestante tendrá que reunir una serie de requisitos:

Evidentemente deberá estar plenamente capacitada, ser mayor de veinticinco años, tener una buena salud física y psíquica acreditada por dos facultativos especialistas. De igual forma, tendrá que haber recibido asesoramiento médico, psicológico y jurídico.

En nuestra opinión es necesario que la gestante haya dado a luz previamente a un hijo propio que no haya padecido enfermedad genética o transmisora. Únicamente así se podrá entender que el consentimiento que presta esa mujer para gestar el hijo de otros es absolutamente libre, consciente y voluntario, al haber experimentado antes lo que significa un embarazo y posterior parto.

En cuanto a estos requisitos, al objeto de evitar que la cesión de la capacidad gestacional se pueda convertir en una profesión, creemos que debe imponerse un límite de dos gestaciones por mujer.

3) A su vez los comitentes tendrán que reunir una serie de requisitos.

Podrá ser comitente una persona sola o una pareja, casada o no casada. Todo ello con independencia de su orientación sexual. En el caso de que la pareja no está casada deberá acreditar un periodo de relación estable por un tiempo mínimo de dos años.

Se entiende que cualquier comitente que intervenga en un acuerdo de gestación por sustitución tiene que estar plenamente capacitado y haber recibido, al igual que la gestante, asesoramiento psicológico y jurídico. Tendrá que ser mayor de veinticinco años, y en el caso de ser pareja bastará con que uno de ellos alcance esa edad.

4) Técnica residual excepcional y aportación genética:

Entendemos que la gestación por sustitución debe tratarse de una técnica residual. Por ello los comitentes tendrán que acreditar su imposibilidad de concebir o de llevar a cabo un embarazo a término sin riesgo para la salud de la madre o la del niño. Esta situación deberá ser contemplada a través de dos informes facultativos independientes.

En cuanto a la aportación genética pensamos que lo más adecuado para evitar abusos relacionados con menores es que los comitentes deban, en la medida de lo posible, aportar su material genético para la fecundación. En casos excepcionales de imposibilidad médica acreditada de ambos comitentes, en el caso de intervenir en pareja, podrán acceder a la gestación por sustitución a través de material genético donado. Esta excepción también será de aplicación cuando se trate de un comitente en solitario y acredite la anterior imposibilidad.

5) Defendemos la exigencia de autorización judicial previa a cualquier implantación embrionaria en la gestante:

De esta forma, todas las partes intervinientes en el acuerdo de gestación por sustitución deberán solicitar ante el juez (entendemos apropiada la competencia del juez de familia) que autorice la técnica pretendida por las partes. Para ello deberán acompañar junto a la solicitud un acuerdo de gestación por sustitución firmado por todas las partes, al objeto de que sea homologado judicialmente.

En citado acuerdo de gestación por sustitución deberá constar inexcusablemente el carácter gratuito del mismo. En este sentido, la única cantidad previsible, siempre en concepto de compensación económica en beneficio de la gestante, y a cargo de la parte comitente, no deberá superar la que el Ministerio de Sanidad publique oficialmente o asiente a través de la publicidad de las bases para su cálculo. Esta cantidad únicamente estará destinada a compensar gastos médicos, de traslado, de asesoramiento legal y psicológico, y todos aquellos que sean directamente derivados de la gestación en relación con el embarazo, parto y posparto.

En el contrato de gestación por sustitución tendrá que acreditarse que la parte comitente ha realizado la contratación de un seguro por valor de 100.000 euros,

a su costo, y a favor de la gestante. De esta forma podrán asegurarse todas las contingencias que puedan derivarse de la gestación, parto y posparto.

Con la intención de evitar conflictos futuros entre las partes, derivados de circunstancias sobrevenidas que puedan darse tras la homologación del acuerdo, entendemos necesario que en el acuerdo se incluyan cláusulas relativas a la imposibilidad de la mujer gestante de interrumpir voluntariamente el embarazo no causal, de acuerdo con lo establecido en la LO 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción del Embarazo[84]. En caso contrario se podrán incluir cláusulas penales indemnizatorias a las que se compromete la gestante de no respetar lo anterior.

De igual forma, tendrá que recogerse una estipulación relativa a la posibilidad de opción de la parte comitente de decidir interrumpir del embarazo en el caso de que se acredite, por parte de dos facultativos especialistas en ginecología y obstetricia, que el niño padece o puede padecer problemas serios de salud de difícil o segura incompatibilidad con una vida digna. A tal fin se tendrán en cuenta las causas y requisitos que prevé la LO 2/2010, de 3 de marzo de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción del Embarazo. Se podrán incluir cláusulas penales indemnizatorias a las que se compromete la gestante de no respetar lo anterior.

6) En cuanto a la documentación que debe acompañarse al acuerdo:

Tendrá que aportarse copia de la documentación acreditativa de la identidad de todos los intervinientes. De igual forma, tendrán que aportarse los siguientes certificados: certificados médicos relativos a la parte comitente que acrediten la imposibilidad de concebir o llevar un embarazo a término sin riego para la salud de la mujer o del niño, certificados médicos que acrediten el buen estado de salud físico y psíquico de la gestante, certificados de todas las partes de haber recibido asesoramiento, médico, psicológico y jurídico, certificado acreditativo de que el material genético a utilizar pertenece al menos a uno de los comitentes. En el caso excepcional de que, siendo un único comitente, o ambos en el caso de ser pareja, no se pueda aportar material genético por razones médicas, deberá acreditarse esta circunstancia. Por último, las partes podrán aportar cualquier otra documentación que encuentren de interés para obtener la autorización a la técnica reproductiva solicitada.

7) Exigencia de la intervención y posterior dictamen de un equipo multidisciplinar de nueva creación (adscrito a los Juzgados).

84 BOE núm. 55, de 4 de marzo de 2010.

Este equipo tendrá que estar formado, al menos, por un médico clínico, un psicólogo, un trabajador social y un abogado cualificado en la materia. Este equipo, una vez examinados los certificados presentados por las partes, realizará un examen personal individualizado de cada uno de los solicitantes al objeto de valorar su idoneidad en relación con el pretendido rol que cada uno desempeña en el contrato. Para ello se realizará además una evaluación clínica de interés, es decir, por un lado, respecto a la aptitud de la gestante para realizar y asumir su papel en el acuerdo de gestación, y por otro, el relativo a la aptitud del comitente o comitentes para ser padres por subrogación.

Una vez emitido el correspondiente informe se remitirá al juez competente quien señalará día y hora para la celebración presencial de la audiencia. A la misma deberán acudir todas las partes personalmente, siendo advertidos en la notificación de su obligación de comparecer.

8) Trámite de audiencia:

Durante el desarrollo de la audiencia el juez deberá asegurarse de que el comitente o comitentes consienten el vínculo jurídico de filiación con el niño, el cual se establecerá desde el mismo momento de la autorización judicial. De igual modo, se asegurará de que consienten la imposibilidad de arrepentirse desde el mismo momento en que se dicte la autorización judicial del acuerdo de gestación por sustitución.

La gestante deberá aceptar expresamente que renuncia a cualquier vínculo jurídico con el niño, así como a cualquier plazo de arrepentimiento. De igual manera, deberá aceptar expresamente que entregará al niño al comitente o comitentes desde el mismo momento de su nacimiento, renunciando definitivamente a cualquier derecho sobre él. En este caso, de estar casada, el cónyuge de la gestante deberá igualmente prestar su consentimiento a efectos de la presunción de paternidad del esposo regulada en el art. 116 CC.

Por último, todas las partes ratificarán el acuerdo manifestando que son conscientes y que comprenden todas y cada una de las consecuencias recogidas en el acuerdo de gestación por sustitución.

9) En cuanto a la homologación del acuerdo, el juez podrá hacerlo siempre que se entienda que se respeta y protege el interés del menor y se haya obtenido un informe favorable por parte del equipo multidisciplinar. A su vez, tendrá que comprobarse que las partes reconocen, aceptan y consienten las consecuencias, derechos y obligaciones que derivan del contrato de gestación por sustitución ratificado. También se deberá tener constancia, a través del correspondiente oficio judicial, del acta remitida desde el registro de gestación por sustitución

acreditativo de que la mujer gestante no ha actuado como tal en más de una ocasión.

10) Efectos de la autorización judicial:

La autorización judicial se emitirá a través de resolución judicial. En la misma se declarará que la parte comitente tiene vínculo jurídico de filiación respecto del niño que nazca como consecuencia del acuerdo de gestación por sustitución. La filiación quedará establecida entre la persona nacida y la parte comitente, con independencia del aporte genético y en base a la voluntad procreacional. Para ello, se aportará la prueba de nacimiento, la identidad del comitente o comitentes y la resolución judicial.

En base a lo anterior, hay que tener en cuenta que la parte comitente no tendrá acción de impugnación de la filiación del hijo nacido a través de gestación por sustitución cuando haya mediado consentimiento válido, libre, consciente y voluntario, y autorización judicial del mismo. De igual manera, la gestante no podrá reclamar su maternidad, ni podrá oponerse a que el niño sea entregado, criado y cuidado por los comitentes.

Una vez emitida la resolución judicial se podrá solicitar la práctica reproductiva en un centro homologado, dentro de los permitidos por la LTRHA 2006. El centro de salud interviniente no podrá proceder a ninguna transferencia embrionaria sobre la gestante sin la notificación previa de la correspondiente autorización judicial. Tampoco podrá realizarse ésta transcurrido un año desde la fecha de firmeza de dicha autorización. Ante el quebrantamiento de esta exigencia se aplicarán las sanciones establecidas en la LTRHA, con carácter de muy grave.

11) La partida y el certificado de nacimiento del niño:

Se emitirá haciendo constar la filiación a favor del comitente o comitentes y sin dejar constancia alguna del nombre de la gestante. En ningún caso se podrán reflejar datos que puedan inferir que el nacimiento del niño ha sido consecuencia de un acuerdo de gestación por sustitución.

12) Ante cualquier conflicto que pueda producirse en torno al acuerdo de gestación por sustitución, será el mismo juzgado que emitió la autorización judicial el que deba conocer del mismo. De igual forma, ante la resolución de cualquier conflicto derivado de estos acuerdos se atenderá siempre en base al interés superior del menor, así como a las voluntades expresadas por las partes en el contrato.

13) Creación del Registro de Acuerdos de Gestación por Sustitución:

Una vez permitida esta técnica en nuestro ordenamiento jurídico creemos necesaria la creación y puesta en funcionamiento de un registro de acuerdos de gestación por sustitución en los que queden registrados todos los contratos existentes. Entendemos que los más apropiado es que dependa directamente del Ministerio de Sanidad y que se registren todos los datos identificativos relativos a las mujeres que actúan como gestantes. La información del registro no tendrá carácter público y únicamente podrán acceder las personas interesadas, los jueces o las administraciones públicas en el desempeño de su labor. En este registro constarán igualmente de forma restringida los datos de identidad de los hijos nacidos a través de esta técnica.

Por último, entendemos adecuado que las personas nacidas como consecuencia de estos acuerdos tienen derecho a conocer la identidad de la mujer que le gestó y le alumbró. A tal fin, alcanzada la mayoría de edad, o en la minoría a través de la asistencia de su representante legal, podrán acceder al expediente judicial, así como a la información existente en el registro. En consecuencia, los órganos públicos y privados correspondientes tendrán la obligación de proporcionarles dicha información. La revelación de la identidad de la gestante en ningún caso producirá lazos de filiación ni obligación legal alguna entre partes.

14) Falta de autorización judicial

En el caso de celebrarse un acuerdo de gestación por sustitución sin haberse obtenido la autorización judicial del mismo, la filiación quedará determinada por las reglas de la filiación natural generales del Código Civil y de la legislación aplicable.

BIBLIOGRAFÍA

Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González. J.: "Notas críticas en torno a la Instrucción de la DGRN de fecha 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución", *Cuadernos de Derecho Trasnacional*, marzo, 2012.

Davies, T.: "Cross-Border Reproductive Care: Quality and Safety Challenges for the regulator", *Fertiliti & Sterility*, 2010.

de Verda y Beamonde, J. R.: "Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la sentencia del Juzgado de Primer Instancia nº 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)", *Diario La Ley,* núm. 7501, Sección Tribuna, 2010.

Díaz Romero, M.R. "La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico*", Diario La Ley*, núm. 7527, Sección Doctrina, 2010.

Durán Ayago, A: "El acceso al Registro Civil de certificaciones extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución", *AEDIPr,* Tomo XII, 2012.

Farnós Amorós, E.: "La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología", *ADC*, LXVIII, fasc. I, 2015.

Fernández Echegaray, L.: *La gestación por sustitución y la reproducción humana asistida en España: ¿Incoherencia normativa o legislación garantista?*, Aranzadi, 2019.

Fernández-Sancho Tahoces A. S.: "Eficacia jurídico registral del contrato de gestación subrogada", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, (Parte Estudio), 2011.

García Alguacil, M. J.: "Incoherencia legislativa o despropósito judicial: A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014", *Revista Doctrinal Aranzadi*, Civil-Mercantil, núm. 3, vol. 2, 2014.

Jiménez Martínez, M. V.: "La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales", *Anuario Facultad de Derecho-Universidad de Alcalá,* 2012.

Lamm, E.:

- *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni vientres de alquiler*, Colección de Bioética, Cátedra UNESCO de Bioética de la Universidad de Barcelona, 2013.

- "Una vez más sobre la gestación por sustitución, porque sin marco legal se siguen sumando violaciones a derechos humanos", *Ars Iuris Salmaticensis, Estudios, Ediciones Universidad de Salamanca*, Vol. 4, junio 2016.

Lasarte Álvarez, C.: "La reproducción asistida y la prohibición legal de la maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria*", Diario La Ley*, núm. 7777, 2012.

Méndez Baiges, V. y Silveira Gorski, H. C.: *Bioética y derecho*, Edit. UOC, Barcelona, 2007.

Muñoz De Dios Sáez, L. F.: "¿Se ha legalizado o no el alquiler de vientres?, *El Notario del Siglo XXI*, núm. 34, 2010.

Pérez Monge, M.: "Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: Regulación versus realidad", *Revista de Derecho Privado*, 2010.

Salas Carceller, A.: "El registro civil español y la filiación surgida de la gestación por sustitución", *Aranzadi Civil*, núm. 10/2011, Parte Tribuna, 2011.

Shenfield, F., De Mouzon, J., Pennings, G., Ferreretti, A. P., Goossens, V: "ESHRE´s good practice guide for cross-border care for centers and practitioners", *Human Reproduction*, vol. 26, 2011.

Souto Galván, B: "Aproximación al estudio de la gestación por sustitución desde la perspectiva del bioderecho", *Foro Nueva Época*, núm. 1, 2005.

Vela Sánchez, A, J.:

- "Comentario a la iniciativa legislativa popular para la regulación de la gestación por subrogación en España", *Diario La Ley*, núm. 8457, Sección Doctrina, 2015.

- "De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España: A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011, *Diario La Ley*, núm. 7815, Sección Doctrina, Año XXXIII, 2012.

- *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, Comares, Granada, 2012.

LAS PATENTES FARMACÉUTICAS DE LAS VACUNAS CONTRA EL COVID-19 EN CONTRAPOSICIÓN AL DERECHO A LA SALUD EN ÁFRICA: VIABILIDAD DE LA EXENCIÓN DEL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC

PHARMACEUTICAL PATENTS OF COVID-19 VACCINES VERSUS THE RIGHT TO HEALTH IN AFRICA: THE FEASIBILITY OF A TRIPS WAIVER

Rev. Boliv. de Derecho Nº 35, enero 2023, ISSN: 2070-8157, pp. 386-413

María
HURTADO
BENETÓ

ARTÍCULO RECIBIDO: 14 de diciembre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 15 de diciembre de 2022

RESUMEN: Este estudio examinará los aspectos positivos y negativos de la Decisión de derogación de ciertos aspectos del Acuerdo sobre los ADPIC en el contexto africano. Las bajas tasas de vacunación en el continente socavan el derecho de acceso a las vacunas, que forma parte del derecho humano a la salud previsto en el PIDESC. Sin embargo, sus potenciales beneficios deben ser estudiados considerando el desarrollo actual de la industria biotecnológica de los países africanos.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la salud; exención del Acuerdo sobre los ADPIC; vacunación África; COVID-19; propiedad intelectual.

ABSTRACT: *This study will examine the positive and negative aspects of the Decision to repeal certain aspects of the TRIPS Agreement in the African context. Low vaccination rates on the continent undermine the right of access to vaccines, which is part of the human right to health under the ICESCR. However, its potential benefits should be studied in the light of the current development of the biotechnology industry in African countries.*

KEY WORDS: *Right to health; TRIPS waiver; vaccination Africa; COVID-19; intellectual property.*

SUMARIO.- I. OBSERVACIONES PRELIMINARES.- II. CONTEXTUALIZACIÓN DE LA DECISIÓN RELATIVA A LA EXENCIÓN DE LAS PATENTES DE LAS VACUNAS.- III. CONTRAPOSICIÓN DE DERECHOS.- 1. Derecho a la propiedad intelectual en África.- 2. Derecho a los medicamentos como parte del Derecho Humano a la salud.- IV. SITUACIÓN DERIVADA DE LA PANDEMIA EN ÁFRICA.- 1. Vacunación en África.- 2. "Nacionalismo vacunal".- 3. Manufacturación farmacéutica en África.- V. VIABILIDAD DE LA EXENCIÓN.- 1. Complejidad de las patentes biológicas.- 2. Necesidad de transferencia de "know-how" y tecnología.- 3. Cooperación internacional: COVAX Facility.- VI. RESPONSABILIDAD DE ESTADOS Y FARMACÉUTICAS.- 1. Responsabilidad estatal.- 2. Responsabilidad de empresas farmacéuticas.- VII. CONCLUSIONES.

I. OBSERVACIONES PRELIMINARES.

A diciembre de 2022, 12.119.498 contagios y 256.128 muertes han sido reportadas en el continente africano[1]. Desde entonces todos los escasos recursos sanitarios se han volcado en erradicar esta enfermedad. A pesar de ello, el porcentaje de vacunación sigue siendo ínfimo, solo un 25,6% de la población tiene la pauta completa, lo que es significativamente grave por dos motivos. Primeramente, la comorbilidad del COVID-19 con otras enfermedades que plagan el continente, como es el Virus de la inmunodeficiencia humana (VIH), la Malaria, o el Dengue. Segundo, un porcentaje de población tan grande sin vacunar puede derivar en mutaciones más resistentes a las vacunas, lo que haría peligrar todos los esfuerzos de inmunización llevados a cabo por todos los Estados a nivel global.

El presente estudio se centrará en analizar si la Decisión Ministerial Relativa al Acuerdo sobre los ADPIC[2] respecto a la exención de las patentes de las vacunas protegidas tiene capacidad para mejorar la situación del continente. Dicha legislación ya prevé una serie de flexibilidades para que los países en desarrollo modulen sus legislaciones nacionales en materia de propiedad intelectual de acuerdo con sus intereses. Por tanto, se estudiará hasta qué punto estas medidas pueden favorecer el acceso de la población africana a las vacunas contra el COVID-19.

En segundo lugar, se efectuará una contraposición entre el derecho a la propiedad intelectual y el derecho al acceso a los medicamentos como parte del

1 Centro Africano de Prevención de Enfermedades y Control: "Africa CDC COVID-19 Vaccine Dashboard". [Última consulta: 14.12.2022].

2 Organización Mundial del Comercio en francés (OMC): "Acuerdo sobre los Aspectos de la Propiedad Intelectual relacionados con el comercio", 5 abril 1994. [Última consulta: 10.08.2022].

• María Hurtado Benetó
Graduada en Derecho y Criminología por la Universidad de Valencia. Experta universitaria en "International Legal English". Estancia de investigación en la Universidad de Aarhus (Dinamarca) en el campo de la justicia restaurativa. Estancia semestral en la Universidad de Ginebra (Suiza) y obtención del Certificat de Droit Transnational. Colaboradora del Instituto de Derecho Iberoamericano e integrante de un Proyecto de Investigación Docente en la Universidad de Valencia. Investigadora en el Departamento de Derecho Internacional Adolfo Miaja de la Muela de la Universidad de Valencia.

derecho humano a la salud, focalizándose en el contexto africano. Se analizará el marco legal de la propiedad industrial en África, regulado por la Organización Africana de la Propiedad Intelectual (OAPI) y la Organización Regional Africana de la Propiedad Intelectual (ARIPO), respectivamente. Se efectuará una contraposición con la regulación legal a nivel internacional y regional del derecho al acceso a los medicamentos como parte esencial del derecho humano a la salud.

El tercer lugar, se contextualizará la situación derivada del COVID-19 en África; las consecuencias que ha afrontado el continente, su especial afectación por otras enfermedades graves y por el débil sistema sanitario en la mayoría de los Estados, así como su capacidad de manufacturación farmacéutica. Se mostrarán los datos de la campaña de vacunación en el continente, gravemente menoscaba por el "nacionalismo vacunal" de terceros países. Considerado todo lo anterior, se estudiarán el papel de dos principales actores en esta problemática: las compañías farmacéuticas y los Estados.

II. CONTEXTUALIZACIÓN DE LA DECISIÓN RELATIVA A LA EXENCIÓN DE LAS PATENTES DE LAS VACUNAS.

El 2 de octubre de 2020, cuando el mundo contemplaba una escalada en el ascenso de contagios y de muertes provocadas por la segunda ola de la pandemia, Sudáfrica y la India emitieron una propuesta al Consejo General de los ADPIC[3] solicitando la exención de la aplicación de las Secciones 1, 4, 5 y 7 de la Segunda Parte del ADPIC[4]. Se argüía la necesidad de protección de la salud pública de los países menos desarrollados, gravemente amenazada por la falta de acceso a los productos médicos y sanitarios, así como el peligro que supondría la emergencia de nuevas mutaciones o variantes del SARS-COV-2. Su objetivo principal es conseguir la inmunidad global facilitando el acceso mundial a las vacunas, a través de un periodo de tiempo suficiente que permita a los países en desarrollo utilizar las patentes farmacéuticas liberadas.

La propuesta fue secundada en mayo de 2021 por 60 países partes del Acuerdo sobre los ADPIC, si bien efectuando algunas modificaciones para acotar la extensión de la previsión inicial que abarcaba todos aquellos productos y tecnologías sanitarias que previniesen, tratasen o contuvieran el COVID-19. Se consideró que la amplitud y la ambigüedad de la redacción eran susceptibles de ser problemáticas con los derechos de la propiedad industrial, por lo que se acotó el objeto de la exención a "los productos y tecnologías sanitarias, incluidos los

3 Consejo del Acuerdo sobre los ADPIC: "Exención de determinadas disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC para la prevención, contención y tratamiento de la COVID-19", IP/C/W/669. 2 octubre 2020. [Última consulta: 14.08.2022].

4 Secciones sobre derechos de autor y derechos conexos, diseños industriales, patentes y protección de la información no divulgada.

diagnósticos, las terapias, las vacunas, dispositivos médicos, equipos de protección personal, sus materiales o componentes, y sus métodos y medios de fabricación para la prevención, el tratamiento o la contención de COVID-19"[5]. Respecto a la duración, se propuso su flexibilización, instando al Consejo General de la OMC a que evaluara después de un mínimo periodo de tiempo si la necesidad de su aplicación continuaba vigente.

La exención se sumaría por tanto a las flexibilidades previstas por el Acuerdo sobre los ADPIC que permiten a los Estados Parte aplicar el Acuerdo conforme a sus respectivos intereses nacionales. Su fundamento se halla en el párrafo 6 del preámbulo que reconoce las necesidades especiales de los países que no posean una base tecnológica sólida. El Comité de Desarrollo de la Propiedad Intelectual de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), define las flexibilidades como "herramientas legales que los países pueden usar según consideren oportuno en sus planes de desarrollo nacionales en el marco de los estándares obligatorios internacionales"[6].

Estas flexibilidades han sido criticadas por su falta de accesibilidad. Este es el caso de las licencias obligatorias previstas por el art. 31 del Acuerdo. Se trata de un mecanismo que permite usar la patente precisada, para un uso determinado y sin el consentimiento de su titular, quien tiene derecho a una compensación por las copias de los productos realizadas con la patenta liberada. Su principal problemática se encuentra en el apartado f), que prevé que la autorización cubrirá principalmente el abastecimiento del mercado interno del Estado. No es difícil imaginar la poca utilidad de la emisión de una licencia obligatoria en un Estado con escasa industria farmacéutica incapaz de producir el medicamento liberado. Así se evidenció en la época donde la gran mayoría de países eran azotados gravemente por el VIH, cuando los fuertes estándares de protección industrial de los antirretrovirales y su elevado evidenciaron la dependencia de estos países a las multinacionales farmacéuticas[7].

La emergencia de nuevas pandemias globales como el COVID-19 ha puesto de nuevo el foco del debate en la efectividad de las flexibilidades para garantizar la equidad vacunal global. Numerosos estudios muestran su falta de transposición nacional a los ordenamientos internos de los países pertenecientes a la Región

5 Consejo del Acuerdo sobre los ADPIC: "Waiver from certain provisions of the TRIPS Agreement for the Prevention, Containment and Treatment of Covid-19. Revised Decision Text Communication from the African Group, the plurinational State of Bolivia, Egypt, Eswatini, Fiji, India, Indonesia, Kenya". IP/C/W/669/Rev.1. [Última consulta: 14.08.2022].

6 Comité de Desarrollo y Propiedad Intelectual de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI): "Study on Patent Related Flexibilities in the Multilateral Legal Framework and Their Legislative Implementation at the National and Regional Levels", 26-30 April 2010, p. 8. [Última consulta: 15.08.2022].

7 Hoen, E.: "The Global Politics of Pharmaceutical Monopoly Power. Drug patents, access, innovation and the application of the WTO Doha Declaration on TRIPS and Public Health", AMB Publisher, 2009.

Africana de la Organización Mundial de la Salud (OMS). Las causas que explican esta carencia de uso efectivo por su parte deben ser analizadas considerando los procedimientos engorrosos de solicitud, las presiones políticas y económicas y la adopción por las oficinas regionales africanas de propiedad intelectual (ARIPO y OAPI) de legislaciones proteccionistas propias de países desarrollados. Si bien es cierto que los países que han firmado y ratificado el Acuerdo sobre los ADPIC quedan obligados por este, no existe ningún mecanismo que vele por su efectivo cumplimiento.

Finalmente, el 17 de junio de 2022 fue adoptada la Decisión Ministerial Relativa al Acuerdo sobre los ADPIC[8], por la que se concede autorización a los "países admisibles", es decir, los Estados en desarrollo Miembros del Acuerdo para hacer uso de las patentes de las vacunas contra el COVID-19 sin el consentimiento de su titular y en la medida necesaria para hacer frente a la pandemia, durante un período máximo de cinco años.

No se trata, en definitiva, de una exención completa del Acuerdo sobre los ADPIC, como se propuso inicialmente, sino que se limita exclusivamente a las patentes de las vacunas aprobadas, permitiendo la exportación de estas a otros Miembros admisibles. No contempla, por tanto, los secretos comerciales, la información confidencial y los conocimientos técnicos de las vacunas, si bien es cierto que esta propuesta está actualmente siendo discutida por los miembros de la OMC. Por tanto, si los Estados africanos decidiesen hacer uso de la autorización, podrían producir nacionalmente las vacunas siempre y cuando tuvieran desarrollada suficientemente una industria farmacéutica y dispusieran de materias primas y de los conocimientos necesarios para su elaboración, conocidos como *know-how.* Desde su aprobación en junio, esta no está siendo la realidad. Si bien es cierto que algunos países con una sólida infraestructura farmacéutica han aprovechado la exención, los países del continente africano siguen teniendo tasas de vacunación ínfimas, por ello ha sido calificada como "un fracaso global devastador para las personas de todo el mundo"[9].

III. CONTRAPOSICIÓN DE DERECHOS.

1. Derecho a la Propiedad Intelectual en África.

La protección de los derechos de la propiedad intelectual a través de las patentes es un pilar fundamental en el desarrollo de nuevas tecnologías en el ámbito biomédico como medicamentos o vacunas. La rapidez del proceso de

8 OMC: "Decisión ministerial relativa al acuerdo sobre los ADPIC". WT/MIN(22)/30, 22 de junio de 2022. [Última consulta: 18.02.2022].

9 Médicos sin Fronteras, "Inability to agree a real pandemic intellectual property Waiver at WTO is a devastating global failure for people the world over", 17 de junio de 2022. [Última consulta: 22.08.2022].

investigación y desarrollo de nuevas vacunas contra el COVID-19 es muestra de ello. El Acuerdo sobre los ADPIC establece el derecho de patente de aquellos productos y procedimientos que entrañen una actividad inventiva, sean novedosos y susceptibles de ser aplicados en el ámbito industrial[10]. El titular deberá cumplir las condiciones estipuladas para obtener la protección y poder operar con el objeto patentado exclusivamente en el mercado, así como para evitar que lo hagan terceros sin su consentimiento[11] durante un período no inferior a 20 años[12]. Un sistema de patentes débiles acarrea bajos niveles de innovación, así como elevados costes derivados de litigios para proteger las invenciones[13]. En consecuencia, no inventiva la investigación y el desarrollo en el sector farmacéutico al menoscabar la seguridad de recuperar la inversión inicial de los agentes privados.

El marco legal de la propiedad intelectual en el continente africano es complejo y difiere respecto a los diferentes Estados. En primer lugar, no todos los Estados africanos son miembros de la OMC y Partes del Acuerdo sobre los ADPIC, por lo que no están vinculados a los estándares mínimos en materia de protección intelectual previstos por este[14]. De los 47 países parte de la Región Africana de la OMS, 40 son miembros de la OMC. Asimismo, tampoco todos son signatarios de la Convención de París para la Propiedad Industrial de 20 de marzo de 1883.

El Acuerdo sobre los ADPIC obliga a los países parte del acuerdo a establecer una regulación mínima en materia de propiedad intelectual. Si bien es cierto que el art. 1.1 establece la posibilidad de desarrollar legislaciones nacionales más rígidas y extensas que las requeridas por el acuerdo, no existe ninguna obligación de hacerlo, ofreciendo la discrecionalidad nacional suficiente para determinar dentro de su propio sistema legal el grado de implementación deseado. Sin embargo, en el contexto africano, las dos principales oficinas regionales en materia de propiedad intelectual, la ARIPO y la OAPI, han desarrollado legislaciones regionales más proteccionistas. Su trabajo ha sido acusado de favorecer los intereses de los titulares de los derechos de propiedad intelectual en detrimento de la protección a la salud pública de los países integrantes, especialmente afectados por la COVID-19[15].

10 OMC, *Acuerdo ADPIC*, cit., art. 27.

11 OMC, *Acuerdo ADPIC*, cit., art. 28.

12 OMC, *Acuerdo ADPIC*, cit., art. 33.

13 Anton, J., Greene, H. y Yao, D.A.: "Policy Implications of Weak Patent Rights", *Innovation Policy and the Economy*, vol. 6, 2006, p. 23.

14 Santo Tomé y Príncipe, Sudán del Sur, Sudán (Norte), Zanzíbar, Argelia, Libia, Somalia, Etiopía, Guinea Ecuatorial. Comoras y Eritrea. Todos ellos, excepto Eritrea, han creado grupos de trabajo con el objetivo de llegar a ser miembros.

15 Vawda Y.: "The TRIPS COVID-19 Waiver, Challenges for Africa and Decolonizing Intellectual Property", *South Center Policy Brief,* núm. 99, 2021, p. 4. [Última consulta: 30.08.2022].

La adopción del Acuerdo y la patentabilidad de los farmacéuticos ya fue controvertida por los países en desarrollo y menos desarrollados, que cuestionaron si el aumento de los estándares de protección intelectual repercutiera positivamente en sus países. Criticaron que las patentes farmacéuticas incrementan los precios de los fármacos y favorecen el monopolio de los titulares, la concentración de la producción en países industrializados y la negativa a la transferencia de tecnología a países en desarrollo[16]. No consideraron que dicha protección se tradujera en un incremento en la investigación y el desarrollo en sus zonas al carecer estas de la infraestructura técnica necesaria para ello[17].

2. El derecho a los medicamentos como parte del derecho humano a la salud.

El derecho a la salud se puede encontrar en varios instrumentos internacionales como regionales y se vincula de manera directa con el derecho al acceso a los medicamentos seguros y eficaces. Fue primeramente articulado por la Constitución de la OMS[18] firmada el 22 de julio de 1946. Definido como "un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades", fue calificado como uno de los derechos fundamentales de todo ser humano. En la misma Constitución ya se advirtió sobre la amenaza que supone el acceso desigual a la salud entre Estados, sobre todo en lo relativo al control de enfermedades transmisibles, como ha sido el caso del COVID-19.

El derecho humano a la salud en África encuentra protección, en primer lugar, en los dos de los principales tratados en materia de derechos humanos: el Pacto Internacional para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)[19] y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (ICCPR)[20]. Por lo que respecta a la protección regional, esta viene dada por la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos[21]. Esta última no vincula a ningún Estado y muy pocos han ratificado la competencia del Tribunal Africano de los Derechos Humanos y de los Pueblos por lo que, no podrían ser demandados por eventuales incumplimientos de la Carta Africana.

16 Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales y OMC: "Globalization and access to drugs: implications of the WTO/TRIPS Agreement", 2019, p. 37. [Última consulta: 01.09.2022].

17 Motari, M. et al.: "The role of intellectual property rights on access to medicines in the WHO African region: 25 years after the TRIPS agreement", *BMC Public Health*, vol. 21, núm. 490, 2021, p. 13.

18 OMS: "Constitución Organización Mundial de la Salud. Documentos básicos", 22 de julio de 1946. [Última consulta: 30.08.2022].

19 Asamblea General de las Naciones Unidas: "Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales". Resolución 2200A (XXI) de 16 de diciembre de 1966.

20 Asamblea General de las Naciones Unidas: "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos". Resolución 2200A (XXI) de 16 de diciembre de 1966.

21 Unión Africana: "African [Banjul] Charter on Human and Peoples' Rights (ACHPR)". Doc. CAB/LEG/ 67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58, 21 de octubre 1986.

El PIDESC ha sido ratificado por 171 Estados, 54 de los cuales son africanos[22]. Existen dos principales artículos que deberían contemplar todos los Estados firmantes respecto al problema del acceso a las vacunas en el continente africano. En primer lugar, el art. 12 PIDESC reconoce el derecho de todo ser humano a disfrutar del máximo nivel de salud física y mental posible, obligando a los Estados parte a adoptar (entre otras) las "medidas adecuadas para la prevención, el tratamiento y el control de posibles epidemias". En segundo lugar, el art. 2 del PIDESC obliga a los Estados a cooperar internacionalmente y a asistir económica y técnicamente con los recursos de los que dispongan para lograr la plena efectividad de los derechos reconocidos. Tal y como ha manifestado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR)[23], el derecho al máximo nivel de salud incluye el derecho al acceso de medicamentos y a los "programas de inmunización contra enfermedades infecciosas"[24].

El PIDCP cuenta con un total de 173 Estados parte y protege el derecho a la vida de todo ser humano en su art. 6. Según el Comité de Derechos Humanos de la ONU, órgano encargado de supervisar la correcta aplicación del PIDCP, este derecho incluye necesariamente la obligación de garantizar las condiciones adecuadas para su protección incluyendo las "medidas destinadas a garantizar el acceso sin demora de las personas a bienes y servicios esenciales, tales como alimentos, agua, vivienda, atención médica, electricidad y saneamiento"[25].

De la misma manera, los Estados han adquirido responsabilidades en materia de propiedad intelectual. Alrededor del 87% de los Estados miembros de la OMC son parte del PIDESC y un 88% son parte del PIDCP, por lo que los acuerdos comerciales deben ser interpretados a la luz del derecho a la "salud pública" contenido en el Acuerdo de los ADPIC, así como a las obligaciones de dichos tratados internacionales[26]. Sin embargo, la aplicación actual del derecho de propiedad intelectual exacerba las ya graves desigualdades mundiales que impide el disfrute del derecho humano a la salud de la población del continente africano.

El instrumento a nivel regional que proclama el derecho a la salud es la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, ratificada por 54 Estados africanos. Su art. 16 establece la obligación de los Estados de tomar las medidas

22 Sudán del Sur, Mozambique, Botsuana.

23 Compuesto por 18 expertos independientes, supervisa la correcta aplicación del PIDESC por parte de los Estados Parte.

24 Comisario de Derechos Humanos: "CESCR General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12)". Documento E/C.12/2000/4, 11 de mayo de 2000, pár. 36. [Última consulta: 02.09.2022].

25 Comité de Derechos Humanos de la ONU: "General Comment No. 36 (2018) on article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the right to life". CCPR/C/GC/3, 30 de octubre de 2018. . [Última consulta: 10.09.2022].

26 Comisión Internacional de Juristas: "Human Rights Obligations of States to not impede the Proposed COVID-19 TRIPS Waiver. Expert Legal Opinion". November 2021. [Última consulta: 20.09.2022].

oportunas para proteger y garantizar el máximo nivel de salud de su población, así como proveer el tratamiento médico necesario en caso de enfermedad[27]. La Comisión Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos reconoce el derecho al acceso a las medicinas y lo califica como "componente fundamental del derecho a la salud" estableciendo la obligación de los Estados Parte de proporcionar medicinas apropiadas que se necesiten y de facilitar su acceso a ellas[28].

En consecuencia, es posible vincular el derecho al acceso a los medicamentos como parte esencial del derecho humano a la salud, lo que abarcaría el acceso a las vacunas contra el COVID-19. Así lo ha señalado la Asamblea General de la ONU, al vincular la afirmar que las vacunas contra el COVID-19 son un elemento esencial del derecho humano al máximo disfrute de la salud de todo el mundo[29].

IV. SITUACIÓN DERIVADA DE LA PANDEMIA EN ÁFRICA.

Las consecuencias de la pandemia han sido realmente graves en el continente africano al colapsar los sistemas sanitarios ya de por sí débiles. Según ONUSIDA solo el África subsahariana alberga un 67% de la población mundial con VIH, siendo el COVID-19 un factor de riesgo muy alto entre estas personas, debido al debilitamiento de su sistema inmunológico. El principal problema radica en los escasos recursos sanitarios, destinados a combatir el COVID- 19, relegando a un segundo plano la prevención y el tratamiento de otras enfermedades infecciosas igual o más mortales como la malaria, el Dengue, la fiebre amarilla, la tuberculosos o el Ébola[30].

1. Vacunación en África.

La tasa de vacunados en África es una de las más bajas del planeta. En la fecha en la que se escribe este artículo, según el Centro Africano de Control de Enfermedades, 801 millones de dosis han sido administradas en todo el continente. Se trata de una cifra preocupante si se considera que solamente Estados Unidos ha inoculado un total de 657 millones de dosis[31]. En cuanto a la población vacunada en África, solo un 25,6 % tiene la pauta completa. Existen diferencias entre países con un grado mayor de desarrollo y países subdesarrollados, si bien los últimos son

27 Unión Africana, *Carta Derechos*, cit., art. 16.

28 Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos: "Resolution on Access to Health and needed Medicines in Africa". OAU Doc. ACHPR/Res.141 (XXXXIIII)08, 24 de noviembre de 2008, para. 1. [Última consulta: 23.09.2022].

29 Asamblea General de las Naciones Unidas: "Ensuring equitable, affordable, timely and universal access for all countries to vaccines in response to the coronavirus disease(COVID-19) pandemic", A/C.3/76/L.55/Rev.1, 11 de noviembre de 2021. [Última consulta: 23.09.2022].

30 Acheampong, S. et al.: "Low incidence of COVID-19 case severity and mortality in Africa; Could malaria co-infection provide the missing link?", *BMJ Infectious Diseases*, vol. 22, núm. 78, 2021 pp. 3.

31 Centro de Prevención y Control de Enfermedades: "COVID-19 Vaccinations in the United States". [Última consulta: 24.09.2022].

la mayoría. Los países con tasas más altas de vacunación completa son Marruecos (63,1%), Liberia (77,3%), Mauricio (86%), Ruanda (67%). Los más bajos Burundi (0,20%), Madagascar (6,3%), Senegal (8%) o Sudan del Sur (9,9%). Estos datos contrastan con los de países desarrollados como España con un 92,9% de la población vacunada[32]. Los datos de contagios oficiales a fecha 22 de noviembre de 2022 en todo el continente son de 12.12 millones, si bien es cierto que la tasa de mortalidad ha sido notablemente inferior a la de otros países desarrollados[33]. Esto puedo ser debido al índice de población joven que actúa como factor protector.

2. "Nacionalismo vacunal".

Antes de que las tres primeras farmacéuticas anunciaran que disponían de vacunas seguras y eficaces contra el COVID-19, los Estados desarrollados ya habían concluido contratos bilaterales de compraventa anticipada de millones de dosis. Este fenómeno ha sido acuñado con el término "nacionalismo vacunal" y describe la priorización de la población nacional a través de la compraventa masiva de dosis. El número de dosis acordadas fueron superior al número de dosis necesitadas por su población actual, llegando en ocasiones a tener excedentes innecesarios[34].

Durante la primera mitad de 2021, los cinco principales fabricantes de vacunas concluyeron un 49,64% de contratos con Estados desarrollados y solo un 0,1% con Estados subdesarrollados[35]. Según Amnistía Internacional, Pfizer, BioNTech y Moderna, solo han suministrado a través de contratos un 2% de sus vacunas a países con ingresos bajos hasta marzo de 2022[36]. Otros estudios como el de Holzer et al.[37] analizan las problemáticas del nacionalismo vacunal, reconociendo los deberes de los Estados con sus residentes, pero también la obligación para con la población de terceros Estados, lo cual pasa necesariamente por abandonar el abastecimiento masivo de dosis.

3. Manufacturación farmacéutica en África.

El acceso a los medicamentos por la mayoría de los Estados africanos se ha caracterizado desde siempre por un abastecimiento fuertemente dependiente de

32 Ministerio de Sanidad: "Estrategia de Vacunación COVID-19 en España". [Última consulta: 14.12.2022].

33 OMS: "Over two-thirds of Africans exposed to virus which causes COVID-19: WHO study", 7 de abril 2022. [Última consulta: 25.09.2022].

34 Holzer, F. et al.: "A matter of priority: equitable access to COVID-19 vaccines", *Swiss Medical Weekly*, 2021, 151,w20488.

35 Sung, M. et al.: "Pharmaceutical Industry's Engagement in the Global Equitable Distribution of COVID-19 Vaccines: Corporate Social Responsibility of EUL Vaccine Developers", *Vaccines*, vol. 9, núm. 1183, 2021, p. 11.

36 Amnistía Internacional: "Sub-Saharan Africa: Millions denied vaccines, deepening inequality and human suffering from conflicts sum up 2021", 29 marzo de 2022. [Última consulta: 28.09.2022].

37 Holzer, F. et al.: "Charity or empowerment? The role of COVAX for low and middle-income countries", *Developing World Bioethics*, 2022, pp. 1–8.

los países más desarrollados, donde residen las grandes compañías farmacéuticas. Las vacunas contra el COVID-19 no han sido una excepción, tan solo un 1% de las dosis administradas han sido producidas en el continente[38]. Las empresas biotecnológicas establecidas en África enfrentan costes elevados de producción sin el soporte económico de inversores privados o públicos, por lo que, sin esta premisa, la producción de nuevas vacunas en África siempre será un reto[39]. A pesar de que la caridad puede actuar como parche y remediar algunos de los problemas inminentes, no es suficiente en vistas al futuro. Sin embargo, vamos que ello tampoco ha servido de mucho debido al desabastecimiento al que han quedado enfrentados debido al nacionalismo vacunal referido anteriormente. La solución ideal pasaría por empoderar la capacidad farmacéutica de los países menos desarrollados, diversificando la producción mundial y logrando la equidad en la campaña de vacunación[40].

Ante esta grave situación algunos de los Estados del continente con más recursos biotecnológicos han tomado la iniciativa de desarrollar una vacuna. Los países que encabezan esta carrera son Sudáfrica y Egipto, a pesar de que otros como Túnez, Etiopía y Argelia están consiguiendo notables progresos. En noviembre de 2020, la compañía sudafricana Aspen Pharmacare concluyó un contrato con Johnson & Johnson, quien le transfirió su licencia y el *know-how*, para producir Aspenovax. La vacuna será comercializada y distribuida por todo el continente a través de acuerdos multilaterales con los Estados miembros de la Unión Africana[41]. Argelia también empezó en septiembre de 2021 la producción de la vacuna CoronaVac gracias al acuerdo de transferencia de licencia con Sinovac[42].

La producción actual de vacunas como Aspenovax es de 35 millones de dosis mensuales según su CEO Stepehn Saad[43], lo que supone un gran avance para lograr la inmunidad de rebaño en el continente. Paradójicamente, los Estados africanos están ignorando la producción local de este tipo de vacunas, recurriendo a las dosis facilitadas por países desarrollados[44]. Esto ocasiona que miles de dosis estén siendo desperdiciadas en las plantas de producción de Aspen ante

38 Abiodun, T. et al.: Vaccine Manufacturing in Africa: What It Takes and Why It Matters, Blair Institute, 1 de abril 2021. [Última consulta: 10.10.2022].

39 Lamptey, E. et al.: "COVID-19 vaccines development in Africa: a review of current situation and existing challenges of vaccine production", *Clinical and Experimental Vaccine Research,* vol. 11, 2022, p. 86.

40 Holzer, F. et al.: *Charity or Empowerment,* 2022, cit., p.5.

41 Kansteiner, F.: "Aspen Pharmacare, pursuing J&J vaccine license, aims to shore up local capacity and quash shot inequality in Africa", *Fierce Pharma*, 2 de diciembre de 2021. [Última consulta: 12.10.2022].

42 Mazzouzi, R.: "Algeria Begins Producing a Coronavirus Vaccine", *Al Fanar Media,* 22 de octubre 2021. [Última consulta: 15.10.2022].

43 Mukherjee, P.: "S.Africa's Aspen to supply its own branded COVID-19 vaccine by June", *Reuters,* 9 de marzo 2022. [Última consulta: 16.10.2022].

44 Adepoju, P.: "Lack of orders could halt COVID-19 vaccine production in South Africa", Devex, 14 de abril de 2022. [Última consulta: 17.10.2022].

la falta de compradores, lo que supone un fiasco y un dañino precedente[45]. La demanda de vacunas en el continente sigue intacta, es por ello que, los Estados deben comprometerse a comprar las vacunas manufacturadas localmente, contribuyendo al desarrollo de la industria farmacéutica para mejorar el acceso a los medicamentos[46].

Las repercusiones de la distribución desigual de vacunas no solo afectan negativamente a la población de África. Como cualquier enfermedad contagiosa, el COVID-19 se expande y muta en variantes más mortales, más dañinas y resistentes a las vacunas. Las poblaciones con altas incidencias de contagios propician mutaciones que escapan a la efectividad de las vacunas existentes[47]. Ha sido sugerido por la comunidad científica que el desarrollo de nuevas variantes del virus como Ómicron puede deberse a una cobertura vacunal baja, que permitiría la mayor transmisión del virus dentro de una comunidad sin inmunizar, con unos altos índices de replicación entre personas que ofrece múltiples posibilidades para que el virus mute[48]. Su potencial de transmisibilidad, el incremento de la gravedad de los síntomas y su inmunidad frente a las vacunas amenazan con destruir los progresos conseguidos por los países más desarrollados si otras regiones continúan desprotegidas contra altas tasas de contagios[49]. En consecuencia, las rápidas mutaciones del virus suponen un riesgo global mientras haya grandes poblaciones sin vacunar[50], como es el caso de África.

V. VIABILIDAD DE LA EXENCIÓN.

La suspensión temporal de las patentes acordada en la Decisión Ministerial Relativa al Acuerdo sobre los ADPIC, adoptada el 17 de junio de 2022, es un buen primer paso para contrarrestar la dependencia de los países africanos al Norte Global. En principio puede parecer interesante en su objetivo de lograr una mejor redistribución de la producción de vacunas, ayudando a mejorar la capacidad de fabricación en el continente, al tiempo que garantiza que no se violen las patentes. No obstante, existe una fuerte oposición por parte de estados, de compañías farmacéuticas y de académicos, quien sostienen que *per se* no será suficiente al no contemplar otros aspectos protegidos como secretos comerciales, conocimientos técnicos y otros derechos de propiedad intelectual. Los Estados

45 Bathily, F.: "Covid: Aspenovax, le vaccin made in Africa boudé par l'Afrique", Voa Afrique. 9 de mayo de 2022. [Última consulta: 17.10.2022].

46 Sung, M. et al.: *Pharmaceutical Industry,* cit., p. 18.

47 Thomson R., Hill, E. y Gog, J.: "SARS-CoV-2 incidence and vaccine escape", *The Lancet Infectious Diseases,* vol. 21, 2021, p. 913.

48 Juno, J.: "Are new COVID variants like Omicron linked to low vaccine coverage?", *The Conversation.* 29 de noviembre de 2021. [Última consulta: 20.10.2022].

49 Thomson R., Hill, E. y Gog, J.: *SARS-CoV-2 incidence,* cit., p. 913.

50 Agaba, D. K.: "Tackling inequality and governance challenges: Insights from the COVID-19 pandemic", *African Human Rights Law Journal,* vol. 21, 2021, p. 897.

incapaces de producir en masa las vacunas debido a su débil industria farmacéutica no han podido obtener beneficio de la exención.

1. Complejidad de las patentes biológicas.

Es importante señalar que, a diferencia de los medicamentos, las vacunas son fármacos biológicos, mucho más complejos estructuralmente con un proceso de fabricación de genéricos largo y costoso. El tiempo de desarrollo de los medicamentos no biológicos, es reducido y menos costoso económicamente debido a la ausencia de investigación o fases de desarrollo preclínicas, pudiendo ser aprobados mediante bioequivalencia. Sin embargo, el proceso de fabricación de segundas-generaciones de vacunas debe atravesar todas las fases clínicas, y su aprobación no puede atribuirse a la bioequivalencia[51].

Este aumento en los procedimientos de producción se traduce en un mayor número de patentes que protegen las vacunas contra el COVID-19 debido a su compleja naturaleza[52]. En el contexto actual, cualquier fabricante de genéricos que deseara obtener una licencia para su producción debería estudiar la protección legal obtenida por el titular, identificando todas las patentes y negociando una licencia para cada una. Comenzar la producción de genéricos resultaría en consecuencia un proceso tedioso y costoso económicamente, no especialmente adecuado en una situación de emergencia que requiere rapidez y eficiencia. Además, se ha señalado la alta posibilidad de los fabricantes no solicitaran todas las licencias necesarias, enfrentando posteriormente altos costes de litigación en procedimientos iniciados por los titulares[53].

2. Necesidad de transferencia de "know-how" y tecnología.

En segundo lugar, para la producción de vacunas no solo es necesaria la obtención de la fórmula de la combinación biomolecular, sino que se requiere el conocimiento técnico de su elaboración, también conocido como *know-how*, protegido por derechos de secreto comercial. Algunas vacunas contra el COVID-19 han sido elaboradas con una tecnología más innovadora que las tradicionales, ya que se basan en nanopartículas lipídicas que vehiculan las moléculas de ARNm, cuya fabricación requiere equipamientos especializados, materias primas escasas y difíciles de producir y personal cualificado[54]. Éste es el

51 Nguyen, A. y Schwalbe, N.: "Apples and oranges? Can second generation vaccines become as low cost as generic medicines?", *Vaccines,* vol. 37, 2019, p. 2912.

52 Gavira, M. y Kilic, B.: "A network analysis of Covid-19 mRNA vaccine patents", *Nature biotechnology,* vol. 39, 2021, p. 547.

53 Eccleston-Turner, M. y Rourke, M.: "The TRIPS Waiver is Necessary, but it alone is not enough to solve equitable accces to Covid-19 vaccines", *American Society of International Law,* vol. 25, núm. 9, 2021, p. 2.

54 López-Valcárcel, G.; Ortún V.; Peiro, S.: "A propósito de las vacunas Covid-19: Innovación, acceso y rol de las patentes", *Asociación de Economía de Salud,* documento nº1, 2021, p. 17.

caso de las vacunas producidas por Pzifer-BioNTech y Moderna. No obstante, es importante mencionar que existen diferentes niveles de complejidad en las vacunas aprobadas, existiendo también las vacunas de vector viral y las vacunas de subunidades proteicas, que requieren un menor nivel de capacidad de producción. Es el caso de la vacuna producida por AstraZeneca/Oxford, basada en tecnología de vectores o de la vacuna rusa Sputnik V que utiliza ADN bicatenario. Ambas han demostrado producir resultado de inmunización muy fiables, por lo que no necesariamente se tendría que transferir los conocimientos más complejos para la producción regional de vacunas.

La Decisión Ministerial adoptada por la OMC se refiere exclusivamente a las patentes, por lo que ante la dudosa probabilidad de que las compañías farmacéuticas transfieran estos conocimientos, la manufacturación de vacunas por los países del continente africano es realmente inviable. Los detractores de la propuesta esgrimen que la aprobación de las vacunas producidas con la patente obtenida aún tendría que pasar por la consecución de unos requisitos de calidad, garantía y supervisión reglamentaria, lo que obstaculizaría la producción. Asimismo, se ha advertido acerca de la peligrosidad que podría ante la emergencia de falsificaciones, debido a la débil capacidad de inspección que tienen la mayoría de las agencias reguladoras de medicamentos en los países africanos[55].

En consecuencia, sería necesario adoptar exenciones complementarias que cubriesen los secretos comerciales respecto a la tecnología y las técnicas utilizadas. Una propuesta interesante es el C-TAP, una iniciativa basada en la solidaridad de estados y farmacéuticas para compartir "los conocimientos tecnológicos necesarios para desarrollar productos de alta calidad de forma eficaz y eficiente y el acceso a los datos clínicos necesarios para obtener la aprobación reglamentaria de sus productos"[56]. Esta alternativa resultaría más útil y eficaz que la celebración de contratos bilaterales entre fabricantes[57], sin embargo, pocas farmacéuticas ha contribuido hasta el momento.

Un ejemplo de que la transferencia de tecnología y la formación del personal no es una utopía, es la entrega por el Estados ruso de las instrucciones necesarias para realizar con éxito el proceso de fabricación de su vacuna en terceros Estados. Un total de 34 compañías farmacéuticas extranjeras obtuvieron la licencia necesaria para la producción, así como los ingredientes esenciales, equipos y suministros

55 Aoko, L.: "Africa in the lights of the Covid-19 pandemic: Health related Intellectual Property Rights", *Journal of Conflict, Management & Sustainable Development,* vol. 8, núm. 1, 2022, p. 154.

56 OMS: "Operationalising the COVID-19 Technology Access Pool (C-TAP): A concept paper", 2021, p. 1. [Última consulta: 02.11.2022].

57 Sung, M. et al., *Pharmaceutical Industry,* cit., p. 16.; López-Valcárcel, G., Ortún V. et Peiro, S.: *A propósito,* cit., p. 17.

precisados[58]. Los científicos rusos visitaron las plantas de fabricación para supervisar el correcto proceso de fabricación en países como India o Brasil. Considerando todo lo anterior, es posible concluir que una transferencia sistemática de tecnología, conocimientos y materiales a los Estados africanos es posible y deseable.

Para dejar atrás la fuerte dependencia farmacéutica habría que fomentar una iniciativa de cooperación internacional con el objetivo de consolidar las capacidades de realizar un proceso de fabricación independientemente de los intereses geopolíticos y financieros. Esto ya se prevé por el art. 66.2 del Acuerdo sobre los ADPIC, que pretende que los Estados ofrezcan incentivos a sus empresas e instituciones para transferir tecnología a países Miembros menos adelantados, sin embargo, no existe ningún mecanismo que vele por su efectivo cumplimiento.

3. Cooperación Internacional: *COVAX Facility.*

Analizando conjuntamente todos los puntos anteriores se puede afirmar que la solución ideal pasaría por la colaboración de varios actores: las empresas farmacéuticas titulares de las vacunas, los Estados y los fabricantes africanos con capacidades de producción suficientes[59].

Esta cooperación se podría conseguir de varias formas. En primer lugar, a través de tratados bilaterales con los Estados africanos que acordasen licencias voluntarias, sin tener que recurrir a medidas drásticas como la exención temporal de las patentes, que se podría extender años. Los beneficios de esta alternativa para ambas partes han sido señalados por López-Valcárcel[60]. El titular de la patente obtendría regalías sobre las ventas, que, si bien sería inferiores al margen de beneficio de las ventas directas, les permitiría abarcar nuevos mercados que serían adquiridos por competidores de aprobarse la exención. A ello se le sumaría la buena publicidad que les conllevaría. Los fabricantes africanos también se beneficiarían, ya que obtendrían el permiso, los conocimientos técnicos y la asistencia del titular para producir vacunas seguras, eficaces y efectivas, así como las licencias para una rápida aprobación. A pesar de ello, hasta el momento, solo AstraZeneca, Sinopharm y Sinovac han tomado esta iniciativa y han colaborado con países de bajos recursos[61], a través de acuerdos contractuales con fabricantes de genéricos establecidos en países como India.

58 Maxmen, A.: "The fight to manufacture COVID vaccines in lower-income countries", *Nature*, vol. 597, núm. 7877, 2021, p. 456.

59 Razira, I.: "Access to Covid-19 vaccines: patents vs people?", *International and Comparative Law Review*, vol. 21, núm. 1, 2021, p. 71.

60 López-Valcárcel, G., Ortún V. y Peiro, S.: *A propósito,* cit., p. 5.

61 Véase, Massinga, M. y Nkengasong, J.: *COVID-19 Vaccine,* cit., p. 1355; Lamptey, E. et al., *COVID-19 Vaccine,* cit., p. 86; Sung, M. et al., *Pharmaceutical Industry,* cit., p. 16.

En segundo lugar, la alternativa más rápida y efectiva por la cooperación internacional entre Estados a través de *COVAX Facility*. Se trata de una plataforma multilateral colaborativa, creada el 24 de abril de 2020 por la OMS a través del Acelerador de Acceso a las Herramientas de *COVID-19 (ACT)* para colaborar a nivel global y desarrollar, producir y promover el acceso equitativo a las vacunas, en al menos un 20% de la población de los países participantes[62]. COVAX pretende incentivar la investigación, el desarrollo y la producción de vacunas, para su posterior adquisición y venta a otros Estados de manera individual[63]. Se caracteriza por ser la primera iniciativa para luchar contra una pandemia estableciendo un mecanismo global de asignación de vacunas, por lo que puede considerarse una plataforma loable[64]. Constituye pues, una estrategia intermedia de cooperación, en la que los países conservan su derecho de comprar vacunas fuera del mecanismo debido a la ausencia de acuerdos internacionales que limiten los tratados bilaterales.

Sin embargo, la participación de los Estados a través de COVAX ha sido reducida y su objetivo principal no se ha visto cumplido. El principal obstáculo ha sido el nacionalismo vacunal de los países más ricos comentado anteriormente. A pesar de que se enviaron 300 millones de dosis durante 2021, el mecanismo no cumplió su objetivo de disponer de 2.000 millones de dosis para vacunar al 20% de la población mundial[65]. COVAX solo fue capaz de persuadir a los Estados para que donaran el exceso de dosis de vacunas sobrantes y muchos de ellos optaron por donarlas a través de acuerdos bilaterales en lugar de a través de COVAX dificultando las campañas de vacunación por países receptores. En el caso de las donaciones a la plataforma, los Estados donantes "incumplieron sistemáticamente los principios de reparto de dosis de COVAX, así como sus compromisos de donación en el plazo solicitado, realizando después entregas *ad hoc* que han dificultado enormemente el despliegue de las campañas de vacunación por parte de los países receptores"[66]. En consecuencia, sería necesario la creación de mecanismos que actuaran frente a los incumplimientos contractuales que han venido sucediéndose. Esto se podría impedir mediante un acuerdo multilateral vinculante con una cláusula que impidiera realizar tratados bilaterales fuera de la alianza y que previera sanciones o métodos de cumplimiento forzoso.

62 OMS: "COVID-19 ACT Accelerator launch", 24 de abril de 2020. [Última consulta: 04.11.2022].

63 Se compone de dos grupos de países: los "autofinanciados", países con altos índices de renta que contribuyen económicamente al sostenimiento del proyecto y los "financiados", países con rentas medias o bajas que obtendrán las dosis adquiridas a un precio reducido o de manera gratuita hasta inmunizar al 20% de su población.

64 Manríquez, T. et al.: "Expert Views on COVAX and Equitable Global Access to COVID-19 Vaccines", *International journal of public health,* vol. 66, 2021, p. 6.

65 Akhtar, M.: "Is Covax finally going to vaccinate the world?" Vox. 13 enero de 2022. [Última consulta: 06.11.2022].

66 Puyvallée, A. y Tagmatarchi K.: "COVAX, vaccine donations and the politics of global vaccine inequity" *Globalisation and Health,* vol. 18, núm. 26, 2022, p. 11; Binagwaho, A. et al: "Equitable and Effective Distribution of the COVID-19 Vaccines – A Scientific and Moral Obligation", *International Journal of Health Policy and Management*, vol. 11, núm. 2, 2022, p. 101.

Por otro lado, el modelo tradicional de asignación de vacunas basado en la caridad de los países desarrollados actúa como un parche sin solucionar el problema de raíz. COVAX debería construir y reforzar las capacidades de producción del continente africano a través de la cooperación internacional y la creación de una estructura multilateral de transferencia de conocimientos, materias y experiencia. La inversión en centros de producción facilitaría la diversificación de la producción, permitiendo potenciar una industria regional sólida que fuera capaz de mejorar la situación en el continente.

Ello serviría para conseguir, a corto plazo, la diversificación de la producción de vacunas a nivel mundial. Además, permitiría solucionar los problemas que surgieron en África en relación con la logística, el almacenamiento y la aplicación de vacunas debido a la falta de infraestructuras y conocimientos técnicos. A largo plazo, serviría para prevenir situaciones de desigualdad sanitaria en caso de futuras epidemias y lograr la pretendida equidad vacunal. Un buen ejemplo es el de Nigeria, quien, junto con otros cinco países africanos, han sido seleccionados para recibir la tecnología necesaria para la producción de vacunas de ARNm en el continente[67]. Esto es relevante en la medida en que ayudará a mejorar la preparación regional ante una pandemia, y desarrollará la capacidad para pasar de un modelo de suministro farmacéutico de "goteo" a otro basado en la producción local[68].

Algunas propuestas adicionales son las políticas de apoyo a los sistemas de investigación sanitaria potenciando la capacidad local de investigación científica y biomédica centrada en las necesidades regionales[69]. Otros autores proponen el ofrecimiento de becas y patrocinios a profesionales del campo de la ingeniería y la biomedicina con el objetivo de construir proyectos que endurezcan y solidifiquen la industria tecnológica en el continente, preparándolo para afrontar futuras emergencias sanitarias de manera independiente[70].

VI. RESPONSABILIDAD DE ESTADOS Y FARMACÉUTICAS.

1. Responsabilidad estatal.

En primer lugar, tal y como afirma el CESCR, la propiedad intelectual no es un derecho humano, sino un derecho social[71], en consecuencia, no tiene la misma

67 Ileyemi, M.: "COVID-19: Nigeria, five other African countries get WHO approval for vaccine production". Premium Times. 18 de febrero de 2022. [Última consulta: 10.11.2022].

68 Fortini, R. y Oyeyemi, O.: "Access to COVID-19 vaccines and testing in Africa: the importance of COVAX - Nigeria as a case study", *Pathogens and Global Health*, 2022, p. 5.

69 Hunt, P. y Khosla, R.: "The Human Right to Medicines", *Sur International Journal on Human Rights*, vol. 8, 2008, p. 101.

70 Aoko, L.: *Africa in,* cit., p. 154.

71 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: "General Comment N° 17. The right of everyone to benefit from the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he or she is the author". E/C.12/GC/17, Pár. 1 y 2. [Última consulta: 11.11.2022].

primacía que el derecho al acceso a los medicamentos. Los Principios Rectores sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos, establecen la obligación de los Estados de asegurar el derecho al más alto nivel de salud física y mental, garantizando el acceso a los medicamentos de las personas que viven en situaciones de pobreza[72]. En consecuencia, los Estados tienen la obligación de adoptar todas las acciones necesarias tendentes a asegurar la disponibilidad de medicamentos de manera suficiente para su población[73].

Como se ha expuesto previamente, las responsabilidades estatales en materia de propiedad intelectual deben aplicarse respetando el derecho humano a la salud y los acuerdos comerciales de la OMC deben ser interpretados considerando la salud pública del Acuerdo sobre los ADPIC y la Declaración Doha. El CESCR incentiva el desarrollo de ajustes en materia de propiedad intelectual que permitan el acceso universal a los avances científicos, como es el caso de las vacunas[74]. Los Estados africanos deberían trabajar juntamente con la ARIPO y la OAPI para adoptar niveles de protección de patentes farmacéuticas más adecuados a las necesidades del continente, así como para implementar las flexibilidades previstas por el ADPIC.

No obstante, el efectivo cumplimiento de los derechos humanos depende de las garantías de cumplimiento previstas por los instrumentos. En el caso del PIDESC, se relega esta función al CESCR, quien como ya se ha expuesto, se ha pronunciado sobre la responsabilidad de los Estados en garantizar el acceso a las vacunas en los países menos desarrollados. El CESCR afirmó la obligación de los Estados de asistencia y de cooperación internacional cuando fue declarada la pandemia[75]. Esto incluye el intercambio de investigaciones y la acción coordinada centrada en las necesidades de los grupos vulnerables y desfavorecido, especialmente de los países menos desarrollados o en situación de conflicto. Las decisiones unilaterales nacionales basadas en asegurar el abastecimiento de vacunas de la población interior deben ser proporcionadas y considerar en todo caso las necesidades de otros países. El nacionalismo vacunal de países firmantes del Convenio, como Estados Unidos, Reino Unido o los países de la Unión Europea, contraviene esta obligación.

72 Alto Comisionado de los Derechos Humanos: "Los Principios Rectores sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos". [Última consulta: 12.11.2022].

73 Hunt, P. y Khosla, R.: *The Human Right,* cit., p.101.

74 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: "Statement on the coronavirus disease (COVID-19) pandemic and economic, social and cultural rights". E/C.12/2020/1, 17 de abril de 2020, pár. 19, 20 y 21. [Última consulta: 24.11.2022].

75 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: "Statement on universal and equitable acess to vaccines for COVID-19". E/C.12/2020/2, 27 de noviembre de 2020, pár. 4. [Última consulta: 15.11.2022].

Este pronunciamiento ha sido aplaudido por la Comisión Internacional de Juristas[76], quien señala, asimismo, la falta de voluntad de muchos estados en garantizar el derecho a la salud a nivel mundial. El acceso a las vacunas es condición indispensable para el goce del derecho a la salud previsto en el PIDESC, por lo que éstas deben ser consideradas como un bien público y los Estados tienen la obligación de asegurar el acceso de toda la población[77]. De todo ello es posible deducir que el derecho a los fármacos necesarios para salvaguardar la salud es un derecho humano previsto en el PIDESC[78] y que los estados firmantes tienen la obligación de cooperar a nivel mundial para garantizar el control y la contención de la pandemia derivada por el COVID-19. Estas obligaciones podrían materializarse a través de la obligación de participar en programas como COVAX o C-TAP, que permitan suprimir las barreras para el acceso mundial a las vacunas.

Sin embargo, el PIDESC limita su jurisdicción a la del Estado donde presuntamente se ha cometido la violación. En consecuencia, no sería posible atribuir ninguna responsabilidad por los actos cometidos en dichos países que repercuten negativamente en el continente africano. El Derecho Internacional ha tenido dificultades para atribuir responsabilidad en materia de Derechos Humanos a las empresas debido a la consideración de Estado como actor principal de las obligaciones en el campo de los Derechos Humanos. Una perspectiva decolonial debería considerar esta problemática y cuestionar si los sistemas de propiedad intelectual deben reformarse para garantizar el acceso a los medicamentos a nivel mundial.

2. Responsabilidad de empresas farmacéuticas.

Por lo que respecta a las prácticas de las empresas farmacéuticas, estas tienen la obligación de respetar los derechos del PIDESC en relación con el acceso a los medicamentos y las vacunas y deben, por tanto, "abstenerse de invocar los derechos de propiedad intelectual de manera incompatible con el derecho de toda persona a acceder a una vacuna segura y eficaz contra el COVID-19 o con el derecho de los Estados a ejercer las flexibilidades del Acuerdo sobre los ADPIC"[79]. Expertos en Derechos Humanos de las Naciones Unidas afirman que los beneficios privados de las farmacéuticas no pueden ser antepuestos al derecho a la vida y a la salud de billones de personas y exigen que éstas contribuyan

76 Compuesta por 60 abogados y jueces de reconocido prestigio a nivel mundial, tiene como objetivo la promoción, protección y desarrollo de los derechos humanos.

77 Comisión Internacional de Juristas: "International Commission of Jurists' Statement to the Committee on Economic, Social and Cultural Rights on the Opening of its 69th Session". 15 febrero de 2021, pár. 5. [Última consulta: 17.11.2022].

78 Niada, L.: "The human right to medicines in relation to patents in sub-Saharan Africa: some critical remarks", *The International Journal of Human Rights*, vol. 15, núm. 5, 2011, p. 705.

79 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: "Declaración sobre la vacunación universal asequible contra la enfermedad por coronavirus (COVID-19), la cooperación internacional y la propiedad intellectual", E/C.12/2021/1, 23 de abril de 2021, pár. 8-9. [Última consulta: 25.11.2022].

a la lucha global para la contención del COVID-19 mediante la cooperación internacional[80]. Esto les impide causar y contribuir con sus prácticas a menoscabar la salud, debiendo mitigar o reducir dichos impactos estén o no vinculados a sus operaciones, especialmente sobre las poblaciones más vulnerables[81].

En la situación pandémica actual, los titulares de las vacunas deberían guiar sus prácticas por las "Directrices sobre derechos humanos para las empresas farmacéuticas" publicadas por el Relator Especial de la ONU sobre el derecho a la salud en 2008, equilibrando su responsabilidad empresarial con el derecho humano a la salud. Asimismo, deberían cumplir con los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos, respaldados por las resoluciones del Consejo de Derechos Humanos de la ONU de 21/11 de septiembre de 2012 cuyo objetivo es contribuir a una globalización sostenible para con las personas y comunidades más vulnerables. Si bien es cierto que no establecen nuevas obligaciones de derecho internacional ni modifican o suprimen las obligaciones ya adquiridas por un Estado en materia de derechos humanos. Entre sus principios fundacionales se encuentra la obligación de respetar los derechos humanos contenidos en la Carta Internacional de los Derechos Humanos y los derechos fundamentales de la OIT, evitando la repercusión negativa de sus propias actividades sobre estos actuando diligentemente.

La capitalización de las farmacéuticas a raíz de la pandemia es innegable. Un total de 12 billones de dólares provenientes de fondos públicos han sido destinados por los Estados a financiar la investigación y el desarrollo, los estudios clínicos y la manufacturación de las seis principales vacunas[82]. El lucro obtenido por las farmacéuticas propietarias de las patentes de las vacunas, así como su crecimiento económico derivado de la pandemia es innegable. AstraZeneca/

80 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: "Statement by UN Human Rights Experts Universal access to vaccines is essential for prevention and containment of COVID-19 around the world", 9 de noviembre de 2020. [Última consulta: 28.11.2022].

81 Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos: "Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para 'proteger, respetar y remediar". HR/PUB/11/04. 2011. La recomendación 13 establece que "la responsabilidad de respetar los derechos humanos requiere que las empresas: a) eviten causar o contribuir a impactos adversos sobre los derechos humanos a través de sus propias actividades, y aborden estos impactos cuando se produzcan; b) traten de prevenir o mitigar los impactos adversos sobre los derechos humanos que estén directamente relacionados con sus operaciones, productos o servicios a través de sus relaciones comerciales, incluso si no han contribuido a esos impactos"; Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico: "OECD Guidelines for Multinational Enterprises", 2011. El párrafo 40 afirma que la obligación de las multinacionales de "abordar los impactos adversos reales y potenciales sobre los derechos humanos consiste en tomar medidas adecuadas para su identificación, prevención, cuando sea posible, y mitigación de los impactos potenciales sobre los derechos humanos, remediación de los impactos reales, e informar sobre cómo se han abordado los impactos adversos sobre los derechos humanos". En su párrafo 41 afirma "las empresas deben respetar los derechos humanos de las personas pertenecientes a grupos o poblaciones específicas que requieran una atención especial, cuando sea probable que tengan repercusiones negativas sobre los derechos humanos". [Última consulta: 02.12.2022].

82 Médicos sin Fronteras: "Governments must demand pharma make all COVID-19 vaccine deals public",11 de noviembre de 2020. Consejo de Derechos Humanos de la ONU de 21/11 de septiembre. [Última consulta: 10.12.2022].

Oxford University ha facturado $1.7 billones, Johnson&Johnson/BiologicalE $1.5 billones, Pfizer/BioNTech 2.5 billones, GlaxoSmithKline/Sanofi Pasteur 2.1 billones, Novavax/Serum Institute of India casi $2 billones y Moderna/Lonza $2.48 billones[83]. El estudio de Sung et al. cuestiona la legitimidad de estos ingresos considerando la financiación pública en su desarrollo, así como los esfuerzos realizados por algunos Estados en facilitar el suministro y desarrollo de vacunas, como la negociación de cláusulas de exención de responsabilidad en caso de daños causados por las vacunas.

La pandemia ha demostrado la incapacidad de regulación *per* se del mercado, precisando de la intervención estatal para salvaguardar el derecho a la vida y a la salud de los países más débiles, a través de iniciativas públicas[84]. Ante la dificultad para atribuir directamente responsabilidad jurídica a las empresas farmacéuticas para qué garanticen el derecho humano a la salud[85], son los Estados los que tienen la obligación de regular el mercado para garantizar el efectivo cumplimiento del derecho a la salud en sus naciones y a nivel internacional. De asumirse esta responsabilidad con seriedad, sería necesario desarrollar nuevos tratados multilaterales en el seno de la OMS o de la OMC, o modificar los ya existentes, que vinculasen a los Estados desarrollados donde residen estas empresas. Estos tratados deberían regular la gestión de los diferentes actores internacionales de cara a futuras pandemias, no limitándose a diluir las responsabilidades empresariales, sino que deberían reforzarlas en consonancia con la legislación nacional sobre derechos humanos[86]. De reformarse la legislación al respecto, se podría exigir responsabilidad por las acciones de las empresas farmacéuticas e introducir medidas que limitasen sus prácticas.

VII. CONCLUSIONES.

El presente estudio se ha basado en analizar el posible éxito o el fracaso de la Decisión de exención del Acuerdo sobre los ADPIC el acceso a las vacunas del continente africano. La necesidad de la medida radica en las dificultades de los Estados de África para aplicar las flexibilidades previstas debido a su condición de partes del Acuerdo de Bangui y del Protocolo de Harare. Dichos instrumentos imponen estándares de protección más elevados que los previstos por el Acuerdo sobre los ADPIC propios de países desarrollados y desvinculados de las necesidades del continente. Ninguno ha incorporado la flexibilidad del periodo de transición

83 Para la información que se detalla a continuación véase, Sung, M. et al.: *Pharmaceutical Industry,* cit., p. 18.

84 Sehoole, T.J.: "COVID-19: Pandemic burden in Sub-Saharan Africa and the right to health – The need for advocacy in the face of growing privatisation", *African Journal of Primary Health Care & Family Medicine,* vol. 12, núm. 1, 2020, p. 2.

85 Ortega, M.: "El derecho de acceso a los medicamentos y el derecho de patente en países en desarrollo", *Revista de Bioética y Derecho,* vol. 37, 2016, p. 28.

86 Sekalala, S. et al.: "Decolonising human rights: how intellectual property laws result in unequal access to the COVID-19 vaccine", *BMJ Global Health*, vol. 6, 2023, p. 4.

de las patentes farmacéuticas extendido por la Declaración de Doha. Entre sus principales problemas están la ausencia de canales de oposición al derecho de patente otorgado, así como la falta de procedimientos de inspección exhaustivos que garanticen la novedad y la aplicabilidad industrial.

La situación en África ya era grave antes de la emergencia del COVID-19 debido a otras enfermedades caracterizadas por su comorbilidad. Los sistemas sanitarios nacionales, ya de por sí débiles, han acabado de colapsar y las tasas de vacunación son ínfimas. El "nacionalismo vacunal" de los países desarrollados ha impedido a estos países acceder a las vacunas, incrementando el riesgo de nuevas variantes más resistentes que ponen en riesgo a toda la población mundial. Se puede afirmar que ni las compañías farmacéuticas ni los Estados están colaborando para garantizar el derecho humano a la salud de esta población.

Existe una ineficacia de mecanismos que permitan atribuir responsabilidad jurídica a los Estados por el incumplimiento de los tratados internacionales ratificados. Sin embargo, la Decisión adoptada por la OMC de exención temporal de las patentes de las vacunas es vinculante y debe ser respetada por todos los Estados firmantes. A pesar de sus buenas intenciones, se puede concluir su falta de efectividad. En primer lugar, la capacidad de manufacturación biotecnológica en África no permitiría la producción de las vacunas por la compleja tecnología requerida. En segundo lugar, las patentes exentas no serían suficiente, en la medida en que no abarcarían los procedimientos de manufacturación, protegidos por otros derechos como el secreto comercial. Otros problemas serían la falta de materias primas y los procesos de autorización tediosos y extensos, no aconsejables durante la emergencia que supone la situación actual.

Como se ha señalado, el problema que enfrenta el continente africano se encuentra en desigualdad sistemática, que difícilmente se solucionará únicamente con la exención temporal del Acuerdo sobre los ADPIC. Si bien esta medida puede resultar útil para algunos países con una industria farmacéutica más desarrollada, como Sudáfrica, la mayoría de los Estados del continente no disponen de esta capacidad. El fortalecimiento sistemático de los mecanismos de distribución y cooperación regional sería una importante medida para conseguir el acceso a los medicamentos en el continente, superando las dependencias de los países desarrollados[87].

En consecuencia, la solución ideal pasaría por la colaboración multilateral de farmacéuticas, Estados desarrollados y de los países de la Región Africana. Esta crisis debe considerarse una oportunidad para que los países del continente desarrollen un sólido sistema sanitario y biotecnológico que les permita funcionar

87 Holzer. F. et al.: *Charity or Empowerment*, 2022, cit., p. 2.

de forma independiente, eficaz y eficiente ante cualquier futura catástrofe[88]. La gestión de la pandemia derivada del COVID-19 debe integrarse dentro de un sistema sanitario que permita abarcar la prevención y el tratamiento de todas las otras enfermedades.

Citando al presidente de la OMS Tedros Adhanom, "el rápido desarrollo de las vacunas contra el COVID-19 es un triunfo de la ciencia, pero su desigual distribución es un fallo de la humanidad"[89].

88 Uwishema, O. et al.: "Measles crisis in Africa amidst the COVID-19 pandemic: Delayed measles vaccine administration may cause a measles outbreak in Africa", *Journal of Medical Virology*, vol. 93, núm. 10, 2021, p. 5698.

89 Voa News: "WHO Chief: Inequitable Vaccine Distribution is 'Failure for Humanity", 18 de diciembre 2021. [Última consulta: 11.12.2022].

BIBLIOGRAFÍA

ABIODUN, T. ET AL.: "Vaccine Manufacturing in Africa: What It Takes and Why It Matters", *Blair Institute*, 1 de abril 2021.

ACHEAMPONG, S. ET AL.: "Low incidence of COVID-19 case severity and mortality in Africa; Could malaria co-infection provide the missing link?", *BMJ Infectious Diseases,* vol. 22, núm. 78, 2022.

ADEPOJU, P.: "Lack of orders could halt COVID-19 vaccine production in South Africa", *Devex*, 14 de abril de 2022.

AGABA, D. K.: "Tackling inequality and governance challenges: Insights from the COVID-19 pandemic", *African Human Rights Law Journal,* vol. 21, 2021.

AKHTAR, M.: "Is Covax finally going to vaccinate the world?". *Vox*, 13 de enero de 2022.

AMNISTÍA INTERNACIONAL: "COVID-19. En n'assurant pas un accès équitable aux vaccins, les entreprises pharmaceutiques ont contribué à la catastrophe des droits humains en 2021", 14 de febrero 2022.

ANTON, J., GREENE, H. y YAO, D. A.: "Policy Implications of Weak Patent Rights", *Innovation Policy and the Economy*, vol. 6, 2006.

AOKO, L.: "Africa in the lights of the Covid-19 pandemic: Health related Intellectual Property Rights", *Journal of Conflict, Management & Sustainable Development,* vol. 8, núm. 1. 2022.

BATHILY, F.: "Covid: Aspenovax, le vaccin made in Africa boudé par l'Afrique", *Voa Afrique*. 9 de mayo de 2022.

BINAGWAHO, A., MATHEWOS, K. y DAVIS, S.: "Equitable and Effective Distribution of the COVID-19 Vaccines - A Scientific and Moral Obligation", *International Journal of Health Policy and Management*, vol. 11, núm. 2, 2022.

CONWAY, M. ET AL.: "Should sub-Saharan Africa make its own drugs?", *McKinsey*, 10 enero de 2019.

ECCLESTON-TURNER, M. y ROURKE, M.: "The TRIPS Waiver is Necessary, but it alone is not enough to solve equitable accces to Covid-19 vaccines", *American Society of International Law,* vol. 25, núm. 9, 2021.

Fortini, R. y Oyeyemi, O.: "Access to COVID-19 vaccines and testing in Africa: the importance of COVAX - Nigeria as a case study", *Pathogens and Global Health*, 2022.

Gavira, M. y Kilic, B.: "A network analysis of Covid-19 mRNA vaccine patents", *Nature biotechnology,* 39, 2021.

Hassan, F.: "A New and Weak WTO Deal on TRIPS is Not Fit for Purpose: An ineffective multilateralism", *Thinking Global Health*, 1 de julio de 2022.

Hilty, R. et al.: "10 Arguments against a waiver of intellectual property rights", *Bussiness Law Blog (BLB).* 29 de junio 2021.

Hodgson, T. y de Falco, R.: "Human rights and universal access toCOVID-19 vaccines: does the human rights Council resolution go far enough?", *OpinioJuris*, 2021.

Hoen, E.: *The Global Politics of Pharmaceutical Monopoly Power. Drug patents, access, innovation and the application of the WTO Doha Declaration on TRIPS and Public Health*. AMB Publisher. 2009.

Holzer, F. et al.:

- "A matter of priority: equitable access to COVID-19 vaccines", *Swiss Medical Weekly*, vol. 151, 2021.

- "Charity or empowerment? The role of COVAX for low and middle-income countries", *Developing World Bioethics*, 2022.

Human Rights Watch: "Universal and Equitable Access to Covid-19 Vaccines, Testing, Treatments: Companies' Human Rights Responsibilities", *Q&A News*, 11 de febrero 2021.

Hunt, P. y Khosla, R.: "The Human Right to Medicines", *Sur International Journal on Human Rights*, vol. 8, 2008.

Ileyemi, M.: "COVID-19: Nigeria, five other African countries get WHO approval for vaccine production". *Premium Times*, 18 de febrero de 2022.

Juno, J.: "Are new COVID variants like Omicron linked to low vaccine coverage?", *The Conversation,* 29 de noviembre de 2021.

Kansteiner, F.: "Aspen Pharmacare, pursuing J&J vaccine license, aims to shore up local capacity and quash shot inequality in Africa", *Fierce Pharma*, 2 de diciembre de 2021.

Lamptey, E. et al.: "COVID-19 vaccines development in Africa: a review of current situation and existing challenges of vaccine production", *Clinical and Experimental Vaccine Research,* vol. 11, 2022.

López-Valcárcel, G.; Ortún V.; Peiro, S.: "A propósito de las vacunas Covid-19: Innovación, acceso y rol de las patentes", *Asociación de Economía de Salud,* documento núm. 1, 2021.

Manríquez, T. et al.: "Expert Views on COVAX and Equitable Global Access to COVID-19 Vaccines", *International journal of public health,* vol. 66, 2021.

Massinga, M. y Nkengasong, J.: "COVID-19 vaccine access in Africa: Global distribution, vaccine platforms, and challenges ahead", *Inmunity,* vol, 54, 2021.

Maxmen, A.: "The fight to manufacture COVID vaccines in lower-income countries", *Nature*, vol. 597, núm. 7877, 2021.

Mazzouzi, R.: "Algeria Begins Producing a Coronavirus Vaccine", *Al Fanar Media,* 22 de octubre 2021.

Médicos sin Fronteras: "Governments must demand pharma make all COVID-19 vaccine deals public", 11 noviembre de 2020.

Motari, M. et al.: "The role of intellectual property rights on access to medicines in the WHO African region: 25 years after the TRIPS agreement", *BMC Public Health,* vol, 21, núm. 490, 2021.

Mukherjee, P.: "Africa's Aspen to supply its own branded COVID-19 vaccine by June", *Reuters Agency,* 9 de marzo 2022.

Niada, L.: "The human right to medicines in relation to patents in sub-Saharan Africa: some critical remarks", *The International Journal of Human Rights,* vol. 15, núm. 5, 2011.

Nguyen, A. y Schwalbe, N.: "Apples and oranges? Can second generation vaccines become as low cost as generic medicines?", *Vaccines,* vol. 37, 2019.

Ortega, M.: "El derecho de acceso a los medicamentos y el derecho de patente en países en desarrollo", *Revista de Bioética y Derecho,* vol. 37, 2016.

Puyvallée, A. y Tagmatarchi K.: "COVAX, vaccine donations and the politics of global vaccine inequity". *Globalisation and Health,* vol. 18, núm. 26, 2022.

Razira, I.: "Access to Covid-19 vaccines: patents vs people?", *International and Comparative Law Review*, vol. 21, núm. 1, 2021.

Schlein L.: "African Children Missing Out on Life-Saving Vaccines Due to COVID-19", *VoaNews*, 22 abril 2022.

Sekalala, S. et al.: "Decolonising human rights: how intellectual property laws result in unequal access to the COVID-19 vaccine", *BMJ Global Health*, vol. 6, 2023.

Thomson R., Hill, E. y Gog, J.: "SARS-CoV-2 incidence and vaccine escape", *The Lancet Infectious Diseases,* vol. 21, 2021.

Uwishema, O. et al.: "Measles crisis in Africa amidst the COVID-19 pandemic: Delayed measles vaccine administration may cause a measles outbreak in Africa", *Journal of Medical Virology*, vol. 93, núm. 10, 2021.

Vawda, Y.: "The TRIPS COVID-19 Waiver, Challenges for Africa and Decolonizing Intellectual Property"; *South Center Policy Brief,* núm. 99, 2021.

"WHO Chief: Inequitable Vaccine Distribution is 'Failure for Humanity", *VoaNews*, 18 diciembre 2021.

MATERNIDAD SUBROGADA, INTELIGENCIA ARTIFICIAL, ALGORITMOS Y SELECCIÓN DE EMBRIONES*

SURROGATE MOTHERHOOD, ARTIFICIAL INTELLIGENCE, ALGORITHMS AND EMBRYO SELECTION

Rev. Boliv. de Derecho Nº 35, enero 2023, ISSN: 2070-8157, pp. 414-437

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto I+D+i «Retos investigación» del Programa estatal de I+D+i orientado a los Retos de la Sociedad del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades RTI2018-097354-B-100 (2019-2022) y Proyecto de I+D+i Retos MICINN (PID2019-108710RB-I00, 2020-2022), y Grupo de Investigación de Excelencia Generalitat Valenciana "Algorithmical Law" (Proyecto Prometeu 2021/009, 2021-2024).

Francisca
RAMÓN
FERNÁNDEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 1 de septiembre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 15 de diciembre de 2022

RESUMEN: En este estudio se analiza la aplicación de la inteligencia artificial en relación con la reproducción asistida. Por un lado, se analiza la implicación en el caso de la maternidad subrogada; y, por otro lado, en el supuesto de la selección de embriones. La falta de una regulación específica de la inteligencia artificial, la aplicación de sistemas de "trazabilidad electrónica", así como la detección de enfermedades y alteraciones mediante los algoritmos suponen un reto para el Derecho que tiene que dar respuesta a todas estas cuestiones.

PALABRAS CLAVE: Maternidad subrogada; inteligencia artificial; selección de embriones; algoritmos; trazabilidad electrónica.

ABSTRACT: *This study analyzes the application of artificial intelligence in relation to assisted reproduction. On the one hand, the implication in the case of surrogate motherhood is analyzed; and on the other hand, in the case of embryo selection. The lack of a specific regulation of artificial intelligence, the application of "electronic traceability" systems, as well as the detection of diseases and alterations through algorithms pose a challenge for the Law that has to answer all these questions.*

KEY WORDS: *Surrogate motherhood; artificial intelligence; embryo selection; algorithms; electronic traceability.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA APLICACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL A LA MATERNIDAD SUBROGADA.- 1. La mujer como paciente gestante y su mejor control a través de la inteligencia artificial.- 2. Los robots como madres subrogadas: realidad o ficción.- III. INTELIGENCIA ARTIFICIAL, ALGORITMOS Y SELECCIÓN DE EMBRIONES.- 1. El incremento de la tasa de éxito de embriones seleccionados por inteligencia artificial.- 2. La "trazabilidad electrónica": más allá de la trazabilidad humana.- 3. El robot como creador de embriones.- IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

Cuando nos referimos a la inteligencia artificial podemos contextualizarlas en diversos ámbitos, uno de ellos es el ámbito médico[1]. La informatización de la salud, a través de instrumentos y medidas tecnológicas es una realidad. Se habla, incluso, de salud electrónica[2]. Precisamente, la maternidad subrogada precisa de un acto médico, mediante la implantación de un óvulo fecundado en el útero de la mujer que va a gestar. Puede realizarse mediante donación de ese óvulo (la forma habitual) y la donación de esperma que puede ser del miembro masculino de la pareja o de un donante anónimo.

En el ámbito de la maternidad subrogada consideramos que la aplicación de la inteligencia artificial puede realizarse mediante diversas formas: la utilización de un algoritmo para seleccionar a la mujer subrogada, futura gestante; la utilización de un algoritmo para la selección de los embriones que tengan más posibilidades de éxito; y la utilización de un algoritmo para el seguimiento del embarazo de la mujer que ha aceptado la maternidad subrogada.

Ello también se relaciona con los datos médicos, datos especialmente protegidos por la normativa de protección de datos, y plantearía distintas cuestiones de índole legal y ético de hasta qué limites se podría utilizar un algoritmo para la selección de los embriones. Ello podría dar lugar a sesgos discriminatorios y a realizar una selección más allá de lo autorizada por la legislación, ya que no se podría admitir la utilización de algoritmos para lograr "superembriones". También la doctrina habla de la denominada "trazabilidad electrónica", y del mismo modo, la utilización de la inteligencia artificial y los algoritmos para la selección de madres subrogadas que pudieran tener una mayor posibilidad de éxito para la gestación de los embriones.

1 Véase sobre ello: Bohr, A. y Memarzadeh, K.: *Inteligencia artificial en el ámbito de la salud*, Elsevier, 2021.

2 Navas Navarro, S.: "Salud electrónica e inteligencia artificial", en *Salud e inteligencia artificial desde el Derecho privado: con especial atención a la pandemia por SARS-CoV-2 (covid-19)*, Comares, Granada, 2021, pp. 1-50.

• Francisca Ramón Fernández
Profesora Titular de Derecho civil de la Universitat Politècnica de València. Licenciada y Doctora en Derecho por la Universitat de València. Es autora de diversas monografías, artículos y capítulos de libro especializados. Ha sido reconocida su investigación con la obtención de diversos premios de investigación. Su producción científica se puede consultar en: http://www.upv.es/ficha-personal/frarafer. Correo electrónico: frarafer@urb.upv.es.

Los principales objetivos a desarrollar serán los siguientes:

a) Determinar cómo puede afectar la inteligencia artificial en el caso de la maternidad subrogada;

b) Establecer qué limites deben contemplarse en la selección de embriones mediante la utilización de la inteligencia artificial;

c) Indicar si, en los casos de los países en que se admite la maternidad subrogada, la inteligencia artificial puede mejorar la situación de la madre subrogada y el/a futuro/a bebé.

La metodología que vamos a utilizar en este trabajo es la habitual en los estudios de tipo jurídico, con un análisis de la doctrina más reciente que se ha pronunciado al respecto, así como la legislación que se considera aplicable.

II. LA APLICACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL A LA MATERNIDAD SUBROGADA.

La regulación de la inteligencia artificial a nivel comunitario no se ha consolidado todavía. La Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión [COM (2021) 206 final 2021/0106 (COD)][3] indica que algunos sistemas de inteligencia artificial plantean un "alto riesgo" para la salud o los derechos fundamentales de los sujetos. Deberán cumplir una serie de requisitos de carácter obligatorio que garanticen su fiabilidad y ser sometidos a procedimientos evaluativos. Es preciso, además, establecer normas comunes para todos los sistemas de inteligencia artificial de "alto riesgo", con la finalidad de protección de los intereses públicos respecto a la salud y los derechos fundamentales. Las normas que se establezcan deben estar en sintonía con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01)[4], y no ser discriminatorias.

La Propuesta normativa referida indica, además, que "en el ámbito de la salud, el espacio europeo de datos sanitarios facilitará el acceso no discriminatorio a datos sanitarios y el entrenamiento, a partir de esos conjuntos de datos, de algoritmos de inteligencia artificial de una manera segura, oportuna, transparente y fiable que respete la privacidad, y contando con la debida gobernanza institucional".

3 Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0008.02/DOC_1&format=PDF (Consultado el 14 de enero de 2022).

4 DOUE C 364/1, de 18 de diciembre de 2000. Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf (Consultado el 14 de enero de 2022).

Los sistemas de inteligencia artificial, en este caso, aplicados a la reproducción asistida pueden tener efectos sobre la salud y la seguridad, ya que funcionan como componentes de productos (herramientas de diagnóstico, o bien instrumentos de selección de embriones a través de algoritmos, entre otros). Se complementa la decisión del especialista con el resultado que arroja el sistema de inteligencia artificial y ello puede poner en riesgo la vida y la salud de la paciente, por lo que es preciso que el diseño de estos elementos sea fiable y preciso. Cada vez nos encontramos con instrumentos y herramientas más sofisticadas, incluyendo los robots que pueden realizar intervenciones con mayor precisión, pero también ello supone un riesgo que no podemos olvidar en el caso de error producido por la propia máquina. No olvidemos que las máquinas no son infalibles y puede cometer un error, de ahí el tener en cuenta la responsabilidad por daños.

En este caso hay que atender a lo indicado en la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica [(2015/2103(INL)][5], al indicar la "necesidad de definir los requisitos profesionales mínimos que deberá cumplir un cirujano para operar y estar autorizado a utilizar robots quirúrgicos; considera fundamental que se respete el principio de autonomía supervisada de los robots, en virtud del cual la programación inicial de los cuidados y la elección final sobre la ejecución pertenecen en todo caso al ámbito de decisión de un cirujano humano; subraya la especial importancia que reviste la formación de los usuarios para que puedan familiarizarse con los requisitos tecnológicos en este ámbito; llama la atención acerca de la creciente tendencia al autodiagnóstico mediante el uso de robots móviles y, por consiguiente, de la necesidad de formar a los médicos para que puedan tratar los casos de autodiagnóstico; considera que la utilización de estas tecnologías no debería disminuir ni perjudicar la relación entre médico y paciente, sino proporcionar al médico una asistencia para el diagnóstico y/o el tratamiento de los paciente, con el fin de reducir el riesgo de error humano y aumentar la calidad y la esperanza de vida".

Así como la posibilidad de crear una personalidad electrónica: "crear a largo plazo una personalidad jurídica específica para los robots, de forma que como mínimo los robots autónomos más complejos puedan ser considerados personas electrónicas responsables de reparar los daños que puedan causar, y posiblemente aplicar la personalidad electrónica a aquellos supuestos en los que los robots tomen decisiones autónomas inteligentes o interactúen con terceros de forma independiente".

5 Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_ES.pdf (Consultado el 14 de enero de 2022). Véase sobre ello: Ramón Fernández, F.: "Robótica, inteligencia artificial y seguridad: ¿Cómo encajar la responsabilidad civil?", *Diario La Ley*, núm. 9365, 2019, pp. 1-13.

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)][6] indica que se aplica a los "casos en que una actividad física o virtual, un dispositivo o un proceso gobernado por un sistema de IA haya causado daños o perjuicios a la vida, la salud, la integridad física de una persona física y los bienes de una persona física o jurídica, o bien haya causado daños morales considerables que den lugar a una pérdida económica comprobable".

Por sistema de inteligencia artificial entiende aquél "basado en programas informáticos o incorporado en dispositivos físicos que muestra un comportamiento que simula la inteligencia, entre otras cosas, mediante la recopilación y el tratamiento de datos, el análisis y la interpretación de su entorno y la actuación, con cierto grado de autonomía, para lograr objetivos específicos".

La Carta de Derechos Digitales del Gobierno de España[7], de 2021, en su apartado XXIII referente al "Derecho a la protección de la salud en el entorno digital" indica que "El empleo de sistemas digitales de asistencia al diagnóstico, y en particular de procesos basados en inteligencia artificial no limitará el derecho al libre criterio clínico del personal sanitario", y que "Los entornos digitales de salud garantizarán, conforme a la legislación sectorial, la autonomía del paciente, la seguridad de la información, la transparencia sobre el uso de algoritmos, la accesibilidad y el pleno respeto de los derechos fundamentales del paciente y en particular su derecho a ser informado o renunciar a la información y a consentir en el tratamiento de sus datos personales con fines de investigación y en la cesión a terceros de tales datos cuando tal consentimiento sea requerido".

En cuanto al apartado XXV "Derechos ante la inteligencia artificial", se centra en la utilización de la misma, de tal forma que "deberá asegurar un enfoque centrado en la persona y su inalienable dignidad", "perseguirá el bien común y asegurará cumplir con el principio de no maleficencia".

Respecto a una decisión automatizada y el diagnóstico, se establece que "Las personas tienen derecho a solicitar una supervisión e intervención humana y a impugnar las decisiones automatizadas tomadas por sistemas de inteligencia artificial que produzcan efectos en su esfera personal y patrimonial".

6 Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0276_ES.pdf (Consultado el 16 de enero de 2022).

7 Gobierno de España: Carta de Derechos Digitales del Gobierno de España, 2021. Disponible en: https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/140721-Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf (Consultado el 14 de enero de 2022).

En sede de reproducción asistida, precisamente la determinación de la filiación[8] es uno de los problemas que se plantea, de los que no está exento la maternidad subrogada. La actual Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida[9], en su art. 10, referente a la gestación por sustitución determina la nulidad de pleno derecho del contrato por el que se convenga la gestación, tanto de forma onerosa como de forma gratuita a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna ya sea a favor de la parte contractual o de una tercera persona[10]. También la anterior Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida[11] (ya derogada) se expresaba en los mismos términos. Ello no es óbice de que la maternidad subrogada esté admitida en otros países y que se realice dicha práctica, así como que se pueda utilizar la inteligencia artificial. Es por ello que vamos a analizar de dicha aplicación y sus consecuencias.

1. La mujer como paciente gestante y su mejor control a través de la inteligencia artificial.

La aplicación de la inteligencia artificial en el ámbito de la ginecología y la obstetricia puede realizarse a través de varias acciones, por ejemplo, el seguimiento del embarazo de la mujer gestante (ya sea maternidad subrogada o en cualquier otro caso) determina que la relación entre la paciente y el médico[12] se vea complementado por la aparición de instrumentos o recursos técnicos para mejorar y atender de una forma más eficiente los riesgos: por ejemplo, aplicaciones informáticas[13] que midan las constantes de la mujer, o bien que pueda tener una atención informatizada de las distintas etapas del embarazo.

8 Cfr. Geraldes Falçao, M. F.: *Las técnicas de reproducción asistida: especial consideración por la maternidad por sustitución en el contexto ibérico*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2013. Disponible en: https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/122968/DP_Geraldesmarta_tecnicasreproduccionasistida.pdf?sequence=1&isAllowed=y (consultado el 16 de enero de 2021); de Verda y Beamonte, J. R.: "La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (un análisis crítico de la experiencia jurídica española, treinta años después de la aprobación de la primera regulación legal sobre la materia), *Diritto delle successioni e della familia*, vol. 4, núm. 1, 2018, pp. 301-340; de Verda y Beamonte, J. R.: "La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en España", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 8, 2018, pp. 11-31. Disponible en: https://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/67232/11-31.pdf?sequence=1&isAllowed=y (consultado el 17 de enero de 2022).

9 BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2006.

10 Véase: Ramón Fernández, F.: "La protección del menor en los casos de gestación por sustitución: análisis de diversos supuestos prácticos", *Reinad. Revista sobre la infancia y la adolescencia*, núm. 6, 2014, pp. 38-50. Disponible en: http://polipapers.upv.es/index.php/reinad/article/view/1664/2488 (consultado el 13 de enero de 2022). El nuevo Código Deontológico recoge que la maternidad subrogada va en contra de la identidad de la mujer: MÉDICOS Y PACIENTES: "La actualización del Código Deontológico recoge que la gestación por sustitución atenta contra la dignidad de la mujer", 2019. Disponible en: http://www.medicosypacientes.com/articulo/la-actualizacion-del-codigo-deontologico-recoge-que-la-gestacion-por-sustitucion-atenta (consultado el 15 de enero de 2021).

11 BOE núm. 282, de 24 de noviembre de 1988.

12 Ramón Fernández, F.: "Inteligencia artificial en la relación médico-paciente: Algunas cuestiones y propuestas de mejora", *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, vol. 10, núm. 1, 2021, pp. 329-351. Disponible en: https://rchdt.uchile.cl/index.php/RCHDT/article/view/60931 (consultado el 13 de enero de 2022).

13 Ramón Fernández, F.: "La protección de datos en las aplicaciones móviles de diagnóstico de enfermedades genéticas. Un estudio jurídico", *Revista métodos de información*, vol. 8, núm. 14, 2017, pp. 5-25. Disponible en:

En los países en los que se admite la maternidad subrogada, el control a través de inteligencia artificial puede producir efectos beneficiosos tanto en la gestante como en el futuro bebé.

Así, por ejemplo, puede detectarse defectos de nacimiento (defectos congénitos o la macrosomía), diabetes gestacional o parto pretérmino[14]. También puede ser utilizada la inteligencia artificial para el control de la salud mental de la gestante. Se trata de establecer una monitorización de la salud de la mujer y también una mejora en la prestación de servicios sanitarios, no solo a nivel individual, sino también de la comunidad.

En el caso de la salud mental de la gestante, resulta de especial interés en el caso de la gestación por sustitución o vientre de alquiler, ya que la mujer se expone a situaciones que pueden generar un mayor estrés y ansiedad por la situación en la que se encuentra. Puede tener episodios de ansiedad, miedo, preocupación o depresión. La inteligencia artificial puede detectar a través de los algoritmos y basándose en una interactuación emocional con la mujer cambios de conducta y ofrecer pautas o recomendaciones a seguir en dicho caso. Ello resulta de crucial importancia, ya que el estado emocional de la mujer puede influir en la aparición de patologías de la gestación, y la inteligencia artificial podría ayudar a paliar las mismas.

Además, supone una herramienta de gran utilidad para establecer una valoración. A través de sensores que midan la respuesta de la gestante ante determinados estímulos, mediante una respuesta facial, movimientos oculares, gestos del cuerpo e incluso modulación de la voz se pueden detectar los estados de alteración durante la gestación.

La robótica es capaz de interpretar las emociones del ser humano[15], mediante los algoritmos programados para ello, y también el estado de ánimo, mediante el cómputo de variables como puede ser el ritmo cardiaco o respiratorio de tal forma que revele la situación de estrés o angustia a la que se pueda ver sometida la gestante.

---

http://www.metodosdeinformacion.es/mei/index.php/mei/article/view/IIMEI8-N14-005025/940 (consultado el 13 de enero de 2022).

14 Losada, T.: "La Inteligencia Artificial en el embarazo permite diagnosticar antes defectos de nacimiento y enfermedades en el bebé, así como mejorar el estado de salud de las embarazadas. La IA ayuda a diagnosticar antes defectos de nacimiento, diabetes gestacional y parto pretérmino", *CSC*, s/f. Disponible en: https://www.criarconsentidocomun.com/inteligencia-artificial-en-el-embarazo/ (consultado el 17 de noviembre de 2021).

15 Khan A. N., Ihalage A. A., Ma, Y., Liu, B., Liu, Y. y Hao, Y.: "Deep learning framework for subject-independent emotion detection using wireless signals", *PLoS ONE*, vol. 16, núm. 2, 2021, pp. 1-16. Disponible en: https://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0242946 (consultado el 15 de enero de 2022).

2. Los robots como madres subrogadas: realidad o ficción.

Una hipótesis de futuro podría plantearse en el caso de que un robot pudiera gestar a un ser humano. La idea no es tan descabellada cuando se habla de la existencia de úteros externos para completar la gestación de prematuros, o incluso el proyecto de prototipo de incubadora. Al margen de ello, en el caso de que en un futuro un robot pudiera gestar se ha planteado si ello puede generar problemas éticos. Ello se planteó a raíz de una información aparecida en los medios de comunicación en que un robot, Sophia, tenía "deseos maternales"[16]. Hay que tener en cuenta que el robot puede haber sido programado para indicar dichos deseos, y yendo más allá de si puede tener pensamiento autónomo y capacidad de decisión. En el caso de la inteligencia artificial a través del aprendizaje profundo o *Deep learning* se simula el comportamiento del ser humano, en este caso, el comportamiento de la mujer de desear tener descendencia. Pero no deja de ser una simulación, un aprendizaje adquirido por el robot con dicha finalidad e intención. Si no se hubiera programado con esas características, la máquina no tiene capacidad autónoma para la expresión de deseos.

Desde el punto de vista ético y filosófico la maternidad va más allá de la descendencia, porque sí que actualmente existen robots que pueden construir otros robots, y se podría entender como la reproducción del robot en sí. Pero no es cierto que la maternidad, la paternidad, el deseo de tener descendencia es un deseo humano que va más allá de la reproducción de la especie, hay una motivación personal y un deseo íntimo de concebir a ese hijo o hija. En el caso de los robots eso no existe, no hay ni motivación, ni deseo íntimo, pero sí que hay una simulación del comportamiento humano, pero no lo equipara porque no se pueden establecer equivalencias en los sentimientos que es propio del ser humano y los animales, pero no de la robótica.

Sobre esta idea de la teoría de la evolución humana que no es aplicable a la robótica, ya que el robot no va a evolucionar, sino que se crea y programa con una finalidad específica, para solucionar un problema o facilitar un aprendizaje concreto, nos encontramos también la existencia de los algoritmos, y la necesidad de su transparencia. La humanización de los robots es un acto peligroso, y de ahí la necesidad de que el algoritmo sea transparente, y que se sepa qué hace el robot, e impedir que tome una decisión por sí mismo, y que esa decisión siempre precise la intervención de un ser humano.

16 Nius: "La robot Sophia quiere ser madre: ¿Sueñan los androides con bebés eléctricos?", 2021. Disponible en: https://www.niusdiario.es/ciencia-y-tecnologia/tecnologia/robot-sophia-dice-quiere-ser-madre-experto-asegura-no-hay-problemas-eticos-simulacion-inteligencia-artificial_18_3219571339.html (consultado el 15 de enero de 2022).

En el caso del robot mencionado, Sophia, deben establecerse los límites de su "deseo", y que precisamente ese deseo de maternidad le facilite la toma de decisiones para la que ha sido programada, interactuando de una forma más empática con el ser humano, pero en ningún caso ese deseo maternal se asemeja al humano en el sentido de optar a una "maternidad robótica".

Otra cuestión que también se ha planteado es la creación de incubadoras artificiales y úteros externos[17], aunque en este último caso se trata de un proyecto artístico, para la gestación de una persona. Este robot se entendería como un instrumento para la gestación mediante la intervención de la electrónica y que también ha sido objeto de discusión doctrinal sobre su función.

III. INTELIGENCIA ARTIFICIAL, ALGORITMOS Y SELECCIÓN DE EMBRIONES.

Uno de los problemas que plantea la inteligencia artificial es la sustituibilidad de los sujetos. Es decir, considerar si acciones y actividades desempeñadas por seres humanos van a realizarlas en el futuro las máquinas. Máquinas que serán programadas por humanos, pero desempeñarán las tareas, prescindiendo de ellos. Pero no solo en lo que se refiere a tareas mecánicas, y rutinarias, sino también las que necesiten "intuición" y un sentido personal[18].

Así, la doctrina ha puesto de manifiesto el estado del arte de la aplicación de la inteligencia artificial a la reproducción asistida[19] distinguiendo las aportaciones de Saith proponiendo un modelo de minería de datos que se basaba en árboles de decisión para investigar la relación entre los embriones, los ovocitos y folículos en la predicción del éxito del tratamiento[20], Jurisica que establecían un sistema inteligente que se basaba en el razonamiento de casos para decidir los tratamiento

17 Bastida, A.: "Crean un útero artificial para los grandes prematuros (pero la madre sigue siendo lo primero), *Bebés y más*, s.f. Disponible en: https://www.bebesymas.com/embarazo/crean-un-utero-artificial-para-ayudar-a-los-grandes-prematuros-que-ya-funciona-con-ovejas (consultado el 15 de enero de 2022); Justo, D. "Un prototipo de incubadora para gestar a tu hijo en el salón de tu casa. El prototipo se basa en los úteros artificiales para bebés prematuros extremos", *Cadena Ser*, 2017. Disponible en: https://cadenaser.com/ser/2017/07/07/ciencia/1499428228_972907.html (consultado el 15 de enero de 2022); Rovati, L. "Parturient, un útero externo capaz de gestar un bebé en el salón de tu casa", *Bebés y más,* s.f. Disponible en: https://www.bebesymas.com/embarazo/parturient-un-utero-externo-capaz-de-gestar-un-bebe-en-el-salon-de-tu-casa (Consultado el 15 de enero de 2022).

18 Callejas Arreguin, N. A.: "Maternidad subrogada en el mundo globalizado: Lo que toda gestante sustituta en México debe saber", *Revista legislativa de estudios sociales y de opinión pública*, vol. 14, núm. 30, 2021, p. 207. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7992838 (consultado el 13 de enero de 2022).

19 Morales Vega, D. A.: *Clasificadores bayesianos en la selección embrionaria en tratamientos de reproducción asistida*. Universidad del País Vasco, San Sebastián, 2008, pp. 50 y ss. Disponible en: https://www.educacion.gob.es/teseo/imprimirFicheroTesis.do?idFichero=O5c1AcaiN%2FM%3D (consultado el 15 de enero de 2021).

20 Saith, R., Srinivasan, A., Michie, D., y Sargent, I.: "Relationships between the developmental potential of human in-vitro fertilization embryos and features describing the embryo, oocyte and follicle", *Human Reproduction Update*, vol. 4, núm. 2, 1998, pp. 121–134. Disponible en: https://acortar.link/OEsAr9 (consultado el 15 de enero de 2022).

de reproducción[21], Trimarchi que proponía un sistema basado en la minería de datos, en el algoritmo C5.0 para la inducción de árboles de clasificación[22], Patrizi con un algoritmo de reconocimiento de patrones para la selección de embriones a partir de las imágenes[23], Manna que establece una comparación de la precisión algorítmica con la tarea de reconocimiento de expertos y proponiendo la adaptación de las redes Bayesianas para realizar la predicción de los embriones más viables para ser transferidos en los tratamientos y predecir el éxito del mismo[24].

1. El incremento de la tasa de éxito de embriones seleccionados por inteligencia artificial.

Uno de los efectos de la utilización de la inteligencia artificial y los algoritmos en el ámbito de la reproducción asistida y también en el caso de la maternidad subrogada (en los supuestos de implantación de embriones en la madre gestante) es la posibilidad de incrementar la tasa de éxito del embrión seleccionado[25]. No podemos olvidar que cuando hablamos de embriones estamos hablando de la vida, y hay que tener en cuenta los derechos fundamentales que se aplican, además de los datos especialmente protegidos, datos sensibles, como son los datos médicos y los datos genéticos[26].

Precisamente esta cuestión ha generado alguna controversia y ante la falta de consentimiento, la negativa a la prestación del mismo o la falta de colaboración de la entidad que gestiona los datos, algunos autores han propuesto[27] la

21 Jurisica, I., Mylopoulos, J., Glasgow, J., Shapiro, H. y Casper, R.: "Case-based reasoning in IVF: Prediction and knowledge mining", *Artificial Intelligence in Medicine*, vol. 12, núm. 1, 1998, pp. 1–24.

22 Trimarchi, J.R., Goodside, J., Passmore, L., Silberstein, T., Hamel, L. y Gonzalez, L.: "Comparing data mining and logistic regression for predicting IVF outcome", *Fertility and Sterility*, vol. 80, núm. 3, 2003, p. 100. Disponible en: https://www.fertstert.org/action/showPdf?pii=S0015-0282%2803%2902065-X (consultado el 16 de enero de 2022).

23 Patrizi, G., Manna, C., Moscatelli, C. y Nieddu, L.: "Pattern recognition methods in human-assisted reproduction", *International Transactions in Operational Research*, vol. 11, núm. 4, 2004, pp. 365–379.

24 Manna, C., Patrizi, G., Rahman, A., y Sallam, H.: "Experimental results on the recognition of embryos in human assisted reproduction", *Reproductive BioMedicine Online*, vol. 8, núm. 4, 2004, pp. 460–469. Disponible en: https://www.rbmojournal.com/action/showPdf?pii=S1472-6483%2810%2960931-5 (consultado el 16 de enero de 2022).

25 Acta Sanitaria: "El Big Data podría incrementar las tasas de éxito de los laboratorios de reproducción asistida", 2018. Disponible en: https://www.actasanitaria.com/el-big-data-podria-incrementar-las-tasas-de-exito-de-laboratorios-de-reproduccion-asistida/ (Consultado el 17 de noviembre de 2021). Véase también: Paolelli, S.: *Impacto de una nueva metodología de análisis de biomarcadores de imagen ecográfica en ciclos sustituidos sobre la tasa de éxito en donación de óvulos*, Universitat de València, Valencia, 2019.

26 Más ampliamente: Moreno Martínez, J. A.: "Titularidad de datos genéticos e intereses legítimos de terceros y sus incidencias por la aplicación de las tecnologías Big Data e inteligencia artificial: su traslación a la medicina reproductiva", en *El derecho civil ante los nuevos retos planteados por las técnicas de reproducción asistida*, Dykinson, Madrid, 2021, pp. 243-276.

27 Meléndez, F. y González, S.: "Ninguno de estos embriones existe en la vida real. Generando imágenes de embriones con Inteligencia Artificial", *Revista Iberoamericana De Fertilidad Y Reproducción Humana*, 2021, vol. 38, núm. 3, pp. 1-6. Disponible en: https://www.revistafertilidad.com/index.php/rif/article/view/38 (Consultado el 17 de enero de 2022). Estos autores indica que: "incluso una vez conseguidos los datos, en el caso de aprendizaje supervisado, se necesita conocimiento experto para etiquetar los datos de entrenamiento. Imaginemos que tenemos un algoritmo para clasificar el estadio y la morfología de un embrión a partir de imágenes de una incubadora. Una colección de imágenes para un entrenamiento de

generación artificial, así como el etiquetado automático para crear bases de datos de entrenamiento de algoritmos de aprendizaje automática. Con una cantidad pequeña de datos se generan una cantidad ilimitada de los mismos. De esta forma presentan una prueba de concepto donde se generan imágenes de embriones utilizando un algoritmo generativo. Este grupo de investigación se ha basado en la experiencia previa de generación de imágenes artificiales de rostros para entrenamiento de los algoritmos de análisis facial de *Fenomatch*. Con ello obtienen un modelo capaz de generar imágenes fotorrealistas de embriones similares a las capturadas por las cámaras de las incubadoras. Ellas imágenes ficticias generadas por inteligencia artificial sirven para entregar algoritmos de reconocimiento, clasificación o detección de elementos del embrión.

Esta selección puede venir determinada por la aplicación de algoritmos que establezcan cuál de todos los embriones tiene un mejor pronóstico y va a llegar a buen término. Además de los problemas éticos que ello conlleva, y también los casos en que se pueda utilizar este sistema para el caso del diagnóstico genético preimplantacional[28], tal y como establece la legislación en materia de reproducción asistida mencionada anteriormente.

Sin embargo, ello supone una automatización de los laboratorios, que tendrá como efecto positivo una reducción de la variabilidad del procedimiento y del error.

Los tratamientos de fertilidad, así como las técnicas de reproducción que se utilizan contienen numerosos datos y los mismos pueden determinar un enfoque hacía la obtención de mejores resultados, pero para ello se necesita el cálculo de probabilidades y las opciones a través de la utilización de un algoritmo. Ello permitirá a los facultativos (médicos, embriólogos, genetistas) disponer de un instrumento para la toma de decisiones, personalizando el tratamiento y evitando la posibilidad de error o fallo en el desarrollo de las técnicas que siempre suponen un coste económico y emocional muy alto para la paciente.

También la inteligencia artificial posibilita que se pueda hacer un seguimiento a domicilio de los resultados de las técnicas, observando las posibilidades de éxito y evitando desplazamientos a la paciente, además de incrementar su confort y

tamaño mediano puede oscilar entre 5000 y 10000 imágenes, las cuales han de ser previamente clasificadas y etiquetadas en su correcto estadio y morfología por un embriólogo. Este trabajo es arduo y puede requerir el desarrollo de herramientas software específicas".

28 Moya González, M. y Ramón Fernández, F.: "El diagnóstico genético preimplantacional: aspectos jurídicos en el derecho español", *Revista de Derecho Privado de Colombia*, núm. 34, 2018, pp. 81-121. Disponible en: http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/5261/6380 (Consultado el 13 de enero de 2022); Ramón Fernández, F.: "Del hermano medicamento o salvador a la terapia génica: cuestiones legales respecto a la situación del menor ante los nuevos avances biomédicos», *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, núm. 14, 2019, pp. 69-100. Disponible en: https://www.dykinson.com/revistas/revista-de-derecho-empresa-y-sociedad/1160/ (consultado el 14 de enero de 2022).

seguridad. Ello se consigue a través de dispositivos interconectados entre la clínica y la paciente que procuran también la satisfacción y la confianza en un seguimiento personalizado y adaptado a las necesidades de la paciente. La monitorización mediante la inteligencia artificial resulta de especial utilidad en estos casos (además de otros en el ámbito médico, ya que no podemos olvidar el caso de pacientes con patologías cardiacas, mediante la implantación de marcapasos, o diabéticos[29], a través de la bomba de insulina, que también estos dispositivos les permite realizar una vida normal).

Respecto a los embriones el objetivo es la utilización de la inteligencia artificial con la finalidad de que el proceso se homogenice y sea automatizado, de tal forma que se pueda reproducir con éxito, y lograr el nacimiento de bebés sanos. La tecnología en ese sentido puede resultar útil y facilitaría todo el procedimiento.

Uno de los casos que podemos mencionar de aplicación de la inteligencia artificial en la fecundación in vitro (FIV) es el caso expuesto por Lafferriere[30] respecto a la empresa Harrison.ai[31] que forma alianza con *Virtus Health Limited*[32] que desarrolla el sistema de aprendizaje virtual denominado *Deep learning model* con el nombre de "IVY" que se basa en el análisis de vídeos sobre la incubación del embrión, y que incrementaría la tasa de éxito en la técnica de fecundación in vitro, alcanzándose en un 93%, cifra muy superior a la habitual que estaría en torno al 65%.

De esta forma a través de la inteligencia artificial se someten a estudio los distintos embriones para valorar su crecimiento a lo largo de cinco días y observar cuál de ellos ha desarrollado un corazón fetal, mediante un estudio de las distintas imágenes, y los patrones de desarrollo de los mismos, y a través de un sistema de puntuación, el que obtenga la más alta se considera potencialmente el que puede desarrollar un feto viable, y ser transferido a la paciente[33].

Se sostiene la técnica en el análisis de vídeos en los que se muestra la evolución del embrión. De ahí se va comparando la información obtenida, siguiendo los patrones que se muestran sobre el desarrollo embrionario.

29 Villaplana García, M.: *Sistemas inteligentes y de educación para el control de la diabetes gestacional*, Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona, 2020. Disponible en: https://www.educacion.gob.es/teseo/imprimirFicheroTesis.do?idFichero=QjpxiUG62VM%3D (consultado el 15 de enero de 2022).

30 Lafferriere, J. N.: "Inteligencia artificial y selección de embriones ("embryo scoring")", 2020. Disponible en: https://centrodebioetica.org/inteligencia-artificial-y-seleccion-de-embriones-embryo-scoring/ (consultado el 17 de noviembre de 2021).

31 Harrison.ai. Disponible en: https://harrison.ai/ (consultado el 15 de enero de 2022).

32 Virtus Health. Disponible en: https://www.virtushealth.com.au/ (consultado el 15 de enero de 2022).

33 IVFAustralia. a member of virtus health: "Artificial Intelligence in IVF". Disponible en: https://www.ivf.com.au/success-rates/our-laboratories/ivy-artificial-intelligence-in-ivf (consultado el 16 de enero de 2022).

Esta técnica no está exenta de polémica al ser una técnica extracorpórea, y realizar una selección de embriones para alcanzar el éxito en la posterior implantación. Se suelen fecundar más óvulos que los que luego se van a transferir y se realiza un diagnóstico genético preimplantacional para seleccionar los más viables. La técnica menciona anteriormente se basa en el procedimiento denominado *embryo scoring*[34]. La crítica a estas técnicas radica en la consideración de cosificación del ser humano y la afección al derecho a la vida y a la no discriminación. Es ineludible recordar en este caso el argumento de la película *Gattaca* respecto de los sujetos aptos y no aptos a raíz de la selección genética[35].

Por tanto, la inteligencia artificial no tiene una utilización ilimitada en el caso de la selección de embriones, sino que tiene como límite los derechos fundamentales de la persona recogidos en la Constitución española, así como en los textos internacionales aplicables[36].

Si bien es cierto que se podrá aplicar para la prevención de enfermedades[37], detección de síntomas, definición de un mejor criterio terapéutico pero también observando la inviolabilidad de la persona humana.

También la inteligencia artificial se puede aplicar para la selección de los donantes y que tengan unas características faciales similares a los rasgos fenotípicos como es el color de ojos, piel, pelo o etnia, con la finalidad de aumentar las posibilidades de que los rasgos fenotípicos de los progenitores se compartan con los descendientes. Se trata de localizar características heredables a través del análisis facial, y los avances en inteligencia artificial puede ser utilizados en dicho sentido[38].

34 Bączkowski, T., Kurzawa, R. y Głąbowski, W.: "Methods of embryo scoring in vitro fertilization", *Reproductive Biology*, vol. 4, núm. 1, 2004, pp. 5-22. Disponible en: https://www.researchgate.net/profile/Rafal-Kurzawa/publication/8608557_Methods_of_scoring_in_in_vitro_fertilization/links/54916b9c0cf214269f2848e6/Methods-of-scoring-in-in-vitro-fertilization.pdf (consultado el 16 de enero de 2022).

35 Aguilar García, Mª. T.: "Lecturas del cuerpo en la era biotecnológica", *Nómadas*, núm. 8, 2003, pp. 1-10. Disponible en: https://www.redalyc.org/pdf/181/18100801.pdf (consultado el 15 de enero de 2022).

36 Véase: Vilar González, S. y Proença Xavier, J.: "Límites a la inteligencia artificial en el ámbito de la reproducción asistida desde la perspectiva de los derechos humanos", *Revista de derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina avanzada*, núm. 54, 2021, pp. 101-124.

37 Como señala Camey Marroquín, C.: "Más perfectos, pero no mejores: un estudio sobre el transhumanismo y el desarrollo humano de la mano de la tecnología", *Revista Fe Y Libertad*, 2022, vol. 4, núm. 1, p. 43. Disponible en: https://revista.feylibertad.org/index.php/revista/article/view/102/157 (Consultado el 16 de enero de 2022), "la edición genética solo sería justificable para combatir enfermedades, pero no para crear seres humanos genéticamente modificados que amenazarían la consideración del ser humano como un fin, incluyendo a su vez el cuidado del embrión considerado como ser humano. También este riesgo puede darse si la edición se convierte en un proceso de «fabricación» de los hijos en donde se les reduce a objetos que deben pasar por un «control de calidad»". Véase también: Cívico Vallejos, Y., Hernández Dacruz, B. y Cívico Vallejos, S.: "Selección de embriones en los tratamientos de fecundación in vitro", *Clínica e Investigación en Ginecología y Obstetricia*, vol. 49, núm. 1, 2022, p. 100709.

38 Meléndez, F., González, S., y Arenaz Villalba, L.: "La cara de la reproducción asistida. Usando análisis facial en selección de donantes", *Revista Iberoamericana De Fertilidad Y Reproducción Humana*, vol. 38, núm. 1, 2021, pp. 1-7. Disponible en: https://revistafertilidad.com/index.php/rif/article/view/9/16 (consultado el 16 de enero de 2022).

2. La "trazabilidad electrónica": más allá de la trazabilidad humana.

Cuando hablamos de trazabilidad, el art. 3 de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica[39] la define como la "capacidad de asociar un material biológico determinado con información registrada referida a casa paso en la cadena de su obtención, así como a lo largo de todo el proceso de investigación. La normativa de reproducción asistida no menciona la trazabilidad.

Es preciso también mencionar el art. 8 de la misma norma que se centra en la trazabilidad y seguridad estableciendo que debe garantizar la trazabilidad de las células, tejidos y cualquier material biológico de origen humano, para asegurar las normas de calidad y seguridad, con respeto al deber de confidencialidad y lo indicado en el 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[40], y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales[41].

Su aplicación a los embriones humanos se establece porque en el caso de la fecundación in vitro la calidad de los embriones se relaciona con el cuidado y las medidas precautorias que se establecen en el laboratorio. La trazabilidad electrónica, a través de la inteligencia artificial, puede permitir un seguimiento mucho más exhaustivo sobre todas las fases hasta la implantación del embrión en el útero, así como poder detectar alguna patología en el embrión durante todo el procedimiento.

Este registro electrónico a través de la "trazabilidad electrónica" es muy superior a la trazabilidad humana habitual, que puede estar más sujeta a fallos. Se pretende que el seguimiento mediante inteligencia artificial de todas las fases y pasos en el caso de la fecundación sea a riesgo de fallos y errores.

Esta trazabilidad automatizada también permite una codificación para la identificación del paciente y que todo el material reproductor esté con una misma denominación, con lo que se evitan problemas y también supone un ahorro de tiempo y esfuerzo por parte de los facultativos y los pacientes.

39 BOE núm. 159, de 04 de julio de 2007.

40 DOUE L 119/1, de 4 de mayo de 2016. Disponible en: https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf (consultado el 15 de enero de 2022).

41 BOE núm. 294, de 6 de diciembre de 2018.

Un ejemplo de esta "trazabilidad electrónica" es el sistema *Giget*[42] utilizado por la Clínica Dexeus especializada en reproducción asistida. En su web se indica que el laboratorio está dotado de un sistema de control automatizado de la trazabilidad en todos los procesos. La finalidad es garantizar que no se comete ningún error durante el procesado de las muestras biológicas. Se enfoca a que la paciente tenga tranquilidad, confianza y se mejore su bienestar emocional durante el proceso y el resultado del mismo.

Considerado como un sistema muy avanzado de monitorización, identificación y seguimiento, su funcionamiento no es complejo. En cada muestra que se utiliza se etiqueta un código de barras que identifica al paciente, su tratamiento y el tipo de muestra de que se trate. Para mayor seguridad en el tratamiento de la muestra, antes del cambio de soporte de cada muestra, se escanea el contenedor de origen y el de destino para establecer la coincidencia de la muestra. Si se detecta alguna incidencia en la no equivalencia, se bloquea hasta su resolución por parte de un supervisor.

Tanto el operador, las distintas fases, y los soportes que se utilizan se registran y se puede hacer un seguimiento directo desde la punción hasta la transferencia y congelación, en su caso, de los embriones cuyos datos están en una base a la que se puede acceder en todo momento.

Este sistema *Giget* ha sido desarrollado por *Merck* y es adaptable a los protocolos de los laboratorios. En el caso del laboratorio que lo está utilizando, Dexeus, las ventajas del sistema se han puesto de manifiesto porque de esta forma queda constancia registral de todos los movimientos, sin necesidad de interrumpir la actividad de las personas para acreditar cualquier paso. El sistema recoge todas las actividades y la información queda de forma automática en la base de datos.

Los códigos de barras de esta tecnología identifican gametos, embriones, muestras y verifican que son correctos y asociados a cada persona. Estos códigos son únicos y son validados de forma electrónica mediante su escaneo. Todo ello aumenta la calidad y la rapidez del proceso.

Otra de las medidas que se utilizan y que puede ser controlada por inteligencia artificial es la vitrificación y preservación a baja temperatura para evitar la alteración de ovocitos y embriones y poder ser reutilizados en unas condiciones óptimas. La utilización de algoritmos para la secuenciación y conocer las posibilidades de conservación mediante la técnica aumenta la viabilidad de la misma.

42 Dexeus Fertility: "Qué es Gidget®". Disponible en: https://www.dexeus.com/fertility/tratamientos/gidget/#que-es-gidget%25c2%25ae (consultado el 15 de enero de 2022).

3. El robot como creador de embriones.

La existencia de máquinas, robots, que puedan realizar el trabajo de los embriólogos para ser una realidad. Ya existe un robot que puede crear embriones humanos[43] con la peculiaridad de que tiene un menor riesgo de error que el que puede tener un médico.

La máquina denominada *Naturlife* pretende robotizar y democratizar la reproducción asistida, abaratando los costes, y promoviendo la minimización del error.

Según *Overture*[44], se trata de "un laboratorio de fecundación in vitro automatizado y de tamaño compacto, que permitirá reducir costes y estandarizar el proceso mediante tecnología robótica, analítica de datos y *machine learning*". "Es decir, una máquina que permitiría tanto la congelación de óvulos como la fecundación de embriones «de forma totalmente automatizada», con lo que se eliminarían «los errores humanos»".

Se reduciría también el tiempo en llevar a cabo el proceso, actualmente estimado en unas 20 horas y la participación del especialista e instrumental, junto con el laboratorio, y el robot realizaría la misma función en un tiempo de cinco horas con la participación de un solo técnico.

Ello plantea también numerosas cuestiones, ya que puede suponer la creación en serie de los embriones, y la falta de una regulación en torno a la responsabilidad de la que ya hemos hablando en un punto anterior, ya que las máquinas pueden cometer algún error y no estaría bien definida la depuración de responsabilidades.

IV. CONCLUSIONES.

Tras el análisis de los objetivos indicados y que hemos desarrollado a través del presente estudio, en relación con la aplicación de la inteligencia artificial a la selección de embriones en el caso de la maternidad subrogada y las consecuencias legales y éticas que ello podría suponer hemos obtenido una serie de conclusiones de interés.

La inteligencia artificial necesita un marco normativo que todavía no está consolidado, y que a nivel comunitario se encuentra en fase de propuesta. Las

43 Albacete, E.: "Llega a España el robot que crea embriones humanos: «Es como un laboratorio de fecundación in vitro automatizado», *Nius*, 2020. Disponible en: https://www.niusdiario.es/sociedad/sanidad/robot-capaz-crear-embriones-humanos_18_2898270184.html (consultado el 15 de enero de 2022).

44 Escribano, M.: "Escepticismo científico ante la nueva empresa del fundador de Jazztel para «robotizar la fecundación in vitro», *El Diario.es*, 2019. Disponible en: https://www.eldiario.es/tecnologia/falta-informacion-escepticismo-jazztel-fecundacion_1_1173089.html (consultado el 15 de enero de 2022).

nuevas tecnologías en el ámbito de la reproducción asistida plantean no solo problemas éticos, sino también legislativos de gran calado. En el caso de la maternidad subrogada, además de no estar contemplada en la normativa española, nos encontramos con un supuesto que sí que se admite en otros países, y es que la inteligencia artificial puede ser aplicada a través de algoritmos para elegir la madre gestante, detectar enfermedades durante el embarazo, y también los embriones que tengan más viabilidad de llegar a término, además de también poderse utilizar para un mejor seguimiento de todo el embarazo.

En el caso de la selección de embriones, hemos visto que la implantación de la denominada "trazabilidad electrónica" incrementa la seguridad, fiabilidad, calidad y confianza del material de reproducción, además de evitar situaciones de pérdida de información, al poderse disponer de la misma en una base de datos, mediante el escaneado de los códigos de barras de las muestras. Ello facilita que la muestra sea seguida mediante un sistema que proporciona una mayor seguridad no solo para el genetista o el embriólogo, sino también para la paciente.

La maternidad subrogada y robótica también genera distinta discusión tanto en el caso de los deseos de maternidad por parte de los robots, como en el caso de robots (úteros externos) que gesten a un embrión, realizando la función de subrogación del útero humano.

No obstante, surgen muchas dudas en torno a la robotización, la utilización de máquinas y la inteligencia artificial en el ámbito de la reproducción asistida, su falta de regulación específica respeto a la responsabilidad por daños, en el que a nivel comunitario contamos con la indicación de la Resolución del Parlamento Europeo de 2017, no es suficiente, ya que se debe establecer una legislación consolidada en torno a si es adecuada o no la denominada "personalidad electrónica" para la responsabilidad.

También resaltar todas las cuestiones en relación con la protección de datos personales, en concreto datos de salud, que están especialmente protegidos y que pueden ser vulnerados los derechos fundamentales de la paciente, ya que la inteligencia artificial no puede ser utilizada de forma ilimitada, sino precisamente teniendo como límite los derechos constitucionalmente reconocidos.

BIBLIOGRAFÍA

Acta Sanitaria: "El Big Data podría incrementar las tasas de éxito de los laboratorios de reproducción asistida", 2018. Disponible en: https://www.actasanitaria.com/el-big-data-podria-incrementar-las-tasas-de-exito-de-laboratorios-de-reproduccion-asistida/ (consultado el 17 de noviembre de 2021).

Aguilar García, Mª. T.: "Lecturas del cuerpo en la era biotecnológica", *Nómadas*, núm. 8, 2003. Disponible en: https://www.redalyc.org/pdf/181/18100801.pdf (consultado el 15 de enero de 2022).

Albacete, E.: "Llega a España el robot que crea embriones humanos: «Es como un laboratorio de fecundación in vitro automatizado», *Nius*, 2020. Disponible en: https://www.niusdiario.es/sociedad/sanidad/robot-capaz-crear-embriones-humanos_18_2898270184.html (consultado el 15 de enero de 2022).

Bączkowski, T., Kurzawa, R. y Głąbowski, W.: "Methods of embryo scoring in vitro fertilization", *Reproductive Biology*, vol. 4, núm. 1, 2004. Disponible en: https://www.researchgate.net/profile/Rafal-Kurzawa/publication/8608557_Methods_of_scoring_in_in_vitro_fertilization/links/54916b9c0cf214269f2848e6/Methods-of-scoring-in-in-vitro-fertilization.pdf (consultado el 16 de enero de 2022).

Bastida, A.: "Crean un útero artificial para los grandes prematuros (pero la madre sigue siendo lo primero), *Bebés y más*, s.f. Disponible en: https://www.bebesymas.com/embarazo/crean-un-utero-artificial-para-ayudar-a-los-grandes-prematuros-que-ya-funciona-con-ovejas (consultado el 15 de enero de 2022).

Bohr, A. y Memarzadeh, K.: *Inteligencia artificial en el ámbito de la salud*, Elsevier, 2021.

Callejas Arreguin, N. A.: "Maternidad subrogada en el mundo globalizado: Lo que toda gestante sustituta en México debe saber", *Revista legislativa de estudios sociales y de opinión pública*, vol. 14, núm. 30, 2021. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7992838 (consultado el 13 de enero de 2022).

Camey Marroquín, C.: "Más perfectos, pero no mejores: un estudio sobre el transhumanismo y el desarrollo humano de la mano de la tecnología", *Revista Fe Y Libertad*, vol. 4, núm. 1, 2022. Disponible en: https://revista.feylibertad.org/index.php/revista/article/view/102/157 (consultado el 16 de enero de 2022).

Cívico Vallejos, Y., Hernández Dacruz, B. y Cívico Vallejos, S.: "Selección de embriones en los tratamientos de fecundación in vitro", *Clínica e Investigación en Ginecología y Obstetricia*, vol. 49, núm. 1, 2022.

Dexeus Fertility: "Qué es Gidget®". Disponible en: https://www.dexeus.com/fertility/tratamientos/gidget/#que-es-gidget%25c2%25ae (Consultado el 15 de enero de 2022).

De Verda y Beamonte, J. R.:

- "La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en España", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 8, 2018. Disponible en: https://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/67232/11-31.pdf?sequence=1&isAllowed=y (consultado el 17 de enero de 2022).

- "La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (un análisis crítico de la experiencia jurídica española, treinta años después de la aprobación de la primera regulación legal sobre la materia), *Diritto delle successioni* e *della familia*, vol. 4, núm. 1, 2018.

Escribano, M.: "Escepticismo científico ante la nueva empresa del fundador de Jazztel para «robotizar la fecundación in vitro», *El Diario.es*, 2019. Disponible en: https://www.eldiario.es/tecnologia/falta-informacion-escepticismo-jazztel-fecundacion_1_1173089.html (consultado el 15 de enero de 2022).

Geraldes Falçao, M. F.: *Las técnicas de reproducción asistida: especial consideración por la maternidad por sustitución en el contexto ibérico*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2013. Disponible en: https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/122968/DP_Geraldesmarta_tecnicasreproduccionasistida.pdf?sequence=1&isAllowed=y (consultado el 16 de enero de 2021).

Gobierno de España: Carta de Derechos Digitales del Gobierno de España, 2021. Disponible en: https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/140721-Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf (consultado el 14 de enero de 2022).

Harrison.ai. Disponible en: https://harrison.ai/ (consultado el 15 de enero de 2022).

IVFAustralia. a member of virtus health: "Artificial Intelligence in IVF". Disponible en: https://www.ivf.com.au/success-rates/our-laboratories/ivy-artificial-intelligence-in-ivf (consultado el 16 de enero de 2022).

Jurisica, I., Mylopoulos, J., Glasgow, J., Shapiro, H. y Casper, R.: "Case-based reasoning in IVF: Prediction and knowledge mining", *Artificial Intelligence in Medicine*, vol. 12, núm. 1, 1998.

Justo, D. "Un prototipo de incubadora para gestar a tu hijo en el salón de tu casa. El prototipo se basa en los úteros artificiales para bebés prematuros extremos", *Cadena Ser*, 2017. Disponible en: https://cadenaser.com/ser/2017/07/07/ciencia/1499428228_972907.html (consultado el 15 de enero de 2022).

Khan A. N., Ihalage A. A., Ma, Y., Liu, B., Liu, Y. y Hao, Y.: "Deep learning framework for subject-independent emotion detection using wireless signals", *PLoS ONE*, vol. 16, núm. 2, 2021. Disponible en: https://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0242946 (consultado el 15 de enero de 2022).

Lafferriere, J. N.: "Inteligencia artificial y selección de embriones ("embryo scoring")", 2020. Disponible en: https://centrodebioetica.org/inteligencia-artificial-y-seleccion-de-embriones-embryo-scoring/ (consultado el 17 de noviembre de 2021).

Losada, T.: "La Inteligencia Artificial en el embarazo permite diagnosticar antes defectos de nacimiento y enfermedades en el bebé, así como mejorar el estado de salud de las embarazadas. La IA ayuda a diagnosticar antes defectos de nacimiento, diabetes gestacional y parto pretérmino", *CSC*, s/f. Disponible en: https://www.criarconsentidocomun.com/inteligencia-artificial-en-el-embarazo/ (consultado el 17 de noviembre de 2021).

Manna, C., Patrizi, G., Rahman, A. y Sallam, H.: "Experimental results on the recognition of embryos in human assisted reproduction", *Reproductive BioMedicine Online*, vol. 8, núm. 4, 2004. Disponible en: https://www.rbmojournal.com/action/showPdf?pii=S1472-6483%2810%2960931-5 (consultado el 16 de enero de 2022).

Médicos y Pacientes: "La actualización del Código Deontológico recoge que la gestación por sustitución atenta contra la dignidad de la mujer", 2019. Disponible en: http://www.medicosypacientes.com/articulo/la-actualizacion-del-codigo-deontologico-recoge-que-la-gestacion-por-sustitucion-atenta (consultado el 15 de enero de 2021).

Meléndez, F. y González, S.: "Ninguno de estos embriones existe en la vida real. Generando imágenes de embriones con Inteligencia Artificial", *Revista Iberoamericana De Fertilidad Y Reproducción Humana*, vol. 38, núm. 3, 2021. Disponible en: https://www.revistafertilidad.com/index.php/rif/article/view/38 (consultado el 17 de enero de 2022).

Meléndez, F., González, S., y Arenaz Villalba, L.: "La cara de la reproducción asistida. Usando análisis facial en selección de donantes", *Revista Iberoamericana De Fertilidad Y Reproducción Humana*, vol. 38, núm. 1, 2021. Disponible en: https://

revistafertilidad.com/index.php/rif/article/view/9/16 (consultado el 16 de enero de 2022).

Morales Vega, D. A.: *Clasificadores bayesianos en la selección embrionaria en tratamientos de reproducción asistida*. Universidad del País Vasco, San Sebastián, 2008. Disponible en: https://www.educacion.gob.es/teseo/imprimirFicheroTesis.do?idFichero=O5c1AcaiN%2FM%3D (consultado el 15 de enero de 2021).

Moreno Martínez, J. A.: "Titularidad de datos genéticos e intereses legítimos de terceros y sus incidencias por la aplicación de las tecnologías Big Data e inteligencia artificial: su traslación a la medicina reproductiva", en *El derecho civil ante los nuevos retos planteados por las técnicas de reproducción asistida*, Dykinson, Madrid, 2021.

Moya González, M. y Ramón Fernández, F.: "El diagnóstico genético preimplantacional: aspectos jurídicos en el derecho español", *Revista de Derecho Privado de Colombia*, 2018, núm. 34, pp. 81-121. Disponible en: http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/5261/6380 (consultado el 13 de enero de 2022).

Navas Navarro, S.: "Salud electrónica e inteligencia artificial", en *Salud e inteligencia artificial desde el Derecho privado: con especial atención a la pandemia por SARS-CoV-2 (covid-19)*, Comares, Granada, 2021.

Nius: "La robot Sophia quiere ser madre: ¿Sueñan los androides con bebés eléctricos?", 2021. Disponible en: https://www.niusdiario.es/ciencia-y-tecnologia/tecnologia/robot-sophia-dice-quiere-ser-madre-experto-asegura-no-hay-problemas-eticos-simulacion-inteligencia-artificial_18_3219571339.html (Consultado el 15 de enero de 2022).

Paolelli, S.: *Impacto de una nueva metodología de análisis de biomarcadores de imagen ecográfica en ciclos sustituidos sobre la tasa de éxito en donación de óvulos*, Universitat de València, Valencia, 2019.

Patrizi, G., Manna, C., Moscatelli, C., y Nieddu, L.: "Pattern recognition methods in human-assisted reproduction", *International Transactions in Operational Research*, vol. 11, núm. 4, 2004.

Ramón Fernández, F.:

- "Del hermano medicamento o salvador a la terapia génica: cuestiones legales respecto a la situación del menor ante los nuevos avances biomédicos», *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS),* núm. 14, 2019. Disponible

en: https://www.dykinson.com/revistas/revista-de-derecho-empresa-y-sociedad/1160/ (consultado el 14 de enero de 2022).

- "Inteligencia artificial en la relación médico-paciente: Algunas cuestiones y propuestas de mejora", *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, vol. 10, núm. 1, 2021. Disponible en: https://rchdt.uchile.cl/index.php/RCHDT/article/view/60931 (consultado el 13 de enero de 2022).

- "La protección de datos en las aplicaciones móviles de diagnóstico de enfermedades genéticas. Un estudio jurídico", *Revista métodos de información*, vol. 8, núm. 14, 2017. Disponible en: http://www.metodosdeinformacion.es/mei/index.php/mei/article/view/IIMEI8-N14-005025/940 (consultado el 13 de enero de 2022).

- "La protección del menor en los casos de gestación por sustitución: análisis de diversos supuestos prácticos", *Reinad. Revista sobre la infancia y la adolescencia*, núm. 6, 2014. Disponible en: http://polipapers.upv.es/index.php/reinad/article/view/1664/2488 (consultado el 13 de enero de 2022).

- "Robótica, inteligencia artificial y seguridad: ¿Cómo encajar la responsabilidad civil?", *Diario La Ley*, núm. 9365, 2019.

Rovati, L. "Parturient, un útero externo capaz de gestar un bebé en el salón de tu casa", *Bebés y más,* s.f. Disponible en: https://www.bebesymas.com/embarazo/parturient-un-utero-externo-capaz-de-gestar-un-bebe-en-el-salon-de-tu-casa (consultado el 15 de enero de 2022).

Saith, R., Srinivasan, A., Michie, D., y Sargent, I.: "Relationships between the developmental potential of human in-vitro fertilization embryos and features describing the embryo, oocyte and follicle", *Human Reproduction Update*, vol. 4, núm. 2, 1998. Disponible en: https://acortar.link/OEsAr9 (consultado el 15 de enero de 2022).

Trimarchi, J. R., Goodside, J., Passmore, L., Silberstein, T., Hamel, L. y Gonzalez, L.: "Comparing data mining and logistic regression for predicting IVF outcome", *Fertility and Sterility*, vol. 80, núm. 3, 2003. Disponible en: https://www.fertstert.org/action/showPdf?pii=S0015-0282%2803%2902065-X (consultado el 16 de enero de 2022).

Vilar González, S. y Proença Xavier, J.: "Límites a la inteligencia artificial en el ámbito de la reproducción asistida desde la perspectiva de los derechos humanos", *Revista de derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina avanzada*, núm. 54, 2021.

VILLAPLANA GARCÍA, M.: *Sistemas inteligentes y de educación para el control de la diabetes gestacional*, Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona, 2020. Disponible en: https://www.educacion.gob.es/teseo/imprimirFicheroTesis.do?idFichero=QjpxiUG62VM%3D (consultado el 15 de enero de 2022).

VIRTUS HEALTH. Disponible en: https://www.virtushealth.com.au/ (consultado el 15 de enero de 2022).

CRIPTOMONEDAS: PROPUESTAS LEGISLATIVAS PARA ARGENTINA

CRIPTOCURRENCIES: LEGISLATIVE PROPOSALS FOR ARGENTINA

Rev. Boliv. de Derecho Nº 35, enero 2023, ISSN: 2070-8157, pp. 438-463

Antonella DI LAUDO

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 15 de diciembre de 2022

RESUMEN: En tiempos de Cuarta Revolución Industrial la sociedad de la información se ha valido de las nuevas tecnologías para crear un sistema monetario paralelo e independiente del regulado estatalmente. Las criptomonedas han superado el ámbito en el que fueron creadas y de manera cada vez más habitual son utilizadas por el ciudadano de a pie. Se plantean en el presente artículo diferentes e innovadoras formas de regularlas en la Nación Argentina.

PALABRAS CLAVE: Criptomonedas; globalización; tecnologías de la información; minería; casas de cambio; cadena de bloques; monedas sociales.

ABSTRACT: *In times of the Fourth Industrial Revolution the information society has made use of new technologies to create a parallel monetary system independent of the state-regulated one. Cryptocurrencies have gone beyond the sphere in which they were created and are increasingly used by ordinary citizens. This article discusses the different ways of regulating them in Argentina.*

KEY WORDS: *Cryptocurrencies; globalization; information technology; exchange; proof of work; blockchain; social currencies.*

SUMARIO.- I. CUARTA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL Y MUNDIALIZACIÓN DEL SISTEMA MONETARIO.- II. DEFINICIONES: DE QUÉ PARTIMOS Y HACIA DÓNDE VAMOS.- III. ESTADO DEL ARTE EN ARGENTINA Y PROPUESTAS NORMATIVAS.- 1. Regulación de Exchange de criptomonedas.- 2. Regulación de minería de criptomonedas.- 3. Creación de una "Criptomoneda Social". IV. CONCLUSIONES.

I. CUARTA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL Y MUNDIALIZACIÓN DEL SISTEMA MONETARIO.

El dinero tanto desde su concepción de medio de intercambio como de resguardo de valor, es un reflejo de la sociedad que lo utiliza. Cuál es el dinero corriente en una determinada época, tiene que ver con lo que la sociedad cree valioso en ese momento, así sal, cacao u oro cumplieron ese rol que quienes lo utilizaron le fueron asignando. La época en la que vivimos suele caracterizarse como la Cuarta Revolución Industrial, en la misma las Tecnologías de la Información[1] nos rodean, modifican las formas de relacionarnos y han cambiado y penetrado en el modo en que realizamos nuestros quehaceres diarios. Esta Revolución tiene repercusiones en la forma de percibir, crear y globalizar el sistema monetario.

Esta es la era de la globalización, con este sustantivo, se pretende brindar una explicación de la realidad de la vida social que rodea a los individuos desde una perspectiva planetaria, en un mundo que es a la vez interdependiente e intercomunicado. Esta era, se caracteriza por ubicar tanto los procesos de desarrollo (económico, político, social, cultural, tecnológico) como sus crisis y conflictos fuera de las fronteras de los Estados y de las sociedades donde se originan[2].

Para imaginarnos a esta cuarta Revolución, la era de la globalización, se puede utilizar la imagen mental de un mundo sin fronteras.

La realidad que nos subyace y nos es transversal como personas que habitamos este momento del mundo, ha mutado la forma de quienes la cohabitamos de concebir las fronteras geográficas y temporales. Estos cambios que nos atraviesan

1 Las Tecnologías de la Información pueden definirse como un conjunto de técnicas de avanzada que integran la funcionalidad de almacenamiento, procesamiento y transmisión de datos. López Jiménez, D.: *Nuevas coordenadas para el derecho de obligaciones: la autodisciplina del comercio electrónico*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2013, p. 19

2 Borja Jiménez, E.: *Curso de política criminal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 105-106

• Antonella Di Laudo
Abogada por la Universidad de Buenos Aires. Máster de Derecho, Empresa y Justicia por la Universidad de Valencia. Correo electrónico: anto.dilaudo@gmail.com.

como sociedad, en este mundo al que Marshall McLuhan[3] ha denominado como "aldea global", eran impensados hace unas pocas décadas y han venido a superar con creces las películas de ciencia ficción de la década del ´80. En definitiva, vivimos en un presente que se futuriza día a día y como sociedad partícipe de este desarrollo nos encontramos en un proceso de constante construcción[4].

En definitiva, la realidad que nos rodea viene marcada por la interconexión y la movilidad. Esta interconexión genera la impresión vital de que dependemos de esa conexión como si fuera el oxígeno para respirar, por lo que sin ella hay aislamiento, exilio de la sociedad y una percepción de falta de existencia[5].

Esta realidad nos transforma en humanos intercomunicados con el planeta en el que vivimos en especial con distintas realidades. Es posible tanto celebrar la paz o como sufrir una guerra en alta definición -y a tiempo real- y nuestra permanencia transita *en vilo* de una constante actualización tecnológica, ya que lo que ayer fue la más alta tecnología hoy ya es superada por una más rápida, más eficaz y con mayor conocimiento del usuario al que usará.

De estas relaciones surge la denominada "sociedad de la información", caracterizada por la inexistencia de límites territoriales y temporales que condicionen a la Red. Así, en esta era de la globalización la sociedad que la habita es la de la información[6].

Este mundo que se desarrolla ante y con nosotros, está caracterizado por la pérdida de barreras tanto territoriales como temporales que se hacen inteligibles sobre todo con el desarrollo de Internet. El "ciberespacio" supera todo tipo de barreras, siendo el escenario adecuado para el mundo "sin fronteras" en el que estamos habitando. Sin embargo, la rapidez y habitualidad con el que personas pertenecientes a distintos estados se relacionan, comercian o se asocian en la actualidad, colisiona con un punto de vista jurídico en el que se mantiene un elevado grado de fraccionamiento[7].

Nos hemos acostumbrado a tener a mano cualquier cosa que deseamos a un *click* de distancia. Es posible adquirir bienes y servicios desde cualquier parte del globo y hacia cualquier otra con el uso de las nuevas tecnologías. Esta forma de adquisición de bienes y servicios, (que es paralela a la tradicional, pero de manera virtual) se denomina comercio electrónico, y funciona como una modalidad de

3 Mcluhan, M. y Powers, B. R.: *The Global Village,* Oxford Universitary Press under, Oxford, 1989

4 Barona Vilar, S.: "Inteligencia Artificial o la algoritmización de la vida y de la justicia: solución o problema?", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 28, 2019, pp. 18-49, p. 20

5 Idem p. 24.

6 Moreno Navarrete, M. A.: *Contratos electrónicos*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 14.

7 Esplugues Mota, C., Buhigues Iglesias J. L. y Palao Moreno, G.: *Derecho Internacional Privado,* Tirant lo Blanch, Valencia, 15° ed., 2021, p. 91.

mejora de la actividad empresarial mediante el uso de nuevas tecnologías, la cual posibilita la reducción de costos de operación y los desplazamientos de las partes intervinientes en el negocio[8].

Así las cosas, la base social sobre la que opera el Derecho Internacional Privado (en adelante DIPr) es alterada por la globalización como consecuencia del cambio sustancial de las situaciones privadas internacionales en esta Era. Dicho cambio sustancial se ve reflejado en primer lugar, en la globalización de este siglo como el estadío más elevado de la internalización de la vida de los individuos, lo que ocasiona la utilización del DIPr constantemente. En segundo lugar, con la liberalización de fronteras económicas y especialmente con el auge del comercio mediante Internet, es que el mercado pasó a ser mundial – al menos en los hechos-. Las empresas han deslocalizado su producción, su ensamblaje, su mercado se ha extendido al mundo y operan a nivel transnacional a escala planetaria. En tercer lugar, se internacionalizan y llegan a distintas partes del globo, distintos modelos culturales de familia y de desarrollo personal, antes propios de países concretos que esta era mundializada se extiende a diversos lugares del mundo[9].

Siguiendo a Barona Vilar, la globalización se ha llevado por delante barreras que han afectado las soberanías estatales. Ello acarrea un cambio de valores, políticas e ideologías que generan movimientos interregionales, nuevas relaciones de todo tipo sean personales, profesionales, jurídicas, entre otras. En este mundo globalizado se vislumbran estados interdependientes en el orden económico[10]. Aunque el ciberespacio se presente como un espacio a simple vista como un territorio virtual sin fronteras estatales, jurídicamente esto no es así y si se presenta algún elemento de extranjería, estas relaciones serán internacionales[11].

Es entonces, en el seno de este universo paralelo en que todo es veloz, intercomunicado y sin aparentes fronteras geopolíticas, en conjunción con el medio facilitador que es el comercio electrónico, y fruto también de la sociedad globalizada que habita en esta era, que se crearon las criptomonedas.

Así, en este mundo sin fronteras de la red, se encuentra en pleno desarrollo un sistema monetario, paraestatal y desregulado que, por la importancia que suscita en la actualidad, los distintos Estados se encuentran buscando la forma de regular lo que se creó con fines de escapar a las regulaciones.

8 Cárdenas Rincón, E.: *Derecho del comercio electrónico y de internet,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 39.

9 Carrascosa González, J.: "Globalización y Derecho Internacional Privado en el siglo XXI", *Anales de Derecho*, núm. 22, 2004, p. 33.

10 Barona Vilar, S.: "Claves vertebradoras del modelo de Justicia en el Siglo XXI", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 32, 2021, p. 31.

11 Carrascosa Gonzalez, J.: *Globalización y Derecho*, cit., p 36.

Es que, la sociedad de la información se ha valido de las Tecnologías de la Información para crear un sistema monetario paralelo al estatal y con sus propias reglas.

Puesto el desarrollo de este sistema monetario paralelo, que ha trascendido su uso del círculo para el que fueron creadas y cada vez más, es el ciudadano de a pie quien por ellas se interesa, como juristas debemos poner el ojo sobre ellas y tratar de encontrar la mejor forma de regular lo que nació desregulado. Su génesis acarrea la consecuencia que imponer una regulación que no comprenda el fenómeno al que se enfrenta, inexorablemente será inadecuada. Y teniendo presente que son elementos que se han desarrollado paraestatalmente, una inapropiada legislación traerá consigo que su utilización por fuera de la ley se siga desplegando. Es fundamental que esta legislación busque la defensa de los derechos de Usuarios y Consumidores a la vez que no desnaturalizarlas.

Entonces es fundamental, que la legislación se plantee de forma tal que haga atractivo el desarrollo del "*mundo cripto*" dentro del alcance de la misma.

II. DEFINICIONES: DE QUÉ PARTIMOS Y HACIA DÓNDE VAMOS.

Es menester conceptualizar de manera sucinta los términos que utilizaremos en el presente artículo para encauzar la comprensión de las ideas que se proponen. No se ahondará - puesto que escapa al objeto del mismo-, en un análisis técnico o informático sobre los conceptos que se expondrán. Lo que se intenta todo el tiempo en el mismo, es buscar claridad en cuanto al tema en estudio para su mejor desarrollo o regulación legal. Es fundamental entender de qué se está hablando para poder regular adecuadamente estos fenómenos, esto es sin coartar sus posibilidades, pero brindando especialmente protección a quienes quieran adentrarse en este interesante mundo.

En primer lugar, una criptomoneda o criptodivisa puede definirse como un activo digital que posee una estructura criptográfica que previene su falsificación o fraude. Cada moneda o unidad consiste en una serie de filas computacionales que forman un archivo cuyos datos se crean mediante encriptación[12].

En segundo lugar, entender a la *Blockchain* o cadena de bloques como una autopista de datos inquebrantable e indeleble, es decir como una vía global, gratuita y eficiente donde puede transitar la riqueza[13]. Funciona como un Registro Público, distribuido e inmutable que tiene la capacidad de anotar operaciones históricas transaccionales, es una estructura compuesta por una lista de bloques. Cada

12 Ibáñez Jiménez, J. W.: *Blockchain: primeras cuestiones en el ordenamiento español,* Dykinson, Madrid, 2018, p. 114.

13 Idem 145.

bloque es identificado como un hash, generado por un algoritmo criptográfico. El bloque inicial se denomina "génesis", y cada bloque creado sirve como base para la generación del siguiente. Así cada bloque anterior denominado "padre" es vinculado secuencialmente al posterior "hijo"[14].

Siguiendo a Ibáñez Jiménez, esta transparencia interna que proporciona la cadena de bloques debe beneficiar al legislador y a quienes supervisen el cumplimiento de regulación mediante la utilización de la misma[15]. Estamos ante un sistema revolucionario de comunicación, cuyo uso generalizado acarreará la necesaria reforma de todos los sectores del ordenamiento, en especial de carácter internacional toda vez que se presenta en el mundo sin fronteras de Internet.

En tercer lugar, una *criptowallet* -monedero para criptomonedas- es una cartera digital donde pueden almacenarse criptomonedas[16]. Existen dos tipos de *criptowallet,* por un lado, la que es completamente virtual: puede estar compuesta por un software que puede instalarse en un ordenador o mediante un proveedor online que preste este servicio y que utiliza la Blockchain para enviar y recibir monedas. Dentro de estas, la opción del proveedor tiene la ventaja de poder acceder a la billetera desde cualquier ordenador y parte del mundo, ejemplos de proveedores son: CoinBase, Bit2me, Binance. Este sería el equivalente exacto dentro de la Blockchain de un Banco, ya que se accede con usuario y contraseña y es un tercero –el e*xchang*e- que custodia las monedas. La confianza en el proveedor viene dada por su popularidad sin que ello asegure necesariamente un respaldo económico.

Por otro lado, existe la *hardwallet,* que es un dispositivo físico que opera como monedero sin conexión a Internet y mantiene las claves privadas almacenadas de forma segura dentro suyo[17]. Hasta aquí equivaldría a guardar nuestro dinero en una caja de seguridad. En caso de perder el acceso al dispositivo que funciona como custodia de ese software que da acceso a la billetera, es posible recuperarlo mediante una clave de seguridad única y secreta llamada *seeds* -semillas-. El recupero de la cuenta mediante seeds puede realizarse gracias a la Blockchain. En esto se diferencia con la caja de seguridad ya que al perder la llave para abrirla se perdería el acceso a ella.

Toda *criptowallet* contiene una clave pública y una privada. La clave pública se comporta como el número de cuenta, ya que conociéndola permite realizar

14 Mendoza Tello, C.: *Innovación disruptiva de las criptomonedas para la sociedad y el comercio electrónico,* Universidad de Alicante, Alicante, 2019, p. 19.

15 Ibáñez Jiménez, J. W.: *Blockchain: primeras cuestiones*, cit., pp. 29-31.

16 Zaera Vidal, G.: *Bitcoin: Bases, comportamiento como moneda e inversión*, Universidade da Coruña, Galicia, 2014, p. 12.

17 Qué son las Hardwallets?, Disponible en: https://academy.bit2me.com/hardware-wallets/ último acceso 03/03/2022.

transacciones hacia dicha dirección, con las siguientes salvedades. Por un lado, que mediante este número es posible conocer el contenido de esta cartera y las transacciones que ha realizado -saber cuántas y qué criptomonedas posee- y por el otro que en principio no es posible conocer quién es el titular. La clave privada, es la contraseña que cada usuario posee y que le permite el acceso hacia su billetera para poder realizar transacciones desde ella.

Una vez que se cuente con una billetera virtual, es posible empezar a sumergirse en el mundo de las criptomonedas. La principal característica de las transacciones de criptomonedas mediante Blockchain, es que ocurren directamente entre pagador y beneficiario, de modo que se denominan *peer to peer* (de igual a igual) y es documentado en la cadena de bloques cuyo registro es público e inalterable[18].

El carácter deslocalizado que caracteriza a la Blockchain, hace que muchas de las relaciones que se crean a través de ella sean internacionales[19].

Este sistema, no depende de una autoridad estatal centralizada, sino que es la confianza colectiva la que sustenta su valor, con la característica de que esta fe viene dada por su inserción en la *Blockchain*. Y por tanto por el propio valor convenido por la propia red que se atribuye al activo. Su valor proviene de la autonomía privada, del consenso en la creación de *tokens*[20] *o* criptomonedas como activos con contenido económico[21].

En cuarto lugar, es también imprescindible para la mayor comprensión de los servicios relacionados a las criptomonedas posible, explicitar la importancia de los proveedores de servicios de *Exchange* de criptomonedas a monedas fiduciarias y de custodia de monederos electrónicos. Estas novedosas entidades, tienen como actividad principal proporcionar servicios de compra y venta de criptomonedas o criptoactivos, que permite al usuario el servicio de cambio de moneda virtual por moneda fiduciaria y viceversa y brindar el servicio de *criptowallet* (custodia de monederos electrónicos)[22].

En quinto lugar, para la creación de nuevas unidades de criptomonedas o *tokens*, se puede utilizar un mecanismo llamado *minería*. En el mismo, la comunidad de *mineros* de una determinada moneda, compiten computacionalmente y a través

18 Gómez, G. L. & Demmler, M.: "Social Currencies and Cryptocurrencies: Characteristics, Risks and Comparative Analysis", *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 2018, p. 277.

19 Ruiz Rodríguez, R.: "Las criptodivisas como medio de pago y el derecho internacional privado", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, núm. 2, 2020, p. 741.

20 Un token consiste en un conjunto de datos encriptados y generados en una Blockchain. Es una unidad de cuenta y valor reconocida por una comunidad de Usuarios.
Ibáñez Jiménez, J. W.: *Blockchain: primeras cuestiones*, cit., p. 120.

21 Idem p. 115.

22 Términos y condiciones generales de los servicios de Bit2me p 3. Disponible en: https://bit2me.com/es/legal/terminos-y-condiciones.

de específicos sistemas informáticos para insertar la Blockchain un nuevo bloque. Por ese servicio a la comunidad digital, reciben una "paga" en la moneda que se ha logrado reproducir o minar[23].

De lo anterior, y siguiendo a Ibáñez Jiménez, se desprende que cada criptomoneda es el producto de la sociedad que opera de manera criptográfica y descentralizada a la vez que autorregulada y regida por criterios de consenso técnico universales que son reconocidos por la comunidad de operadores y programadores que buscan mejorar los mecanismos de seguridad criptográfica bajo el perfeccionamiento constante de los sistemas de control y desarrollo de protocolos de consenso[24].

En resumen, las criptomonedas son activos digitales cuya estructura posee una encriptación que imposibilita que se falsifiquen a la vez que se encuentran insertas indeleblemente en la Blockchain. Hoy día funcionan como un sistema paraestatal y desregulado en la mayor parte del mundo.

Se busca en el presente artículo, tender un puente ideológico entre criptomonedas, minería, economía sustentable y monedas sociales. Lo cual hace menester brindar una definición de las monedas sociales -en adelante SC por *Social Currencies* su sigla en inglés-. Las mismas surgen como medio de intercambio alternativo a raíz de las crisis financieras. Son instrumentos que se apoyan y basan en valores como el cooperativismo, la ayuda o la solidaridad mutua de una determinada sociedad[25].

Las SC son experiencias monetarias alternativas e innovadoras que se presentan en una determinada sociedad como un sistema paralelo al de curso legal o Fiat y cuyo fin es alentar o impulsar a la economía[26].

Estas monedas complementarias poseen como objetivo fundamental "la promoción de proyectos económicos, sociales y ambientales de carácter regional, al mismo tiempo que ponen en valor los activos y recursos locales que no se encuentran dentro de los círculos o circuitos ordinarios de intercambio debido a la escasez de la moneda oficial"[27]. No poseen una autoridad centralizada que les otorga valor, sino que es la confianza de sus usuarios la que las jerarquiza.

23 Gómez, G. L. & Demmler, M.: "Social Currencies", cit., p. 277.

24 Ibáñez Jiménez, J.W.: *Blockchain: primeras cuestiones*, cit., p. 115.

25 Gómez, G. L. & Demmler, M.: "Social Currencies", cit. p. 266.

26 Morales Morales, M. R.: *Criptomonedas de ámbito social como herramienta de gobierno electrónico para el desarrollo sostenible,* Universidad de Alicante, Alicante, 2020, p. 34.

27 Corrons Giménez, A. F.: *Monedas complementarios en pro de la sostenibilidad y el desarrollo: enfoque panárquico,* Universitat de Valencia, Valencia, 2014-15, p. 117.

Son entonces, características intrínsecas a este tipo de monedas: 1. Que son alternativas, en tanto funcionan paralelamente al dinero de curso legal; 2. Que son comunitarias, ya que funcionan localmente y porque su uso favorece la reciprocidad y el mutualismo; 3. Que son sociales, porque son creadas, emitidas y controladas por grupos sociales; 4. Que son complementarias, debido a que se complementan con el dinero tradicional[28].

Este tipo de monedas alternativas, pueden llegar a funcionar como pieza fundamental para en una región determinada amortiguar los fracasos y crisis de las políticas económicas aparejadas al sistema monetario tradicional[29].

Tanto la creación de criptomonedas como de SC, se encuentra estrechamente vinculada con la crisis del monopolio de la emisión monetaria. Tomando y haciendo propias las palabras de Von Hayek, este monopolio "tiene los mismos defectos que todos los monopolios: es forzoso utilizar su producto, aunque no sea satisfactorio y sobre todo, impiden el descubrimiento de métodos mejores de satisfacer necesidades, métodos que el monopolista no tiene ningún interés en buscar"[30].

Así, sigue explicando que, si la ciudadanía entendiera el costo que acarrea en inflación periódica e inestabilidad la utilización de utilizar un solo tipo de moneda, en lugar de varios, seguramente ese costo le resultaría excesivo[31].

Como el lector podrá apreciar, son cuantiosas las similitudes entre las monedas alternativas o sociales y las criptomonedas. En primer lugar, puede destacarse como similitud primordial, la falta de dependencia de ambas con una autoridad estatal central.

El punto anterior está relacionado con la segunda similitud, y es que esta independencia no implica anarquismo y descontrol, sino que fundan la confianza de la sociedad que las utiliza en sistemas distintos paralelos o paraestatales. En tanto alternativos a la autoridad central. Otra similitud, es tanto las monedas sociales como las criptomonedas se erigen en forma complementaria al sistema monetario tradicional, ya sea por la búsqueda de la coexistencia (en el caso de las SC), o la falta completa de interés (en el caso de las criptomonedas). Ambas basan su sistema en la cooperación, la igualdad y la falta de intermediación.

28 Idem pp. 117-118.

29 Lietaer, B.: *El futuro del dinero*, Longseller S.A. Errepar , Buenos Aires, 2005, p. 232.

30 Hayek, A. F.: *Denationalisation of Money An Analysis of the Theory and Practice of Concurrent Currencies,* The Institute of Economic Affairs, 2ª ed. 1978, Traducción de Carmen Liaño. p. 24.

31 *Ibidem.*

La principal diferencia es entonces, que las SC se plantean como una moneda local y estrechamente conectada con la sociedad que las utiliza. Mientras que las criptomonedas son originalmente utilizadas para realizar intercambios en el mundo sin fronteras de internet, así bastará una cartera virtual de la que sólo sabremos su número de identificación (resguardando así datos primordiales en la utilización de las SC como nombre, documento o domicilio) para realizar una transacción con un usuario que puede estar ubicado en cualquier parte del globo.

Es menester realizar unas breves consideraciones sobre la economía sostenible siendo el cambio climático[32] una triste realidad que no puede sernos ajena, toda vez que "el clima" encabezó el Informe de Riesgos Mundiales en el 2022 del Foro económico Mundial[33].

El concepto más universalmente conocido sobre el desarrollo sostenible, viene dado por la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo en 1987 "como la satisfacción de las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades"[34].

De las diversas conceptualizaciones sobre el mismo, se destaca la necesidad de integración de intereses económicos y ecológicos. Así de la búsqueda del crecimiento económico puro se ha pasado al crecimiento sustentable. En el sentido que idealmente no sólo preocupa el crecimiento de la actividad económica, sino que también se busca que dicho crecimiento pueda ser sostenible[35].

Se llegará a la abundancia sustentable cuando la innovación monetaria tenga éxito como medidas preventivas contra el colapso monetario pudiendo sobrevivir y mantenerse en equilibrio con el sistema tradicional[36].

En conclusión, la economía sustentable implica aplicar el concepto de Justicia al crecimiento económico, en el sentido de respetar las restricciones que impone la sostenibilidad ambiental para ese crecimiento.

32 Naciones Unidas, Acción por el clima 2022, Disponible en: https://www.un.org/es/climatechange/why-2022-will-matter-climate-action-0 Última consulta 30/04/2022.

33 Naciones Unidas, Cambio Climático, El clima encabeza el Informe de Riesgos Mundiales para 2022 del Foro Económico Mundial, 12 de enero de 2022, Disponible en: https://unfccc.int/es/news/el-clima-encabeza-el-informe-de-riesgos-mundiales-para-2022-del-foro-economico-mundial Última consulta 30/04/2022.

34 Asamblea General de las Naciones Unidas, Desarrollo y Cooperación Económica Internacional: Medio Ambiente, 1987 (A/42/427) Disponible en: https://www.ecominga.uqam.ca/PDF/BIBLIOGRAPHIE/GUIDE_LECTURE_1/CMMAD-Informe-Comision-Brundtland-sobre-Medio-Ambiente-Desarrollo.pdf.

35 Dopico Castro, J. A. e Iglesias Gómez, G.: Economía sostenible. Teoría y política, cit. p. 3.

36 Calvente, A. M.: "El concepto moderno de sustentabilidad", *Revista UASIS,* Universidad Abierta Interamericana, Centro de Estudios Globales, Ref. Socioecología y desarrollo sustentable, 2007, p. 4.

III. ESTADO DEL ARTE EN ARGENTINA Y PROPUESTAS NORMATIVAS.

A partir de aquí, se darán los lineamientos para tres propuestas legislativas para la República Argentina. En primer lugar, se propondrá una regulación sobre las casas de cambio de criptomonedas a monedas de curso legal que buscará incentivar la confianza ciudadana en los Exchange locales y aprovechar al máximo los beneficios de este desarrollo tecnológico.

En segundo lugar, se planteará una propuesta que regule la minería de criptomonedas, pero desde la óptica de la sustentabilidad, aprovechando y beneficiando el desarrollo de las energías sustentables.

En último lugar, y fruto de la investigación que se ha llevado a cabo, se propondrá la creación de una criptomoneda que tenga la característica principal de ser social y alternativa al peso argentino (moneda de curso legal). Esta innovadora propuesta tiene su fundamento en la confianza que el sistema de transparencia y encriptado que las criptomonedas poseen y en el descrédito que las instituciones argentinas detentan en la actualidad.

Si bien no se hará en el presente artículo, por escapar al tema en estudio, un exhaustivo análisis de la macroeconomía argentina, se destacarán cuestiones fundamentales para entender el porqué de la normativa propuesta. Es menester resaltar que el conflicto distributivo encarna un rol fundamental en el desempeño económico de la Nación. Siguiendo y haciendo propios los planteamientos de los profesores Pablo Gerchunoff y Martín Rapetti, este fundamental conflicto tiene como origen la falta de congruencia entre las pretensiones en la sociedad arraigadas y las aptitudes productivas de la economía[37].

Es posible también afirmar que la economía argentina es inestable y volátil[38]. Dada la variabilidad y magnitud de los ciclos económicos en Argentina, puede afirmarse que es inestable. La volatilidad viene dada por la amplitud de estos ciclos, cuanto más pronunciadas son las expansiones y las recesiones, más volátil será una economía.

37 Gerchunoff, P. y Rapetti, M.: "La economía argentina y su conflicto distributivo estructural", *Revista El Trimestre económico*, vol. LXXXIII , núm. 330, 2016, p. 225.

38 Para explicitar estas características, es necesario conceptualizar al ciclo económico como los periodos de expansión y recesión que experimenta el nivel general de actividad de un país. El momento de inicio de dicho ciclo es arbitrario, puede iniciar cuando la actividad económica se encuentra en un valle, es decir, en un punto inferior al que le antecede y al que le sigue. Entonces, a partir del valle comienza la expansión, cuando la actividad llega a un pico y comienza a caer, el ciclo entra en su etapa de recesión y culmina cuando la actividad llega a un nuevo valle. Se define al crecimiento económico como el aumento del producto e ingreso por persona en el largo plazo, es el procedimiento por el cual un ciudadano se vuelve más rico. *Contrario sensu*, cuando el producto *per cápita* disminuye en el largo plazo, hay decadencia económica o crecimiento negativo. Un aumento en el ingreso en el corto plazo es una expansión económica mientras que una caída en el ingreso de corto plazo es una recesión.
Vargas Sánchez, G.: *Introducción a la Teoría Económica*, Pearson Educación, México, 2006, p. 420.

La economía argentina se encuentra en su historia fuertemente marcada por políticas proteccionistas, el financiamiento externo y términos de intercambio de divisa que según sean favorables o no, pueden moderar o profundizar las crisis y el conflicto fundamental[39]. Deuda externa, inflación, stock o falta de reservas, ahorro en dólares e imposibilidad de adquirirlos, junto con un marcado presidencialismo y una fuerte división social, son parte de las características que marcan el paso político y económico argentino.

En este mundo globalizado que ante nosotros se desarrolla y del que somos protagonistas, las criptomonedas no son una realidad ajena a la población argentina. Son cada vez más quienes al decidir resguardar sus ahorros invierten en ellas.

Si bien en Argentina no hay aún ninguna legislación sobre las criptomonedas, tanto el Banco Central de la Nación -BCN- como la Comisión Nacional de Valores -CNV- ya han alertado sobre los riesgos que traen aparejados y que no cuentan con curso legal[40]. Es también interesante el comunicado de la Unidad de Información Financiera argentina -UIF- de fecha 20 de mayo del 2020, en el que reconoce que se han incrementado las operaciones con monedas virtuales. Dicho documento tiene como fin advertir sobre las personas involucradas, ya que presuntamente serán delincuentes que amenazan el orden económico del país, a la vez que recuerda a quienes realicen operaciones con criptomonedas que deben presentar declaraciones juradas ante dicho organismo[41].

Es una realidad que los países que no cuentan con ningún tipo de regulación al respecto, son blanco fácil para que las operaciones -con fines legales como ilegales- mediante Blockchain se realicen.

1. Regulación de Exchange de Criptomonedas.

Puesto la historia económica del país, y el cepo que cerca al dólar en la actualidad, muchos argentinos están optando por arriesgarse a invertir en criptomonedas, cuya falta de regulación propicia que el ciudadano intente resguardar su ahorro

39 Gerchunoff, P. y Rapetti, M.: "La economía argentina", cit., p. 228.

40 Alerta del BCRA y la CNV sobre los riesgos e implicancias de los criptoactivos, disponible en: https://www.argentina.gob.ar/noticias/alerta-del-bcra-y-la-cnv-sobre-los-riesgos-e-implicancias-de-los-criptoactivos última consulta 15/04/2022.

41 Unidad de Información Financiera –UIF-, 20 de mayo de 2020, Comunicado a los Sujetos Obligados sobre operaciones con Activos Virtuales, Documento disponible en: https://www.argentina.gob.ar/noticias/comunicado-los-sujetos-obligados-sobre-operaciones-con-activos-virtuales última consulta 15/04/2022.

alejado de la presión tributaria diaria[42] (actualmente hay vigentes 167 impuestos que gravan al ciudadano de a pie [43]).

Una adecuada regulación nacional de los *Exchange de criptomonedas* debiera encontrar el equilibrio entre generar confianza a sus usuarios y que no implique para éstos una carga impositiva extra.

Esta afirmación se infiere de las propias particularidades de las monedas virtuales, es decir la internacionalidad que las caracteriza. Por ser un mercado internacional, al que se accede mediante el mundo sin fronteras de la web, ante la simple falta confianza en los proveedores de este servicio locales se optará por uno radicado en el exterior.

Pero qué sucedería si la casa de cambio local generara la misma o mayor confianza que una radicada en el extranjero, que se ubique dentro de la legalidad y que garantice al usuario el respaldo de sus ingresos. Se trata de generar confianza en los proveedores de servicio *Exchange* locales (dándoles la posibilidad de funcionar legalmente en el país, como un proveedor de servicios que deberá tributar en consecuencia) sin que ello implique una nueva carga tributaria para el ciudadano, que decide resguardar sus ahorros en criptomonedas, ni la desconfianza que sus datos y finanzas personales terminarán a manos del recaudador de impuestos.

Se debe propiciar que los *Exchange* de criptomonedas sean legales, que tributen en el país, que garanticen la confidencialidad de sus clientes y que respeten sus derechos como usuarios y consumidores. Esto contribuirá no sólo a tener una legislación innovadora, sino a desmitificar y a limpiar la magullada imagen de las criptomonedas y de quienes las poseen. Si se garantizan contractualmente estas condiciones, poco a poco se generará la confianza de los ciudadanos, que a la vez que invertirán en el país, tendrán resguardados sus ahorros.

Se trata de que, el papá Estado pueda recaudar del proveedor de servicios una tributación que no lo ahogue y así permita que se desarrollen casas de cambio y se atraiga inversión al país, sin ahorcar al ciudadano que ya tributa por alimento, sueldo, ganancias, entre una gran cantidad de etcéteras.

Cómo delinear esta legislación es lo que se intentará explicitar a continuación. Será fundamental que el objetivo del legislador sea potenciar las finanzas digitales,

42 Argentinos y criptomonedas: https://elpais.com/economia/2020-12-31/los-argentinos-se-refugian-en-las-criptomonedas-ante-la-escasez-de-dolares-y-la-debilidad-del-peso.html y https://elpais.com/economia/2020-12-31/los-argentinos-se-refugian-en-las-criptomonedas-ante-la-escasez-de-dolares-y-la-debilidad-del-peso.html última consulta 5/10/2022.

43 Impuestos que gravan al ciudadano argentino, Explicación disponible en: https://calim.com.ar/lista-167-impuestos-argentina-2022/ última consulta 5/10/2022.

generando una apertura a la economía global a la vez que dotando a estas operaciones de seguridad jurídica.

En primer lugar, esta legislación debe presentarse como una aliada para el ciudadano, esto implica que servirá como protección hacia los usuarios de este servicio. Garantizando seguridad jurídica en la adquisición de monedas virtuales, pero sin que el exceso de tributación lo seduzca hacia proveedores de servicio de *Exchang*e fuera de la legalidad. Deberá brindarse estándares de requisitos mínimos del acuerdo para la prestación del servicio.

En el acuerdo proveedor usuario, deberá puntualizar cómo se fijará el tipo de cambio de criptomoneda a moneda fiduciaria; la obligación de asesoramiento por parte de los proveedores; la obligación de informar los riesgos que conlleva este tipo de inversión; el acuerdo de confidencialidad de los datos del cliente (excepto requerimiento judicial); la descripción de los sistemas de seguridad y encriptamiento que posea el proveedor; asimismo deberá responder ante sus clientes por fallas de seguridad de su sistema y el detalle de las comisiones por el servicio.

Para funcionar legalmente, estas empresas deberán inscribirse en un Registro que dependerá y deberá ser aprobado por la Inspección General de Justicia -Registro Mercantil argentino-. Deberá estar legalmente inscripta como cualquier otra sociedad, con un requisito extra, que deberá contar con una reserva que respalde las operaciones que ofrezca. Garantizando así, los saldos de sus clientes. La inscripción en el Registro y la autorización de funcionamiento (otorgada por la IGJ), funcionará como garantía de estándares de honorabilidad.

La regulación de estas casas de cambio será signo de una apertura a la economía global. E idealmente, ayudará también al desarrollo regional sobre esta temática.

2. Regulación de Minería de Criptomonedas.

Para justificar esta propuesta debemos recrear el puente ideológico antes explicitado, entre criptomonedas y economía sustentable. En primer lugar, cabe destacar que el precio económico de la electricidad (el precio en Argentina es de 0.052 USD por kWh[44]) sumado a la total falta de regulación sobre el tema, anime a que cada vez más gente se dedique al minado de criptomonedas[45]. Ejemplo de

44 Precio de la electicidad en Argentina: Información Disponible en: https://es.globalpetrolprices.com/Argentina/electricity_prices/última consulta 05/04/2022.

45 Con una inversión de USD 250 millones, un unicornio argentino instalará en Córdoba la granja de minado de bitcoins más grande del país, Revista Infobae, 03/11/2021, Información Disponible en: https://www.infobae.com/economia/2021/11/03/con-una-inversion-de-usd-250-millones-un-unicornio-argentino-instalara-en-cordoba-la-granja-de-minado-de-bitcoins-mas-grande-del-pais/ última consulta 05/05/2022.

esto es que la empresa unicornio y megaminera de Bitcoin Bitfarms[46] a finales del año 2021 abrió una gigante planta de minado en Río Cuarto, Córdoba, Argentina[47].

En segundo lugar, es también Argentina, un país en el que las energías renovables pueden desarrollarse, y de hecho se desarrollan año tras año. En palabras de la Fundación Ambiente y Recursos Naturales -FARN- estas energías tienen prospección de un "futuro promisorio, un crecimiento inevitable".[48] De hecho, el año 2019 fue el año en que las energías renovables dejaron de ser alternativas, ya que la potencia instalada de energía renovable superó a la nuclear.

Por lo que la Ley que venga a regular la minería, debería también fomentar e incentivar a quienes la desarrollen a aprovechar las energías renovables. Generando así un entorno sustentable que beneficie al minero sin perjudicar el medioambiente sostenible. Buscando así, generar un círculo virtuoso de inversión en energías renovables y de minado de monedas, que junto con la legalización de las casas de cambio serviría para promover una mirada positiva hacia las monedas virtuales y generaría crecimiento económico.

Se trata, todo el tiempo, de intentar aprovechar los recursos que Argentina tiene naturalmente, para que con inversión puedan potenciarse junto al desarrollo que ofrecen las nuevas tecnologías.

Se debe incentivar la inversión, brindando la posibilidad de desarrollar a su paso las energías sostenibles. Es aprovechar una realidad que hoy existe en el país, (el minado de criptomonedas) y ponerlo al servicio del desarrollo económico. Esto no implica que se le sume a quienes realizan esta actividad una parva de impuestos, sino que se les garantice su renta beneficiando a su vez la economía y la sostenibilidad del país.

Al igual que la legislación propuesta anteriormente, si es Argentina precursor, desatará su desarrollo en toda la región, lo que propiciará (por qué no), que los

46 Bitfarms es una empresa creada por el argentino Emiliano Grodkzi junto con otros tres socios canadienses, en 2017. Fue fundada en Quebec donde cuenta con instalaciones que constan de 150 mil metros cuadrados, en cinco centros de minado diferentes. Su capacidad instalada declarada es de 30 MW/h. Bitfarms es la principal minera de criptodivisas de todo América. Canadá se beneficia de las bajas temperaturas exteriores para abaratar los costos de refrigeración. La empresa se caracteriza altos niveles de profesionalización y transparencia a nivel empresarial. Esto le permitió ser la primera empresa pública de minería de bitcoin en cotizar en el mercado de acciones de Tel Aviv (BLLCF). Casares, M.: *Minería de Bitcoin en Tierra del Fuego.* Universidad de San Andrés, San Fernando, 2019, p. 30.

47 Información disponible en: https://www.forbesargentina.com/millonarios/quienes-son-argentinos-compraron-us-43-millones-bitcoin-n11705 última consulta 10/10/2022.

48 Fundación Ambiente y Recursos Naturales, Energía renovable en Argentina: datos del presente y visiones del futuro, Informe Ambiental 2020, Disponible en: https://farn.org.ar/iafonline2020/articulos/3-3-energia-renovable-en-argentina-datos-del-presente-y-visiones-del-futuro/#:~:text=La%20potencia%20instalada%20renovable%20super%C3%B3,pa%C3%ADs%2C%20promedio%2C%20desde%20mayo última consulta 10/10/2022.

países del Mercosur cuya realidad y desarrollo es similar también se animen a regular estos aspectos, volviendo así, innovadora a toda la región.

3. Creación de una "Criptomoneda Social".

Ante una constante devaluación del peso, la inflación que azota los bolsillos de la sociedad, la crisis política e institucional que está viviendo el país y la realidad de que el monopolio de creación de la moneda está en crisis en Argentina (ya que históricamente se busca el ahorro en dólares, hoy casi imposibles de conseguir en el mercado formal), por qué no optar por una salida distinta. Y aprovechando el auge del comercio electrónico, de las criptomonedas -cada vez una opción más viable para los argentinos-, una legislación como la propuesta anteriormente que permita su desarrollo en un marco de legalidad, es posible la creación con una regulación paraestatal (fundada en la confianza) de una moneda social, bajo la confianza y transparencia que garantiza la Blockchain.

Así la creación de esta moneda, vendría a promover la economía a nivel local, a dar un respiro a la emisión de pesos, a la vez que, creada en un ámbito de confianza y transparencia, generaría estabilidad para una movilizada sociedad. Esta criptomoneda social funcionaría como dinero, en tanto acuerdo entre los integrantes de una comunidad para que funcione como medio de pago[49].

El marco teórico de las criptomonedas y de las monedas sociales podría unirse hacia el desarrollo de la economía basado en la innovación y en el desarrollo sostenible[50]. Esta innovadora moneda, mantendría la característica de ser alternativa o complementaria al peso, pero funcionaría también como medio de pago.

La misma se crearía legalmente, y los lineamientos básicos de su regulación estaría brindada por una Ley del Congreso (que determinara la cantidad de moneda, el ente regulador y el respaldo que tendría), pero no dependería para su desarrollo del Banco Central, su existencia, regulación y creación sería ajena a esta institución.

Ya establecidos los lineamientos básicos, podría esta Criptomoneda Social delimitarse mediante la co-regulación. Estando así, todo el pormenorizado detalle de la misma establecido en un Código de Conducta que será de libre consulta para la ciudadanía. Se utilizaría entonces, la tecnología revolucionaria y disruptiva de las criptomonedas para generar un impacto positivo en la renta local basándola en economía sostenible[51].

49 Lietaer, B.: *El Futuro del Dinero*, cit., p. 111.

50 Morales Morales, M. R.: *Criptomonedas de ámbito social,* cit., p. 78.

51 Ibidem.

En cuanto a la generación de esta moneda, se materializará a través de un *Smart Contract*. Un contrato inteligente, pese a lo que uno podría inferir, no es ni una cosa ni la otra, sino que es un software que permite ejecutar de manera automática códigos que incorporan obligaciones pre-acordadas entre las partes y que se encuentran almacenadas en un registro, que es la Blockchain. Son, en definitiva, mecanismos de ejecución de obligaciones contractuales[52].

De esta forma, mediante la autorregulación se determinará el monto que habrá en circulación; la forma de minado (si la hubiere); si es una inflacionaria, deflacionaria o de monto fijo; su tiempo de funcionamiento y las pormenorizadas características de esta moneda virtual social; mediante un Smart Contract quedarían sus cláusulas insertas indeleblemente en la Blockchain para su auto ejecución.

Es fundamental para afianzar la confianza en la Criptomoneda Social, que el Smart Contract y las condiciones que traiga aparejada sean de público conocimiento por la sociedad argentina. En un país en el que se descree de sus Instituciones, para que un proyecto como este funcione requiere transparencia.

La implementación de este proyecto, traería consigo innovación, transparencia en su forma de creación y funcionamiento, una renovada confianza en el sistema financiero y un fuerte impulso a la economía sin necesidad de recurrir a la emisión monetaria.

Además la confianza vendría potenciada, porque esta moneda no dependería del Banco Central, por lo que sería independiente, al menos en su valor y posibilidad de emisión, al gobierno de turno.

Se desea destacar que el uso de las criptomonedas en Argentina ya es corriente y que al igual que hoy día, la utilización de esta moneda virtual social sería facultativo. Deberá así garantizarse la rápida convertibilidad de esta moneda a otras y que podrá almacenarse en las mismas billeteras virtuales que el resto de las criptomonedas.

El principal beneficio de hacerlo con una estructura de criptomoneda, es que la infraestructura digital promueve la imposibilidad de corromper al sistema, lo que promoverá su gobernanza y la transparencia del sistema, y se traspondrá en la confianza popular hacia ellas. La seguridad estará garantizada mediante criptografía, lo que prevendrá el fraude y la falsificación, dado por la tecnología Blockchain.

52 Padilla Sánchez: "Blockchain y contratos inteligentes: aproximación a sus problemáticas y retos jurídicos", *Revista de Derecho Privado*, 39 (39), pp. 175–201.

En cuanto al financiamiento (ya que recordemos será independiente del Banco Central) se podrá recurrir al financiamiento micro colectivo (crowdfunding) o la reinversión de los beneficios que se obtengan[53].

La puesta en práctica y correcto funcionamiento de esta criptomoneda social, mejorará la calidad de vida de los argentinos, les traerá estabilización en los precios, contribuirá al desarrollo sostenible y habituará a los argentinos a la utilización de estas tecnologías.

Si el Bitcoin fue la respuesta a la crisis del 2008, es una opción tomando ese modelo como punto de partida, la posibilidad de insertar a Argentina dentro de la Cuarta Revolución Industrial, mediante la creación de una moneda paralela que, con emisión controlada y fines sociales, ayude a superar la crisis en que la Nación se encuentra hace años sumida. Se deben probar ideas diferentes para llegar a diferentes resultados.

Esta iniciativa daría lugar a la abundancia sustentable en lo relativo al sistema monetario. A su vez podrá también reconstruir el sentido comunitario, como pertenencia al pueblo argentino[54].

Sin lugar a dudas, el principal desafío al que se enfrenta este modelo, será la falta de interés por parte de la clase dirigente por perder "poder" en el sentido de que dejaría de detentar el monopolio de la política monetaria.

No obstante, cabe preguntarse si no lo ha perdido ya, puesto que ante la imposibilidad de compra del dólar oficial, el ciudadano debe recurrir al paralelo -dólar Blue-. Por otra parte, quienes cobran su salario en negro (sea mediante criptomonedas o de cualquier forma que no sea salario registrado) también sobreviven mediante una economía paralela a la real. Otro ejemplo, viene dado por quienes tienen cuentas en el extranjero o depositan su dinero vía Uruguay para evitar el pago de los tributos locales.

Si bien podrían escribirse hojas con más ejemplos, es menester centrarse en la idea central y es que, ante la falla de políticas económicas y la proliferación del conflicto distributivo estructural, es hora de dejar intereses políticos de lado y tomar una medida que, sin réditos personales para la clase dirigente que beneficie el crecimiento económico del país y la calidad de vida de la gente.

Esta medida no implica en ningún caso asistencialismo. No implica por tanto, un sistema de intervención en el mercado para transferir recursos de ricos a pobres. Ésta novedosa moneda utilizaría el mercado a su paso, su uso es voluntario y es un

53 Morales Morales, M. R.: *Criptomonedas de ámbito social,* cit., p. 84.

54 Lietaer, B.: *El Futuro del Dinero*, cit., p. 343.

mecanismo autosuficiente para resolver la falta de dinero circulante (en el caso de argentina el exceso con menor valor cada día)[55].

Siguiendo a Bernard Lietaer, lo fundamental en las monedas complementarias es que la sociedad las acepte y utilice, por lo que ante todo deben ser creíbles -en tanto confiables-. Este autor resalta tres puntos clave para su exitosa implementación. En primer lugar, el momento oportuno, conforme la situación política-económica argentina se estima que lo es. Ya que el mismo se relaciona no sólo con la crisis institucional, sino con la existencia de personas que deciden hacer algo positivo por su comunidad (como es la presente propuesta). En segundo lugar, se encuentra la calidad de la gestión local, debe contarse con una gestión que sea transparente y democrática -a diferencia de la oscuridad del sistema monetario oficial-. Se precisa un grupo de implementación que cuente con visión y credibilidad. En tercer lugar, se encuentra un diseño válido, la Blockchain cumple con esta innovadora propuesta. Ello, toda vez, que los argentinos están optando por ella pese a su falta de regulación[56].

Si el Estado desea estar presente y apoyar el proyecto, podrá brindar políticas públicas que se orienten a la capacitación de la población en Nuevas Tecnologías. Fomentando así que disminuya la brecha digital, y otorgando herramientas a la población vulnerable para que puedan insertarse escolar y laboralmente.

Lo que se busca en definitiva con estos tres proyectos, que deberían aprobarse de forma escalonada, es fomentar el desarrollo de las finanzas digitales. Primero se crearía un contexto de legalidad y confianza hacia las casas de cambio de criptomonedas locales, potenciando a su vez la inversión en el país. Luego se pontenciaría la minería, brindando quitas de tributos a quienes lo hagan de manera sustentable. Potenciando así el empleo y el desarrollo tecnológico de regiones que no poseen ni uno ni el otro. En tercer lugar, con las casas de cambio y el minado de criptomonedas sustentable potenciado, se creará mediante una Ley los lineamientos básicos de la Criptomoneda Social, alternativa al peso argentino y con un sistema independiente y transparente. Que fomente el consumo e inversión local.

Todas estas propuestas deben venir acompañadas de un profundo desarrollo del DIPr para brindar fórmulas de resolución que estén a la altura de los conflictos que se susciten.

55 Idem p. 343.

56 Lietaer, B.: *El Futuro del Dinero*, cit., p. 359

IV. CONCLUSIONES.

Este mundo globalizado que es a la vez interdependiente e intercomunicado, genera y engendra, cada vez más relaciones que se encuadran dentro del Derecho Internacional Privado, ello porque aparente pérdida de líneas divisorias que se presenta ante nosotros con el desarrollo de Internet y del comercio electrónico no es tal en el mundo tangible con respecto a las fronteras y en especial a las soberanías estatales.

Esta aldea global que nos acoge, será entonces más justa, equitativa y sostenible si la legislación que guarda las relaciones internacionales tiene también este carácter.

Es en el mundo de Internet, mediante las Tecnologías de la Información, que se ha desarrollado la Blockchain, la misma funciona como una autopista de datos y Registro Público con la particularidad de ser transparente e indeleble.

Valiéndose de este registro inquebrantable de datos, de forma foránea e indiferente a las regulaciones estatales han sido creadas las criptomonedas. Las mismas tienen las características de utilizar como registro el sistema Blockchain y su estructura se encuentra encriptada, particularidades que asisten a que sus usuarios depositen en ellas su confianza.

Es entonces, dable caracterizar a las criptodivisas como activos digitales cuya estructura posee una encriptación que imposibilita su falsificación. Las transacciones con ellas se caracterizan por ser directas y documentarse de manera indeleble en la Blockchain. Puesto la total falta de interés en la nacionalidad de las personas intervinientes en estas transacciones y el carácter deslocalizado de las mismas hace que una gran cantidad de veces estas sean internacionales.

Al día de hoy puede afirmarse que las criptomonedas son un sistema monetario, paraestatal y desregulado. Ello sin perjuicio de que los distintos países alrededor del globo terráqueo estén buscando la forma de adaptar su legislación a ellas. La afirmación anterior, se fundamenta en que la utilización de las criptomonedas es una realidad, su forma y modus operandi no va a modificarse porque las naciones quieran regularlas, sino que su normativización cuenta con el desafío de regular lo que ya existe y nació en un ámbito de anarquía legislativa y desregulación.

Si bien su creación se origina y erige para funcionar dentro de la Red, en la actualidad se encuentran traspasando las fronteras virtuales para formar parte del día a día en el mundo tangible y para ser utilizadas por el ciudadano de a pie.

Vale entonces concluir que en este mundo globalizado que nos acoge, es el desarrollo de las Tecnologías de la Información, de Internet y del Comercio Electrónico lo que otorga a la sociedad que somos como de la información.

Este mundo que aparentemente carece de fronteras en la virtualidad, las posee en el mundo tangible, lo que hace menester el desarrollo de un Derecho Internacional Privado que se desarrolle y sea capaz de brindar Justicia ante distintas situaciones que cada vez más se suscitarán en el día a día.

Se proponen entonces tres legislaciones para aplicar en la República Argentina que busquen potenciar la realidad del país y su gente. En primer lugar, se propone una regulación que aproveche del todo el desarrollo tecnológico y las finanzas digitales, a través de la legalización y permiso de funcionamiento hacia las casas de cambio *o Exchang*e de criptomonedas.

Se propone así, la promulgación de una Ley que indique los requisitos de honorabilidad y estándares mínimos que los proveedores de servicios de cambio deben cumplir.

Esta normativa, deberá equilibrarse entre la búsqueda de que los usuarios de estos servicios confíen en los proveedores nacionales, darles seguridad jurídica y que no implique para ellos una carga impositiva extra.

En un mercado en el que existe tanta competencia a nivel global, deben brindarse beneficios o réditos que atraigan a los usuarios a utilizar el servicio nacional.

En segundo lugar, se realiza una propuesta legislativa que busque regular la Minería de Criptomonedas a la vez que fomentar la economía sustentable. Siendo la minería no ajena a la realidad de muchos argentinos, ello puesto la inteligencia, astucia y la capacidad para salir adelante y reinventarse que caracteriza a mis compatriotas.

Esta legislación buscaría legalizar el mercado minero a lo largo y ancho del país. A su vez, para atraer inversiones, buscaría fomentar la minería sustentable (generando electricidad mediante energías renovables) esto aprovecharía el capital natural desperdiciado actualmente y lo haría de manera sustentable, es decir sin comprometer el desarrollo de futuras generaciones. Se establecerán quitas tributarias o incentivos para quienes lo hagan de manera sostenible.

Esto sería revolucionario a nivel regional y fomentaría que los países vecinos también se desarrollen en este aspecto, lo que puede acarrear un importante paso hacia el futuro a nivel latinoamericano.

Este círculo virtuoso entre inversión y minado sustentable, junto con la legalización que se trata en el punto anterior, pondría a Argentina en la vanguardia normativa y contribuiría a que mucha riqueza que hoy está fugándose hacia el mundo se quede a generar más riqueza en el país.

La última propuesta, que es tal vez la más osada o controversial de las tres, propone la creación de una "criptomoneda social". La misma tendrá la característica de usar el sistema Blockchain y de ser paraestatal. En tanto no dependerá del Banco Central para su funcionamiento y desarrollo. Los lineamientos de la misma vendrían dados por una ley del Congreso, pero sus características más detalladas serán co-reguladas.

Esta iniciativa busca aprovechar el auge del comercio electrónico y el desarrollo de las TICs, para crear una Criptomoneda Social argentina. Su función principal sería promover la economía local, en un ámbito de desarrollo de transparencia y confianza. La misma cumpliría la función de medio de pago dentro del país, lo que significaría también una menor demanda de pesos argentinos.

Se trata de que sea una renovada confianza en este proyecto lo que garantice su empleo y valor, siendo su uso alternativo al peso argentino.

Su creación estaría regulada en un Smart Contract, que será transparente para que su contenido sea público y conocido por la sociedad. Esto no haría al Estado perder soberanía, toda vez que son muchos quienes buscan distintas alternativas para mantener sus ingresos y ahorros lo más fuera de la economía formal que les es posible. Se trata de que el descrédito que tienen las instituciones y especialmente el Poder Ejecutivo Nacional– sin importar su color político-, no opaque en el desarrollo de esta propuesta, sino que siendo la búsqueda de crecimiento y desarrollo lo que buenamente todos buscan se fomente aún sin detentar el poder de control y emisión.

En caso de llevarse adelante estas propuestas legislativas, se hará menester robustecer al Derecho Internacional Privado tanto para atraer la inversión extranjera como para estar a la altura de conflictos que a raíz de ellas puedan suscitarse.

Globalización, Internet y Criptomonedas son fenómenos propios de la mundialización de la economía lo que hace imprescindible una Justicia que también lo sea.

BIBLIOGRAFÍA

Barona Vilar, S.: "Claves vertebradoras del modelo de Justicia en el Siglo XXI", *Revista Boliviana de Derecho,* núm. 32, 2021.

Barona Vilar, S.: "Inteligencia Artificial o la algoritmización de la vida y de la justicia: solución o problema?", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 28, 2019.

Borja Jiménez, E.: *Curso de política criminal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011

Cárdenas Rincón, E.: *Derecho del comercio electrónico y de internet,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

Carrascosa González, J.: *"Globalización y Derecho Internacional Privado en el siglo XXI"*, Anales de Derecho, núm. 22, 2004.

Casares, M.: *Minería de Bitcoin en Tierra del Fuego.* Universidad de San Andrés, San Fernando, 2019.

Corrons Giménez, A. F.: *Monedas complementarios en pro de la sostenibilidad y el desarrollo: enfoque panárquico,* Universitat de Valencia, Valencia, 2014-15.

Esplugues Mota, C., Buhigues Iglesias J. L. y Palao Moreno, G.: *Derecho Internacional Privado,* Tirant lo Blanch, Valencia, 15° ed., 2021.

Gerchunoff, P. y Rapetti, M.: "La economía argentina y su conflicto distributivo estructural", *Revista El Trimestre económico*, vol. LXXXIII, núm. 330, 2016.

Gómez, G. L. & Demmler, M.: "Social Currencies and Cryptocurrencies: Characteristics, Risks and Comparative Analysis"*, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 2018.

Hayek, A. F.*: Denationalisation of Money An Analysis of the Theory and Practice of Concurrent Currencies,* The Institute of Economic Affairs, 2ª ed., 1978, Traducción de Carmen Liaño.

Ibáñez Jiménez, J. W.: *Blockchain: primeras cuestiones en el ordenamiento español,* Dykinson, Madrid, 2018.

Lietaer, B.: *El futuro del dinero*, Longseller S.A. Errepar , Buenos Aires, 2005.

López Jiménez, D.: *Nuevas coordenadas para el derecho de obligaciones: la autodisciplina del comercio electrónico*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2013.

McLuhan, M. y Powers, B. R.: *The Global Village,* Oxford Universitary Press under, Oxford, 1989.

Mendoza Tello, C.: *Innovación disruptiva de las criptomonedas para la sociedad y el comercio electrónico,* Universidad de Alicante, Alicante, 2019.

Morales Morales, M. R.: *Criptomonedas de ámbito social como herramienta de gobierno electrónico para el desarrollo sostenible,* Universidad de Alicante, Alicante, 2020.

Moreno Navarrete, M. A.: *Contratos electrónicos*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

Padilla Sánchez: "Blockchain y contratos inteligentes: aproximación a sus problemáticas y retos jurídicos", *Revista de Derecho Privado*, 39 (39).

Ruiz Rodríguez, R.: "Las criptodivisas como medio de pago y el derecho internacional privado", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, núm. 2, 2020.

Vargas Sánchez, G.: *Introducción a la Teoría Económica*, Pearson Educación, México, 2006.

Zaera Vidal, G.: *Bitcoin: Bases, comportamiento como moneda e inversión*, Universidade da Coruña, Galicia, 2014.

CUESTIONES DE INTERÉS JURÍDICO

LA CAPITALIZACIÓN DE LA PENSIÓN POR ALIMENTOS EN LA LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

THE ALIMONY'S CAPITALIZATION IN THE MATRIMONIAL COMMUNITY OF PROPERTY'S ALLOCATION OF GOODS

Rev. Boliv. de Derecho Nº 35, enero 2023, ISSN: 2070-8157, pp. 466-485

Sergio TUDELA CHORDÀ

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de enero de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 30 de abril de 2022

RESUMEN: Estudio acerca de la posible capitalización de la pensión por alimentos de hijos menores a través de la adjudicación de bienes de la sociedad de gananciales.

PALABRAS CLAVE: Capitalización; pensión de alimentos; hijos menores; adjudicación; bienes; sociedad de gananciales.

ABSTRACT: *Study about the possibility of minor children alimony`s capitalization, through the allocation of goods that are part of the matrimonial community of property.*

KEY WORDS: *Capitalization; alimony; minor children; allocation; goods; matrimonial community of property.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. NATURALEZA JURÍDICA.- 1. Naturaleza jurídica de la pensión por alimentos.- 2. Pensión por alimentos a favor de hijos mayores y menores de edad.- 3. Naturaleza jurídica del régimen económico matrimonial de la sociedad de gananciales.- III. LA PENSIÓN POR ALIMENTOS A FAVOR DE LOS HIJOS DERIVADA DE LA CRISIS FAMILIAR. CONTENIDO Y ALCANCE.- 1. Necesidades del alimentante.- IV. INCOMPATIBILIDAD DE LA PENSIÓN POR ALIMENTOS CON EL PAGO CAPITALIZADO.- 1. Carácter personalísimo e indisponible.- 2. Irrenunciabilidad del derecho a los alimentos.- 3. Incompensabilidad.- 4. Periodicidad.- V. CAPITALIZACIÓN DE LAS PENSIONES DE ALIMENTOS.- 1. Capitalización de las pensiones debidas y de las futuras.- 2. Capitalización de la pensión por alimentos a través de la atribución de bienes de la sociedad de gananciales a favor del cónyuge custodio.

I. INTRODUCCIÓN.

La capitalización de la pensión por alimentos en la liquidación del régimen económico matrimonial, trae causa de un negocio jurídico atípico que resuelve distintos derechos de crédito y/o obligaciones que nacen a consecuencia de la crisis matrimonial -pensión por alimentos y liquidación de sociedad legal de gananciales-. La falta de regulación jurídica conlleva que sean los tribunales, los encargados de interpretar las distintas formas en las que se pacta la capitalización de la pensión por alimentos. Es por tanto una figura casuística y se deberá estar al supuesto concreto para su determinación, alcance y validez.

Por un lado, la Sociedad legal de gananciales regulada -de forma expresa y específica-en el Código Civil, como un sistema en que la ganancia o beneficio se hace común pero que no se atribuye a cada cónyuge sino a la disposición de la sociedad de gananciales. Respecto a los diferentes derechos de crédito que pueden nacer una vez extinguida la misma, uno de ellos podría consistir en una obligación de pago por parte de uno de los cónyuges frente al otro por razón de la extinción de la sociedad de gananciales. Una vez determinada la obligación de pago de forma líquida, vencida y exigible, se estará en disposición de pactar la forma de pago.

Por otro lado, la pensión por alimentos entendida como aquella obligación legal del art. 93.1 CC, debe ser entendida como una obligación personal para con los hijos del progenitor no custodio.

En este contexto se valora la posibilidad de compensar créditos de distinto origen y pluralidad de acreedores frente a un deudor, posibilitando la compensación con uno de los acreedores que adquiere el compromiso de pago para con el otro.

• Sergio Tudela Chordà
Abogado. Profesor Asociado de Derecho Civil de la Universitat de València. Doctor en Derecho por la UNED.
Correo electrónico: sergio.tudela@uv.es.

II. NATURALEZA JURÍDICA.

1. Naturaleza jurídica de la pensión por alimentos.

La jurisprudencia se ha encargado de establecer la Naturaleza jurídica de la Pensión por alimentos. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, Sentencia de 13 febrero 2014[1] recoge la Jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto: (FD 5º) "…se hace necesario incidir en lo que significa el derecho de alimentos y la diferencia entre tal derecho y lo que se conoce como deuda de alimentos".

El derecho de alimentos entre parientes aparece regulado en los arts. 142 y ss. CC. Es un derecho que, en expresión de la STS 23 febrero 2000[2], se fundamenta en el propio derecho a la vida, configurado como un derecho de la personalidad, a cuya conservación tiende esta figura que tutela un interés jurídico privado e individual.

La STS 1 marzo 2001[3] justifica la obligación legal de alimentos en el principio de solidaridad familiar y tiene su fundamento constitucional en el art. 39 CE.

La obligación legal de alimentos presenta caracteres muy específicos que la alejan de cualquier otra obligación civil ordinaria.

En primer lugar, tiene un carácter personalísimo, que se deduce del contenido del art. 151 CC, que declara expresamente que se trata de un derecho irrenunciable, intransmisible a un tercero, y no es susceptible de compensación. Precisamente por ello es un derecho inembargable y no es posible el ejercicio de la acción de subrogación por parte de los acreedores. Se trata de un derecho inherente a la persona, y eso lleva a que el art. 1814 CC prohíba la transacción sobre alimentos futuros.

Su carácter personalísimo justifica que se extinga por muerte del alimentista y por muerte del alimentante.

Sin embargo, la deuda alimenticia ya devengada por consecuencia del ejercicio del derecho de alimentos, tiene caracteres bien distintos, que aclara el art. 151 en su 2º párrafo que señala la posibilidad de compensar, renunciar y trasmitir pensiones alimenticias debidas y no pagadas.

1 STS 13 febrero 2014, (La Ley 13410/2014).

2 STS 23 febrero 2000 (La Ley 5702/2000).

3 STS 1 marzo 2001 (La Ley 3552/2001).

2. Pensión por alimentos a favor de hijos mayores y menores de edad.

La naturaleza jurídica de los alimentos prestados a los hijos no es la misma si son hijos mayores de edad o hijos menores de edad como a continuación expondré y este extremo es de vital importancia para el presente trabajo.

A) El deber de alimentos a favor de los hijos menores tiene soporte en la Constitución Española (art 39.3 CE), como bien jurídico protegido superior (la protección a la infancia), y va directamente ligado a la patria potestad (art. 154 CC) respecto de los hijos mayores de edad, la protección está relacionada con políticas sociales y de apoyo a la familia, en ocasiones se debe a un estado de necesidad desligado de ningún tipo de convivencia.

B) Respecto a la extensión y el contenido, también es diferente según la edad de los hijos, pues en los mayores de edad se estará a la capacidad. El régimen jurídico de los alimentos a menores es de interpretación extensiva; en cuanto a los mayores, debe ser ceñida a su concreta ratio, como toda obligación de pago, por contraria al principio constitucional de libertad civil.

C) En lo que se refiere a la extensión y alcance, en cuanto a menores, son determinantes las necesidades de los mismos y su extensión y respecto a los mayores de edad irá en función de los medios del alimentista, sin que en ningún momento se pueda hacer referencia al mínimo vital (art. 152.2 CC).

Algunos de estos factores aparecen reflejados en pronunciamientos de la Sala I del Tribunal Supremo: la STS 12 febrero 2015[4] establece que se ha de predicar un tratamiento diferente "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 irreprochabilidad en su falta de atención". Así, respecto de los hijos mayores de edad, por esta circunstancia, su situación no resulta contenida en los límites del *ius cogens*, por lo que se puede pactar de conformidad con el art. 1255 y ss. CC.

Con todo, y respecto a los hijos mayores de edad, cabe destacar como recoge la SAP de Les Illes Balears 10 septiembre 2013[5]:

(FD 2º): "(…) Así las cosas, la Sala no puede sino confirmar el razonamiento judicial de instancia que afirma que, habida cuenta de que por escrito de ambas partes se puso de manifiesto al Juzgado que el Sr. Nicanor ha entregado a la hija

4 STS 12 febrero 2015 (La Ley 6651/2015).

5 SAP Illes Balears 10 septiembre 2013 (La Ley 146796/2013).

en común la suma de 25.000 euros en concepto de pensión de alimentos y de gastos extraordinarios, es innecesario el pronunciamiento sobre la pensión de alimentos de la hija. Téngase presente, en dicho sentido, que al tratarse de una hija ya mayor de edad, su situación no resulta contenida en los límites del ius cogens a los que se refiere la parte apelante como obligación inexcusable de actuación de los Tribunales; más aún cuando la progenitora en cuyo entorno se halla la hija común, no los reclama ya en autos. Todo ello, sin perjuicio de los derechos de la hija mayor de edad de poder reclamar por si misma alimentos en el futuro a sus progenitores, en el eventual caso de que se justificara en derecho tal petición".

3. Naturaleza jurídica del régimen económico matrimonial de la sociedad de gananciales.

La naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales es un tipo de comunidad especial con regulación propia en la que las partes no tienen cuotas de las que puedan disponer, sino participaciones indisponibles que no se pueden transmitir ni a las que se puede renunciar. Si bien, producida la extinción y liquidación se adjudicarán bienes o cuotas concretas sobre los mismos. Por tanto, hasta en tanto en cuanto no se haya realizado la liquidación de la sociedad de gananciales no podrá establecerse la capitalización de la pensión por alimentos, por cuanto la participación que cada cónyuge tiene en la sociedad de gananciales es indisponible.

Con todo existe una importante complejidad para instrumentar la capitalización de la pensión por alimentos a través de la liquidación de la sociedad de gananciales.

III. LA PENSIÓN POR ALIMENTOS A FAVOR DE LOS HIJOS DERIVADA DE LA CRISIS FAMILIAR. CONTENIDO Y ALCANCE.

Respecto de la pensión por alimentos regulada en el Código Civil, para nuestro supuesto, debo centrarme en la regulación del art. 93 CC, por cuanto se centra en la determinación de la contribución de cada progenitor para la satisfacción de los alimentos tras la crisis familiar. Debiendo hacer constar, que este tipo de pensión por alimentos a favor de los hijos es una suerte de pensión indemnizatoria que va más allá de las necesidades reguladas en el art. 146 del CC., ya que se pretende equiparar el "estatus" de los hijos que dejan de vivir con el progenitor obligado al pago, con la finalidad de homogenizar la calidad de vida económicamente hablando de ambos, alimentante y alimentista.

El art. 93.1 CC establece dos parámetros para fijar la cuantía de la pensión de alimentos: a) las circunstancias económicas del progenitor obligado a pagarla (alimentante); y b) las necesidades de los hijos (alimentista).

El art. 146 CC establece la exigencia de que exista una relación de proporcionalidad entre ambos; sin embargo, cuando los hijos son menores el segundo de los parámetros se convierte en prioritario respecto del primero.

En este sentido se pronuncia la SAP Granada 22 junio 2018[6] cuando señala que: "A lo cual añadimos nosotros que, como se desprende de lo anterior, el concepto de necesidad del hijo menor de edad, con respecto a la obligación de manutención que concierne al progenitor ejerciente de la patria potestad, no es coincidente con el que reporta el art. 146 del CC, en materia de derecho de alimentos entre parientes. Pues, como no es necesario precisar en mayor detalle, y como proclama amplísima jurisprudencia, la obligación de prestar manutención, propia del deber contemplado por el art. 154.1º del CC, no se limita estrictamente al concepto de mero subsidio, complementado por la disponibilidad de medios del progenitor obligado; sino que atiende a un criterio posibilista, o de optimización, una vez que el deber del progenitor alcanza a la mayor satisfacción de las necesidades del hijo, en la medida en que mejor se lo permita la totalidad de los medios económicos a su disposición".

La STS 22 junio 2017[7], señala que: "No es necesaria una liquidez inmediata para detraer de la misma la contribución, sino que es posible la afectación de

6 SAP Granada 22 junio de 2018 (La Ley 129172/2018). Resumen: Se establece una pensión de 800 euros mensuales y el pago del comedor escolar de 8.000 euros al año. "En atención a lo expuesto, la Sala no puede sino discrepar del argumento de mínimos que trata de establecer el apelante en materia de cobertura de las necesidades de su hijo menor. Como si el hecho de la inclusión del comedor en el recibo del centro escolar que satisface, ya le liberase de contribuir al necesario y justo complemento para la más desahogada satisfacción integral de sus necesidades, habida cuenta del ostensible desequilibrio de medios, en los períodos que pase con su madre, entre las que se incluye no solamente la comida, sino también la ropa, vivienda, ocio, complemento educacional y todos cuantos aditamentos fueran apropiados para procurar el mejor desarrollo del menor en las privilegiadas condiciones que permite la fortuna de aquél. De este modo, y al igual que el padre acepta estar en condiciones de proporcionar en exclusiva la educación al menor en el costoso centro escolar en el que se encuentra matriculado (por no menos de 8.000 euros al año), y dado que, como es justo, está legitimado para recuperar para sí el uso del domicilio familiar, habrá de contribuir correlativamente a proporcionar al hijo vivienda de características que no desmerezcan las que reúne aquélla, para que la habite junto con la madre durante la mitad del tiempo que le corresponde tenerle en su compañía. Lo cual, viene a ser reconocido implícitamente por el apelante al fundamentar gran parte de su recurso en la irrelevancia del señalamiento de pensión a favor del menor, dado que en la sentencia que apela se reconoce el uso alterno de la vivienda a favor de ambos progenitores, bajo el añadido del pago de todos los suministros por el propio Sr. Carlos María ; de tal forma que, al no tener que contribuir ahora a ello, como ocupante exclusivo de la vivienda familiar, necesariamente habrá de convenirse en la obligación de compensar las carencias del profundo desequilibrio de medios que impide a la progenitora procurarse vivienda de características que no desmerezcan las de aquélla, así como el coste de los suministros de dichos períodos. Lo cual se estima ajustado, insistimos que en atención a las posibilidades que permite el importantísimo nivel de ingresos del Sr. Carlos María, en la suma de 400 euros mensuales"."En consecuencia, se estima de justicia, en materia de alimentos del hijo menor, la revocación, de oficio, dela sentencia de instancia, imponiendo al progenitor, Sr. Carlos María, una suma por alimentos de su hijo menor, por cuantía de 800 euros, añadida al pago de los gastos presentes y futuros del centro privado en el que se encuentra matriculado. Aclarando que dicha suma habrá de hacerse efectiva a partir de enero de2019, inclusive o, en su caso, desde el definitivo abandono de la vivienda por parte de la esposa, si es que el mismo no se produjera voluntariamente en los términos que se recogerán en la parte dispositiva de la presente sentencia. Siendo hasta entonces la cantidad que viene obligado a satisfacer por alimentos el padre de 400euros mensuales, desde la interposición de la demanda, dado que, hasta el desalojo la progenitora apelante no precisará del complemento de la pensión que se justifica en contribución para disponibilidad de vivienda y suministros".

7 STS 22 junio 2017 (La Ley 85471/2017).

un patrimonio personal al pago de tales obligaciones para realizarlo y con su producto aplicarlo hasta donde alcance con esta finalidad, siempre con el límite impuesto por el artículo 152.2º del Código Civil si la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia (sentencia 564/2014, de 14 de octubre)".

1. Necesidades del alimentante.

Mientras el criterio de la capacidad del alimentante tiene siempre carácter objetivo, en cambio, el de las necesidades del alimentista es "de condición subjetiva o relativa", pues su cuantificación dependerá de varios factores, "entre los que sin duda tiene especial significación la situación económica disfrutada por el grupo familiar" (SSAP Madrid 19 diciembre 2006 y Madrid 14 octubre 2014)[8], ya que "no se trata de que la pensión alimenticia "cubra las necesidades más básicas de los menores, sino que permita que los hijos continúen en lo posible con el status económico y social existente con anterioridad a la ruptura de la convivencia entre sus progenitores" SAP Málaga 14 enero 2016[9].

IV. INCOMPATIBILIDAD DE LA PENSIÓN POR ALIMENTOS CON EL PAGO CAPITALIZADO.

Por las características propias de la institución de la pensión por alimentos existen muchas sentencias que niegan la posibilidad de capitalizar la pensión por alimentos, bien por la indisponibilidad o salvada ésta por el carácter personalísimo del instituto. Del mismo modo la irrenunciabilidad, la prohibición de compensación de las pensiones o el pago periódico de éstas, son justas causas alegadas por los tribunales para negar la posibilidad del pago capitalizado de pensión por alimentos. Si bien a continuación expondré los argumentos normativos y jurisprudenciales de pensión por alimentos, con la finalidad de poder determinar si estas características específicas de la pensión pueden ser compatibles con un eventual pacto de pago capitalizado.

1. Carácter personalísimo e indisponible.

La obligación de alimentos es personal e indisponible, a pesar de ser una obligación de carácter patrimonial; y ello a consecuencia precisamente del parentesco habido entre alimentante y alimentista como afirma el art. 143 CC. En consecuencia, la indisponibilidad viene dada por el aseguramiento que pretende la norma, de que el acreedor de alimentos obtenga los medios necesarios para su subsistencia. Por tanto y según recoge el art. 151 CC: "No es renunciable, ni

8 SAP Madrid 19 diciembre 2006 (JUR 2007, 162380) y SAP Madrid 14 octubre 2014 (JUR 2015, 9899).

9 SAP Málaga 14 enero 2016 (La Ley 104107/2016).

transmisible a un tercero el derecho a los alimentos. Tampoco pueden compensarse con lo que el alimentista deba al que ha de prestarlos".

En este caso, las pensiones atrasadas exigibles se transforman en un crédito normal, a tenor de lo dispuesto en el párrafo 2º del art. 151 CC, que establece que podrá "transmitirse a título oneroso o gratuito el derecho a demandarlas".

En este sentido y respecto a la indisponibilidad de la pensión por alimentos y el carácter personalísimo de la misma, se pronuncia la SAP Madrid 16 septiembre 2019[10].

2. Irrenunciabilidad del derecho a los alimentos.

En derecho común español, a diferencia de otros ordenamientos, los alimentos futuros son irrenunciables, tanto por el alimentista como por su representante legal. Y cualquier renuncia que se haga en este sentido devendrá nula de pleno derecho.

Si bien, cabe destacar que bajo el concepto de renuncia están englobados también todos aquellos actos susceptibles de provocar la extinción del derecho a la pensión por alimentos a través de la compensación de créditos. Y en este sentido la renuncia estará permitida si el juez la autoriza por considerar que se

10 SAP Madrid 16 septiembre 2019 (La Ley 148495/2019). Antecedentes y Sentido del fallo. (FD 2º) "(…) cabe indicar que la obligación legal de alimentos presenta caracteres muy específicos que la alejan de cualquier otra obligación civil ordinaria. En primer lugar, tiene un carácter personalísimo, que se deduce del contenido del artículo 151 del Código Civil, que declara expresamente que se trata de un derecho irrenunciable, intransmisible a un tercero, y no es susceptible de compensación. Precisamente por ello es un derecho inembargable y no es posible el ejercicio de la acción de subrogación por parte de los acreedores. Se trata de un derecho inherente a la persona, y eso lleva a que el artículo 1814 del Código Civil prohíba la transacción sobre alimentos futuros. Su carácter personalísimo justifica que se extinga por muerte del alimentista y por muerte del alimentante. Sin embargo, la deuda alimenticia ya devengada por consecuencia del ejercicio del derecho de alimentos, tiene caracteres bien distintos, que aclara el artículo 151 en su 2º párrafo que señala la posibilidad de compensar, renunciar y trasmitir pensiones alimenticias debidas y no pagadas. Por todo ello, el carácter personalísimo del derecho de alimentos puede predicarse en origen, en potencia ya que ejercitado dicho derecho la prestación exigible tiene naturaleza patrimonial y se comporta como una obligación ordinaria, sobre la que se puede transigir y es prescriptible, con el plazo específico previsto en el artículo 1966.1º del Código Civil. En el supuesto sometido a nuestra consideración se advierte que la Sentencia de instancia impone a la madre la obligación de abonar pensión alimenticia en favor del hijo común no tanto porque tenga una posición económica que así lo aconseje pues no consta una desproporción o diferencia sustancial en la capacidad económica de los progenitores determinante para la fijación de una pensión especifica sino que se establece hasta tanto se proceda a la amortización del importe de 30.813,09 lo que evidencia que la referida resolución está acordando a través de esta fórmula la devolución a plazos de la cantidad no consumida en alimentos del hijo común. En consecuencia el pronunciamiento que efectúa la Sentencia de instancia relativo a la contribución que debe efectuar la madre en concepto de pensión alimenticia del hijo debe dejarse sin efecto al entender que infringe la normativa aplicable al caso sin embargo la reclamación que efectúa el actor no tiene acomodo en el presente procedimiento que tiene por objeto modificar las medidas acordadas en un procedimiento precedente pero no establecer unas nuevas como pretende el apelante quien deberá en su caso accionar a través del cauce procesal que corresponda y ello con independencia de la posible ineficacia que pudiera o no tener el documento pactado entre las partes en fecha 29 de diciembre de 2010 sobre el pago por adelantado de la pensión de alimentos toda vez que a tenor de lo dispuesto en el art. 1814 CC no se puede transigir sobre alimentos futuros (…).

satisface mejor el interés o el bienestar del hijo. Así se establece entre otras en la SAP Salamanca 13 febrero de 2014[11].

Sí pueden renunciarse los alimentos pasados no cobrados, incluso los devengados a favor de menores de edad, y también a favor de mayores o los derivados de pensión compensatoria:

En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1987 estable que los alimentos impagados ya vencidos han de considerarse como un crédito disponible, por lo que pueden ser tanto reclamados, como, en su caso, renunciados o transigidos.

La SAP Salamanca 13 febrero 2014[12] viene a recoger el argumento jurisprudencial respecto de que el progenitor custodio no puede transigir y/o renunciar a la

11 SAP Salamanca 13 febrero 2014 (La Ley 13410/2014).

12 SAP Salamanca 13 febrero 2014 (La Ley 13410/2014). (FD 6º) "(…) hay que tener en cuenta que en el momento en que se aprueba el convenio regulador por sentencia de 23 octubre 2003 aún subsiste el derecho de alimentos, derecho, como hemos expuesto, de carácter personalísimo, irrenunciable, imprescriptible, inembargable, y no sometido a transacción alguna. Pues bien, resulta que el mismo día en que se dicta la sentencia de divorcio, los progenitores acuden a un notario y ante él, la madre otorga a favor del padre la carta de pago a la que ya hemos hecho reiteradamente referencia. Por lo tanto, se hace necesario determinar si esta escritura pública, a la vista de las características muy especiales del derecho de alimentos, tiene eficacia, y ello con independencia de que se ha otorgado ante un notario que ha dado fe de lo que los comparecientes manifestaban ante él. El convenio regulador aprobado por sentencia establece en su cláusula primera que ambos progenitores conservan la patria potestad sobre su hija. Ello significa que ambos deben ejercer dicha potestad, que se configura como un auténtico derecho-deber, en los términos previstos en los artículos 154 y siguientes del Código Civil, ostentando ambos la representación legal de la hija menor, en la forma prevista en el artículo 162, precepto que expresamente exceptúa de la representación legal los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo; aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo, y los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres. Esta representación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 154 debe ejercerse siempre en beneficio del representado y atender primordialmente al interés del hijo con respecto a su personalidad, por lo que, de forma clara, se alcanza a comprender que su finalidad ha de ser fundamentalmente tuitiva y no limitadora. En definitiva, los padres deben velar por sus hijos, adoptando decisiones que afecten a la esfera personal del menor, pero no ejerciendo por representación derechos inherentes a su personalidad, sino cumpliendo uno de los deberes ínsitos a la potestad que ostentan sobre él. Por ello, no se atribuye a los padres la representación para el ejercicio de derechos innatos e inmanentes al menor y desde luego aún en el supuesto de que intervinieren en estos casos, siempre cabría entender que el poder de representación no ampararía nunca los actos objetivamente perjudiciales (artículo 154). (FD 7º). El artículo 166 del Código Civil establece que los padres no podrán renunciar a los derechos de que los hijos sean titulares..., sino por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa la autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal. El deber de solicitar la autorización judicial se extiende a la renuncia de derechos y se puede justificar en la exigencia de someter al control del juez la oportunidad, utilidad o necesidad de este acto, partiendo de que, en algunos casos, dicha renuncia será la mejor forma de satisfacer el interés del menor. Es decir, la renuncia en si misma no está prohibida en la medida en que el juez puede autorizarla si considera que se satisface mejor el interés o bienestar del hijo, debiendo considerar que la renuncia se refiere a todo tipo de derechos "renunciables" y afectar a todo tipo de bienes sobre los que dichos derechos pueden recaer, siempre que tales derechos estén incluidos en el ámbito de la administración y representación legal. Bajo el concepto de renuncia cabe todos aquellos actos susceptibles de provocar la extinción de un derecho por voluntad de su titular, como la condonación o la redención e incluso cabría extenderlo a los actos de renuncia a la acción, desistimiento o allanamiento. Evidentemente el acto llevado a cabo a través de la escritura pública de 23 octubre 2003 supone una extralimitación en la representación legal de los progenitores que, si bien en principio, podría estar justificado e incluso ser razonable, pues en definitiva parece obedecer a una cierta capitalización de la pensión de alimentos, especialmente teniendo en cuenta la particular situación en la que se encontraba el padre alimentante, con la indudable intención de recibir todo el importe de la misma evitando así la incertidumbre de lo que pueda ocurrir en el futuro, no obstante puede entrar en contradicción con lo aprobado en la sentencia de divorcio ya que en la misma

pensión por alimentos del hijo menor de edad, salvo que este acto haya estado autorizado por la autoridad judicial competente. En este sentido se considera que el acto es ineficaz por anulabilidad o nulidad relativa y, en consecuencia, no puede surtir el efecto pretendido en la oposición a la demanda.

En este mismo sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 19 de noviembre de 2012 SAP Asturias 19 noviembre 2012[13].

En el sentido de irrenunciable de la pensión por alimentos se pronuncia de forma contundente la SAP Murcia 2 noviembre 1998[14] que transcribo a continuación por la claridad de la exposición:

---

se reconoce una pensión de 150 EUR mensuales, que será actualizada conforme a las variaciones del índice de precios de consumo en favor de la hija, que en aquel momento tenía 12 años de edad, hasta el momento en que siendo mayor se independice económicamente o abandone el domicilio familiar o adquiera ingresos propios suficientes para el mantenimiento autónomo de su persona, resultando que la cantidad por la que se otorga carta de pago puede ser manifiestamente insuficiente ya que efectuado el oportuno cálculo supondría atender a las necesidades de la hija durante otros 12 años aproximadamente, es decir, hasta los 24 años, únicamente con la pensión base de 150 EUR mensuales, sin actualizaciones, y por supuesto, sin tener en cuenta los gastos extraordinarios, edad, que teniendo en cuenta la realidad socio económica es temprana, como se pone de relieve a la vista de la titulación académica de la hija y capacidad para acceder a un empleo e independizarse. Además, en dicha cantidad parece que se engloba también la compensación por la vivienda que ha constituido el domicilio conyugal, sin detallar cuál es el importe de esta, pero que en cualquier caso supone que a la hija le correspondería una cantidad sensiblemente inferior. Además, hay que tener en cuenta que con esa carta de pago se renuncia expresamente a cualquier acción de orden civil, penal o de cualquier otro tipo que pudiera resultar de la mencionada pensión, y precisamente a ello se agarra la representación del demandado para solicitar la desestimación de la demanda. Es decir, existe un acto de renuncia por parte de los progenitores que ostentaba la patria potestad respecto de derechos irrenunciables de la hija menor. (FD 8ª) Respecto de la ineficacia de los actos realizados por los progenitores amparándose en la representación legal de los hijos sin la debida licencia o autorización judicial, la jurisprudencia es un tanto vacilante, ya que el artículo 166 no se refiere expresamente a ello, indicando si el acto es nulo o anulable. No obstante, la opinión mayoritaria se inclina por la anulabilidad o nulidad relativa del negocio jurídico dispositivo, por entender que este es convalidable cuando el menor alcance la mayoría de edad, y en cualquier caso la licencia judicial no es sino un complemento de capacidad. Hay que tener en cuenta que lo que está en juego es siempre el interés privado del menor y por lo tanto parece más adecuada una ineficacia disponible, propia de la anulabilidad, que la nulidad radical, especialmente si resulta que, eventualmente, el acto realizado puede ser beneficioso para el menor. La sentencia del Tribunal Supremo del 22 abril 2010 considera que debe integrarse el artículo 166 del Código Civil con el artículo 1259 de tal manera que la autorización judicial tiene naturaleza imperativa y no es un simple complemento del acto a realizar, sino que es un elemento del acto de disposición, puesto que los padres no pueden efectuarlo. En consecuencia, este acto sería un contrato o negocio jurídico incompleto, que mantendrían eficacia provisional, estando pendiente de la eficacia definitiva que se produzca la ratificación del afectado. No se trataría, según el Tribunal Supremo, de un supuesto de nulidad absoluta, que no podría ser objeto de convalidación, sino de un contrato que aún no logrando su carácter definitivo al faltarle la condición de la autorización judicial exigida legalmente, que deberá ser suplida por la ratificación del propio interesado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1259. 2, de modo que no siendo ratificado, el acto será inexistente".

13 SAP Asturias 19 noviembre 2012 (La Ley 190543/2012) "(FD 3º): (…) Pues bien, empezando por el segundo, el relativo a los actos propios, el Tribunal de la instancia, al resolver, no tuvo en consideración los tajantes términos del art. 151 del CC (EDL 1889/1), de acuerdo con el cual no es renunciable el derecho a alimentos e imposibilidad de renuncia que tanto alcanza y se refiere al derecho aún no nacido, por no darse en ese momento los presupuestos del mismo (art. 148 CC (EDL 1889/1)), como al ya nacido, concurrente la necesidad, pero aún no atendido ni satisfecho, y lo que incluye, según la mejor doctrina, el veto genérico a cualquier acuerdo que encierre, en definitiva, tal acto de renuncia, como es el caso de autos en que se pactó entre los interesados la limitación del deber alimentario a un año y su capitalización, de forma que dicho acuerdo aprobado judicialmente sólo puede desplegar sus efectos respecto de la modificación allí interesada de la medida relativa a la pensión de alimentos, pero no hace claudicar el derecho futuro a los mismos si se diesen los presupuestos legales".

14 SAP Murcia 2 noviembre 1998 (DJ 1998/31121).

"(FD 3º): (…) con lo que hemos de llegar a la conclusión que el padre, de una parte, y la madre y el padre, en nombre y representación de su hijo menor, de otra parte, han llevado a cabo un pacto sobre los alimentos futuros del hijo, quedando con ello saldada la obligación alimenticia a que el padre se obligó; lo que no puede aceptarse desde el punto de vista jurídico, ya que el derecho de alimentos tiene carácter personalísimo y es irrenunciable (art. 151 del Código Civil (EDL 1889/1)), y todo pacto sobre el mismo supone la existencia de intereses contrapuestos entre el alimentante, de un lado, el alimentista, de otro lado, y la madre, representante del alimentista menor de edad, de otro lado, pues, mientras el primero queda liberado de su obligación futura, el segundo, si bien recibe un bien inmueble en concepto de pago de sus alimentos, pierde todo derecho a reclamarlos en el futuro, y el tercero obtiene la utilización de aquel bien, en base al derecho de guarda y custodia que tiene sobre el hijo menor; por lo que, de conformidad con el art. 163 del Código Civil (EDL 1889/1), era preciso nombrar un defensor al menor, con intervención del Ministerio Fiscal, con la finalidad de defender los intereses de aquél en el expresado pacto. Pero, si ello fuera poco argumento jurídico, resulta que el derecho de alimentos está fuera del comercio de los hombres, ya que, incluso el art. 1.814 del Código Civil (EDL 1889/1), impide que pueda transigirse sobre los alimentos futuros, al ser una cuestión sobre la que no pueden disponer los interesados, salvo en el modo de prestarlos (art. 149 del Código Civil (EDL 1889/1)); siendo dicho derecho, asimismo, imprescriptible, pudiendo prescribir solamente las acciones para exigir el pago de las pensiones alimenticias no satisfechas (art. 1966.1º del Código Civil (EDL 1889/1)); por lo que debemos afirmar que la cesión de derechos, a consecuencia de la capitalización de la renta alimenticia, carece de los requisitos necesarios en cualquier negocio jurídico, pues ni el consentimiento se ha prestado en legal forma, ni el derecho de alimentos puede ser objeto de dicha cesión, por estar fuera del comercio humano, ni por tanto, el negocio tiene una causa legal y licita, sino ilícita y contraria al ordenamiento jurídico, al tratarse de una materia que está fuera de la disposición humana, e, incluso, inmoral, ya que la finalidad pretendida con la cesión de derechos era impedir que, como consecuencia de unas deudas tributarias existentes y conocidas en la fecha de dicha cesión (26 de noviembre de 1992, mientras que la certificación de descubierto es de 9 de abril de 1991, notificada en 26 de abril siguiente), pudiese ser embargada y posteriormente adjudicada en subasta pública la finca urbana propiedad del deudor, saliendo la misma de su esfera patrimonial; por ello, y para evitar que el Notario autorizante de la escritura de cesión pusiese impedimentos a ésta, en la misma no se expresa el motivo o razón de su otorgamiento, ocultándose el mismo de manera intencionada y haciéndose constar la recepción de una cantidad, cuando en realidad ello no ocurrió así.

3. Incompensabilidad.

Con base en el art. 151.1 CC no se permite la compensación de la pensión por alimentos (futura) de los hijos menores con deudas entre los cónyuges. Ello como ya hemos expuesto, a salvo de que esté refrendado el acuerdo por el Juez.

La naturaleza de la pensión por de alimentos de los hijos menores, impide la compensación con una deuda del hijo para con el padre, este supuesto es difícil de imaginar. Dado el contenido de los arts. 1195 y 1196 CC y sin tener en cuenta que deben cumplirse los requisitos de la existencia de deuda líquida vencida y exigible, difícilmente nos vamos a encontrar con un supuesto en que ambas partes -padre e hijo- sean acreedores uno del otro, tratándose de hijos menores y el padre de los mismos. A priori este supuesto es imposible. Con todo, cabe destacar que la compensación con la pensión por alimentos se realiza en relación con deudas y créditos entre los cónyuges. De ahí la dificultad a la hora de darle validez al negocio jurídico compensatorio entre los cónyuges y respecto a un tercer acreedor que es el hijo menor de ambos.

Esta argumentación es recogida por las Sentencias: SAP Madrid 4 de mayo 2001[15] o SAP Madrid 25 de noviembre 2010[16].

En este mismo sentido la SAP Segovia 29 noviembre 2013[17] y respecto a la compensación de créditos cuando una de las deudas se refiere a las pensiones del hijo, "pues el beneficiario de las pensiones alimenticias fijadas en el contrato entre las partes es el hijo común, aunque las cantidades dinerarias se entreguen a la actora para su administración, exigiendo el artículo 1195 del Código Civil para admitir la compensación que las dos personas, por derecho propio, sean recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra, no dándose así en el presente caso pues todas las cantidades cuya reclamación se admite en esta resolución se refieren a créditos a favor del hijo de las partes".

4. Periodicidad.

El párrafo 2º del art. 151 CC pretende que la prestación de alimentos se lleve a cabo a su debido tiempo y anticipadamente, pero nunca con posterioridad, porque en este caso no sería útil al alimentista, al no permitirle satisfacer sus necesidades vitales.

El Código Civil establece en el art. 148 que se verificará el pago de los alimentos por meses anticipados. En este sentido, la capitalización de la pensión

15 SAP Madrid 4 mayo 2001 (EDJ 2001/57162).

16 SAP Madrid 25 noviembre 2010 (EDJ 2010/295872).

17 SAP Segovia 29 noviembre 2013 (EDJ 2013/258233).

por alimentos es bastante compleja ya que supone adelantar el pago o lo que es lo mismo, el pago de pensiones futuras. Del mismo modo, el art. 1814 CC -"(…) no se puede transigir sobre alimentos futuros. Con esta base existen Sentencias que consideran que no tiene cabida la capitalización de la pensión por alimentos por esta razón. En concreto:

SAP Baleares de febrero 2013[18]

La progenitora solicita una pensión de alimentos para su hijo pequeño (26 años), Luis de 300.000 euros o, en forma subsidiaria, una pensión fraccionada de la referida cantidad a pagar en seis años, esto es, 4.200 euros mensuales, más el IPC y una pensión de alimentos a favor de su hijo mayor (28 años), Enrique, de 200.000 euros, o de forma subsidiaria, una pensión mensual de 4.200 euros más el IPC a pagar durante cuatro años.

La sentencia de primera instancia declara extinguida la obligación del pago de alimentos con el hijo mayor, pues el mismo no convive con los progenitores y en su declaración manifestó tener vida independiente. Este pronunciamiento fue confirmado por la sentencia de apelación.

En cuanto al hijo pequeño, la sentencia condena al progenitor al pago de una pensión de alimentos de 2.000 euros mensuales, durante un lapso de tiempo máximo de 24 meses, para culminar sus estudios de postgrado en Londres. La Sentencia de apelación confirma el pronunciamiento con los siguientes argumentos: "Consideraciones todas ellas que, a juicio de la Sala, tampoco han quedado desvirtuadas por los argumentos del recurso, y ello sobre la base de que, por un lado, en modo alguno se justifica la reclamación de 300.000.-Eur. para alimentos, constitutiva de la petición principal, al no considerarse adecuada tal capitalización para dar cobertura a unos gastos de devengo sucesivo en el tiempo, como son los alimenticios, integrados por aquellos "indispensables para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica", por más que comprendan también "la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después, cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable" [art. 142 CC (EDL 1889/1)]. Siendo natural el seguimiento, al respecto, del *usus fori* consistente en una asignación mensual, consecuente con el devengo mensual del gasto y sin que la parte apelante justifique en su recurso las razones para un pago mensual superior al asignado en primera instancia y admitido por el padre. No siendo argumento en que fundar tal capitalización, reñida con el concepto de pensión de alimentos, el hecho de que el padre haya podido eventualmente realizar una donación inmobiliaria al otro hijo, al tener tal iniciativa una consideración jurídica

18 SAP Baleares 26 febrero 2013 (EDJ 2013/50247).

distinta a la alimenticia. Por lo tanto, se desestima también el recurso en este punto".

SAP Barcelona 19 noviembre 2008[19]

La Sentencia de primera instancia fija el pago de una pensión de alimentos de 200 euros a cada uno de los hijos menores a cargo del padre y desestima la solicitud de la capitalización de la pensión de alimentos prevista en el convenio extrajudicial firmado por ambos progenitores.

"De otra parte no estimamos procedente la capitalización de la pensión de alimentos que se efectúa en el convenio extrajudicial, por ser estipulación de alimentos futuros no objeto de transacción, por prohibirla el artículo 1814 del Código Civil, resultando aquilatada a las reglas del artículo 267 del Código de Familia de Cataluña las pensiones de alimentos acordadas en la sentencia de divorcio, no objeto de específica impugnación al respecto".

Con todo, y de lo expuesto en este epígrafe, no se admite la capitalización de la pensión por alimentos, por cuanto no se respetan alguno de los caracteres expuestos -carcácter personalísimo e indisponible, irrenunciabilidad, incompensabilidad y periodicidad-, si bien considero que existen fórmulas jurídicas adecuadas para poder integrar o garantizar el cumplimiento normativo esencial de la pensión por alimentos a través del pago capitalizado, como a continuación expongo.

V. CAPITALIZACIÓN DE LAS PENSIONES DE ALIMENTOS.

1. Capitalización de las pensiones debidas y de las futuras.

La capitalización de la pensión por alimentos puede ser un negocio jurídico lícito y adecuado si se lleva a cabo con las cautelas y garantías que merece la institución de la pensión por alimentos, dimanantes de procedimientos de crisis familiares para con los hijos menores, y deberá realizarse con base en los siguientes criterios:

- Determinar la pensión por alimentos respecto de los gastos ordinarios de forma mensual o anual.

- Cuantificar el valor del inmueble o parte del mismo que va a ser capitalizado a través de una tasación oficial.

- Indicar qué cantidad de años se está capitalizando la pensión, por lo que se debe fijar la fecha en la que se debería reanudar el pago de pensión por alimentos

19 SAP Barcelona 19 noviembre 2008 (EDJ 2008/293528).

y en qué términos. Por ejemplo, la cuantía que sirvió de base para el cálculo de la capitalización más el IPC anual. Esto significa que la capitalización no extingue de forma absoluta la obligación de pagar alimentos, sino únicamente hasta donde alcance el valor del bien -o su parte- que ha sido capitalizado. En caso de que no se especifique, nos podríamos encontrar con una resolución judicial curiosa como la SAP Córdoba, 8 mayo 2018[20] que entendió, en un supuesto de capitalización de la pensión por alimentos que estaba fijada en una cuantía concreta mensual, que una de las partes -adjudicataria del inmueble- asume la obligación del pago del otro progenitor a consecuencia de la capitalización referida. Es decir, asimila la capitalización como un acuerdo no de renuncia de pensiones futuras sino de asunción por el otro cónyuge de la obligación que tenía el que capitalizó la pensión. Creo que es una interpretación desafortunada desde un punto de vista de justicia material e incongruente y contra Ley porque la obligación de prestar alimentos es personalísima.

20 SAP Córdoba 8 mayo 2018 (LA LEY 131066/2018). (FD 2º.- SEGUNDO) A tenor de cómo se plantea el recurso, la cuestión discutida no es si es válido el acuerdo alcanzado de compensar alimentos con la mitad indivisa de la vivienda adjudicada a la demandante, sino si el mismo comprendió los alimentos futuros, sin limitación alguna que se derivase de la capitalización que apunta la parte recurrente de forma que cubierto el importe en que se valora esa mitad indivisa con las pensiones que se fueran devengando, el demandado tenía que volver a pagar esa pensión. Esto se dice en la medida en que en el recurso la parte se contradice en cuanto que dice que la escritura de adjudicación de la mitad indivisa de la vivienda del demandado, nada se dice de alimentos y sí de pensión compensatoria, para después decir que el acuerdo alcanzado suponía pagar con el valor que se le daba a esa mitad indivisa la pensión de alimentos fijada a cargo del demandado en la sentencia de divorcio de 1.3.2007. Pero es que, además, lo que se justificaba como esa adjudicación sin contraprestación inicial era el impago de pensiones y otros gastos propios de la vivienda que no había abonado el demandado como cotitular de la misma, por lo que los cálculos que ofrece la parte -cubriendo con ese importe las pensiones devengadas desde ese momento hasta la presentación de la demanda- no se corresponden con lo que la propia escritura recoge como antecedente. Nos hemos de remitir a la escritura de 20.9.2007 (n. 69 del listado página 5) cuyo objetivo es cesar la indivisión existente hasta ese momento en la titularidad de la vivienda que fue familiar, " en contraprestación de la pensión compensatoria citada " adjudicándose la misma a doña Raimunda" liberando dicha señora, por tanto como consecuencia de la disolución efectuada a su favor, del pago de la citada pensión a su ex esposo.... por haber sido valorada la adjudicación... en una cantidad equivalente a la pensión compensatoria establecida; liberando como consecuencia de ello la Señora Raimunda al Sr. Sabino del pago de las pensiones atrasadas y asumiendo exclusivamente el pago de las futuras". Parece que aunque se habla de " pensión compensatoria "cuando se añade lo de "citada" se está refiriendo a la única pensión a la que con anterioridad se refiere la escritura, que es la de alimentos, y lo hace para liberar la demandante al demandado de su pago, pero ante lo inconvenientes que supone el tratarse de un pensión a favor de hija menor y de la que no tiene disponibilidad, lo que hace la demandante -beneficiaria de la adjudicación- es liberarlo pero asumiendo ella el pago de esos alimentos, lo que entraña aquí la introducción como deudor de esa prestación a la madre que ya estaba obligada por el hecho de serlo, sin perjuicio de que se entienda cubierta esta su responsabilidad al tener consigo a la menor, pero sin que ello suponga la liberación frente al acreedor -hijo menor- que no consiente ni puede hacerlo legítimamente nadie en su nombre (artículo 151 del Código Civil), esa liberación, pues queda patente que es la demandante la que libera al demandado de esa obligación, asumiéndola ella, nada dice -ni podía decirlo- que lo liberaba en nombre de la menor beneficiario. No obstante, en tanto que el interés de la menor puede resultar afectado, notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal. Pero lo que aquí se presenta es que por las cuentas que realiza la parte demandante, se adeudan por el demandado determinadas sumas en concepto de pensión de alimentos no cubiertas con esa adjudicación. La interpretación que hace la sentencia es acorde con los términos que tiene el tenor de la escritura, sin entrar en mayores consideraciones puesto que aquí no se discute su validez o no, sino su interpretación. No hay base alguna para pensar que ese acuerdo supuso el percibo por adelantado por la demandante del importe de las pensiones que representara el valor dado a la mitad indivisa del inmueble que recibió, de forma que cubierta esa cantidad con el importe de determinado número de pensiones mensuales, el demandado tenía que seguir abonando las pensiones. Salvada la discrepancia entre que se habla de " pensión compensatoria" y que la pensión citada anteriormente era la de alimentos fijada en la sentencia de divorcio de 1.3.2007, la interpretación literal de lo recogido en la escritura no es otra que la que se hace en la sentencia, que lógicamente se considera aquí ajustada a Derecho.

- Respecto de los gastos extraordinarios no previsibles deberán ser satisfechos de conformidad con lo que pacten las partes -respecto del porcentaje- pero no podrá obviarse su existencia y no regularse nada al respecto.

Con todo, y como cuestión de orden público, por tratarse de derechos de los menores, deberá aprobarse el acuerdo por el Juez competente con la aquiescencia del Ministerio Público.

- Por último, es reseñable que la capitalización permite -para el caso de que se den las circunstancias adecuadas (cambio sustancial)- que se pueda entablar en un futuro una modificación de medidas, solicitando un aumento que sería adicional a la cantidad que en su día se satisfizo a través de la capitalización.

- Por otro lado, y por el carácter consumible de los alimentos, no veo viable una reclamación de cantidad por la sobrevenida extinción prematura de la obligación de prestar alimentos respecto a la cantidad que se pudiese considerar que excedía de lo capitalizado. Esta situación puede nacer en el supuesto de que los hijos alcancen la autonomía económica antes de lo que se había previsto por parte de los progenitores: supongamos el supuesto de hijos que se presume estudiarán una carrera y con cuyo fin se hizo el cálculo, y finalmente se ponen a trabajar a la mayoría de edad y no estudian. O el supuesto más doloroso pero posible como es el fallecimiento del hijo antes de alcanzar la mayoría de edad. Este supuesto es el enjuiciado en la SAP Madrid 14 junio 2019[21] que determinó la no devolución de

21 SAP Madrid, 14 junio 2019, (La Ley 159653/2019). (FD 5º). La capitalización implica una atención global, y los gastos y costes de manutención implican su consumo desde el momento en que se entrega, respondiendo a un propósito de atención del hijo en todas sus necesidades durante un lapso de tiempo, en el que se fija una fecha de inicio y otra de vencimiento, pero sin admisión de fraccionamiento alguno en el tiempo de dicha prestación. El acuerdo de capitalización al que se llega, implica una serie de renuncias y beneficios para ambos progenitores, en el cumplimiento de sus obligaciones, que es constatable en el presente caso, y que vinculan y explican el acuerdo como un todo, que no pude ser parcelado, como si de pagos anuales se tratara, y que excluyen la aplicación del enriquecimiento injusto. Lo que explica que en virtud del último convenio de 2014, el padre se obligaba al pago de una pensión capitalizada, que es evidentemente menor a la que le correspondería si se devengara mensualmente, de hecho en el primer convenio de 4/7/06, la pensión de alimentos es el doble (400€), que en el siguiente convenio en el que se reduce a 200€ mensuales. Admitiéndose la capitalización en base a un IPC que no es el anual correspondiente, sino el lineal de un 0,3%, igualmente con modificación del anterior convenio se suprime la contribución en un 50% a los gastos extraordinarios por el padre. De tal modo que D. Justo se beneficia de dicho modo de pago de la pensión de alimentos, en una reducción tanto de la cuantía como de su extensión a costes extraordinarios por el periodo de mayo de 2014 hasta los 23 años, y a cambio la madre custodia lo recibe de una vez en una suma global, con renuncia tanto a la suma pactada anteriormente en mayor cuantía y a la corresponsabilidad en los gastos extraordinarios. Por ello entendemos que no existe enriquecimiento alguno en el desplazamiento patrimonial de dicha pensión capitalizada en favor de los hijos, pues su entrega en una cuantía única y global, encierra un acuerdo en el que ambos progenitores ceden y se benefician en sus respectivos intereses o en el de sus hijas, libremente y con asunción de sus consecuencias. En modo alguno en el Convenio se pacta un fraccionamiento por años de dichas pensiones, la prestación es única, y consumida, y como tal sujeta a las disposiciones del art. 148 del CC, que prescribe que en el caso de fallecimiento del alimentista no procede la devolución de lo que se hubiese recibido anticipadamente. Existe, en consecuencia, justa causa en el desplazamiento patrimonial, cual es la prestación de alimentos de modo único, en una pensión anticipada y estimada por un periodo de tiempo en favor de la hija, y el fallecimiento de esta no lo convierte en un enriquecimiento en favor de la progenitora custodia, cuando esta renunció a su prestación mensual en una cuantía superior y a los gastos extraordinarios compartidos, por un montante global.

cantidad alguna al fallecimiento de la hija cuya pensión por alimentos había sido capitalizada, por la propia naturaleza consumible de los alimentos, como sucede en los casos de apelaciones en las que se reduce la pensión que se había acordado en primera instancia.

En conclusión, la capitalización de la pensión por alimentos es posible y viable si se cumplen todos los requisitos arriba indicados. Considero para el caso de que no se den todas las circunstancias arriba descritas estaríamos ante una nulidad de pleno derecho en consonancia con lo establecido en la SAP Málaga 29 abril 2015[22].

2. Capitalización de la pensión por alimentos a través de la atribución de bienes de la sociedad de gananciales a favor del cónyuge custodio.

Uno de los problemas más importantes dentro de las crisis familiares es el relativo a la liquidación de la sociedad de gananciales. La razón es obvia, los cónyuges se encuentran con el escoyo personal y emocional derivado de la ruptura y con la necesidad de regular medidas específicas relativas a los hijos comunes. Respecto de los hijos menores de edad, cuya protección legal es exhaustiva y causa de orden público se regula la custodia, visitas y pensión por alimentos.

La relevancia de la liquidación de la sociedad de gananciales viene determinada porque en muchas ocasiones es necesaria la liquidación para que se puedan cumplir las mediadas económicas que dimanan de los procedimientos de separación, nulidad o divorcio. En este sentido la capitalización de la pensión por alimentos a través de la atribución de bienes concretos de la sociedad de gananciales al cónyuge que se queda con la custodia de los hijos, puede ser una solución global a la crisis familiar, si bien para que sea válida y efectiva deberemos tener en consideración los siguientes condicionantes:

22 SAP Málaga 29 abril 2015 (La Ley 177938/2015). "(FD 3°) (…) carecería de validez cualquier pacto al respecto por oponerse a lo que dispone el artículo 151 del Código Civil que establece que el derecho de alimentos no es renunciable ni transmisible a un tercero, sin que tampoco pueda compensarse con lo que el alimentista deba al que ha de prestarlos; igualmente se opone a lo establecido en el artículo 751 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que preceptúa la indisponibilidad del objeto del proceso de familia, por lo que no surtirán efecto la renuncia, el allanamiento ni la transacción; y por último se opone igualmente a lo que para la transacción dispone el Código Civil en su artículo 1810 cuando dice que para transigir sobre los bienes y derechos de los hijos bajo la patria potestad se aplicarán las mismas reglas que para enajenarlos, por lo que hubiera sido necesario la autorización judicial con intervención del Ministerio Fiscal, y el artículo 1814, relativo igualmente a la transacción, que dispone que no se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros. Por todo ello se llega a la conclusión de que el apelante no ha probado la existencia de un acuerdo con la apelada sobre los alimentos del menor, hijo común de ambos, y que si lo hubiera hecho sería nulo de pleno derecho por ir en contra de lo dispuesto en la ley, artículo 1255 del Código Civil. Cuando en el capítulo IX del título IV del libro I de este mismo código se regula los efectos comunes a los procesos de familia, se habla en su artículo 99 de la posibilidad de capitalizar la pensión compensatoria, evidentemente por su carácter indemnizatorio y no de pensión alimenticia, pero no contempla la misma posibilidad en el artículo 93 por la propia naturaleza de la pensión alimenticia para los menores, que constituye una obligación permanente de asistencia a los hijos, a la que no se le puede poner a priori ni una fecha de caducidad ni una cuantía inalterable, dada la incertidumbre sobre la evolución de dicha obligación de asistencia económica de los progenitores para con sus hijos".

- Considero que la capitalización únicamente puede realizarse vía convenio regulador de mutuo acuerdo y ello porque es inviable que en un procedimiento contencioso de divorcio se pueda disponer de los bienes que componen el patrimonio ganancial y asignarlo para el pago de pensiones futuras, por la naturaleza jurídica de las diferentes instituciones y la incompatibilidad de procedimientos. Este convenio, que estará sometido a la aprobación judicial con informe favorable del Ministerio Público, puede tener salvedades por parte de este último, puesto que afecta a medidas de orden público por tratarse de pensión por alimentos de hijos menores. Respecto de la aprobación judicial y habida cuenta de que es una medida de *ius cogens*, el juez no está vinculado y podrá oponerse a su aprobación siempre que justifique que el acuerdo no es beneficioso para el menor.

- Respecto de la sociedad de gananciales debe hacerse la liquidación de este régimen económico matrimonial de forma simultanea al pacto de capitalización de la pensión por alimentos. No siendo posible, como he adelantado arriba -por la naturaleza propia de este régimen económico matrimonial- la adjudicación de cuotas, sino que tienen que estar perfectamente determinadas las partidas y los importes a capitalizar a través de la adjudicación de un bien concreto o la parte del mismo para el pago de la pensión.

- El convenio debe estar perfectamente estructurado y explicado y con determinación expresa de la cuantía mensual de la pensión, la cuantía de los bienes adjudicados al cónyuge custodio, y por tanto los años que se consideran pagados con la capitalización, además de contener la forma y porcentajes del pago de los gastos extraordinarios futuros e imprevisibles de los hijos menores. Así las cosas, transcurridos los años que cubren el pago de la pensión por alimentos a través de la capitalización, se deberá pagar la pensión en metálico -si procede- con las actualizaciones que hayan sido pactadas, y que desde mi punto de vista son necesarias.

Con todo, considero que la capitalización de la pensión por alimentos a través de la atribución de bienes de la sociedad de gananciales a favor del cónyuge custodio es un negocio jurídico válido y que, con las garantías expuestas, puede ser una opción óptima y práctica para desbloquear los problemas económicos surgidos en las crisis familiares.

REVICTIMIZACIÓN DE MENORES DE EDAD POR VIOLACIÓN SEXUAL Y ROL DE LOS OPERADORES DE JUSTICIA DE LA SELVA PERUANA EN EL MARCO DEL DERECHO A LA INTEGRIDAD*

REVICTIMIZATION OF MINORS DUE TO RAPE AND THE ROLE OF JUSTICE OPERATORS IN THE PERUVIAN JUNGLE IN THE FRAMEWORK OF THE RIGHT TO INTEGRITY

Rev. Boliv. de Derecho Nº 35, enero 2023, ISSN: 2070-8157, pp. 486-501

* El presente trabajo forma parte de la investigación de la suscrita titulada Derecho a la integridad, revictimización de niños por violación sexual y rol de los operadores de justicia de San Martín.

Erika Paola
CAMPOVERDE
FLORES

ARTÍCULO RECIBIDO: 5 de octubre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 15 de diciembre de 2022

RESUMEN: La revictimización de menores de edad que han sido víctimas de violación sexual muchas veces queda invisibilizada para los operadores de justicia, que, ante la carga procesal, la complejidad de los casos, la presión mediática y la desconfianza social, dejan de lado el derecho a la integridad de la víctima y las consecuencias jurídicas, sociales y psicológicas que eso conlleva. El presente estudio pone su atención en las omisiones, falencias y carencias de los operadores de justicia al momento de resguardar los derechos de las niñas y adolescentes.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la integridad; revictimización de menores de edad; violación sexual; operadores de justicia.

ABSTRACT: *The revictimization of minors who have been victims of rape is often invisible to justice operators, who, given the procedural burden, the complexity of the cases, the media pressure and social distrust, leave aside the right to the integrity of the victim and the legal, social and psychological consequences that this entails. This study focuses on the omissions, shortcomings and shortcomings of justice operators when it comes to safeguarding the rights of girls and adolescents.*

KEY WORDS: *Right to integrity; revictimization of minors; rape; justice operators.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. DERECHO A LA INTEGRIDAD DE LAS NIÑAS Y ADOLESCENTES: CONTRASTANDO LA LEGISLACIÓN Y LOS HECHOS.- III. REVICTIMIZACIÓN DE NIÑA O ADOLESCENTE VÍCTIMAS DE VIOLACIÓN SEXUAL: UN PROBLEMA DE NUNCA ACABAR.- IV. ROL DE LOS OPERADORES DE JUSTICIA ANTE CASOS DE VIOLACIÓN SEXUAL CONTRA NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES.- V. CONCLUSIONES.- VI. RECOMENDACIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

En la región San Martín, Perú, ocho de cada diez afectadas de violación son niñas o adolescentes, el 99% de las afectadas de los delitos sexuales son mujeres, de ellas, el 84% es niña o adolescente, un aproximado del 48% de los victimarios denunciados, eran conocidos de la persona afectada (Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer, 2014). Asimismo, el 23.5% de las personas que residen en la zona oriente del país, como es el caso de San Martín señalan que, por lo general, las mujeres tienen la culpa de ser violadas, por incitar al varón. Lo que quiere decir que la cultura machista, sexista y los prejuicios limitan el derecho de las afectadas a ejercer este derecho de modo efectivo.

Considerando lo expuesto, el presente estudio plantea la necesidad de debatir los efectos jurídicos, sociales y psicológicos que implica para una menor de edad víctima de violación sexual ser expuesta ante los medios de comunicación, ante las autoridades que tienen que investigar el hecho y ante la sociedad en general. Nos estamos refiriendo a la revictimización que se constituye en una nueva afectación por la que transcurre dicha menor de edad. Se trata de una experiencia que victimiza a una persona haciéndole recordar, revivir o insistir en la experiencia traumática que implica una violación sexual, más aún tratándose de una niña o adolescente[1]. La angustia, estrés, depresión y somatización que eso puede acarrear en la niña o adolescente son, en muchos casos, desbastadores.

Siendo así, queremos analizar no solo los efectos de la revictimización de menores de edad por violación sexual sino además el rol que cumplen los operadores de justicia de San Martín en donde se delimita geográficamente nuestro estudio. Este análisis se hará en el marco del derecho a la integridad, que como sabemos, es un derecho básico, más todavía cuando se trata de una infancia, que goza de una protección especial del Estado.

1 Cajusol Bravo, N. y Távara Alarcón, L.: *La revictimización de los menores de edad en el delito de violación sexual*, Universidad Señor de Sipán, Chiclayo, 2015.

• Erika Paola Campoverde Flores
Bachiller en Derecho, Abogada, Maestra en Derecho Penal y Procesal Penal, estudiante del Programa de Doctorado en Derecho en la Universidad César Vallejo-Perú, y trabajo como Fiscal Adjunta en la Fiscalía Provincial Mixta de la Banda de Shilcayo-Distrito Fiscal de San Martin-Perú. Correo electrónico: paolacf17@gmail.com.

II. DERECHO A LA INTEGRIDAD DE LAS NIÑAS Y ADOLESCENTES: CONTRASTANDO LA LEGISLACIÓN Y LOS HECHOS.

Desde la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y años más tarde con la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 el sistema jurídico internacional reconoce y ampara el derecho a la vida, señalando que el Estado, en lo posible debe resguardar la integridad y el desarrollo del niño, obligación que incluye tanto los aspectos que precisan los mínimos vitales como los que posibilitan los medios físicos, mentales, morales, psicológicos, y sociales, así como los contextos políticos, económicos y culturales pertinentes para su interacción como sujeto social tanto en lo general como en lo particular (Defensoría del Pueblo de Colombia, 2015).

Por su lado, la Convención de Belém do Pará, el cual el Perú ha suscrito, precisa que la violencia contra las mujeres es la acción basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto lo público y privado (art. 1).

En el plano constitucional, el derecho a la integridad se ubica en el listado de los derechos básicos que el Estado está obligado a garantizar, bajo responsabilidad. A partir del mandato constitucional, el art. 9 de la Ley 30364 establece que toda persona tiene derecho a ser valorado y educado, a estar libre de todo modo de discriminación, estigmatización, patrones estereotipados de prácticas sociales y culturales basadas en ideas de inferioridad y subordinación.

De otro lado, el Perú cuenta con un Protocolo base de actuación conjunta el cual recomienda a los operadores de justicia de hacer uso de una comunicación accesible y comprensible según la edad, nivel de comprensión, contexto cultural y lingüístico de la persona que recurre a sus servicios. En el caso particular de una mujer indígena debe ser orientada en su lengua materna por personal bilingüe[2]. Más, ¿qué ocurre cuando la legislación no se cumple? ¿cómo asegurar que una afectada por violación sexual y que la niña y adolescente sea salvaguardada en su derecho a la integridad?

En el caso peruano, y en particular, en un contexto socio cultural de selva[3], el contexto de los derechos de la infancia cobra mayor preocupación toda vez que sigue siendo una población vulnerable a una arraigada cultura machista, sexista y

2 Para ello el Ministerio de Cultura ha implementado un Registro Nacional de intérpretes y traductores de lenguas indígenas u originarias.

3 El MINISTERIO DE LA MUJER Y POBLACIONES VULNERABLES (2019) a través de la Política Nacional de Igualdad de Género había reconocido que la violencia tiene sus orígenes en una idea hecha cultura en que la mujer no valía sino tan solo para servir al hombre y a los hijos, y que no se valoraba el rol social, cultural, familiar y político que podía asumir la mujer. Para el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables este contexto implica el enorme reto para el Estado de transformar dichos patrones socioculturales.

en la que la cosificación de la mujer es asumida como una conducta normalizada, justificada e incluso motivo de burlas, bromas y objeto de programas "cómicos" e insumo para marketing de diversos productos. Todo lo mencionado forma parte de una violencia más estructural denominada violencia de género, el cual posee múltiples factores dentro de un contexto nacional en la que predomina la discriminación estructural basado en el género[4].

Se requiere asumir que la violencia sostenida y desarrollada por cuestiones de género contra las mujeres es una situación recurrente y que posee múltiples factores, uno de los cuales es el contexto de discriminación estructural e histórico basado en el género, el cual requiere una intervención preventiva a varios niveles: secundaria[5] y terciaria[6].

Los hechos evidencian que la violencia sexual contra la infancia les afecta en su salud emocional y física, con efectos inmediatos, mediano y largo plazo; afectando la confianza en sí misma, en los demás, en su presente y en su futuro. En el aspecto físico y emocional puede dejar secuelas o lesiones para toda su vida pues la puede destruir emocionalmente, minar su autoestima y autoeficacia, aumentando las probabilidades de indefensión aprendida. En lo relacional, disminuye las competencias interpersonales, ocasionando desconfianza, dificultades para relacionarse y socializar con otras personas (Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, 2020). El presente y el futuro de la infancia queda a la deriva.

Toda víctima de violación sexual es afectada, entre otros, además en el derecho a la integridad. Lo que no podemos dejar de advertir es que siendo la afectada una niña, niño o adolescente, la situación y sus consecuencias se agravan más. Es por ello que el derecho a la integridad, en todas sus vertientes, de este público vulnerable cobra mayor relevancia y debe ser motivo de atención por parte de los juzgadores.

4 Cabe indicar que el MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS (2019) cuenta con un Programa Presupuestal orientado a Resultados para la reducción de la violencia contra la mujer, en la que se verifica toda la problemática antes mencionada. Ello significa que el Estado peruano invierte y asigna presupuesto para contrarrestar la violencia de género desde un enfoque de resultados. Así entonces, las entidades públicas deben configurar su accionar, estrategias y programas por verificación de resultados, superando así la visión paternalista, asistencialista y coyuntural del fenómeno de la violencia de género. El enfoque por resultados nos parece un avance cualitativo y cuantitativo importante en el abordaje de la violencia de género.

5 La prevención secundaria tiene como objetivo evitar la reincidencia o escalamiento de la violencia en población que haya experimentado, ejercido o favorecido actos de violencia o que evidencie signos iniciales de haberla experimentado o perpetrado. En los casos iniciales o menos severos de violencia, se busca una identificación temprana e intervención rápida y eficaz (MINISTERIO DE LA MUJER Y POBLACIONES VULNERABLES, 2020).

6 La prevención terciaria tiene como objetivo salvaguardar a las sobrevivientes y afectadas de violencia, así como atender sus necesidades a corto y largo plazo. Su objetivo principal no es necesariamente la prevención, pero aporta a ella de modo indirecto (MINISTERIO DE LA MUJER Y POBLACIONES VULNERABLES, 2020).

La Organización Mundial de la Salud (2003) señala que, en América Latina, únicamente 5% de las mujeres, que son afectadas por violencia sexual, denuncian estos hechos. Entre los factores por las cuales no denuncian se encuentra: desconocimiento de las competencias de las autoridades, miedo, vergüenza, poco respaldo de la administración de justicia, temor a ser etiquetadas socialmente. Es decir, el desconocimiento en el proceder de la denuncia, el miedo, vergüenza, siguen siendo causas de que la afectación al derecho a la integridad de la infancia quede en una situación de impunidad y vulnerabilidad.

Estamos pues ante un escenario en que la legislación, la doctrina y los hechos respecto a la violencia sexual contra la infancia, nos dejan más preocupaciones que afirmaciones; más preguntas que respuestas; más desafíos que logros. Cuando parece que avanzamos, resulta que retrocedemos. Cuando parece que por fin aprendimos a no seguir revictimizando, pues resulta que se sigue haciendo sin ningún remordimiento.

III. REVICTIMIZACIÓN[7] DE NIÑA O ADOLESCENTE VÍCTIMAS DE VIOLACIÓN SEXUAL: UN PROBLEMA DE NUNCA ACABAR.

La violencia sexual implica conductas de naturaleza sexual que se realiza contra una persona sin su autorización o de modo coaccionado. Incluye acciones que no solo pueden implicar penetración o contacto físico alguno (tocamientos indebidos, mutilación genital o desnudez forzada). Además, se considera violencia sexual a la exposición a material pornográfico, entre otras conductas que transgredan el derecho de las personas a decidir de modo voluntario acerca de su vida sexual o reproductiva, a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación[8] (Poder Judicial - Comisión de Justicia de Género y Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2021).

Como lo advierte Aguilar Cabrera[9], el abuso sexual es un grave asunto de salud estatal y de derechos fundamentales, es una situación de una magnitud compleja, con afectaciones emocionales y psicológicas gravosas para quienes lo sufren y como efecto de ello a corto y largo plazo que vulnera la salud mental de las personas sometidas a ello. El abuso a la infancia vulnera con gravedad su integridad emocional, física, psíquica, ocasionándoles sentimientos de culpa, estado depresivo, ansiedad, sueño alterado, desgana para alimentarse, tendencia

7 Revictimizar significa reexperimentar la profunda experiencia traumática a la presunta víctima, el cual conlleva el incremento del daño sufrido por la víctima como consecuencia de acciones u omisiones inadecuadas de parte de las entidades encargadas de la atención, protección, sanción y recuperación de la violencia (Numeral 6 del art. 4 del Reglamento de la Ley N° 30364).

8 Un caso emblemático de violencia sexual forzada se resolvió en la Sentencia de la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS de fecha 20 de noviembre de 2014. Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, pp. 191-194.

9 Aguilar Cabrera, D.: "Apuntes sobre la violación sexual contra menores de edad. Una realidad insostenible en el Perú", *Revista Pensamiento Penal*, Buenos Aires, 2018.

al suicidio, problemas educativos, adicciones y trastornan el desarrollo psicosexual de la persona.

Desde hace varios años atrás el Ministerio Público (2013) señalaba a través del Observatorio de la criminalidad de cifras cada vez más alarmantes: son casi 18 mil denuncias por este tipo de delito a nivel nacional, es decir un promedio de 49 casos diarios, siendo 3,796 las denuncias en la ciudad capital. El Observatorio del Ministerio Público señala que el 75% de las afectadas fueron el sector infantil y el 34% fueron ultrajadas sexualmente en sus propias casas. Es decir, estamos hablando de una situación escalofriante, dramática y -lamentablemente- cada vez más en aumento.

Además, esta situación resulta alarmante porque el Perú ocupa el tercer puesto en casos de denuncias por violación sexual a nivel global y el primer lugar entre los países de América Latina donde se registran más casos por violencia sexual; estamos por debajo solo de países como Etiopía y Bangladesh. Esta situación es un reflejo del arraigado, permitido e histórico machismo, contexto en que las mujeres no pueden ejercer sus derechos plenamente[10].

Si a ese escenario le sumamos la revictimización por la que transcurre la víctima al largo del proceso, e incluso de su vida, las consecuencias terminan siendo devastadoras. Es por ello que la CIDH señala que los operadores de justicia deben considerar que las preguntas a una víctima de abuso sexual relativas a la vida sexual resultan innecesarias por ser revictimizantes y que sus prácticas en las investigaciones judiciales pueden constituir estereotipos discriminantes y, por tanto, vulneratorios (Caso Azul Rojas Marín y otra vs Perú).

En otro caso, la CIDH ha señalado que cuando se hace uso de esquemas mentales y prejuicios culturales en los casos de violencia contra la mujer se vulnera el derecho a una vida libre de violencia, más aún cuando estos esquemas mentales y prejuicios culturales por parte de las autoridades competentes limitan el desarrollo de procesos judiciales apropiados, limitándose el derecho al acceso a la justicia por el solo hecho de ser mujeres. Cuando el Estado no realiza acciones precisas para erradicarlos, los refuerza e institucionaliza, lo cual ocasiona y reproduce violencia contra la mujer (Caso Gutiérrez Hernández y otros vs. Guatemala.). Complementando la postura de la Corte, el Comité de CEDAW señala que el Estado debe hacer todo lo posible para que las mujeres confíen en un sistema de justicia libre de prejuicios, estereotipos y que esta sea imparcial y que no se vea comprometida por sesgos, mitos y estereotipos. La eliminación de esos prejuicios

10 Aguilar Cabrera, D.: "Apuntes sobre la violación sexual contra menores de edad. Una realidad insostenible en el Perú", cit.

en los sistemas de justicia es una acción necesaria para asegurar la igualdad y la justicia para las afectadas (Recomendación General N° 33 del Comité CEDAW).

Para contrarrestar y evitar la revictimización el Estado debe asegurar y adoptar todas las acciones y medidas para prevenir que las afectadas puedan sufrir daños más allá de los generados por las acciones violentas; mucho menos, derivados de una deficiente acción estatal. Para que ello no ocurra se debe: 1) evitar comentarios que permitan las acciones de violencia en su contra o que los quieran minimizar; 2) garantizar que no haya contacto con el agresor en el contexto de la presentación de la denuncia, audiencias, investigación u otros escenarios similares; 3) asegurar la privacidad de la afectada al momento de tomar la manifestación; 4) desarrollar los procesos en un plazo razonable; 5) evitar que la afectadas declare más de una vez, si esto es innecesario (Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, 2020). Ante ello, cabe la pregunta ¿qué tanto se están cumpliendo estos lineamientos preventivos de la revictimización? ¿cómo actúan los jueces ante casos de violencia sexual? ¿qué desafíos siguen pendientes? Son cuestiones que se intentan responder a continuación.

IV. ROL DE LOS OPERADORES DE JUSTICIA ANTE CASOS DE VIOLACIÓN SEXUAL CONTRA NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES.

En cuanto al tratamiento judicial en los casos de violación sexual contra la infancia el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional se ha manifestado en diversas ocasiones y ha planteado una serie de criterios jurisprudenciales que conviene recordar.

En el R.N N° 1714-2002-Piura del 9 de octubre de 2002 considera al resolver este tipo de delitos como la prueba a partir de los certificados médicos legales y de testigos. Para este Tribunal, quedó demostrado el delito de violación de la libertad sexual y la responsabilidad penal del imputado, según se advirtió de los certificados oficiales, los que fueron ratificados y que concluyeron que las niñas afectadas evidencian desfloración antigua; además del uniforme en la que sindican al procesado, su padre, atribuyéndole la autoría de la agresión sexual de la cual han sido afectadas. Si el victimario es padre de la víctima la Corte Suprema sostiene que debe ser sentenciado además a la pena de inhabilitación para ejercer la patria potestad de todos sus hijos, regulado en los arts. 36 y 39 del Código Penal (R.N N° 1714-2002-Piura).

Es de agregar que los operadores de justicia están aplicando la cámara Gessel en las investigaciones preliminares para este delito. Para el uso de la cámara

Gesell el perito-psicólogo actúa como moderador de la sesión[11]. En el Pleno Jurisdiccional Regional Penal sobre explotación sexual y comercial de la infancia de jueces señalaron otras pruebas que la complementan: evaluación del médico a la afectada, evaluaciones psicológicas y psiquiátricas tanto de la afectada como del presunto violador, con particular cuidado en el perfil psicosexual del imputado.

Respecto a la evaluación sociológica este debe realizarlo un experto competente a fin de determinar los aspectos del desarrollo de la afectada y del presunto agresor, en la familia y en lo social que posibilite comprender su modus vivendi. Además, podría estudiar la vestimenta, objetos u otros aspectos relacionados a la afectada en las circunstancias en que se realizó el hecho inmediatamente posterior. El magistrado puede autorizar la prueba de ADN en las secreciones vaginales o muestra de sangre si se engendró un nuevo ser.

En otro caso llevado ante el Poder Judicial este determinó que no se acreditó la responsabilidad del imputado ya que solo existe en su contra la sindicación que realiza la víctima supuesta y su madre, no se cuenta en el expediente con pruebas contundentes que posibilite concluir al juez con la certeza necesaria sobre la responsabilidad del imputado. Además, se tiene en cuenta que el Certificado Médico señala como resultado "himen complaciente, no signos contranatura". Para la Sala esta conclusión no es suficiente para señalar si fue el imputado el autor del hecho denunciado; tanto más, si la afectada en su denuncia refiere que el agresor con fecha 15 de abril del 2000 trató de violarla, llegando, incluso, a generarle lesiones corporales y al ser verificado con el resultado del Certificado Médico señala que no se evidencia huellas de lesiones traumáticas recientes (Recurso de Nulidad N° 1165-2004 Lima).

De igual forma, el Poder Judicial determinó que la afectada manifiesta himen complaciente y acto contra natura antiguo (R.N. N° 3508-2005 Huaura). Asimismo, en la Ejecutoria Suprema R. N. N° 294 - 200556 Lambayeque, el Poder Judicial señala que el certificado médico menciona que existe himen complaciente en la afectada al ser examinados los peritos médicos en el proceso oral manifiestan que puede haber existido un sin número de actos sexuales pero el himen siempre va a tener el mismo diámetro, lo que no excluye de modo preciso la inexistencia del acto sexual en el caso denunciado.

Mientras que en la R. N. N° 2888-2005 Cono Norte sostiene que el certificado médico señala que la niña evidenció himen complaciente con lesión equimótica y al ser analizado en el proceso el perito médico señaló que las lesiones fueron ocasionadas por la presión de un elemento duro que pudo ser generado por un

11 Arbulú Martínez, V. "Delitos sexuales en agravio de menores. Incidencia en la Provincia del Callao. Año 2004 al 2009", en *Portal Anuario de Derecho Penal*, Perú, 2012.

miembro viril; por lo que la denuncia de la afectada es válida y por ello sostiene que el imputado la violó.

Asimismo, en la R.N. N° 4155-2004 Cusco, del 7 de abril del 2005, el Poder Judicial señala que se revierte la poca contundencia de la prueba del himen complaciente pues si bien es cierto ha indicado que la niña presenta un himen de este tipo, también lo es que dicho examen médico ha probado las lesiones corporales recientes sufridas por ella y que ligado al dictamen pericial de biología forense que se le hizo se ha determinado la presencia de espermatozoides en su vagina, generando certeza respecto a lo afirmado por la niña.

Por su lado, el Tribunal Constitucional en más de una ocasión ha determinado que la violencia que ocurre en el seno familiar es una de las más perniciosas, gravosas y atentatorias contra derechos fundamentales: vida, integridad personal, libre desarrollo e igualdad, a una vida libre de violencia cualquiera sea su modalidad (Exp. n° 03378-2019-PA/TC ICA).

En tanto, las instancias del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, de la que el Perú está adscrito, en más de una ocasión también se han pronunciado respecto a la situación de vulnerabilidad de las mujeres indígenas que buscan acceder a sistemas de justicia. La CIDH ha señalado que, para asegurar el acceso a la justicia de las afectadas que pertenezcan a un pueblo indígena, esta debe realizarse con la debida diligencia, sin limitaciones y sin discriminación. Para ello, el Estado debe garantizar que las mujeres indígenas puedan comprender y hacerse comprender en los procesos, facilitándoles intérpretes u otros mecanismos efectivos para ello. Además de garantizar que las afectadas no hagan esfuerzos para acceder a la justicia competente de resolver los casos en los que esté inmersa (Caso Tiu Tojín vs. Guatemala).

La CIDH reconoce que la violencia contra las mujeres indígenas se encuentra relacionada con los modos continuos e interseccionales de discriminación. Dicha discriminación aporta al estereotipo según el cual son inferiores, sexualmente disponibles y/o afectadas fáciles. Las violaciones de los derechos colectivos, civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y sexuales son un modo de violencia estructural y sistémica contra las mujeres indígenas (Informe Las mujeres indígenas y sus derechos humanos en las Américas, 2017).

De la casuística antes expuesta se evidencia pues que para los jueces no existen criterios uniformes al momento resolver un caso, dado que cada denuncia debe ser investigada conforme a los medios probatorios ofrecidos, las circunstancias, las pericias practicadas y el aporte de los científicos, técnicos y peritos que brindan en el esclarecimiento de los hechos denunciados. Se trata pues de casos complejos y delicados al mismo tiempo que requieren del juzgador capacidad de análisis,

sentido común y hacer uso de su experiencia, sin dejar de actuar como perito de peritos.

Lo que también se evidencia de los casos analizados es que los magistrados hacen uso de los aportes de la doctrina especializada y de la jurisprudencia que sirve como precedentes orientativos en la resolución de los casos que tienen entre manos, sabiendo que de su decisión depende la restitución de los derechos conculcados de la infancia, evitando su revictimización y prolongación de la afectación ya ocasionada.

De cualquier forma, los operadores del Derecho y los que administran justicia deben considerar y establecer procedimientos eficaces para la mujer que haya sido violentada, que incluyan: medidas de protección, juicio oportuno y acceso efectivo a procedimientos oportunos, céleres y transparentes (art. 7 de la Convención de Belém do Pará). Como también lo ha señalado CIDH cuando ha resuelto denuncias en la que las mujeres enfrentan diversas limitaciones o barreras para acceder a la justicia, por lo que refiere que los Estados están facultados a asumir acciones efectivas para cambiar contextos discriminatorios que aún existen, siendo los más perjudicados los más vulnerables.

Asimismo, el Comité de la CEDAW ha planteado recomendaciones a los Estados a fin de que, con medidas efectivas, se obtenga un acceso efectivo a la justicia de las mujeres. Las Recomendaciones de la CEDAW se rigen por seis componentes relacionados entre sí. Estos son:

a) Justiciabilidad: implica el acceso irrestricto a la justicia, así como a la capacidad y el poder de demandar sus beneficios.

b) Disponibilidad: implica la existencia de instancias en todo ámbito del país, así como su funcionamiento y financiamiento.

c) Accesibilidad: implica que las instancias judiciales tanto ordinarios como extrajudiciales sean seguros, se puedan costear y sean físicamente accesibles a las afectadas; además que sean adaptados y apropiados a sus requerimientos, incluidas las que hacen frente a modos discriminatorios (Recomendación General n° 33).

d) Buena calidad: es decir, que todas las dimensiones del sistema de justicia se ajusten a los estándares internacionales de competencia, eficiencia, independencia e imparcialidad. Ello supone que se provea de modo oportuno mecanismos eficaces que se apliquen y generen una resolución del conflicto. Se requiere de un sistema dinámico, participativo, innovador y sensible a las cuestiones de género y a las demandas de justicia que se demandan.

e) Aplicación de recursos: Se necesita de un sistema de justicia viable y una reparación efectiva de cualquier daño que las afectadas puedan haber sufrido.

f) Rendición de cuentas: para ello se vigilará que el sistema de justicia funcione conforme a los otros componentes y vigilar a los operadores del sistema de justicia a que sea así.

V. CONCLUSIONES.

1ª) Es innegable que hoy en día las mujeres siguen siendo afectadas de una discriminación estructural, histórica, sistémica y arraigada de tal modo que se le justifica, niega y banaliza. Aun cuando se ha desarrollado y aprobado una importante legislación e implementado una institucionalidad para abordarla, el Estado y la sociedad siguen siendo ineficientes para enfrentarlo.

2ª) La violencia sexual contra la infancia es una problemática que expresa una fuerte desigualdad históricamente arraigada y estructuralmente asumida la cual está basada en el género. Este tipo de violencia es un indicativo visible y lacerante de la discriminación estructural basada en el género y en la edad. Es decir, ser niña y adolescente conlleva un doble peligro -por el hecho de ser mujer y ser niña- y una mayor vulnerabilidad.

3ª) La infancia de la selva peruana sigue siendo víctima de unas condiciones socioculturales desventajosas, estereotipadas y subordinadas, la cual manifiesta una asignación desigual de los roles sociales y el valor y cosificación que recibe la mujer y la niña en particular. Ella se constituye en un objeto de placer, gozo y dominación del varón. Por tanto, la afectación que ellas sufren es de una triple dimensión: por ser mujer, por ser niña y por pertenecer a una comunidad nativa.

4ª) Resulta valioso la aprobación o suscripción de normativas, Protocolos, Tratados que obligan al Estado a proteger a las afectadas de abuso sexual y que exista una institucionalidad que la aborde. Asimismo, desde la práctica jurisdiccional tanto a nivel nacional como internacional se aprecia que los jueces cada vez más aplican un enfoque intercultural, de género e interseccional, reconociendo que las mujeres y las indígenas quieren de una protección particular, oportuno, diligente y accesible. La administración de justicia está posibilitando que la población indígena crea y legitime al Estado en su rol protector y reparador ante derechos conculcados.

VI. RECOMENDACIONES.

1ª) El Estado a través del Gobierno Regional y los gobiernos locales de la selva deberán implementar políticas públicas que enfrenten la violencia sexual

contra las niñas y adolescentes desde un enfoque de género, derechos humanos e interculturalidad, a corto, mediano y largo plazo. Se trata de asumir decisiones y políticas históricas para problemas históricos.

2ª) El Poder Judicial a través de la Comisión de Justicia de Género, con el apoyo económico del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo debe implementar programas permanentes de formación y actualización teórico-práctico para magistrados y auxiliares de justicia respecto a derechos fundamentales de la infancia, enfoque intercultural y género.

3ª) Los operadores del Derecho y, en particular, los que tutelan derechos y administran justicia, deben hacer el esfuerzo para que la interpretación de las normas sea transversalizada por el enfoque de género y aseguren el ejercicio de los derechos básicos, en particular el de la indemnidad sexual, libertad sexual y los derechos culturales.

4ª) El Estado, a través del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, debe prever y dotar de recursos económicos, logísticos, técnicos y operativos para que la institucionalidad creada para enfrentar la violencia sexual contra las niñas indígenas, funcione, sea eficiente, oportuna, diligente, accesible y confiable. Fortalecer dicha institucionalidad resulta un imperativo ético, político, social e histórico que el Estado decididamente debe asumir.

BIBLIOGRAFÍA

Aguilar Cabrera, D.: "Apuntes sobre la violación sexual contra menores de edad. Una realidad insostenible en el Perú", *Revista Pensamiento Penal*, Buenos Aires, 2018.

Arbulú Martínez, V. "Delitos sexuales en agravio de menores. Incidencia en la Provincia del Callao. Año 2004 al 2009", en *Portal Anuario de Derecho Penal*, Perú, 2012.

Cajusol Bravo, N. y Távara Alarcón, L.: *La revictimización de los menores de edad en el delito de violación sexual*, Universidad Señor de Sipán, Chiclayo, 2015.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de fecha 26 de noviembre de 2008. Caso Tiu Tojín vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2017). Las mujeres indígenas y sus derechos humanos en las Américas. OEA/Ser.L/V/II, de fecha 17 de abril de 2017. https://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/Brochure-MujeresIndigenas.pdf.

Comité de CEDAW. Recomendación General N° 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia, CEDAW/C/CG/33.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gutiérrez Hernández y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Azul Rojas Marín y otra vs Perú. Sentencia de 12 de marzo de 2020.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de fecha 12 de marzo de 2020. Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

Convención de Belém do Pará. 1994.

Comité CEDAW. Recomendación General N° 33.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 20 de noviembre de 2014. Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

Defensoría del Pueblo de Colombia. Derecho a la vida y a la integridad personal. 2015. http://www.iin.oea.org/boletines/boletin1/listado/descargar/15/Capitulo3.pdf.

Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer. En San Martín, 8 de cada 10 víctimas de violación son menores de edad. 2014. https://www.demus.org.pe/noticias/en-san-martin-8-de-cada-10-victimas-de-violacion-son-menores-de-edad/

Ley 30364. Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar. 2015.

Ministerio Público. Observatorio de la criminalidad. Lima. 2013.

Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. Política Nacional de Igualdad de Género. Lima. 2019.

Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables ¿Cómo prevenir la violencia contra las mujeres mediante la inserción laboral? Sistematización y recomendaciones en base a experiencias de trabajo conjunto entre el sector público y privado. Lima. 2020.

Ministerio de Economía y Finanzas. Programa Presupuestal orientado a Resultados para la reducción de la violencia contra la mujer. Lima, Perú. 2019.

Organización Mundial de la Salud. Informe Mundial sobre la violencia en el Mundo. Washington D.C. 2003.

Poder Judicial. R.N. N° 3508-2005 Huaura del 21de diciembre de 2005.

Poder Judicial. Ejecutoria Suprema R. N. N° 294 - 200556 Lambayeque del 18 de abril de 2005.

Poder Judicial. Ejecutoria Suprema. Recurso de Nulidad N° 1165-2004 Lima, 15 de febrero de 2005.

Poder Judicial. R.N N° 1714-2002-Piura del 9 de octubre de 2002.

Poder Judicial. N. N° 2888 - 2005 Cono Norte, 13 de octubre de 2005.

Poder Judicial. R.N. N° 4155-2004 Cusco, del 7 de abril de 2005.

Poder Judicial - Comisión de Justicia de Género y Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. Manual para el dictado de medidas de protección en el

marco de la Ley 30364 Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar. Lima. 2021.

Tribunal Constitucional. Exp. n° 03378-2019-PA/TC ICA.

LA CONFESIÓN DEL IMPUTADO Y LA GARANTÍA DE NO AUTOINCRIMINACIÓN EN EL SISTEMA INQUISITIVO

THE CONFESSION OF THE ACCUSED AND THE GUARANTEE OF NON-SELF-INCRIMINATION IN THE INQUISITORIAL SYSTEM

Rev. Boliv. de Derecho Nº 35, enero 2023, ISSN: 2070-8157, pp. 502-515

"El objeto de la tortura es hacernos soltar la lengua y largar, entre gritos y vómitos sanguinolientos, el secreto de todo"

Jean-Paul Sarte

Guido Adrián
PALACÍN

ARTÍCULO RECIBIDO: 16 de noviembre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 15 de diciembre de 2022

RESUMEN: Históricamente, la excesiva intervención corporal/espiritual del Estado absolutista intervenía sobre el cuerpo, castigándolo, y de la Iglesia que lo hacía sobre las almas para preservarlas. Dicho Estado medieval y de tipo monárquico, religioso y confesional, presenta a Dios y a la espada como dos elementos que van de la mano y son una expresión de su violencia. La garantía de no autoincriminación nace en los tiempos del iluminismo como respuesta a la intervención, más que excesiva y carente de toda limitación y parámetro por sobre la vida, del estado absolutista junto con la iglesia católica. El cuerpo, como objeto de tormento, deja de ser viable y tolerable, pues ahora el acusado pasa a ser también un sujeto de derechos.

PALABRAS CLAVE: Confesión; autoincriminación; sistema inquisitivo; debido proceso.

ABSTRACT: *Historically, the excessive corporal/spiritual intervention of the absolutist State intervened on the body, punishing it, and of the Church, which intervened on souls to preserve them. This medieval, monarchical, religious and confessional State presents God and the sword as two elements that go hand in hand and are an expression of its violence. The guarantee of non-self-incrimination was born in the times of enlightenment as a response to the intervention, more than excessive and lacking in any limitation and parameter over life, of the absolutist state together with the Catholic Church. The body, as an object of torment, ceased to be viable and tolerable, since now the accused also became a subject of rights.*

KEY WORDS: *Confession; self-incrimination; inquisitorial system; due process.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. HISTORIA DE LA CONFESIÓN.- III. LA CONFESIÓN COMO PRUEBA.- IV. LA CONFESIÓN EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL.- V. *NEMO TENETUR* Y SU RECEPCIÓN EN LA CONSTITUCIÓN.- VI. PALABRAS FINALES.

I. INTRODUCCIÓN.

Buena parte del control social es ejercido por el sistema punitivo, mediante el cual, se solucionan conflictos sociales que tienen como base la sanción de una conducta dañosa a un valor social protegido penalmente.

Bien sabemos que el derecho penal actúa solamente a través del proceso penal, siendo el principal objetivo de éste la averiguación de la verdad histórica sobre la comisión de un hecho catalogado como un delito, con el fin de aplicar una pena. "La búsqueda de la verdad se encuentra ligada a los medios de prueba y, en consecuencia, a la naturaleza de la declaración del imputado. La idea de la verdad histórica, o conocer lo que realmente aconteció, se convirtió en un fin peligroso, pues justifica cualquier medio para obtenerla. Ello convirtió al juez instructor y al Ministerio Público en examinadores inquisitivos del imputado, justificando métodos como la tortura y exhortación para conducirse con verdad, con el fin de conocer esa realidad, negando los intereses del acusado en esa búsqueda"[1].

Históricamente, la excesiva intervención corporal/espiritual del Estado absolutista intervenía sobre el cuerpo, castigándolo, y de la Iglesia que lo hacía sobre las almas para preservarlas. [Dicho Estado medieval y de tipo monárquico, religioso y confesional, presenta a Dios y a la espada como dos elementos que van de la mano y son una expresión de su violencia] (acá agrego el estado absolutista medieval de tipo monárquico, religioso y confesional dos elementos juntos, dios y la espada, ambos van juntos en este tipo de estado y la expresión de su violencia, sobre la vida de sus súbditos, esto "significó la piedra de toque a partir de la cual el orden público desplegaría una catastrófica restricción de libertades y derechos, fincados en la persecución y castigo de la herejía, así como de todos aquellos actos calificados como sediciosos"[2].

II. HISTORIA DE LA CONFESIÓN.

1 Morales Brand, J. L. E.: "*¿Defensa o* autoincriminacion? Sobre la Declaracion del Imputado en el Sistema Penal Acusatorio", *Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*, núm. 12, 2014, pp. 123–144.

2 Durán Muñoz, G. J.: "El derecho fundamental a no autoinculparse: Trazos de su desarrollo histórico", *Enfoques Jurídicos*, núm. 2, 2020, pp. 28–40.

• Guido Adrián Palacín
Abogado por la Universidad de Palermo (Buenos Aires, Argentina). Maestrando en Derecho Penal en la Universidad de Buenos Aires. Correo electrónico: palacinguido@gmail.com.

Foucault escribe que, desde la Edad Media, "las sociedades occidentales establecieron la confesión como uno de los principales rituales en los que nos basamos para la producción de la verdad"[3]. El Tribunal inquisitorial del Santo Oficio, a través del miedo y sus métodos inhumanos de investigación y castigo, fue el instrumento de control social y disciplina favorito del Estado absolutista. "Es precisamente en este marco, en donde se aprecia la indebida y coaccionada colaboración del reo con su propia condena, al proporcionar a la autoridad investigadora, datos e informaciones que le incriminaban en su propia causa, provocando el ejercicio del *iuspuniendi* por parte del Estado"[4].

En el proceso inquisitivo el interrogatorio al acusado por parte del fiscal era el primer abordaje para obtener la confesión por cualquier medio y se realizaba mediante el "actuar despótico del poder público en el procesamiento y castigo penal de los criminales, a la luz *prima facie* de la presunción de su culpabilidad y para la obtención de confesiones por medio de la tortura"[5]. Esta conducta por parte del Estado ha llevado "a preguntarse si es posible que la ley pueda forzar al hombre al acto antinatural de autoincriminarse"[6].

El derecho a no autoincriminarse surge en la Edad Media y se desarrolló en forma gradual en el derecho anglosajón, bajo la máxima latina *nemoteneturseipsumaccusare,* que significa que ninguna persona está obligada a acusarse a sí misma. Este derecho tiene como principal fundamento el impulso natural del ser humano a la auto-preservación, pues "la tendencia de todo comportamiento humano va inconscientemente acompañada de un resguardo de la propia existencia, siendo entonces contrario a la naturaleza forzar al ser humano para que reconozca algo que le traerá aparejadas consecuencias perjudiciales"[7].

Con el avenimiento de las ideas iluministas, el derecho penal no solo reconoció al imputado como un sujeto de derecho, sino que también se rodeó al sistema punitivo de un discurso encargado de advertir manifestaciones inadmisibles del sistema penal en cualquiera de los niveles en los cuales se desarrollara esa instancia de poder. Se declaró la posición jurídica de inocencia del imputado hasta que una sentencia judicial declarara su culpabilidad y se estableció el principio *nemotenetur se ipsumaccusare*.

3 Foucault, M.: *Historia de la sexualidad 1. La voluntad del saber*, Siglo XXI, 2002.

4 Durán Muñoz, G. J.: "El derecho fundamental a no autoinculparse: Trazos de su desarrollo histórico", cit., pp. 28–40.

5 Durán Muñoz, G. J.: "El derecho fundamental a no autoinculparse: Trazos de su desarrollo histórico", cit., pp. 28–40.

6 Tedesco, I.: "El privilegio contra la autoincriminación. Un estudio comparativo", *Cuadernos de Doctrina y jurisprudencia Penal,* núm. 6, Ad Hoc, Buenos Aires, 1997.

7 Jauchen, E.: *Derechos del imputado*, Rubinzal Culzoni, 2005, pp. 181-182.

A partir de ese momento, el proceso penal comenzó a enfrentar el desafío de conciliar el compromiso del Estado en la búsqueda de la verdad, con el interés del procesado para soportar ese proceso y sosteniendo su estatus de inocencia. Para ello se crearon una serie de garantías que protegen al imputado de posibles abusos de las agencias penales a cargo del proceso penal. Dicho en otras palabras, el proceso penal encuentra su límite en los derechos fundamentales del imputado reconocidos principalmente en la Constitución Nacional y en los Derechos Humanos[8] . Aquí se evidencia una transición de época en la que los antiguos valores propios de la razón absolutista (en la que se buscaba preservar el cuerpo del rey como representación del estado, que justificaban los medios y los fines) son reemplazados con la aparición de las ideas liberales, de las nociones contractualistas y del iusnaturalismo. Se genera un cambio en la concepción del trato de las personas, a partir de la aparición de la noción de igualdad y de ciudadanía, como figuras y sujetos que son iguales, como portadores de derechos y garantías; que autoriza a vivir en sociedad. En ese contexto aparecen una serie de instituciones y normas, como ser la división de poderes, la Carta Magna inglesa, las primeras nociones de derechos del ciudadano y del uso racional del poder. Este sistema de Garantías Penales implica el reconocimiento y el respeto de la dignidad humana "para lograr la protección del débil frente al fuerte: los débiles seres humanos frente al poder de la autoridad estatal"[9].

Por su parte, la garantía contra la autoincriminación tiene raíces bíblicas. En la epístola de San Pablo a los hebreos se dice: "no te digo que descubras eso -tu pecado- ante el público como una condecoración, ni que te acuses delante de otros". Sin embargo, desde ese momento a la actualidad "difícilmente se puede desarrollar un continuo hasta el anclaje legal en los códigos de procedimiento penal europeos"[10]. Existieron reproches aislados a las confesiones mediante tormento antes del Iluminismo, como es el caso de las explicitadas por Friedrich Spee, quien en su obra *Cautiocriminalis* rechaza los juicios por brujería y el uso de la tortura y cuestiona la legitimidad de las denuncias. Pero el origen más firme de estas ideas en la historia del pensamiento político provino de Rousseau, Voltaire y Montesquieu. Se genera una clara ruptura entre la idea de un cuerpo castigable, sujeto de tortura o muerte, frente al reconocimiento de una persona igual. Un mayor castigo no es el suplicio, el tormento o la violencia, como una representación del infierno en la tierra, sino la pérdida de la libertad. Por esto, las instituciones de

8 Desde la carta magna inglesa hasta la declaración universal de los derechos del hombre y del Ciudadano esta idea de ciudadanía no existía, antes había ciervos, que lo único que hacían era ser explotados para hacer su tributo al rey, a partir de acá estas personas empiezan a tener voz, a tener derechos, a participar políticamente y a tener garantías que los protejan de los abusos de poder

9 Rusconi, M.: *Las fronteras del poder penal*, Ciudad Argentina, 2005, p. 12.

10 Zerbes, I.: "Nemo tenetur se ipsum accusare: Moderne Ansprüche an alte Ideen am Beispiel des Verbandsstrafrechts", *Zeitschrift Für Die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, núm. 129 (4), 2018, pp. 1035–1052.

encierro son el peor lugar, uno en el cual ya no es posible disponer de la propia libertad en términos de igualdad.

A través del contrato social, se cede parte de la libertad para poder vivir en sociedad y también se establece la igualdad dado que las leyes aplican para todos.

El rechazo a la coacción física fue el primer paso y luego se desarrolló la negativa a tolerar cualquier tipo de imposición con el objetivo de extraer alguna declaración por parte del acusado, como medida de protección del ser humano frente a la cruel degradación de su dignidad.

III. LA CONFESIÓN COMO PRUEBA.

Como fue mencionado previamente, el principio *nemotenetur se ipsumaccusare* nace para evitar el uso de la tortura por parte del inquisidor para obtener testimonios incriminatorios o la confesión del acusado. La autoincriminación tiene raíces directas en la confesión considerada como prueba.

La confesión no es más que el acto mediante el cual el sospechoso, disipando la incertidumbre, asume su propia responsabilidad ante el inquisidor por un delito cometido. Al aceptar su propia responsabilidad, también asume, "a través del reconocimiento de ese crimen, la validez del castigo que va a sufrir. En ese sentido la confesión, además de en términos legales controlar la infracción[11], es, por lo tanto, una especie de rito de soberanía mediante el cual el culpable da a sus jueces los fundamentos para condenarlo y reconoce en el fallo de éstos su propia voluntad"[12]. En un sistema inquisitivo, durante la instrucción el mejor testigo no es otro que el acusado y por ello es necesario vencer su fuero íntimo para obligarlo a decir la verdad. La búsqueda de la verdad comienza entonces con "la confesión, o en su defecto, el testimonio de la víctima, de los testigos, y eliminando los procesos del juicio de Dios"[13]. La idea del acusado como objeto de prueba en los procesos penales inquisitivos requería que éste tuviera un papel activo, aun en su contra.

A través de la confesión arrancada a través del tomento físico, el imputado participaba en la producción tiránica de la verdad, no porque reconociera su crimen libremente, sino porque, al no tener otra opción, renunciaba a cualquier vestigio de autonomía y voluntad. Al confesar el crimen, el sujeto no solo sellaba

11 Graff Zivin, E.: *Inquisiciones figurativas*, Palinodia, 2022, p. 120, hace una diferencia entre la confesión legal y la religiosa, manifestando que la confesión legal controla la infracción y la religiosa tiene como fin la purificación "el hecho de que el sacramento católico de la confesión tenga su origen en el momento del nacimiento de la inquisición en 1215 revela, sin embargo, una conexión intrínseca entre la confesión legal y religiosa".

12 Foucault, M.: *Obrar mal, decir la verdad. La función de la confesión en la justicia. Curso de Lovaina*, Siglo XXI, 2014.

13 Barret, C. : "L'aveu, reine des preuves ? L'aveu dans la procédure pénale", *Annales Médico-Psychologiques, Revue Psychiatrique*, núm. 171 (7), 2013, pp. 464–467.

su culpabilidad, sino que aceptaba su condena, que era seguida de una ejecución violenta realizada en público a modo de espectáculo punitivo. Este espectáculo buscaba generar terror para "resplandecer en la venganza del soberano que debía presentarse como insuperable e invencible"[14] y de ese modo intimidar cualquier crimen futuro. Para FOUCAULT, "el crimen y su castigo solo se comunican en esta especie de desequilibrio que gira en torno de los rituales de la atrocidad"[15].

En este modelo de proceso penal, el cuerpo del acusado, como objeto del proceso, cumplía una doble función probatoria. En primer lugar, si no declaraba en forma voluntaria su crimen, la confesión le era arrancada a través del tormento. El suplicio consistía en el camino para acceder a su alma, que debía ser purificada del pecado. En segundo lugar, luego de extraída la confesión se pasaba al momento del espectáculo público atroz de la ejecución donde el soberano ejercía su venganza en el cadalso, mediante un ritual ceremonial, y allí el cuerpo pasaba a ser prueba del poder del soberano. La autoridad del soberano se inscribía en el cuerpo del acusado con una finalidad pedagógica. La participación del pueblo, espectador del sufrimiento del condenado, servía como herramienta persuasiva para desalentar a futuros transgresores de la autoridad del soberano y a la vez reivindicaba esta autoridad, a la que el condenado no había obedecido. [Queda planteada así, la transición de las antiguas sociedades de soberanía (donde la única persona respetable y con derechos era el monarca o soberano) hacia un nuevo tipo de sociedades y de cosmovisión en donde el pueblo ejerce la soberanía de sí mismo, a través de sus gobiernos y leyes. La noción de igualdad se convierte en un principio para el respeto de los sujetos y los cuerpos; y ya no es solo subjetiva, sino que se plantea desde la legalidad y la equivalencia. La ley se encarga de hacer que esa equivalencia funcione.

Con la eliminación de la tortura judicial de los sistemas penales actuales, el acusado, visto como un sujeto dotado de derechos y garantías que lo protegen, puede diseñar su estrategia de defensa libremente, ya no está obligado a confesar, ni autoincriminarse o a aportar pruebas que lo perjudiquen en el proceso, incluso puede negarse a declarar o hasta mentir durante el proceso. La confesión pasa a ser una forma de cooperación voluntaria y autónoma en lugar de coaccionada. Si en el proceso hay pruebas suficientes para que el imputado sea condenado, su condena será ejecutada con o sin su confesión. De este modo se protege al imputado contra cualquier información o confesión que pueda serle extraída en forma involuntaria, respetando su autonomía y su libertad, tanto para declarar o guardar silencio, como así también decidir cuál será el contenido de su declaración.

14 FOUCAULT, M.: *Los Anormales*, Fondo de Cultura Económica, 2000.

15 FOUCAULT, M.: *Los Anormales,* cit.

IV. LA CONFESIÓN EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL.

Según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, "el derecho a guardar silencio y el privilegio contra la autoincriminación son normas internacionales generalmente reconocidas que descansan en el núcleo de la noción de proceso justo garantizada en el art. 6.1 del Convenio. El derecho a no autoincriminarse, en particular, presupone que las autoridades logren probar su caso sin recurrir a pruebas obtenidas mediante métodos coercitivos o de presión en contra de la voluntad de la 'persona acusada'" (STEDH de 3 de mayo de 2001, caso J.B. c. Suiza)

El Tribunal Supremo de los Estados Unidos (en Lyons vs. Oklahoma) señaló que "el derecho contra la autoincriminación trata de garantizar que las confesiones sólo se admitan como prueba cuando se hayan obtenido de un sospechoso que estaba 'en posesión de la libertad mental' para decidir si se incrimina o no"[16].

En el año 2021, la Sala Primera del Tribunal Constitucional español confirmó una sanción administrativa por vulneración de los derechos a la defensa y a la presunción de inocencia debido a una infracción del derecho de no autoincriminación. La defensa argumentó la vulneración del derecho fundamental a no declararse culpable y a no declarar contra sí mismo y a la presunción de inocencia en la medida en que en ellas se habría dado valor autoincriminatorio a las afirmaciones que el acusado había realizado durante la declaración testifical durante un procedimiento civil. Argumenta el recurrente que la grabación de la vista y la transcripción de la declaración no podrían utilizarse como elementos de prueba porque fueron obtenidos en una declaración testifical bajo la obligación de decir verdad, y sin que nadie leyera los derechos del recurrente acerca de si podía o no optar por no declarar ante la posibilidad de que sus afirmaciones podrían luego utilizarse en su contra en un procedimiento sancionador.

También se argumentó la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en relación con el principio de igualdad en aplicación de la ley y con la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos por cambio de criterio en asuntos iguales. En concreto, en un supuesto idéntico habría apreciado la vulneración de los derechos a no declarar contra sí mismos, a no declararse culpables y a la presunción de inocencia. La Sala determinó que la garantía de no auto incriminación "despliega también su virtualidad propia frente a las comunicaciones bajo amenaza de sanción hechas fuera de un procedimiento de naturaleza penal […] siempre que acaben teniendo posteriormente [dentro de él]

16 Chiesa, L. E.: "Comparative Criminal Law", en Dubber, M. D. & Hörnle, T. (eds.): *Oxford Handbook of Criminal Law*, 2014.

relevancia autoincriminatoria del declarante"[17], abarcando esta garantía también a las posibles sanciones administrativas que pueda recibir una persona por negarse a aportar pruebas que lo incriminen, dicho en otras palabras, "la garantía de no autoincriminación solo despliega su protección cuando la compulsión a aportar elementos incriminatorios se proyecta sobre la misma persona del imputado"[18].

V. *NEMO TENETUR* Y SU RECEPCIÓN EN LA CONSTITUCIÓN.

La garantía de no autoincriminación tiene como justificativo principal la de limitar el poder del Estado frente a la condición del más "débil", que implica la idea de un imputado o presunto autor de un delito que se enfrenta al sistema estatal, que cuenta con numerosos recursos y herramientas. El sistema en sí no pretende buscar la verdad a como dé lugar o mediante cualquier medio posible, sino que lo hace respetando ciertos límites, parámetros o restricciones como lo son las garantías y derechos de cualquier ser humano.

Careciendo nuestras sociedades de un principio fundante, basado en lo divino o en una razón biológica, lo que se precisó fue un relato que funciona como principio rector en la cual adscribimos, a partir de un contrato inicial, la Constitución Nacional, a garantizar la soberanía del pueblo como rector de sí mismo. Hablamos de un republicanismo que garantiza libertades de matriz democrática dentro de las cuales se define y se acota la naturaleza de esa democracia civil, la cual parte de un principio de equivalencia, pero también de la responsabilidad de sus ciudadanos.

Algunos autores han ensayado un posible análisis respecto de la garantía de no autoincriminación, que en nuestro país se sustenta en nuestra Constitución Nacional. Bidart Campos, por ejemplo, afirma que "la inmunidad que acuerda el artículo 18 debe interpretarse como proscripción de todo método y de toda técnica que, antes o durante el proceso, ante cualquier autoridad -sea administrativa o judicial- tienda a obtener por coacción física, psíquica o moral, una declaración o confesión, o a indagar su conciencia a través de drogas o procedimientos científicos de cualquier tipo. Si los castigos corporales están abolidos como pena, tampoco pueden emplearse como medios de investigación previa a la sentencia. Los demás sistemas que, sin usar la fuerza física, disminuyen biológicamente y síquicamente la capacidad del hombre o penetran en su intimidad personal para descubrir hechos que el hombre no está obligado a declarar, agravian por igual a su dignidad y deben considerarse prohibidos por la misma constitución"[19]. Así, se plantea la idea de abolir o impedir cualquier herramienta, método o mecanismo que implique extraer, de manera coaccionada o contraria a la voluntad de los sujetos, una

17 BOE-A-2021-4496.

18 Ibídem.

19 Bidart Campos, G.: *Manual de la Constitución Reformada*, Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 2003, p. 324.

determinada confesión de un determinado hecho contrario al ordenamiento jurídico, para lograr el resultado buscado que en este caso se trataría de una condena. Es decir, la idea esencial es erradicar la búsqueda de la verdad real a través de formas que atenten contra los derechos elementales de las personas.

Debe quedar en claro entonces que el derecho a la no autoincriminación o *nemo tenetur* se erige como la consecuencia derivada del respeto a la garantía que establece la inocencia como regla, ante todo, condición que sólo se pierde al tiempo de demostrarse la culpabilidad. No debe olvidarse que la declaración del imputado en manera alguna puede ser tomada como fuente de información probatoria de corte incriminatorio. Lo que se viene exponiendo guarda directa vinculación con las seguridades que contiene el sistema para garantizar el goce efectivo de los derechos fundamentales, que no pueden ser conculcados a partir del ejercicio abusivo del poder estatal. Son precisamente los mecanismos procesales de raigambre constitucional los que, en definitiva, impiden el uso arbitrario y desmedido de la persecución penal, en detrimento de los nobles objetivos del proceso, esto es alcanzar la verdad real y aplicar la ley penal sustantiva al caso concreto.

En la medida en que se consolide la presunción de inocencia, y se mantenga una sana separación en las funciones en el desarrollo del trámite judicial, la efectividad del *nemo tenetur*, terminará enalteciendo la existencia de un debido proceso. En suma, la garantía que se analiza se exhibe como un derecho de todo imputado a guardar silencio, un sistema que limita la arbitrariedad de los poderes públicos, en resguardo siempre de los derechos fundamentales. Como lo expresa Claria Olmedo: "se afirma que el imputado es un sujeto procesal incoercible. Esto no significa que no se lo pueda detener, incomunicar o custodiar por la fuerza pública. En su forma más amplia, plantea la imposibilidad de poner en ningún caso al imputado en la necesidad de destruir o confirmar por sí su estado de inocencia, y en su aplicación concreta significa que no se puede constreñir al imputado a actuar en su contra, ni se le puede impedir toda legítima actividad que tienda a su defensa. De esta regla derivan como corolarios las siguientes: prohibición de influenciar de cualquier modo para obtener del imputado prueba en su contra, prohibición de exigir prueba de descargo al imputado y necesidad de que el imputado actúe libre en su persona"[20].

A nivel local, nuestra jurisprudencia establece de manera clara en qué forma debe interpretarse esta garantía en el caso concreto: "(...) Pues bien, en primer lugar, cabe poner de relieve que el artículo 18 de la Constitución nacional prevé

20 Claria Olmedo, J. A.: *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008, pp. 507-508.

que ninguna persona puede ser obligada a declarar contra sí misma. Lo que no se reduce al derecho de guardar silencio, sino también al de no ser forzada a realizar cualquier manifestación autoincriminatoria. Y digo cualquier manifestación, pues la garantía alcanza a toda declaración, aunque *a priori* parezca neutral o irrelevante para probar los hechos de la acusación. (...) Por otra parte, la protección constitucional no se ciñe a personas acusadas formalmente de la comisión de un delito. Sin ir más lejos, el artículo18 de la Constitución nacional no distingue entre imputados y testigos. Por lo que dicho privilegio abarca a toda persona que sea llamada a declarar bajo cualquier calidad" (O., N.V.y G.,H.E.s/ infracción artículo 139 inc. 2 CP.., Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional 2 de San Martín, Año 2020.). De este modo, la jurisprudencia entiende que el *nemo tenetur* comprende no solo los dichos o declaraciones que pueda efectuar una persona en el marco de un proceso o investigación, sino que implica además no considerar al silencio como un elemento capaz de tener efectos jurídicos sobre la decisión del tribunal, es decir el silencio carece de valor jurídico. Además, tal garantía se extiende no solo a la persona acusada o investigada por su participación en un hecho que se está investigando, sino que abarca a todo aquel que forme parte del trámite sea parte o no.

VI. PALABRAS FINALES.

La garantía de no autoincriminación nace en los tiempos del iluminismo como respuesta a la intervención, más que excesiva y carente de toda limitación y parámetro por sobre la vida, del estado absolutista junto con la iglesia católica. El cuerpo, como objeto de tormento, deja de ser viable y tolerable, pues ahora el acusado pasa a ser también un sujeto de derechos, al cual deben serle garantizadas la integridad física e incluso el derecho a no autoincriminarse o a no declarar siquiera; nociones impensables en el periodo previo. Más allá de cualquier acusación, el derecho a la vida y a su preservación es lo principal; encontramos valores racionales, republicanos y ya no hay una razón divina, natural o abstracta. El tormento pasa a ser algo arcaico, brutal y surge la garantía de la vida. Anteriormente el soberano garantizaba no morir, mientras que, en las sociedades modernas republicanas, el Estado garantiza la vida; más allá de que la muerte sea algo inevitable, por causas biológicas, enfermedades, etc., se garantiza que no ocurra por una decisión estatal., siendo una de sus expresiones la aplicación del tormento en procesos judiciales para la extracción de una confesión autoincriminatoria. En ese momento, esa confesión constituía el medio de prueba por excelencia para la producción de una verdad jurídica acerca de la comisión de un hecho considerado delito

El fin de esta garantía es proteger la autonomía del individuo dentro del proceso penal, reconociendo al imputado como un sujeto de derecho autónomo, con la posibilidad de construir su estrategia de defensa y aportar pruebas para

soportar una acusación en su contra. En palabras de Bacigalupo podemos inferir que el *nemo tenetur* se traduce en el "derecho a negar toda colaboración con la acusación, sin sufrir a raíz de ello ninguna consecuencia negativa, derivado del respeto a la dignidad de la persona, que constituye una parte esencial del proceso de un Estado de Derecho"[21].

El derecho a no autoincriminarse presupone un límite a la averiguación de la verdad, que busca evitar que las autoridades judiciales recurran a métodos coercitivos o de presión para que el imputado aporte pruebas que lo perjudiquen o aporte algún tipo de declaración que pueda perjudicarlo en el proceso. En resumidas cuentas, es la protección del imputado y la garantía para negarse a colaborar con una acusación en su contra sin sufrir ninguna consecuencia negativa. Se consolida la modernidad con el pasaje del régimen monárquico absolutista al régimen democrático y liberal. Se abandona el poder soberano que tenía como característica fundamental dejar vivir y la capacidad de hacer morir (o torturar hasta la muerte para lograr una con confesión); para dar paso al régimen liberal democrático moderno, que se caracteriza por la capacidad de hacer vivir y evitar dejar morir, hasta las últimas consecuencias posibles.

21 Bacigalupo, E.: *El debido proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 69.

BIBLIOGRAFÍA

AYMERICH, N.: *Manual de la Inquisición*, Montecorvo, 1982.

BACIGALUPO, E.: El debido proceso penal, Hammurabi, Buenos Aires, 2007.

BARRET, C. : "L'aveu, reine des preuves ? L'aveu dans la procédure pénale", *Annales Médico-Psychologiques, Revue Psychiatrique*, núm. 171 (7), 2013.

BIDART CAMPOS, G.: *Manual de la Constitución Reformada*, Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 2003.

CHIESA, L. E.: "Comparative Criminal Law", en DUBBER, M. D. & HÖRNLE, T. (eds.): *Oxford Handbook of Criminal Law*, 2014.

CLARIA OLMEDO, J. A.: *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008.

DURÁN MUÑOZ, G. J.: "El derecho fundamental a no autoinculparse: Trazos de su desarrollo histórico", *Enfoques Jurídicos*, núm. 2, 2020.

FOUCAULT, M.:

- *Historia de la sexualidad 1. La voluntad del saber*, Siglo XXI, 2002.
- *Los Anormales*, Fondo de Cultura Económica, 2000.
- *Obrar mal, decir la verdad. La función de la confesión en la justicia. Curso de Lovaina*, Siglo XXI, 2014.

GONZÁLEZ FERREYRA SOLÁ, J.: *Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare*, Temas Judiciales, 2013.

GRAFF ZIVIN, E.: *Inquisiciones figurativas*, Palinodia, 2022.

JAUCHEN, E.: *Derechos del imputado*, Rubinzal Culzoni, 2005.

MOGLEN, E.: "Taking the Fifth: Reconsidering the Origins of the Constitutional Privilege against Self-Incrimination", *Michigan Law Review*, núm. 92 (5), 1994.

MORALES BRAND, J. L. E.: "¿Defensa o autoincriminacion? Sobre la Declaracion del Imputado en el Sistema Penal Acusatorio", *Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*, núm. 12, 2014.

NADKARNI, A.: *A Critical Analysis of Nandini Satpathy v. P.L. Dani,* 2015.

RUSCONI, M.: *Las fronteras del poder penal*, Ciudad Argentina, 2005.

TEDESCO, I.:

- *El acusado en el Ritual Judicial*, Didot ediciones, 2015.

- "El privilegio contra la autoincriminación. Un estudio comparativo", *Cuadernos de Doctrina y jurisprudencia Penal,* núm. 6, Ad Hoc, Buenos Aires, 1997.

ZAFFARONI, E. R. y CROXATTO, G. L.: "Friedrich Spee: el primer criminólogo crítico", *Lecciones y Ensayos*, núm. 102, 2019.

ZERBES, I.: "Nemo tenetur se ipsum accusare: Moderne Ansprüche an alte Ideen am Beispiel des Verbandsstrafrechts", *Zeitschrift Für Die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, núm. 129 (4), 2018.

COMENTARIOS

LOS DERECHOS AFECTADOS POR LA INTERVENCIÓN DE DETECTIVES EN LOS PROCEDIMIENTOS DE FAMILIA. COMENTARIO DE LA STS DE ESPAÑA NÚM. 851/2021, DE 9 DE DICIEMBRE (ROJ STS 4614/2021)

THE RIGHTS AFFECTED BY THE INTERVENTION OF DETECTIVES IN FAMILY PROCEEDINGS. COMMENTARY OF THE SPANISH SUPREME COURT JUDGEMENT N. 851/2021, OF DECEMBER 9 (ROJ STS 4614/2021)

Rev. Boliv. de Derecho Nº 35, enero 2023, ISSN: 2070-8157, pp. 518-527

Juan José
NEVADO
MONTERO

ARTÍCULO RECIBIDO: 13 de junio de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 15 de junio de 2022

RESUMEN: Los informes de detectives se han utilizado en los procedimientos de familia para demostrar hechos relevantes respecto a la pretensión ejercitada (solvencia económica, condiciones de ejercicio de la guarda y custodia de menores, convivencia marital, etc.). En el presente trabajo, mediante el comentario de una sentencia, se analizan los requisitos que han de cumplir esos informes para no vulnerar derechos de las partes.

PALABRAS CLAVE: Detective; derechos fundamentales; intimidad; propia imagen.

ABSTRACT: *Detective reports have been used in family proceedings to demonstrate relevant facts regarding the claim exercised (financial solvency, conditions for exercising custody of minors, marital cohabitation, etc.). In the present work, through the commentary of a sentence, the requirements that these reports must meet in order not to violate the rights of the parties are analyzed.*

KEY WORDS: Detective; fundamental rights; privacy; own image.

SUMARIO.- SUPUESTO DE HECHO.- DOCTRINA.- COMENTARIO: I. NORMATIVA APLICABLE A LOS INFORMES DE DETECTIVES. SU UTILIDAD Y CONTENIDO.- II. VALORACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA POSIBLE VULNERACIÓN DE DERECHOS EN LA REALIZACIÓN DE INFORMES DE DETECTIVES.- III. CONCLUSIONES.

SUPUESTO DE HECHO

El actor interpone demanda contra su exmujer y un detective contratado por ésta para la realización de informes que fueron utilizados como prueba en juicios entre ellos. Solicita que se declare vulnerado su derecho a la intimidad y a la propia imagen y se condene a los demandados al pago de una indemnización de 10000 euros. En primera instancia se desestima la demanda.

Contra dicha sentencia se interpone recurso de apelación que también se desestima.

Se interpone recurso de casación al amparo del art. 477.2.1 LEC, por vulneración del art. 18 de la Constitución Española (CE) y varios preceptos de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, estructurado en dos motivos: la discrepancia del juicio de ponderación entre derecho a la propia imagen y el interés ajeno (motivo primero) y entre derecho a la intimidad y el interés ajeno (motivo segundo).

El recurso se desestima.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

La controversia en casación se reduce a controlar el juicio de ponderación de la sentencia de apelación, delimitando los derechos en conflicto: los derechos fundamentales a la intimidad y la propia imagen del actor, y el derecho de defensa de la exmujer, en su dimensión de derecho a utilizar todos los medios de prueba pertinentes.

Los razonamientos jurídicos de la resolución que sustentan el fallo parten de que el Tribunal Constitucional (TC) y el Tribunal Supremo (TS) han declarado: a) que los derechos fundamentales a la intimidad y propia imagen (art. 18.1 CE) tienen sustantividad y contenido propio, aunque un solo acto puede lesionarlos simultáneamente; b) que el derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar un ámbito reservado personal y familiar frente a la acción y el

• Juan José Nevado Montero
Doctor en Derecho. UNED. Correo electrónico: jnevado@icav.es.

conocimiento de los demás; y c) que el derecho a la propia imagen consiste en determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos de su titular que puede difundirse públicamente, siendo necesario para ello su consentimiento, salvo que exista interés público prevalente o circunstancias que legitimen la intromisión.

Para restringir los derechos a la intimidad y a la propia imagen cuando colisionan con otros derechos, como el de defensa, se ha de respetar el principio de proporcionalidad.

El juicio de ponderación de la proporcionalidad conduce a priorizar el derecho de defensa por las siguientes razones: a) los informes los realizó un profesional habilitado, y fueron encargados con el interés legítimo de ser utilizados como prueba en procedimientos judiciales; y b) la idoneidad y necesidad de la investigación, que no fue realizada en domicilios o en lugares reservados, y no invadió el derecho a la intimidad de la persona objeto de investigación, pues se realizó en su lugar de trabajo.

COMENTARIO

I. NORMATIVA APLICABLE A LOS INFORMES DE DETECTIVES. SU UTILIDAD Y CONTENIDO.

La competencia de los detectives para la realización de informes destinados a su aportación a procedimientos civiles se regula en el art. 48.1.a de la Ley 5/2014, de 4 de abril, de seguridad privada (LSP).

El precepto faculta a los detectives para la realización de las averiguaciones necesarias a fin de obtener y aportar información y pruebas sobre conductas o hechos privados relativos al ámbito económico, laboral, mercantil, financiero, y a la vida personal, familiar y social, excepto la que se desarrolla en domicilios o lugares reservados. El encargo ha de ser realizado por terceros legitimados, es decir, por quien ostente la condición de parte procesal legítima por ser titular de la relación jurídica u objeto litigioso.

La realización de las investigaciones ha de respetar los principios de razonabilidad, necesidad, idoneidad y proporcionalidad, requisitos que establece la norma sobre seguridad privada y que son valorados por la jurisprudencia cuando existe un conflicto de derechos.

Si el detective ha recogido en su informe hechos relevantes para fundamentar la pretensión de la parte se deberá de acompañar a la demanda, y si los hechos expuestos son cuestionados de contrario se practicaría prueba testifical al respecto (art. 265.1.5 LEC).

La obligación de atender las citaciones de juzgados y tribunales para prestar testimonio y ratificar lo expuesto en sus informes se recoge de forma expresa en la LSP (art. 25.1.f).

Con anterioridad a 2005, y como quiera que para poder separarse o divorciarse había que demostrar que se incurría en alguna de las causas que recogía el Código Civil, uno de los encargos más frecuentes era la realización de informes sobre la conducta de uno de los cónyuges a fin de acreditar la drogadicción, infidelidad, o el abandono del hogar.

En la actualidad, con la desaparición de la causalidad como requisito para la disolución matrimonial, los informes versan sobre otro tipo de cuestiones que, como veremos a continuación, no únicamente se refieren a la solvencia económica.

En el caso de que se pretenda la modificación de una pensión de alimentos, bien sea para aumentarla, disminuirla o extinguirla, se demanda la intervención del detective para justificar la capacidad económica de la parte contraria, comprobando que desarrolla actividad laboral cuando lo niega, o poniendo de relieve el nivel de vida de que goza (uso de vehículos, medios de pago en efectivo o tarjeta, vestimenta, frecuencia con que visita comercios o restaurantes y gasto que efectúa, etc.).

Respecto a las pensiones compensatorias, además de demostrar cuestiones de índole económica también se realizan seguimientos para demostrar la convivencia marital del acreedor de la pensión. En estos encargos se persigue especialmente observar conductas que conduzcan al juzgador a considerar que se traspasa la simple amistad para alcanzar la convivencia marital, por ejemplo, que no únicamente se pasan horas en el domicilio de la otra persona, sino que cuando se sale se viste ropa distinta a aquella con la que se llegó.

Cuestión diferente es la relativa a los incumplimientos de las medidas relativas a guarda y custodia y régimen de visitas. En estos casos será objeto de investigación el horario de trabajo del progenitor, quien se hace cargo de los menores cuando le corresponde tenerlos en su compañía, o qué conducta muestra cuando se encuentra con ellos, por ejemplo, si consume alcohol o drogas, expone a los menores a peligros, o los aloja en un entorno inadecuado.

Procedimientos menos comunes en que se requiere la intervención de detectives son los relativos a la filiación, normalmente para la obtención de muestras biológicas que permitan realizar un análisis de ADN, y los de sustracción de menores, para realizar averiguaciones sobre las circunstancias del traslado, lugar de residencia, etc.

En cualquiera de los informes el detective reflejará lo observado, redactado de manera objetiva y comprensible, y sin suponer, sin interpretar y sin valorar.

Así lo establece la SAP Cádiz 14 junio 2017 (Roj SAP CA 817/2017): "El detective hace referencia a conclusiones a las que llega, pero lo que debe realizar es una descripción de los hechos dejando la conclusión al juzgador de instancia o a la Sala".

Ello determina la consideración como testigo, y no como perito, cuando interviene en un procedimiento.

El informe ha de recoger la identificación tanto del cliente como del investigado, y el número de tarjeta de identificación profesional del detective con su domicilio a efecto de citaciones.

II. VALORACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA POSIBLE VULNERACIÓN DE DERECHOS EN LA REALIZACIÓN DE INFORMES DE DETECTIVES.

La STS 9 diciembre 2021 (Roj STS 4614/2021) considera que la investigación realizada por el detective no vulnera el derecho a la intimidad y propia imagen de la actora, confirmando las resoluciones de primera instancia y apelación.

Para considerar que las grabaciones realizadas por detectives no suponen una injerencia en el derecho a la intimidad y propia imagen es necesario realizar un juicio de ponderación a fin de garantizar que se ha respetado la proporcionalidad, para salvaguardar otros derechos legítimos como el de defensa de los propios intereses, en definitiva, la medida empleada deberá ser necesaria e idónea.

La resolución de primera instancia fundamenta su fallo en los siguientes razonamientos:

a) las grabaciones tienen lugar en el interior de un despacho profesional y en la vía pública, sin que los informes revelen detalles relativos a la intimidad; y

b) existían entre las partes numerosos procedimientos judiciales, y el encargo al detective se realiza con el fin exclusivo de aportar el informe a uno de esos procedimientos con el objeto de probar la capacidad económica del exmarido a fin de reclamarle la pensión de alimentos de lo hijos.

Esos fundamentos se confirman en la sentencia de apelación:

a) aunque el exmarido afirmó que la finalidad de la investigación fue invadir su ámbito personal íntimo no aportó prueba al respecto;

b) no puede apreciarse que se vulnere el derecho a la propia imagen porque, como se recoge en la resolución de primera instancia, el informe se realiza con la exclusiva finalidad de aportarse como prueba al procedimiento judicial de reclamación de la pensión, lo que está permitido por la LEC, debiendo de admitirse si resulta pertinente, útil y legal, sin perjuicio de que si la otra parte considera vulnerados sus derechos fundamentales los pueda invocar inmediatamente (art. 287 LEC). En el caso no consta que la grabación se usara para otro fin que el procedimiento judicial, y el exmarido tampoco hizo uso de la posibilidad de impugnación; y

c) además, la relevancia de los intereses para los que se aportaba la prueba, la pensión de alimentos para menores de edad, descartaban la ilegitimidad de la intromisión en los derechos a la intimidad y propia imagen.

Los motivos del recurso de casación están relacionados de forma estrecha, pues se concretan en el juicio de ponderación realizado por la Audiencia Provincial entre el derecho a la propia imagen y el interés ajeno y entre el derecho a la intimidad y el interés ajeno.

Así, el TS considera que la controversia en casación se reduce a controlar el juicio de ponderación realizado por la AP a partir de los derechos en conflicto, de una parte, los derechos a la intimidad y a la propia imagen del exmarido, y de otro el derecho de defensa de la exmujer.

La doctrina del TC y el TS, como se ha señalado, declara que los derechos a la intimidad y propia imagen tienen sustantividad y contenido propio, aunque pueden ser lesionados a la vez con un único acto.

El derecho a la intimidad es una derivación de la dignidad, y confiere al titular la facultad de reservar de la injerencia ajena un espacio reservado personal y familiar, y el derecho a la propia imagen permite delimitar la difusión pública de los rasgos físicos, siendo indispensable el consentimiento de la persona para hacerlo, salvo en los supuestos que recoge 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: en caso de existir un interés público prevalente o circunstancias que legitimen la intromisión.

Ambos derechos están limitados cuando entran en conflicto con otros, siendo la doctrina del TC (STC 10 julio 2000, ECLI:ES:TC:2000:186) que cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales ha de respetar de forma estricta el principio de proporcionalidad, que pasa por examinar tres requisitos: si la medida puede conseguir el objetivo (juicio de idoneidad), si es necesaria porque no hay otra menos invasiva para conseguir el objetivo con igual eficacia (juicio de necesidad),

y si es ponderada porque reporta más beneficios para el interés general que perjuicios sobre otros derechos en conflicto (juicio de proporcionalidad estricto).

En cuanto al derecho a la intimidad, además de respetar el requisito de proporcionalidad, la medida adoptada ha de estar prevista legalmente (STS 10 mayo 2021, Roj STS 1875/2021), en virtud de lo dispuesto en el art. 8.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que no permite la injerencia de la autoridad pública si no está prevista en la ley.

Respecto a la habilitación legal, la resolución hace referencia a lo dispuesto en la LSP, que encomienda a los detectives la realización de averiguaciones para la obtención de pruebas sobre conductas o hechos relacionados, entre otros, con lo relativo a los ámbitos económico, laboral, mercantil, financiero, y a la vida personal, familiar o social, con excepción de la que tenga lugar en domicilios o lugares reservados. La investigación ha de ser encargada por quien esté legitimado para ello, y ha de realizarse respetando los principios de razonabilidad, necesidad, idoneidad y proporcionalidad.

La proporcionalidad se ha considerado vulnerada en situaciones en que se ha realizado un seguimiento permanente e indiscriminado para demostrar la relación sentimental de un mujer, y solicitar la extinción de la pensión compensatoria, colocando un GPS en un vehículo de forma continua durante cuatro meses, porque se considera que existían alternativas menos gravosas (la citada STS 10 mayo 2021, Roj STS 1875/2021), y por el contrario, no se ha considerado vulnerada cuando una grabación se ha realizado en un lugar público, para ser aportada como prueba en un procedimiento laboral sin difundirla fuera del mismo, y sin que concurrieran circunstancias de desmerecimiento del afectado (STS 22 febrero 2007, Roj STS 1042/2007), o cuando se han aportado a juicio fotografías de la vida diaria de una persona el lugares públicos a las que no se ha dado difusión, y únicamente han sido utilizadas en el procedimiento en ejercicio del derecho de defensa.

Además, la aportación de esos informes realizados por los detectives como prueba está prevista de forma expresa en el art. 265.5 LEC, pudiendo admitirse si se consideran pertinentes, útiles y legales.

Con fundamento en la doctrina expuesta, la resolución fundamenta su fallo en las siguientes razones:

a) los informes se realizan por un profesional legalmente habilitado, y fueron encargados por una persona legitimada (exmujer) con el único objetivo de ser utilizados en procedimientos judiciales; y

b) en cuanto a la proporcionalidad, se prioriza el derecho de defensa, al considerar que la investigación era idónea y necesaria, no se realizó en domicilios o lugares reservados. No se vulnera el derecho a la propia imagen porque las grabaciones fueron un medio accesorio para apoyar los informes, y no se difundieron fuera del juicio, ni tampoco el derecho a la intimidad, porque las grabaciones se realizaron en un despacho profesional.

En resumen, la investigación no fue desproporcionada para probar en juicio la actividad laboral del exmarido y rebatir de esa manera la carencia de ingresos que alegaba.

III. CONCLUSIONES.

Los informes realizados por detectives para ser aportados en los procedimientos de familia han de respetar los derechos fundamentales a la intimidad y propia imagen de las personas investigadas.

Únicamente se pueden restringir esos derechos cuando colisionan con otros, como el derecho de defensa y, en ese caso, la restricción ha de ser proporcional.

El principio de proporcionalidad exige cumplir tres requisitos: que la medida adoptada pueda cumplir el objetivo (idoneidad), que sea necesaria y no hay otra menos invasiva e igual de eficaz (necesidad), y si reporta más beneficios para el interés general que perjuicios para otros derechos en colisión (proporcionalidad estricta).

La restricción de los derechos a la intimidad y propia imagen para salvaguardar el derecho de defensa no vulnera el principio de proporcionalidad si el informe de detectives se realiza por profesionales habilitados y fuera de domicilios o lugares reservados.

CASSAZIONE S.U. 18641/2022 E RIFLESSIONI SULL'ASSEGNAZIONE DELLA CASA FAMILIARE

THE UNITED SECTIONS OF THE COURT OF CASSATION 18641/2022 AND REFLECTIONS ON THE ASSIGNMENT OF THE FAMILY HOME

Rev. Boliv. de Derecho Nº 35, enero 2023, ISSN: 2070-8157, pp. 528-539

Martina
RODOVERO

ARTÍCULO RECIBIDO: 5 de diciembre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 15 de diciembre de 2022

RESUMEN: Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, chiamate a dirimere il contrasto giurisprudenziale sulla questione attinente al valore economico dell'immobile in comproprietà dei coniugi legalmente separati e destinato a residenza familiare, hanno statuito che nel caso in cui lo scioglimento della comunione immobiliare venga posto in essere attraverso l'attribuzione dell'intero al coniuge collocatario, il valore dell'immobile oggetto di divisione non potrà risentire del diritto di godimento già assegnato allo stesso a titolo di casa coniugale, poiché esso verrà ad estinguersi consentendo al titolare di disporre liberamente del bene. Differente il caso in cui, invece, l'immobile venga attribuito, a seguito della divisione, in proprietà esclusiva al coniuge non assegnatario della casa familiare o venduto a terzi poiché il provvedimento di assegnazione continuerà a sussistere.

PALABRAS CLAVE: Casa familiare; comunione legale; divisione immobiliare; interesse del minore; prole.

ABSTRACT: *The United Sections of the Court of Cassation, called upon to settle the jurisprudential conflict on the question relating to the economic value of the property co-owned by the spouses legally separated and intended for family residence, have ruled that in the event that the dissolution of the real estate community is placed in be through the attribution of the whole to the spouse with whom the children live, the value of the property subject to division will not be affected by the right of use already assigned to it as a marital home, since it will be extinguished allowing the owner to freely dispose of the property.*

KEY WORDS: *Domestic home; community of property; real estate division; best interest of the child; children.*

SUMARIO.- FATTO.- DIRITTO.- COMMENTO: I. DIVISIONE GIUDIZIALE DELLA CASA FAMILIARE IN COMUNIONE TRA CONIUGI E INCIDENZA ECONOMICA DEL PROVVEDIMENTO DI ASSEGNAZIONE EX ART. 337 SEXIES C.C. SUL VALORE DELLA CASA FAMILIARE: DUE TESI CONTRAPPOSTE.- II. REVOCA DEL PROVVEDIMENTO DI ASSEGNAZIONE DELLA CASA FAMILIARE: LETTURA DELLA NORMA ALLA LUCE DEL PREMINENTE INTERESSE DELLA PROLE.- III. POSSIBILE REVISIONE DELLA DISCIPLINA: DIRITTO IN CAPO ALLA PROLE.

FATTO

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, a seguito di un'ordinanza di rimessione della Seconda Sezione della stessa Corte, si sono espresse con la pronuncia in esame sull'annosa questione riguardante l'incidenza economica del provvedimento di assegnazione della casa familiare, *ex* art. 337 *sexies* c.c., sul valore economico dell'immobile nel momento in cui lo stesso, oggetto di comunione tra coniugi, venga assegnato in sede di divisione esclusivamente all'uno, all'altro o venduto a terzi.

La controversia nasce nel 2008 quando la parte attrice (marito) cita in giudizio, dinanzi al Tribunale di Roma, il coniuge (moglie), dalla quale è legalmente separato, affinché sia disposto in giudizio lo scioglimento della comunione legale esistente sull'immobile nel quale la parte convenuta insieme alle due figlie minori abita, in forza di un provvedimento di assegnazione della casa familiare, emanato in virtù del fatto che quella casa sia il luogo nel quale le minori riconoscono il loro ambiente domestico.

La parte convenuta, in via principale, si oppone allo scioglimento della comunione immobiliare. In via subordinata, chiede che la divisione tenga conto dell'attuale valore dell'immobile su cui insiste un provvedimento di assegnazione a titolo di casa coniugale e che si consideri la circostanza per cui in quell'abitazione vi siano lei, in quanto genitore collocatario della prole, e, ovviamente, le figlie.

Il Tribunale, innanzitutto, rigetta la domanda proposta in via principale dalla convenuta avverso la richiesta di scioglimento della comunione immobiliare e, secondariamente, dispone lo scioglimento della comunione legale tra le parti attribuendo l'immobile alla convenuta e determinando un conguaglio a favore dell'attore pari ad € 522.500,00, non considerando per la valutazione economica dell'immobile la presenza sullo stesso del diritto di assegnazione della casa familiare in capo alla moglie.

• Martina Rodovero
Dottoranda di ricerca in Discipline Civilistiche, Università degli Studi di Firenze. Contatto mail: martina.rodovero@unifi.it.

Nel 2017, la moglie propone appello avverso la sentenza del Tribunale lamentando l'errato conguaglio della somma di denaro da versare all'ex marito e sostenendo che la somma dovesse essere minore poiché il diritto di proprietà sull'immobile è un diritto condizionato dalla presenza del vincolo nascente dal provvedimento *ex* art. 337 *sexies* c.c.. L'ex marito, dal canto suo, si oppone alla richiesta di gravame.

La Corte di Appello di Roma rigetta l'appello principale ponendo a fondamento della propria decisione la regola secondo cui in sede di divisione dell'immobile in comunione tra coniugi non si debba considerare la presenza o meno di un provvedimento di assegnazione della casa familiare.

La moglie, a questo punto, propone ricorso in Cassazione basando la sua azione su un motivo estremamente complesso che ha dato la possibilità di affrontare una questione giuridica di particolare rilevanza e sulla quale la giurisprudenza si è più volte pronunciata in modo difforme. In particolare, ella sostiene che l'assegnazione della casa familiare ad uno dei due coniugi in sede di separazione personale ponga al di sopra dell'immobile un vincolo oggettivo che permane fino a quando il provvedimento non venga modificato per il mutamento dei presupposti o per una delle cause espressamente previste dall'art. 337 *sexies* c.c. e, per questo, comportando una deprezzamento del valore della proprietà, se ne debba tener conto in sede di conguaglio, indifferentemente che il bene, in sede di divisione, venga assegnato al coniuge destinatario del provvedimento di assegnazione della casa coniugale, all'altro coniuge o a terzi.

La Seconda Sezione della Corte di Cassazione, consapevole del contrasto giurisprudenziale sul punto, con l'ordinanza interlocutoria n. 28871/2021, decide di rimettere la questione alle Sezioni Unite, affinché, espletando la loro funzione nomofilattica, possano dirimerlo.

DIRITTO

Le Sezioni Unite si trovano, dunque, a dover esaminare il seguente quesito: "se -in sede di divisione di un immobile in comproprietà di due coniugi legalmente separati già destinato a residenza familiare e, per tale ragione, assegnato, in sede di separazione, al coniuge affidatario della prole- occorra tenere conto della diminuzione del valore commerciale del cespite conseguente alla presenza sul medesimo del diritto di godimento del coniuge a cui è stata affidata la prole, pure nel caso in cui la divisione si realizzi mediante attribuzione a quest'ultimo della proprietà dell'intero immobile con conguaglio in favore del comproprietario e, quindi, determinandolo non in rapporto al valore venale dello stesso immobile, bensì in misura ridotta che tenga conto dell'incidenza della permanenza di tale vincolo, opponibile anche ai terzi".

I due orientamenti contrapposti fanno fondamentalmente leva su due visioni differenti del momento in cui il diritto di godimento personale sulla casa familiare viene meno.

Il primo, ritiene che esso venga meno nell'istante in cui il coniuge assegnatario della casa familiare e comproprietario della stessa diventi unico proprietario, poiché i due diritti si riuniscono nello stesso soggetto e, per confusione, il diritto di dominicale assorbe il diritto personale; ed, invero, se il cespite subisse un deprezzamento, vi sarebbe un'ingiusta locupletazione a favore del coniuge assegnatario della casa familiare e unico proprietario a discapito dell'altro coniuge, in quanto il primo potrà vendere il bene al prezzo di mercato libero da vincoli nel momento esatto in cui ne diviene unico proprietario (si veda Cass., 17 settembre 2001, n. 11630).

A tutt'altre conclusioni giunge l'orientamento contrapposto. Esso sostiene infatti che l'esistenza del vincolo derivante dall'assegnazione della casa coniugale e la sua opponibilità a terzi permanga fino a che il provvedimento non sia modificato dal giudice e, a causa di ciò, il cespite subisca un'evidente diminuzione del suo valore venale poiché, se pur venduto a terzi, esso sarà comunque gravato da un vincolo oggettivo indipendentemente da chi sia il soggetto unico proprietario e alienante. Pertanto, non si può far a meno di valutare il deprezzamento dell'immobile, che, come si è detto, rimane vincolato finché non vi sia l'intervento del giudice mediante il quale viene revocato il provvedimento di assegnazione al mutare delle condizioni o al sopravvenire di una delle cause di estinzione del diritto personale di godimento previste dall'art. 337 *sexies* c.c. (si veda Cass., 15 ottobre 2004, n. 20319).

Le Sezioni Unite, sostengono la prima tesi.

Esse ritengono che il diritto di godimento della casa coniugale venga a caducarsi istantaneamente con l'assegnazione della casa familiare in proprietà esclusiva al coniuge affidatario dei figli, così come avviene nel caso di morte del coniuge destinatario del provvedimento ex art. 337 sexies c.c., e invocano il principio generale secondo cui nemini res sua servit. Pertanto, conseguendo il coniuge, già destinatario del provvedimento di assegnazione della casa coniugale, un diritto dominicale libero da qualsiasi vincolo, sarà giusto non dover deprezzare il cespite in sede di divisione. Diverso il caso in cui unico proprietario diventi il coniuge non destinatario del provvedimento di assegnazione della casa familiare poiché questo diverrà titolare di un immobile gravato da un diritto altrui "il cui valore dovrà quindi essere decurtato della limitazione delle facoltà di godimento da correlare all'assegnazione dell'immobile al coniuge affidatario della prole, permanendo il relativo vincolo sullo stesso con i relativi effetti pregiudizievoli derivanti anche dalla sua trascrizione ed opponibilità ai terzia i sensi dell'art. 2643 c.c.". Medesima

conclusione nel caso in cui il cespite, in sede di aggiudicazione in seguito al procedimento divisionale, venga venduto ad un terzo in quanto, anche qui, sarà impossibile non considerare che l'immobile oggetto di attribuzione sia vincolato da un diritto di godimento, il quale continuerà a sussistere in capo al coniuge destinatario del provvedimento di assegnazione della casa familiare e priverà, per questo, il terzo, dell'intero godimento.

COMMENTO

I. DIVISIONE GIUDIZIALE DELLA CASA FAMILIARE IN COMUNIONE TRA CONIUGI E INCIDENZA ECONOMICA DEL PROVVEDIMENTO DI ASSEGNAZIONE *EX* ART. 337 SEXIES C.C. SUL VALORE DELLA CASA FAMILIARE: DUE TESI CONTRAPPOSTE.

Le tesi che si contrappongono in dottrina, come detto sopra, si differenziano per il momento estintivo del diritto di godimento nascente dal provvedimento di assegnazione della casa familiare.

Ma si pensi, prima di esaminare i due orientamenti, che in non pochi precedenti "molti giudici di merito hanno negato in radice il diritto dei coniugi di chiedere la divisione della casa familiare interessata dal provvedimento di assegnazione in favore di uno di essi. Questa giurisprudenza riteneva che il dissolvimento della comunione sull'immobile avrebbe frustrato le finalità di tutela perseguite dal provvedimento (assicurare ad uno dei coniugi e ai figli la continuità dell'alloggio)" (Giuseppe Tedesco, Divisione della casa coniugale di proprietà comune e provvedimento di assegnazione del bene ad uno solo dei coniugi separati o divorziati, Giustizia civile, n. 4, 2003).

Ad oggi, invece, la possibilità di scioglimento è prevista pacificamente dalla giurisprudenza, ma senza tenere forse in debita considerazione il fine ultimo per cui il provvedimento di assegnazione viene ad esistere.

Come si è visto, non vi sono problemi per il caso in cui unico proprietario diventi il coniuge non destinatario del provvedimento di assegnazione poiché pare evidente che questo, non sussistendo alcuna causa di estinzione *ex* art. 337 *sexies* c.c., acquisirà un diritto dominicale le cui facoltà sono limitate finché continuerà a perdurare il diritto di godimento dell'altro coniuge. Alla medesima conclusione si arriva se il cespite viene alienato ad un terzo. Ed invero, il terzo comprerà un bene vincolato e sarà, dunque, pregiudicato nel godimento e nell'utilità economica dal provvedimento di assegnazione.

Diversa è la questione nel caso in cui il destinatario del provvedimento di assegnazione diventi unico proprietario. Qui la dottrina e la giurisprudenza

maggioritaria ritengono che qualora l'immobile, in questo caso specifico, venisse deprezzato, il coniuge assegnatario e unico proprietario si arricchirebbe ai danni dell'altro coniuge avvantaggiandosi doppiamente poiché le due qualità (di proprietario e beneficiario dell'assegnazione) si riunirebbero nella stessa persona. Peraltro, si accosta il caso di caducazione di diritto del provvedimento di assegnazione nel caso di morte dell'assegnatario a questo in esame nel quale il diritto si estingue per confusione, ritenendo perciò che non sia nemmeno necessario un successivo intervento del giudice di revoca del provvedimento.

Se pure il ragionamento è logico, è difficile non intravederne i pericoli, dato che il coniuge assegnatario e proprietario potrebbe porre nel nulla l'esigenza di tutela del prole. Vero è, come sottolinea autorevole dottrina, che questo è il nostro impianto normativo, atteso che un provvedimento di assegnazione della casa familiare non viene mai assunto *ab origine* nelle ipotesi in cui la casa familiare sia di proprietà esclusiva del coniuge collocatario, poiché risiedendo in lui la qualità di proprietario va da sé che in essa vi sia racchiuso il pieno diritto di godimento dell'immobile. Ma non solo, all'altro coniuge non è nemmeno attribuito alcun potere di opporsi nell'interesse della prole a qualsiasi atto che il coniuge proprietario voglia compiere. Pertanto, è illogico pensare che nella situazione in cui il coniuge collocatario diventi, in seguito a divisione, unico proprietario la disciplina prospettata possa essere diversa.

Pensiero diverso ha chi, invece, sostiene che il provvedimento di assegnazione della casa familiare, avendo ad oggetto non un immobile qualsiasi, ma un immobile che ha un preciso scopo, ovvero quello di essere "porto sicuro" per la prole, a prescindere dalla titolarità del diritto di proprietà del cespite, potrà estinguersi solo con il sorgere di una delle cause di estinzione del diritto di godimento e che, tra queste, non vi rientri il caso in esame. Peraltro, si ritiene che la divisione, ancorché abbia effetti retroattivi, non elimini i pesi e i vincoli presenti sul cespite, anche a seguito dell'attribuzione dell'intero al coniuge assegnatario.

II. REVOCA DEL PROVVEDIMENTO DI ASSEGNAZIONE DELLA CASA FAMILIARE: LETTURA DELLA NORMA ALLA LUCE DEL PREMINENTE INTERESSE DELLA PROLE.

In accordo con la dottrina che prevede la non estinzione *tout court* del provvedimento di assegnazione della casa familiare, si prova a prospettare un processo logico-argomentativo che faccia leva sui principi, cioè ricostruendo la soluzione sulla base del preminente interesse del minore. In questa sede non ci soffermeremo tanto sulla valutazione economica dell'immobile, quella eventualmente è una conseguenza dell'una o dell'altra tesi, bensì sulla necessità che il diritto rimanga in vita ben oltre il momento in cui il bene venga attribuito per l'intero in capo al coniuge assegnatario.

Ed invero, quando parliamo di provvedimento di assegnazione della casa familiare non si dovrebbe considerare il fine per il quale esso è posto in essere? Non si dovrebbe forse fare i conti con la particolarità del diritto di godimento nascente da esso che, se pur formalmente in capo al genitore, è posto in essere nel preminente (se non esclusivo) interesse dei figli?

Sono queste le domande che fanno propendere verso una soluzione alternativa, una soluzione che guardi alla *ratio* dell'art. 337 *sexies* c.c. e che riesca a rendere effettiva la tutela del preminente interesse della prole rispetto agli altri interessi contrastanti.

Perché se nella fattispecie della morte del coniuge assegnatario, la quale, come si è avuto modo di dire sopra, è causa di revoca di diritto del provvedimento di assegnazione della casa familiare, viene a mancare la figura del genitore collocatario, nel caso sin qui esaminato essa non viene a mancare, ma il genitore collocatario diventa semplicemente unico proprietario dell'immobile; ciò non può significare che venga automaticamente meno l'interesse della prole a continuare a vivere nel proprio habitat familiare.

E proprio in merito alle cause di estinzione del diritto di godimento sulla casa familiare e alla loro operatività hanno avuto modo di esprimersi sia la Corte Costituzionale che la Corte di Legittimità, le quali hanno ribadito la necessaria preminenza dell'interesse del minore nella valutazione dell'emanazione di un eventuale provvedimento di revoca, ponendosi contro l'esegesi letterale della norma che parrebbe propendere, invece, per un mero automatismo tra cause di estinzione del diritto e revoca dello stesso.

In particolare, la Corte di Cassazione prima (Cass., 16 aprile 2008, n. 9995) e la Corte Costituzionale poi (Corte Cost., 30 luglio 2008, n. 308), a distanza di pochissimo tempo l'una dall'altra, hanno avuto modo di affrontare la medesima questione e cioè se, a prescindere da qualsiasi tipo di valutazione, all'instaurarsi da parte del genitore destinatario dell'assegnazione della casa familiare di una nuova relazione (che sia convivenza *more uxorio* o nuovo matrimonio), venga meno il provvedimento di assegnazione così come appariva dalla lettera dell'art. 155 *quater* prima della riforma del 2006 e oggi dall'art. 337 *sexies*, II comma c.c. In particolare, la Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla incostituzionalità delle cause di estinzione riguardanti la nuova relazione dell'assegnatario previste dall'art. 155 *quater* per contrasto con l'artt. 2, 3, 29 e 30 Cost., ci dice che "non solo l'assegnazione della casa familiare, ma anche la cessazione della stessa, è stata sempre subordinata, pur nel silenzio della legge, ad una valutazione, da parte del giudice, di rispondenza all'interesse della prole" ma non ritiene illegittime le due cause di estinzione, solo a condizione che la normativa sia interpretata nel senso che l'assegnazione della casa coniugale non venga meno di diritto al verificarsi degli

eventi di cui si tratta (instaurazione di una convivenza di fatto, nuovo matrimonio), ma che la decadenza dalla stessa sia subordinata ad un giudizio di conformità all'interesse del minore.

Simile ponderazione di interessi si può verificare nel caso in cui il genitore decida di allontanarsi dalla casa familiare e, quindi mutare residenza. Anche questa, infatti, è causa di estinzione del provvedimento di assegnazione della casa familiare, ma è anche vicenda in cui il genitore non collocatario può chiedere una revisione degli accordi di affido, *ex* art. 337 *ter*, al fine di opporsi al cambio di residenza del coniuge collocatario o chiedere che i figli vengano collocati presso di lui di talché possa quest'ultimo rimanere nell'immobile adibito ad habitat familiare assieme alla prole. Anche in questo caso vi è, dunque, la possibilità di dare rilievo al preminente interesse del minore, evitando qualunque automatismo.

Altro aspetto interessante è stato sottolineato dalla Corte di Cassazione (Cass., 15 gennaio 2018, n.772) in caso di morte del coniuge proprietario e non assegnatario dell'immobile. È stato ribadito che il diritto di godimento continua a sussistere a prescindere che la casa sia di terzi o vada, successivamente, a causa della vicende ereditarie, ai terzi. Essendo l'assegnazione della casa familiare un provvedimento a tutela della prole esso deve continuare a sussistere finché ve ne sia l'esigenza.

Sembra, dunque, che le cause di estinzione non operino mai automaticamente, ma vi sia sempre il modo di effettuare un bilanciamento affinché il diritto della prole non venga mai sacrificato.

Non solo, vi sono molti casi in cui in sede di omologa di accordi di separazione è stato espressamente negato ad un coniuge "collocatario" della prole di rinunciare all'assegnazione della casa familiare essendo tale rinuncia non conforme all'interesse della prole.

È ovvio che in tutti questi casi vi sarà un bilanciamento di interessi, vi sarà in concreto la valutazione dell'interesse del minore tenuto conto non solo delle circostanze fattuali ma anche e soprattutto delle parole del minore, il cui ascolto assurge oggi a pietra miliare del rinnovato diritto di famiglia. Ciò che, quindi, assume particolare rilievo è il fatto per cui non vi è un aut-aut, non vi è, al verificarsi di certe condizioni, una conseguenza *tranchant* che non tiene in adeguata considerazione le specifiche peculiarità del caso concreto, ma vi è un provvedimento "cucito" sul caso concreto. È una materia che sembra sfuggire agli automatismi.

Pertanto, potrebbe apparire corretto prevedere che anche nel caso in cui il coniuge destinatario dell'assegnazione della casa familiare divenisse unico proprietario non ci sarebbe un'automatica estinzione del diritto di godimento bensì

un'eventuale ponderazione da parte del giudice, il quale, alla luce del preminente interesse del minore, valuterà, mediante il bilanciamento di interessi, se debba prevalere il diritto dominicale o l'interesse della prole e, se fosse quest'ultimo a prevalere, il coniuge assegnatario e unico proprietario dovrà rimanere astretto dal vincolo nonostante la pienezza del proprio diritto.

III. POSSIBILE REVISIONE DELLA DISCIPLINA: DIRITTO IN CAPO ALLA PROLE.

Nonostante la soluzione interpretativa sopra proposta sembri ad oggi la migliore alla luce di una rilettura della lettera della norma attraverso i principi, certo è che la disciplina sull'assegnazione della casa familiare continua a destare alcune perplessità. Ed invero, come sottolineato da parte della dottrina, permane la situazione paradossale per cui il genitore destinatario del provvedimento di assegnazione della casa familiare e da sempre unico proprietario dell'immobile possa fare dell'abitazione domestica ciò che più vuole, senza dover chiedere il consenso dell'altro coniuge, della prole né tantomeno alcun provvedimento giudiziale, poiché in questo caso non vi sarà alcun provvedimento di assegnazione di un diritto di godimento che egli già ha in quanto proprietario. Egli può dunque decidere di vendere l'immobile perché il suo diritto di proprietà non è scalfito da alcun vincolo giuridico e ciò ce lo confermano, indirettamente, anche le Sezioni Unite nella sentenza in commento.

Di talché, la prole è tutelata solamente se il coniuge collocatario è quello a cui non appartiene l'abitazione in piena proprietà, altrimenti, qualora sussista al momento della separazione personale questa situazione di proprietà piena o sopraggiunga, nel caso di comproprietà o successiva divisione, il suo interesse non sarà in alcun modo tenuto in considerazione. La situazione si aggrava maggiormente se si pensa alla vendita del cespite ad un terzo. Solo se il cespite viene venduto ad un terzo dal coniuge non collocatario e unico proprietario il vincolo continuerà a sussistere al di sopra di esso, altrimenti, anche qui, il coniuge collocatario e unico proprietario potrà vendere l'immobile in qualsiasi momento e sullo stesso non vi sarà alcun tipo di limitazione.

Peraltro, anche la soluzione prospettata nel paragrafo precedente è in realtà parte di questo paradosso. Infatti, non appare giusto tutelare la prole solo nel momento in cui il genitore diventi unico proprietario dopo un procedimento di divisione dell'immobile e non farlo sin dall'inizio ponendo in esser un vincolo a prescindere che la casa appartenga ad entrambi i genitori o a uno solo di essi, anche se questo fosse il genitore collocatario.

Altra situazione paradossale potrebbe verificarsi al venir meno della persona proprietaria dell'immobile e non destinataria della casa familiare. Ed infatti se

questo era divorziato o convivente more uxorio e unico proprietario della casa familiare, il vincolo giuridico continuerà a sussistere a prescindere dal fatto che la casa vada ai suoi eredi (non potrà mai andare al all'ex coniuge perché parliamo di divorzio e quindi causa di scioglimento del matrimonio che comporta ogni perdita dei diritti ereditari né, tantomeno, al convivente di fatto che di per sé non vanta alcun diritto successorio). Mentre se il coniuge che viene meno era separato, non destinatario della casa familiare e unico proprietario o comproprietario dell'immobile e questo passasse in eredità al coniuge (che essendo separato non ha perso i diritti successori), per il principio della sentenza in esame, quest'ultimo potrebbe fare dell'abitazione ciò che desidera senza tenere in considerazione la volontà dei figli di continuare ad abitarvici; al contrario se la casa fosse di terzi o in comproprietà con terzi il vincolo continuerebbe ad essere presente.

Anche nel caso in cui fosse il coniuge destinatario del provvedimento di assegnazione a morire si verificherebbe una situazione simile, in quanto la morte del coniuge assegnatario è prevista come espressa causa di estinzione del diritto di godimento. Così che il coniuge comproprietario, se non divorziato, qualora divenisse unico proprietario dell'intero immobile potrebbe agire esclusivamente nel proprio interesse e, peraltro, anche se la casa fosse in precedenza stata venduta a terzi la prole rimarrebbe comunque priva di qualsiasi tutela, essendo questa causa espressa di estinzione, considerata, anche dalla giurisprudenza, con operatività automatica. Per non parlare del coniuge unico proprietario e non collocatario il quale, tramite la morte dell'assegnatario, riavrebbe indietro l'immobile libero da vincoli.

Parliamo di situazioni estremamente simili, se non uguali, a cui è riservato un trattamento diverso. Situazioni che intaccano non solo il diritto appartenente alla prole, ma anche il diritto dominicale del genitore o dei terzi che viene sacrificato di più o di meno a seconda di circostanze poco dissimili tra di loro, soprattutto se teniamo sempre bene a mente il fine ultimo della normativa. Siamo davanti ad una disposizione quindi, che applicata in tale modo potrebbe portare all'affermazione, sicuramente severa, di un contrasto con l'art. 3 della Costituzione. Al mutare del proprietario il diritto vantato dalla prole potrebbe essere tutelato come, allo stesso tempo, non potrebbe essere tutelato. Non vi è un'armonia normativa.

Pertanto, questo paradosso rischia di mettere in ombra, ancora una volta, la *ratio* della disposizione, cioè quella di preservare un idoneo habitat domestico della prole, inteso come centro dei propri affetti e interessi, affinché questa possa vivere con serenità un travagliato momento della propria esistenza. Insomma, piuttosto che veder trionfare la tutela della prole sembra di vedere un diritto imbrigliato nelle dinamiche decisionali ed economiche dei genitori. Un diritto della

prole succube delle vicende strettamente legate al diritto di proprietà piuttosto che reso effettivo grazie ad una reale tutela.

Per questo motivo, una soluzione ipotizzata potrebbe essere quella di prevedere che il diritto di godimento sia posto in essere direttamente in capo alla prole. Che sia, dunque, la prole stessa destinataria del provvedimento e non il genitore collocatario come mezzo tramite il quale raggiungere lo scopo. Perché il rischio di commistione tra ragioni dei coniugi e ragioni della prole è sempre dietro l'angolo. Ed invero, per mezzo di questa innovazione tutti i paradossi potrebbero essere superati e potremmo essere certi che il diritto della prole sarebbe scevro da vincoli che un legislatore, forse poco attento, ha posto sui suoi interessi.

Quanto detto sinora non toglie rilievo al fatto per cui, alla luce del pensiero dottrinario, la normativa potrebbe e dovrebbe essere riguardata dando valore anche ad altri interessi. Mi sembra sul punto estremamente autorevole, nonché interessante, una proposta di legge a cui ha lavorato la SISDIC nella quale si fa riferimento alla circostanza per cui la casa familiare possa assumere una notevole rilevanza non solo per la prole ma anche per il coniuge che versa in uno stato particolare, come potrebbe essere il caso del coniuge invalido o gravemente infermo. Non solo, può accadere che a volte non sia l'habitat domestico il luogo migliore nel quale rimanere e perciò anche qui potrebbe essere necessario che il giudice ponderi la possibilità di una soluzione diversa e propenda per l'assegnazione di un altro immobile poiché ritenuto più rispondente alle esigenze della prole. Ciò non toglie che, una volta stabilito, a seconda del caso concreto, quale sia l'interesse maggiormente meritevole di tutela, quest'ultima debba essere effettiva e non debba andare incontro a "buchi neri" nei quali essa possa improvvisamente scomparire.

In ogni caso, a parte la molteplicità di interessi e la possibilità di varie soluzioni, è possibile constatare che l'attuale disciplina dell'assegnazione della casa familiare così come scritta ed applicata oggi porta a conseguenze, spesso, paradossali che dovrebbero essere oggetto di una più attenta rivisitazione soprattutto perché parliamo di una normativa improntata alla tutela della prole; tutela che, si ribadisce, non può che essere effettiva. Si ritiene, dunque, che la materia in esame debba necessariamente essere libera da automatismi in quanto vi sono in gioco non solo e non tanto diritti patrimoniali bensì diritti esistenziali.

EL DERECHO DE VISITA COMO INSTRUMENTO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LA GUARDA DE HECHO. COMENTARIO A LA SAP DE SANTANDER 85/2022, DE 14 DE FEBRERO*

THE LAW AS A TOOL FOR RESOLVING DE FACTO GUARDIANSHIP DISPUTES. COMMENT OF THE SAP SANTANDER 85/2022 DATED 14 FEBRUARY

Rev. Boliv. de Derecho Nº 35, enero 2023, ISSN: 2070-8157, pp. 540-553

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación "La guarda de hecho desde la perspectiva jurídico-social de la discapacidad". Resolución de 27 de julio de 2022 por la que se resuelve la convocatoria del Plan Propio de Investigación de la Universidad de Córdoba 2022. Modalidad 2. Formación y promoción de recursos humanos. Submodalidad 2.6. UCOIMPULSA. Duración del proyecto: 01/09/2022 al 31/08/2023. También se apoya en las investigaciones del Observatorio de jurisprudencia sobre sistemas de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica, creado por Plena Inclusión, Líber y el Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba de la Universidad Carlos III de Madrid.

Celia PRADOS GARCÍA

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de noviembre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 15 de diciembre de 2022

RESUMEN: Con este trabajo se persigue analizar críticamente la sentencia de la Audiencia Provincial de Santander, de 14 de febrero de 2022, relativa a la petición de guarda y custodia compartida por parte de uno de los progenitores respecto de un hijo adulto con discapacidad*. En opinión de la autora, la sentencia confunde algunos de los principios sobre los que descansa la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, así como la propia 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.

PALABRAS CLAVE: Capacidad jurídica; derecho de visita; guarda de hecho, discapacidad.

ABSTRACT: *This work is a critical analysis of the judgement of the Provincial Court of Santander, on 14 February 2022 regarding a shared guardianship and custody petition filed by a parent with respect to an adult son with disabilities. In the author's opinion, the decision confuses some principles underlying the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, as well as Law 8/2021 of 2 June, which reforms civil and procedural laws to support persons with disability in the exercise of their legal capacity.*

KEY WORDS: *Legal capacity; visitation rights; de facto guardianship; disability*

* SAP de Santander, nº85/2022, de 14/02/2022 (ROJ: SAP S 179:2022 – ECLI: APS: 2022:179).

SUMARIO.- SUPUESTO DE HECHO.- DOCTRINA JURISPRUDENCIAL.- COMENTARIO: I. LA REFORMA CIVIL EN MATERIA DE DISCAPACIDAD.- II. DISCONFORMIDAD DE LA SAP DE SANTANDER DE 14 DE FEBRERO DE 2022 CON LA CDPD.

SUPUESTO DE HECHO

La sentencia nº 85/2022, dictada por la Audiencia Provincial de Santander, resuelve un recurso de apelación interpuesto contra una sentencia de primera instancia de 5 de abril de 2021. El recurrente había solicitado una modificación de medidas establecidas en sentencia de divorcio dictada en 2017. Entre otras cuestiones, había solicitado el establecimiento de la guarda y custodia compartida de un hijo común. Sin embargo, en primera instancia se consideró que no quedaba justificado cambio alguno en el régimen de custodia, al no procurar un beneficio al hijo, y sí un perjuicio por cambio de rutina. No obstante, hay un dato que reviste especial importancia en este caso, y es que el hijo era mayor de edad cuando se inició el proceso de modificación de medidas. El convenio regulador, de 1 de septiembre de 2017, había atribuido la guarda y custodia del entonces menor de edad a la madre, y un régimen de visitas, comunicación y estancia con el padre. En la fecha en la que el padre presenta demanda de modificación de medidas, el hijo ya es mayor de edad. Según consta en la sentencia, el hijo precisa de apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica y tiene dificultades para comunicarse. En concreto, se recoge expresamente que su "lenguaje es muy limitado y aunque repite palabras de forma ecolálica es capaz de utilizar algunas, no frases, de forma adecuada al contexto".

En cuanto al apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica, viene siendo prestado por la madre, en calidad de guardadora de hecho, desde que el hijo alcanzara la mayoría de edad.

Entre los hechos y circunstancias condicionantes de la decisión del tribunal, que quedaron acreditados en la primera instancia, la sentencia refiere un informe socio-familiar emitido el 28 de enero de 2021, por la trabajadora social de equipo psicosocial público judicial, que "aprecia indicadores positivos para la posible viabilidad de la custodia compartida" solicitada por el padre. Ello a pesar de la mayoría de edad del hijo común -tiene 20 años en ese momento-, evidenciándose una confusión manifiesta entre las distintas medidas de apoyo que regula 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

• Celia Prados García
Profesora Ayudante Doctora de la Universidad de Córdoba. Principales líneas de investigación: Derecho de la Persona y Derecho de Familia. Correo electrónico: cprados@uco.es.

(LAPCD) y las figuras de representación, protección y cuidado, propias de la infancia.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

De los hechos destacados en la sentencia, el tribunal deduce que el hijo común, de 20 años de edad:

"requiere de medidas de apoyo para el pleno ejercicio de su capacidad jurídica que habrán de ser ratificadas o definidas a través de la presente resolución en el caso de que se presente la necesidad de su determinación o fijación judicial, dado que en el instante del dictado de la sentencia de primera instancia no había entrado en vigor (3 de septiembre de 2021) 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".

Tras referenciar los arts. 91 y 94 del Código Civil, la sentencia fundamenta la reforma civil en materia de discapacidad, e intenta hacerlo desde el modelo social de la discapacidad, teniendo en cuenta la voluntad de la persona como principio rector. Sin embargo, el tribunal entra en contradicción con el art. 12 CDPD, afirmando que el interés de la persona subyace "como principio correctivo". Incluso va más allá y, siguiendo el criterio del Tribunal Supremo en la sentencia nº 269/2021, de 6 de mayo, afirma que el "apoyo debido para el ejercicio de la capacidad jurídica puede ser impuesto"[1]. Una sentencia que, a pesar de ser anterior a la entrada en vigor de la LAPCD, alude en sus fundamentos a la CDPD, pero se aparta del art. 12. Criterio que ha sido reiterado por el Tribunal Supremo tras la entrada en vigor de la LAPCD, y que ha sido comentado críticamente por un sector de la doctrina que considera que el tribunal se aleja de la nueva regulación, no respetando ni las reglas ni el espíritu de la Convención[2].

Como se ha referido anteriormente, desde la sentencia de divorcio las relaciones familiares se habían caracterizado por un régimen de custodia exclusiva de la madre y un amplio régimen de visitas y comunicación con el padre. Sin embargo, en consonancia con la LAPCD, desde que el hijo común alcanzara la mayoría de edad, la madre ha prestado apoyo en calidad de guardadora de hecho. Medida de apoyo que el tribunal reconoce en la sentencia, tras considerar que se ha desarrollado de forma adecuada y suficiente. Sin embargo, de modo incomprensible ante la petición del recurrente de un régimen de guarda compartida, el tribunal

1 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 6 de mayo de 2021, n.º 269/2021, de 6 de mayo de 2021, (ROJ: STS 1894/2021- ECLI:ES:TS:2021:1894).

2 García Rubio, M. P. y Torres Costas, M. E.: "Primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo en aplicación 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", *ADC*, tomo LXXXV, fasc. I (enero-marzo), 2022, pp. 279-334.

fundamenta jurídicamente la sentencia con normativa relativa al interés del menor, interpretando los arts. 91 y 92 CC en un supuesto en el que el hijo común es una persona adulta. De hecho, el tribunal entra a valorar la "capacidad parental" de los progenitores, a quienes considera "dignos ejercientes de sus obligaciones, antes y después de la mayoría de edad". Incluso encuentra reparos en la forma en la que los progenitores podrían ejercer la guarda de hecho de forma compartida, confirmando que no advierte:

"que concurran circunstancias precisas para pensar en la mejora en el interés y bienestar del hijo común ya mayor de edad, existiendo, como existe, un régimen de comunicación con su padre amplio que permite un contacto vital estrecho".

En consecuencia, la pretensión de guarda compartida fue desestimada. Manteniéndose, de un lado, la "guarda exclusiva de la madre, guardadora de hecho, como figura principal de apoyo en el ámbito civil, de acuerdo al art. 91.II CC, y de otro, el régimen de comunicación, visitas y estancia que venía desarrollando durante la minoría de edad de su hijo y hasta el momento presente, de acuerdo con el art. 94 CC".

COMENTARIO

La LAPCD constituye el proyecto central que adapta el Derecho interno al art. 12 de la CDPD[3]. En el art. 12 CDPD se recoge el derecho al igual reconocimiento ante la ley. El artículo reafirma el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, establece la presunción de capacidad e insta a los Estados Partes a reconocer la capacidad para obligarse de todas las personas mayores de edad, sin distinción por razón de discapacidad alguna. También ordena a los Estados a adoptar las medidas de apoyo necesarias para garantizar el ejercicio efectivo de la capacidad jurídica. Dichos apoyos deben respetar la libre voluntad de la persona con discapacidad, así como los principios de necesidad y proporcionalidad.

No obstante, una vez ratificada la Convención, la mayoría de los Estados Partes encontraron dificultades en la aplicación del art. 12 CDPD. Hasta tal punto que el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad (Comité, en adelante), órgano de expertos que supervisa e interpreta la aplicación de la Convención, tuvo que pronunciarse a través de su Observación General Primera. De hecho, con la finalidad de promover la aplicación del art. 12 CDPD, insistió en que la capacidad jurídica abarca tanto la titularidad de los derechos como

3 Para el texto vigente en España. *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 núm. 96, 21 de abril de 2008.

la legitimación para ejercitarlos. Cuestión que no estaba siendo interpretada correctamente por parte de los Estados.

En el proceso de adaptación del ordenamiento jurídico interno, la LAPCD persigue un modelo que garantice el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, garantizándose los apoyos precisos en el proceso de toma de decisiones. Esto supone dejar que sea ella misma quien decida y actúe, ofreciéndole los apoyos que precise. En consecuencia, este cambio conlleva la desaparición del modelo de la sustitución en la toma de decisiones y el desarrollo normativo de un régimen de provisión de apoyos que garantice el ejercicio de la capacidad jurídica.

I. LA REFORMA CIVIL EN MATERIA DE DISCAPACIDAD.

La LAPCD implanta el modelo social de la discapacidad. Un modelo que entiende la discapacidad como una circunstancia en la que las restricciones personales no tienen su origen en las características de la persona, sino en la propia sociedad que no tiene en cuenta su situación, generando barreras que las excluyen y discriminan. En su implementación, elimina la incapacitación y otorga preferencia a las medidas voluntarias, es decir, las elegidas por la propia persona, al tiempo que regula un régimen jurídico de provisión de apoyos, que en defecto de medidas voluntarias prefiere las informales (guarda de hecho) y solo en último término las judiciales (curatela y defensor judicial). En concreto, el art. 249 CC establece el procedimiento a seguir por quienes presten apoyo de cualquier tipo para la averiguación de lo que quiere o hubiese querido, en caso de no poder expresarlo de forma comprensible. Así, el artículo establece que:

"Las personas que presten apoyo deberán actuar 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".

Añade el art. 249 CC, que, excepcionalmente, "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".

En definitiva, la Ley deja claro que la persona que presta el apoyo debe hacer un esfuerzo considerable para acceder a la voluntad de persona apoyada. Y, solo en caso de que esto no sea posible, deberá reconstruirse la voluntad atendiendo a su trayectoria vital "incluso aunque esta sea contraria a la opinión de la auxiliar y al propio interés superior objetivo de la persona con discapacidad"[4]. De hecho, se insiste desde un sector de la doctrina, en la necesaria expulsión del criterio del mejor interés en la prestación de apoyos a personas adultas[5].

Como hemos dicho, entre las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica la LAPCD reconoce las de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial, siendo las últimas de provisión judicial (art. 250 CC). En el caso de la guarda de hecho, queda configurada como una medida de apoyo informal, "cuya habilitación para actuar proviene directamente de la ley, no de una declaración judicial"[6]. El guardador o guardadora de hecho sería la persona que viene prestando un apoyo de forma habitual en la vida de la persona con discapacidad. El propio Preámbulo de la LAPCD lo recoge así:

"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 –generalmente un familiar-, pues la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables -que no precisa de una investidura judicial formal que la persona con discapacidad tampoco desea".

En el ámbito del Derecho de Familia, la reforma modifica el art. 94 CC, relativo al derecho de visitas, comunicación y estancia respecto de los hijos. Sobre este último precepto, conviene recordar que el nuevo tenor conserva la redacción del párrafo primero, que se refiere expresamente a los hijos menores de edad. Sin embargo, se ha incorporado un párrafo nuevo:

"respecto de los hijos con discapacidad mayores de edad o emancipados que precisen apoyo para tomar la decisión, el progenitor que no los tenga en su compañía podrá solicitar, en el mismo procedimiento de nulidad, separación o divorcio, que se establezca el modo en que se ejercitará el derecho previsto en el párrafo anterior".

Además, el nuevo art. 94 CC añade que "la autoridad judicial resolverá teniendo siempre presente el interés del menor o la voluntad, deseos y

4 García Rubio, M. P.; Torres Costas, M. E.: "Primeros pronunciamientos", cit., pp. 279-334, esp. 283.

5 García Rubio, M. P.; Torres Costas, M. E.: "Primeros pronunciamientos", cit., pp. 279-334, esp. 283.

6 CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Sistema de Provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad y su aplicación transitoria (Cód. EX2201),* 2022.

preferencias del mayor con discapacidad" (art. 94 CC). En definitiva, que en el supuesto de hijos emancipados o mayores de edad con discapacidad no hay lugar para la sustitución de su voluntad y no se puede atender únicamente a la solicitud del derecho de visita por parte del progenitor, ni al interés superior del hijo adulto, correspondiendo a los tribunales interpretar el precepto conforme a lo estipulado en el art. 249 CC. En este sentido, la ley es clara respecto del procedimiento a seguir por la persona que presta el apoyo, que debe averiguar qué quiere o hubiere querido la persona con discapacidad, en caso de no poder expresarlo de forma comprensible[7]. Solo en el caso de no poder concluir cuál es la verdadera voluntad de la persona con discapacidad, la prestadora de apoyos debe tratar de reconstruir la voluntad, teniendo en cuenta "la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores", así como cualquier factor que hubiese tenido en consideración a la hora de decidir sobre el hipotético régimen de visita y comunicación. Incluso aunque su voluntad sea contraria a la opinión de la persona que presta el apoyo y al propio interés superior objetivo de la persona con discapacidad[8]. Sobre esta última cuestión, es preciso insistir en la necesidad de abandonar definitivamente el sistema del interés superior, a todas luces contrario al art. 12 CDPD. En cualquier caso, cuando exista alguna duda, la autoridad judicial determinará en la comparecencia si es el hijo quien adopta la decisión, al tiempo que verifica la ausencia de influencia indebida y manipulación[9]. Para ello, la autoridad judicial podrá dictar las salvaguardas oportunas para asegurar el ejercicio de las medidas de apoyo conforme a lo estipulado en la LAPCD.

Un sector de la doctrina se ha pronunciado sobre el alcance de la reforma del art. 94 CC, considerando que el nuevo precepto responde a la filosofía y alcance de la LAPCD[10], al dar cobertura a los progenitores en situación de conflicto familiar, tras la supresión de la patria potestad prorrogada[11]. Sin embargo, es preciso realizar un análisis crítico sobre el hecho de que las modificaciones llevadas a cabo sigan estableciendo paralelismos entre los menores de edad y las personas adultas con discapacidad, pues no solo no resuelve la confrontación entre el interés superior del menor frente a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad[12], sino que favorece interpretaciones contrarias

7 García Rubio, M. P. y Torres Costas, M. E.: "Primeros pronunciamientos", cit., pp. 279-334.

8 García Rubio, M. P. y Torres Costas, M. E.: "Primeros pronunciamientos", cit., pp. 279-334.

9 Guilarte Martín-Calero, C.: "Se da nueva redacción al artículo 94 CC", en AA.VV.: *Comentarios a la ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por C. Guilarte Martín-Calero), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2021, pp.145-150.

10 Martínez Rodríguez, N.: "Discapacidad y derecho de familia. Nuevos principios, nuevas normas", en AA.VV.: *El nuevo derecho de las capacidades: de la incapacitación al pleno reconocimiento* (dir. por E. Llamas Pombo, N. Martínez Rodríguez y E. Toral Lara), Wolters Kluwer, Madrid, 2022, pp. 303-368.

11 Guilarte Martín-Calero, C.: "Se da nueva redacción" cit., pp. 145-150.

12 Otero Crespo, M.: "Artículo 94 CC", en AA.VV.: *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por M. P. García Rubio y M. J. Moro Almaraz), Civitas, 2022, pp. 125-129.

a la Convención y a la propia LAPCD[13]. La incorporación del segundo párrafo ha de interpretarse como un reducto de paternalismo característico del modelo anterior, inspirado todavía en cierta medida por el interés de la persona adulta con discapacidad, en lugar de en su voluntad, deseos y preferencias. Por ello, creo que hubiera sido más acorde con el nuevo modelo que el legislador se hubiese limitado a la supresión de la referencia a los "hijos incapacitados" que contenía el párrafo primero en su redacción anterior, sin incluir un supuesto específico para los hijos adultos con discapacidad.

En definitiva, la LAPCD no ha resuelto del todo bien la solución a posibles conflictos familiares que dificulten las relaciones entre los hijos adultos con discapacidad y el progenitor con el que no convive. En concreto, el art. 94 CC no es del todo compatible con el art. 12 CDPD, pues permite cierta equiparación entre los hijos menores de edad y los hijos emancipados y adultos que precisen apoyo para la toma de decisiones, o al menos da pie para interpretar que dicha equiparación o analogía existe. Además, la regulación de un supuesto excepcional para personas adultas con discapacidad, no contemplado para el resto de hijos adultos, crea una distinción por razón de la discapacidad, contraviniendo así el art. 5 CDPD.

II. DISCONFORMIDAD DE LA SAP DE SANTANDER DE 14 DE FEBRERO DE 2022 CON LA CDPD.

Tal y como ha podido comprobarse en la sentencia comentada, y en cierta medida fomentado por el equívoco paralelismo que establece el precepto y que se ha criticado en el epígrafe precedente, se deduce cierta confusión entre la medida de apoyo en cuestión, guarda de hecho, con el régimen de guarda y custodia de hijos menores de edad. Identificación que no puede tener lugar por representar la guarda y custodia una concreción de la función tuitiva de la responsabilidad parental[14]. Además, la petición, por parte del padre, de lo que la sentencia denomina "guarda compartida" no tiene cabida en el nuevo modelo de la capacidad jurídica, en el que cabe un apoyo compartido de naturaleza informal, pero que es algo muy distinto de la guarda y custodia del menor. En este sentido, una vez ha quedado constatado el adecuado ejercicio de la guarda de hecho por parte de la madre, el tribunal debió rehusar pronunciarse sobre la pretendida guarda y custodia compartida. Sin embargo, al encontrarnos ante un caso en el que la madre actúa como guardadora de hecho, al tiempo que existe un conflicto

13 Prados García, C.: "El derecho de visita respecto de los hijos emancipados o mayores de edad que precisen apoyo en la toma de decisiones", *Revista Boliviana de Derecho,* núm. 34, 2022, pp. 350-371.

14 Gómez Valenzuela, M. Á.: "Del sistema paternalista de la patria potestad prorrogada y rehabilitada al sistema de apoyo en relación al hijo mayor de edad con discapacidad. Debate en torno a la subsunción del cuidado en la arquitectura de las medidas de apoyo. A propósito de la SAP de Cantabria de 14 de febrero de 2022 (JUR 2022, 88324)", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 34, julio 2022, pp. 198-251.

de intereses entre los progenitores, corresponde al juez decidir sobre el régimen de visitas, pero, eso sí, facilitando el papel activo del hijo en la toma de decisiones, e incluso nombrando un defensor judicial[15].

En cualquier caso, la LAPCD tiene un ámbito de aplicación claro, el de las personas mayores de edad. Por ello, insisto en que en lo relativo al derecho de visita y comunicación respecto de una persona adulta con discapacidad, la autoridad judicial debe tener en cuenta como único criterio de actuación el del respeto a la voluntad, deseos y preferencias, en absoluta consonancia con el art. 12 CDPD. Es decir, el tribunal debió garantizar que el hijo mayor de edad con discapacidad pudiera manifestar su voluntad en lo relativo a la persona que debía prestar el apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica; si quería que siguiera siendo la madre o si su voluntad era que lo hiciera también su padre. Para ello debía haber procurado en todo momento el desarrollo del proceso de toma de decisiones, tal y como establece el art. 249 CC. En el caso de que esto no fuese posible, debió tenerse en cuenta su trayectoria vital, creencias, valores y factores que hubiera tomado en consideración de no haber precisado el apoyo. Lejos de todo ello, la autoridad judicial no adoptó la resolución previa audiencia del hijo común ni del Ministerio Fiscal, un deber que responde a uno de los principios básicos de la reforma: atender a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. De tal forma que la audiencia conllevaría una entrevista que permitiese al juez escuchar a la persona para conocer su voluntad, e incluso para determinar el grado de afectividad con sus progenitores[16]. Audiencia que no consta haberse realizado en este caso; en principio, debido a que la dificultad para comunicarse del hijo "la hacía inviable". Tampoco se hace referencia a la necesidad de reconstruir la voluntad del hijo a través de la persona que presta el apoyo o de otro apoyo con el que no tuviera conflicto de intereses. Según se deduce del texto de la sentencia nos encontramos ante uno de los denominados "casos límite o difíciles", es decir, casos en los que la persona con discapacidad "ni puede formar su voluntad ni puede expresarla y, por añadidura, carece de trayectoria vital que pueda ser interpretada [17]". En estos supuestos el legislador ha entendido que corresponde la representación heterónoma o sustitutiva de la voluntad del representado como la única solución posible. Ello a pesar de que ni si quiera en tales casos la admite el Comité, tal y como ha puesto de manifiesto en la Observación General Primera. No obstante, esto no queda reflejado en la

15 Torrelles Torrea, E.: "Hijos con discapacidad y régimen de visitas, comunicación y estancia tras la reforma del art. 94 CC del Código Civil", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 791, pp. 1387-1441.

16 Torrelles Torrea, E: "Hijos con discapacidad", cit., pp. 1387-1441, esp.1409.

17 García Rubio, M. P. y Torres Costas, M. E.: "Artículo 249 CC", en AA.VV.: *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por M. P. García Rubio y M. J. Moro Almaraz), Civitas, Madrid, 2022, pp. 207-219, esp.217.

sentencia, en la que se divaga entre fundamentos jurídicos que son de aplicación a supuestos sobre el régimen de guarda y custodia de hijos menores de edad.

En definitiva, el nuevo tenor del art. 94 CC regula el derecho de visita, comunicación y estancia respecto de los hijos emancipados y mayores de edad que precisen de apoyo en la toma de decisiones. Regulación que pretende resolver los posibles conflictos de intereses que puedan surgir en el ámbito familiar, tras la derogada patria potestad prorrogada y rehabilitada. Es más que cuestionable que se haya mantenido esa regulación de forma paralela a la custodia de los menores de edad. En todo caso, tratándose de adultos con discapacidad, la autoridad judicial debe garantizar, en todo momento, el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, así como la debida prestación de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

Consejo General Del Poder Judicial: *Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Sistema de Provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad y su aplicación transitoria (Cód. EX2201),* 2022.

García Rubio, M. P.: "Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad", *SEPIN. Familia y sucesiones: cuaderno jurídico*, núm. 136, 2021.

García Rubio, M. P. y Torres Costas, M. E.: "Primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo en aplicación 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", *ADC*, tomo LXXXV, fasc. I (enero-marzo), 2022.

García Rubio, M. P. y Torres Costas, M. E.: "Artículo 249 CC", en AA.VV.: *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por M.P. García Rubio y M. J. Moro Almaraz), Civitas, Madrid, 2022.

Gómez Valenzuela, M. Á.: "Del sistema paternalista de la patria potestad prorrogada y rehabilitada al sistema de apoyo en relación al hijo mayor de edad con discapacidad. Debate en torno a la subsunción del cuidado en la arquitectura de las medidas de apoyo. A propósito de la SAP de Cantabria de 14 de febrero de 2022 (JUR 2022, 88324)", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 34, julio 2022.

Guilarte Martín-Calero, C.: "Se da nueva redacción al artículo 94 CC", en AA.VV.: *Comentarios a la ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por C. Guilarte Martín-Calero), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2021.

Martínez Rodríguez, N.: "Discapacidad y derecho de familia. Nuevos principios, nuevas normas", en AA.VV.: *El nuevo derecho de las capacidades: de la incapacitación al pleno reconocimiento* (dir. por E. Llamas Pombo, N. Martínez Rodríguez y E. Toral Lara), Wolters Kluwer, Madrid, 2022.

Otero Crespo, M.: "Artículo 94 CC", en AA.VV.: *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por M.P. García Rubio y M.J. Moro Almaraz), Civitas, 2022.

Pallarés Neila, J.: "El principio de consideración de los propios deseos de la persona con discapacidad. Comentario a la SAP de Toledo 000053/2022, de 14 de marzo)", *Diario la ley* nº 10117 (2022).

PRADOS GARCÍA, C.: "El derecho de visita respecto de los hijos emancipados o mayores de edad que precisen apoyo en la toma de decisiones", *Revista Boliviana de Derecho,* núm. 34, 2022.

TORRELLES TORREA, E.: "Hijos con discapacidad y régimen de visitas, comunicación y estancia tras la reforma del art. 94 CC del Código Civil", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 791.

RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA DE INMUEBLES VINCULADOS A POSTERIORES DESARROLLOS URBANÍSTICOS. COMENTARIO A LAS SSTS DE ESPAÑA, NÚM. 484/2022, DE 15 DE JUNIO (RJ 2022,3489); 488/2022, DE 21 DE JUNIO (RJ 2022,3044); 656/2022, DE 11 DE OCTUBRE (JUR 2022,330448); Y 801/2022, DE 22 DE NOVIEMBRE (JUR 2022,366634)

TERMINATION OF CONTRACTS FOR THE PURCHASE AND SALE OF REAL ESTATE LINKED TO SUBSEQUENT URBAN DEVELOPMENTS. COMMENTARY OF THE SPANISH SUPREME COURT JUDGEMENTS NUMBERS 484/2022, 15TH JUNE 2022 (RJ 2022,3489); 488/2022, 21ST JUNE 2022 (RJ 2022,3044); 656/2022, 11TH OCTOBER 2022 (JUR 2022,330448); AND 801/2022, 22ND NOVEMBER 2022 (JUR 2022,366634)

Rev. Boliv. de Derecho Nº 35, enero 2023, ISSN: 2070-8157, pp. 554-569

José Mª.
CARDÓS ELENA

ARTÍCULO RECIBIDO: 6 de junio de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 15 de junio de 2022

RESUMEN: Este comentario analiza cuatro recientes Sentencias del Tribunal Supremo de España, en las que se determina la influencia de la tramitación de los planeamientos urbanísticos en la resolución de los contratos de compraventa de bienes inmuebles situados dentro del ámbito de la actuación urbanística, por imposibilidad sobrevenida de su cumplimiento.

PALABRAS CLAVE: Compraventa de bienes inmuebles; planeamiento urbanístico; resolución del contrato; aliud pro alio; ruptura de la base del negocio; imposibilidad sobrevenida del cumplimiento; condiciones implícitas; limitación de los efectos restitutorios de la resolución.

ABSTRACT: *This commentary analyses four recent Spanish Supreme Court rulings that determine the influence of the processing of urban planning on the termination of contracts for the sale and purchase of real estate located within the scope of the urban development, due to the impossibility of its fulfilment.*

KEY WORDS: *Sale and purchase of real estate; urban development; termination of the contract; aliud pro alio; breach of the basis of the business; supervening impossibility of performance; implicit conditions; limitation of the restitutory effects of the termination.*

SUMARIO.- I. CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS E INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA.- II. DOCTRINA APLICABLE PARA DETERMINAR LA POSIBLE RESOLUCIÓN DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA VINCULADO AL DESARROLLO URBANÍSTICO DEL INMUEBLE COMPRADO.- 1. La frustración del fin del contrato como presupuesto de la resolución contractual.- 2. Aliud pro alio y ruptura de la base del negocio.- A) Resolución contractual sin incumplimiento del vendedor.- B) Supuestos de resolución de compraventas de inmuebles vinculadas a los posteriores desarrollos urbanísticos.- III. INTERPRETACIÓN DE LA VOLUNTAD CONTRACTUAL: CONTRATO DE COMPRAVENTA IMPLÍCITAMENTE CONDICIONADO A LA MODIFICACIÓN DE LOS USOS DEL SUELO.- IV. IMPOSIBILIDAD DEFINITIVA DEL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO.- V. LA PASIVIDAD DEL COMPRADOR FRENTE A LA RESOLUCIÓN DEL CONVENIO URBANÍSTICO ACORDADA POR EL AYUNTAMIENTO NO LO RESPONSABILIZA DE LA FRUSTRACIÓN DEL CONTRATO.- VI. LIMITACIÓN DE LOS EFECTOS DE LA RESTITUCIÓN DE LAS PRESTACIONES Y SU CRÍTICA.

SUPUESTO DE HECHO

1º) Cuatro particulares vendieron en 2006 a una empresa promotora varios terrenos rústicos situado en el término municipal de Morata de Tajuña. Dichos contratos de compraventa habían venido precedidos de cuatro contratos de arras, suscrito por las mismas partes en 2005. Por aquel entonces, los inmuebles tenían la calificación de "suelo no urbanizable", si bien se encontraba vigente un Convenio (Avance) suscrito en 2002 entre la promotora compradora y el Ayuntamiento, en el que este último se comprometía a que el Plan General de Ordenación Urbana, cuya modificación se encontraba en tramitación, delimitase un sector residencial nº. 6 (SR-6) como "suelo urbanizable sectorizado". Los terrenos rústicos comprados se encontraban dentro del ámbito espacial del referido sector SR-6.

2º) En los contratos de compraventa se pactó expresamente que la mayor parte del precio se pagaría a medida que avanzase la tramitación del planeamiento urbanístico del municipio. Concretamente, un 25% se pagaría con la firma del contrato de arras y con el contrato de compraventa; otro 25%, con la Aprobación Inicial del Plan General de Ordenación Urbana; otro 25%, con la Aprobación Provisional del Plan General de Ordenación Urbana; y el 25% final, en el momento del otorgamiento de la escritura pública de compraventa. Estos tres últimos pagos se vinculaban a los hitos de la modificación del Plan General de Ordenación Urbana.

• José Mª. Cardós Elena
Abogado en ejercicio desde 2008, especializado en litigación civil y mercantil. Profesor Asociado de Derecho Civil de la Universitat de València. Licenciado en Derecho por la Universitat de València (Premio Extraordinario de Licenciatura). Licenciado en Ciencias Políticas y de la Administración por la Universitat de València (Premio Extraordinario de Licenciatura). Mención al Rendimiento Académico de la Generalitat Valenciana (2008). Ganador del XIII Premio Estudios Jurídicos Universitarios Manuel Broseta Pont, convocado por la Fundación Profesor Manuel Broseta, con el patrocinio de la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación (2010). Correo electrónico: jose.maria.cardos@uv.es.

3º) En 2006, el Ayuntamiento de Morata de Tajuña acordó la Aprobación Inicial del Plan General de Ordenación Urbana, que incluía la ordenación pormenorizada del sector SR-6.

4º) En 2009, como consecuencia de los cambios legales y de estrategia política en materia de ordenación del territorio y de urbanismo de la Comunidad de Madrid, el Ayuntamiento acordó resolver el Convenio (Avance) suscrito en 2004, dada la imposible aplicación de la edificabilidad comprometida en su día. La resolución del Convenio (Avance) comportó que el Ayuntamiento devolviese a la promotora compradora las cantidades que había entregado en su día en cumplimiento del Convenio urbanístico. La promotora no impugnó en vía administrativa o judicial la resolución del Convenio urbanístico decidida por el Ayuntamiento.

5º) La promotora compradora interpuso cuatro demandas separadas contra los cuatro particulares vendedores de las parcelas rústicas, en las que solicitaba la resolución de los contratos de compraventa, con la consiguiente restitución de la parte del precio pagado, más los intereses legales desde que se produjo la frustración del contrato. Los particulares vendedores se opusieron a las demandas, y a su vez, interpusieron demandas reconvencionales, en la que solicitaban que la compradora pagase la totalidad del precio de compra pendiente de pago, más los intereses legales.

6º) Los procedimientos judiciales corrieron distinta suerte.

a) En los litigios 1, 3 y 4[1], en segunda instancia (SAP de Madrid -Sección 11ª- 16 marzo 2020[2], SAP -Sección 20ª- 30 junio 2020[3], y SAP Madrid -Sección 11ª- 11 diciembre 2020[4]) se dio la razón a los vendedores. Las dos Sentencias de la Sección 11ª de la Audiencia Provincial consideraron que no concurrían los requisitos para aplicar la cláusula *rebus sic stantibus*, toda vez que la falta de aprobación definitiva de un Plan General de Ordenación Urbana en el que no se plasmaba la edificabilidad acordada en el Convenio no constituía una circunstancia absolutamente imprevisible, máxime cuando la entidad demandante y recurrente era una promotora a gran escala. Además, destacaron que nada impidió que cualquier contingencia relacionada con la aprobación de la recalificación urbanística se hubiese causalizado con el contrato de compraventa, mediante la introducción de una condición resolutoria expresa completamente inexistente. Por su parte, la Sentencia dictada por la Sección 20ª de la Audiencia Provincial, a pesar de no fundamentar su decisión en la cláusula *rebus sic stantibus*, utilizó argumentos muy

1 A la hora de determinar qué litigio fue el primero, el segundo, el tercero y el cuarto, se atiende a la fecha de las Sentencias del Tribunal Supremo, no a la fecha de las Sentencias de la Audiencia Provincial.

2 SAP Madrid (Sección 11ª) 16 marzo 2020 (JUR 2020, 242657).

3 SAP Madrid (Sección 20ª) 30 junio 2020 (JUR 2020, 259005).

4 SAP Madrid (Sección 11ª) 11 diciembre 2020 (JUR 2021, 91840).

semejantes a las dos Sentencias dictadas por la Sección 11ª, y añadió que la parte compradora era una promotora inmobiliaria experta que no podía ignorar las posibles contingencias de la tramitación del planeamiento urbanístico.

b) En el litigio 2, en segunda instancia (SAP de Madrid -Sección 10ª- 31 mayo 2019[5]) se dio la razón a la promotora. La Sala entendió que la compraventa estaba condicionada a la modificación de los usos del suelo, y que al haber devenido imposible la recalificación urbanística, procedía la resolución del contrato, con la consiguiente restitución de las cantidades abonadas a cuenta del precio de compraventa, más los intereses legales.

7º) La promotora compradora, en los litigios 1, 3 y 4, interpuso recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación contra las dos Sentencias dictadas por la Sección 11ª, y contra la Sentencia dictada por la Sección 20ª, todas ellas de la Audiencia Provincial de Madrid. Las SSTS 15 junio 2022[6], 11 octubre 2022[7] y 22 noviembre 2022[8] estimaron los recursos, casando las Sentencias recurridas, y acordaron la resolución de los contratos por imposibilidad sobrevenida de su cumplimiento, al estar tácitamente condicionados los contratos de compraventa a la recalificación de los usos del suelo, si bien limitaron la restitución del pago del precio a las cantidades abonadas en consonancia con el cumplimiento de los hitos del planeamiento urbanístico.

8º) El particular vendedor, en el litigio 2, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación contra la Sentencia dictada por la Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Madrid. La STS 21 junio 2022[9] desestimó el recurso extraordinario por infracción procesal y estimó en parte el recurso de casación, limitando igualmente la restitución de las prestaciones al precio pagado al tiempo del cumplimiento de los hitos del planeamiento urbanístico.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

1º) La cláusula *rebus sic stantibus* no puede ser aplicada de oficio por el Tribunal, pues en tal caso la Sentencia incurre en incongruencia.

2º) El comprador puede interesar la resolución de la compraventa en virtud de la doctrina *aliud pro alio* a pesar de no existir ningún incumplimiento imputable al vendedor, especialmente en los supuestos de imposibilidad sobrevenida como consecuencia de la denegación de las necesarias licencias administrativas u

5 SAP Madrid (Sección 10ª) 31 mayo 2019 (JUR 2019, 211292).

6 STS 15 junio 2022 (RJ 2022, 3489).

7 STS 11 octubre 2022 (JUR 2022, 330448).

8 STS 22 noviembre 2022 (JUR 2022, 366634).

9 STS 21 junio 2022 (RJ 2022, 3044).

otros impedimentos urbanísticos, ya que tales circunstancias frustran el interés contractual implícitamente pactado, y provocan la ruptura de la base del negocio.

3º) Sin embargo, no es posible resolver un contrato de compraventa cuando el comprador ha asumido el riesgo de la recalificación de los usos del suelo, o cuando el comprador es un profesional del sector inmobiliario y en el contrato no se han pactado implícitamente condiciones o previsiones relacionadas con el desarrollo urbanístico del inmueble.

4º) La vinculación del pago del precio a los hitos o fases de la tramitación del desarrollo urbanístico permite considerar que las partes han condicionado implícitamente el contrato de compraventa a la recalificación del uso del suelo, a pesar de no haber pactado ninguna condición resolutoria expresa.

5º) Si el comprador no impugna en vía administrativa o judicial la resolución o terminación del procedimiento de recalificación urbanístico, no se le puede hacer responsable de la no modificación de los usos del suelo, dado que se trata de una decisión acordada unilateralmente por la Administración.

6º) En el supuesto de imposibilidad sobrevenida por causa ajena al deudor, al no existir en puridad un incumplimiento resolutorio en que haya intervenido dolo o culpa, la restitución de las prestaciones no puede comprender la indemnización de daños y perjuicios.

COMENTARIO

I. CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS* E INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA.

En los litigios 1 y 3, se planteó una interesante cuestión procesal, que el Tribunal Supremo hubo de resolver al abordar los recursos extraordinarios por infracción procesal interpuestos por la promotora recurrente: si resulta posible aplicar de oficio la cláusula *rebus sic stantibus*.

Las dos Sentencias comentadas que resolvieron este punto[10] comienzan señalando que la doctrina *rebus sic stantibus* resulta de aplicación en aquellos casos en los casos en los que se produce una extraordinaria alteración de circunstancias fácticas sobrevenidas, absolutamente imprevisibles para los contratantes, que generen una excesiva onerosidad para una de las partes, lo que autoriza a la revisión del contrato, y en último término, a su resolución.

Para determinar si hay o no incongruencia, hay que atender a lo alegado por las partes litigantes en sus escritos rectores. El Tribunal Supremo constata que en

10 SSTS 15 junio 2022 (RJ 2022, 3489) y 11 octubre 2022 (JUR 2022, 330448).

las demandas se solicitó la resolución del contrato de compraventa, pero no su revisión o resolución al amparo de la cláusula *rebus sic stantibus*. La reclamación se basaba, en síntesis, en la frustración del interés contractual, por resultar inviable la finalidad o función económico-jurídica pretendida de ejecutar proyectos de promoción inmobiliaria mediante la urbanización y edificación de los terrenos comprados. Los demandados, al interponer demanda reconvencional, tampoco solicitaron la modificación o resolución del contrato al amparo de la cláusula *rebus sic stantibus*.

A pesar de ello, las dos Sentencias dictadas por la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Madrid[11], fundamentaron su decisión aludiendo constantemente a la no concurrencia de los requisitos de aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. Por ello, el Tribunal Supremo concluye que efectivamente se habían infringido las normas procesales reguladoras de la sentencia (art. 218 LEC), incurriendo en incongruencia. Además, el Alto Tribunal destaca que el principio *iura novit curia* no permite la aplicación de preceptos o doctrinas no invocados, referidos a una causa de pedir no esgrimida, pues en tal caso la decisión se fundamentaría de manera desconectada con la realidad de lo alegado y debatido en el proceso por las partes litigantes.

Ciertamente, el razonamiento del Tribunal Supremo sobre la imposible aplicación de oficio de la cláusula *rebus sic stantibus* no constituye ninguna novedad. Reiterada jurisprudencia ha señalado que la cláusula *rebus sic stantibus* debe ser expresamente invocada por la parte que solicite su aplicación, sin que se puede aplicar de oficio, so pena de incurrir en incongruencia. En este sentido, cabe citar la STS 19 junio 1996[12], o la STS 12 noviembre 1990[13], que afirmó que el demandado que pretenda que se resuelva el litigio con base en la cláusula *rebus sic stantibus* no puede limitarse a esgrimirla en la contestación en la demanda, sino que debe interponer demanda reconvencional, solicitando expresamente su aplicación en el concreto supuesto de hecho.

II. DOCTRINA APLICABLE PARA DETERMINAR LA POSIBLE RESOLUCIÓN DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA VINCULADO AL DESARROLLO URBANÍSTICO DEL INMUEBLE COMPRADO.

La cuestión nuclear que analizan las cuatro Sentencias comentadas consiste en determinar si concurre causa suficiente para declarar la resolución de varios contratos de compraventa de bienes inmuebles por frustración de su causa o

11 SSAP Madrid (Sección 11ª) 16 marzo 2020 (JUR 2020, 242657) y 11 diciembre 2020 (JUR 2021, 91840).

12 STS 19 junio 1996 (RJ 1996, 5102).

13 STS 12 noviembre 1990 (RJ 1990, 8701).

finalidad, como consecuencia de la no recalificación de los usos del suelo de las fincas vendidas.

1. La frustración del fin del contrato como presupuesto de la resolución contractual.

Las sentencias comentadas comienzan su razonamiento señalando algo evidente: que la resolución por incumplimiento contractual reconocida en el art. 1124 CC presupone un incumplimiento esencial que provoque la frustración del fin del contrato, y que dicho incumplimiento debe perjudicar a la parte que ha cumplido sus obligaciones contractuales.

2. *Aliud pro alio* y ruptura de la base del negocio.

Las cuatro sentencias también afirman algo obvio: que procede la resolución de los contratos de compraventa por incumplimiento objetivo de la obligación de entrega de la cosa vendida. Tal es el supuesto denominado *aliud pro alio*: se entrega una cosa distinta a la pactada, o se entrega una cosa que, por su inhabilidad, provoca una insatisfacción objetiva, o lo que es lo mismo, una completa frustración del interés contractual.

Las sentencias comentadas añaden que a la doctrina del *aliud pro alio* debe sumarse otra, la de la ruptura de la base del negocio, que se funda en la recíproca equivalencia de las prestaciones en relación con el móvil que llevó a las partes a concertar el contrato. Subjetivamente, hay determinar qué esperan las partes contratantes y qué las ha llevado a concertar el contrato. Objetivamente, hay que constatar qué circunstancia es necesaria para que el contrato pueda mantener su sentido o finalidad. Ello evidentemente entronca con la causa contractual, que debe tomarse en consideración no solo al tiempo de la celebración el contrato, sino también en el momento de su ejecución; de tal forma que la ausencia sobrevenida de causa permite a la parte perjudicada interesar la modificación o incluso la resolución del contrato (STS 21 julio 2010[14]).

A) Resolución contractual sin incumplimiento del vendedor.

Lo habitual es que la doctrina del *aliud pro alio* se aplique cuando exista un incumplimiento objetivo por parte del vendedor. Sin embargo, ese no fue el caso en los supuestos de hecho analizados en las cuatro Sentencias comentadas: los vendedores no incumplieron el contrato, ni incurrieron en culpa o negligencia en el cumplimiento de su obligación de entrega. Lo que sucedió en los cuatro litigios fue que se compraron varios inmuebles rústicos con la expectativa de

14 STS 21 julio 2010 (RJ 2010, 3897).

que se convirtieran en urbanizables, como consecuencia de una modificación del planeamiento urbanístico que se estaba tramitando al tiempo de la firma de los contratos de compraventa. Finalmente, la modificación de los usos del suelo no se produjo, por lo que no iba a ser posible construir sobre los inmuebles comprados.

¿Puede en tal circunstancia el comprador solicitar la resolución del contrato de compraventa aludiendo a la doctrina del *aliud pro alio*? El Tribunal Supremo se decanta abiertamente por dicha posibilidad, a pesar de que no exista incumplimiento del vendedor (STS 11 noviembre 2003[15]). De hecho, el Alto Tribunal destaca que la resolución del contrato sin reproche culpabilístico alguno a la parte vendedora tiene un particular ámbito de aplicación en los supuestos de incumplimiento por imposibilidad sobrevenida, como consecuencia de la denegación de las necesarias licencias administrativas u otros impedimentos urbanísticos, ya que ello frustra la finalidad negocial implícitamente convenida (STS 20 noviembre 2012[16]).

B) Supuestos de resolución de compraventas de inmuebles vinculadas a los posteriores desarrollos urbanísticos.

Ahora bien, la aplicación de la doctrina del *aliud pro alio* no procede en todos aquellos supuestos en los que se hayan truncado las expectativas urbanísticas del inmueble adquirido por el comprador.

Las sentencias comentadas señalan que sí procederá la resolución del contrato en dos supuestos:

a) Cuando no sea posible imputar al comprador una asunción de riesgos, porque al concertar el contrato desconocía la ilegalidad o los impedimentos urbanísticos de la finca (STS 2 junio 2015[17]).

b) Cuando el comprador desconozca la incertidumbre sobre el resultado de una recalificación de los terrenos (STS 21 julio 2010[18]).

Por el contrario, las referidas sentencias destacan que no cabe invocar la doctrina del *aliud pro alio* para resolver el contrato de compraventa en las siguientes situaciones:

a) Cuando el comprador conoce y acepta las posibles consecuencias que puedan derivarse de que el inmueble resulte inhábil para la finalidad pretendida,

15 STS 11 noviembre 2003 (RJ 2003, 8290).
16 STS 20 noviembre 2012 (RJ 2013, 905).
17 STS 2 junio 2015 (RJ 2015, 3158).
18 STS 21 julio 2010 (RJ 2010, 3897).

porque existe una aceptación de la eventual contingencia, que impide aplicar los arts. 1124 y 1101 CC (STS 21 diciembre 2012[19]).

b) Cuando es patente el carácter profesional del comprador, perfectamente conocedor de las posibilidades y riesgos que puedan existir, y en el contrato no se pactan previsiones o condiciones relacionadas con la tramitación o situación urbanística de la finca (STS 12 abril 2013[20]).

III. INTERPRETACIÓN DE LA VOLUNTAD CONTRACTUAL: CONTRATO DE COMPRAVENTA IMPLÍCITAMENTE CONDICIONADO A LA MODIFICACIÓN DE LOS USOS DEL SUELO.

En las cuatro sentencias analizadas, a pesar de que la parte compradora era una empresa promotora experta en el ámbito inmobiliario, se accedió a la resolución de los contratos de compraventa. La clave radica en que dichos contratos, todos ellos de redacción idéntica, estaban implícitamente condicionados a la modificación de los usos del suelo (de rústico a urbanizable) en virtud de la tramitación del procedimiento urbanístico en curso.

En ninguno de los contratos existía una condición resolutoria expresa para el supuesto de que los terrenos rústicos comprados no se convirtiesen en suelo urbanizable. Sin embargo, para el Tribunal Supremo, ello no es relevante: lo decisivo es que las partes vincularon implícitamente el contrato de compraventa al desarrollo de una recalificación urbanística, de tal forma que la no alteración de los usos del suelo frustraba las expectativas y el interés de la parte compradora, con la consiguiente quiebra de la finalidad económica del contrato. Lo comprado no eran simplemente unos terrenos rústicos, sino unos terrenos con la expectativa de que la modificación del planeamiento urbanístico los iba a convertir en suelo urbanizable (SSTS 8 mayo 1995[21], 20 noviembre 2012[22] y 24 abril 2013[23]).

Es obvio que la vinculación del contrato a la modificación de los usos del suelo entronca con la admisión de las condiciones implícitas. A la vista de su constante jurisprudencia[24], el Tribunal Supremo recuerda no es correcto afirmar que las condiciones tengan que estar manifestadas de manera expresa e inequívoca, ya que la condición existe (aunque no se mencione literalmente la palabra condición) siempre que del contenido contractual se desprenda de manera clara y contundente la intención de hacer depender el negocio concertado de

19 STS 21 diciembre 2012 (RJ 2013, 1254).

20 STS 12 abril 2013 (RJ 2013, 7415).

21 STS 8 mayo 1995 (RJ 1995,3940).

22 STS 20 noviembre 2012 (RJ 2013,905).

23 STS 24 abril 2013 (RJ 2013,3388).

24 SSTS 24 abril 2013 (RJ 2013,3388) y 3 marzo 2016 (RJ 2016,957), entre las más recientes.

un acontecimiento futuro e incierto. Ello obliga a interpretar los contratos, para determinar la voluntad de las partes contratantes.

Las cuatro Sentencias comentadas concluyen que los contratos de compraventa analizados, interpretados literal y sistemáticamente, contenían una condición implícita, pues vinculaban la compraventa a que los terrenos pasasen de ser suelo rústico a suelo urbanizable, a la vista de las siguientes circunstancias:

1ª) En la estipulación relativa al precio, se vinculaban claramente los sucesivos desembolsos a las distintas fases de la tramitación del procedimiento urbanístico, subordinando el pago del 75% del precio, fraccionado en tres partes iguales, a la aprobación inicial, provisional y definitiva del Plan, y bajo la condición de que "la calificación urbanística de la finca que se adquiere sea idéntica calificación a la que consta en el Avance de dicho PGOU".

2ª) La parte vendedora conservaba la posesión de la finca hasta el otorgamiento de la escritura pública.

3ª) El otorgamiento de la escritura pública debía coincidir con el último pago parcial del precio de compra, momento que a su vez coincidía con la aprobación definitiva del Plan General de Ordenación Urbana, en el que debían estar clasificados los inmuebles vendidos como suelo urbanizable.

IV. IMPOSIBILIDAD DEFINITIVA DEL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO.

Para conceder la resolución contractual solicitada, las cuatro Sentencias comentadas toman en consideración no solo la resolución del Convenio urbanístico (Avance) suscrito entre el Ayuntamiento y la promotora compradora, sino también el largo período transcurrido desde la firma del contrato de compraventa, sin que exista ninguna expectativa realista de que a corto o a medio plazo se vaya a iniciar otro proceso urbanístico que permita la recalificación de los terrenos vendidos como suelo urbanizable.

Sobre este particular, el Tribunal recuerda que el cumplimiento de los hitos del Convenio urbanístico constituye una auténtica condición, en la medida en que resulta incierta no solo la fecha, sino también el mismo hecho de que se produzca. Y ello, máxime, cuando en el contrato se vinculaba el pago del precio con los hitos de la tramitación urbanística, por lo que resulta patente la existencia de una auténtica obligación condicional, presidida por la incertidumbre.

En este contexto, a la vista del largo tiempo transcurrido desde la celebración del contrato (más de diecisiete años desde la firma del Convenio urbanístico, y más de doce años desde su resolución, al tiempo del dictado de las Sentencias

comentadas), y el imposible cumplimiento de los hitos urbanísticos a los que se vinculó el pago del precio (art. 1184 CC), procede entender incumplida la condición, con la consiguiente resolución del contrato, provocada por la frustración de su finalidad y la imposibilidad sobrevenida y definitiva de su cumplimiento.

V. LA PASIVIDAD DEL COMPRADOR FRENTE A LA RESOLUCIÓN DEL CONVENIO URBANÍSTICO ACORDADA POR EL AYUNTAMIENTO NO LO RESPONSABILIZA DE LA FRUSTRACIÓN DEL CONTRATO.

El Ayuntamiento acordó la resolución del Convenio urbanístico de 2004 a la vista de los cambios legales y de estrategia política en materia de ordenación del territorio y de urbanismo de la Comunidad de Madrid, que comportaban la imposibilidad de dar cumplimiento a la recalificación de los usos del suelo pactados con la promotora. Esta última, durante la tramitación del expediente de resolución, no formuló oposición expresa en el trámite de audiencia, y tampoco inició un procedimiento judicial impugnando dicha decisión.

Tales circunstancias fueron tomadas en consideración por las tres Sentencias dictadas por las Secciones 11ª y 20ª de la Audiencia Provincial de Madrid que habían resultado desfavorables para los intereses de la promotora demandante[25], en las que se vino a calificar esa aceptación de la resolución del Convenio urbanístico de 2004 como una suerte de acuerdo de naturaleza bilateral entre la Administración local y la parte compradora, que resultaba contradictoria con la resolución contractual interesada, puesto que en cierta manera la solicitaba quien había coadyuvado a la no recalificación de los usos del suelo de los terrenos comprados.

Este planteamiento, en el que parece sobrevolar la imposición a la promotora compradora de la sanción de cumplimiento ficticio prevista en el art. 1119 CC, es terminantemente rechazado por las cuatro Sentencias del Tribunal Supremo comentadas.

El Alto Tribunal destaca en primer lugar que la aprobación del planeamiento urbanístico no dependía de la voluntad de la promotora, sino del titular de la potestad administrativa, esto es, el Ayuntamiento de Morata de Tajuña y la Comunidad de Madrid.

Además, tras un exhaustivo análisis de la legislación urbanística y de contratos del sector público aplicable, y la jurisprudencia de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo que las interpreta, se pone de relieve que no se alcanzó una resolución de mutuo acuerdo entre el

25 SSAP Madrid (Sección 11ª) 16 marzo 2020 (JUR 2020, 242657) y 11 diciembre 2020 (JUR 2021, 91840); SAP Madrid (Sección 20ª) 30 junio 2020 (JUR 2020, 259005).

Ayuntamiento y la promotora compradora de los terrenos, sino una resolución contractual unilateral, que se enmarca en una actuación realizada en virtud del *imperium* o prerrogativa de la Administración local en ejercicio de las potestades urbanísticas que le corresponden, y del *ius variandi* que le atribuía la legislación de contratos del sector público.

A este respecto, las cuatro Sentencias ponen énfasis en destacar que el alcalde de Morata de Tajuña justificó durante un Pleno la resolución del Convenio de 2004 en la imposibilidad de darle cumplimiento, lo que obligaba a la Administración a restituir al comprador del terreno un dinero que no procedía retener, pues de lo contrario se produciría un enriquecimiento ilícito por parte del municipio.

Por las razones expuestas, el Tribunal Supremo concluye que la ausencia de oposición durante el trámite de audiencia, así como la no impugnación judicial de la resolución del Convenio urbanístico, de ninguna manera puede considerarse una actuación bilateral imputable a la parte compradora. Y ello, además, tomando en consideración que, a la vista de las circunstancias concurrentes, resultaba objetivamente muy difícil que pudiese prosperar en vía administrativa o judicial cualquier impugnación contra la resolución unilateral del Convenio acordada por el Ayuntamiento.

VI. LIMITACIÓN DE LOS EFECTOS DE LA RESTITUCIÓN DE LAS PRESTACIONES Y SU CRÍTICA.

Estimada la resolución del contrato de compraventa interesada por la parte compradora, lógicamente se acuerda se acuerda la desestimación de la demanda reconvencional. Queda por abordar en último término el alcance de la restitución de las prestaciones.

Las cuatro Sentencias comentadas afirman que ante la falta de previsión expresa en el art. 1124 CC, resulta aplicable el art. 1303 CC, a tenor del cual "declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses" (SSTS 4 diciembre 2008[26] y 16 febrero 2022[27]). Además, añaden que la restitución de las prestaciones también es consecuencia ineludible en los supuestos de imposibilidad sobrevenida de la prestación, a la que se refiere el art. 1184 CC, aunque no sea responsabilidad del deudor (SSTS 11 de noviembre de 2003[28] y 20 noviembre 2012[29]).

26 STS 4 diciembre 2008 (RJ 2008, 6951).

27 STS 16 febrero 2022 (RJ 2022, 1291).

28 STS 11 noviembre 2003 (RJ 2003,8290).

29 STS 20 de noviembre 2012 (RJ 2013,905).

Las Sentencias señalan que con carácter general el efecto restitutorio se caracteriza por las notas de reciprocidad e integridad, y que en principio, tales caracteres también deben predicarse de los casos de resolución derivada de una imposibilidad sobrevenida que frustre el interés contractual. Sin embargo, a continuación precisan que cuando no existe en puridad un incumplimiento resolutorio en que haya intervenido dolo o culpa (art. 1101 CC), sino una imposibilidad sobrevenida por causa ajena al deudor (arts. 1182 y 1184 CC), la restitución no puede comprender, además, la indemnización de daños y perjuicios (STS 9 octubre 2006[30]).

La aplicación de esta doctrina comporta que el Tribunal Supremo no acuerde la restitución de la totalidad del precio pagado por la parte compradora, sino solo parte del mismo, estimando así parcialmente el recurso de casación interpuesto por la parte vendedora en el segundo litigio[31].

Para el Tribunal Supremo, resulta incuestionable que sí procede la restitución de la parte del precio pagada por la promotora a los vendedores a medida que se cumplieron los hitos de la tramitación del proceso urbanístico. Sin embargo, el Alto Tribunal considera que no procede la restitución de las cantidades que la promotora pagó con ocasión de la firma del contrato de arras y con la firma del contrato privado de compraventa, "pues respecto de esas cantidades no se estableció evento condicionante alguno en el contrato, de forma que su pago no se vinculó a la causa negocial ligada a la clasificación y desarrollo urbanístico del sector en que se ubicaba la finca y sus consiguientes posibilidades edificatorias". A este respecto, las sentencias destacan:

1º) Que en el contrato de arras que precedió al de compraventa, los pagos iniciales venían a actuar funcionalmente como pagos de la prima de una opción de compra que se imputaron como pagos anticipados de la compraventa.

2º) Que el art. 1284 CC reafirma la limitación de los efectos de la restitución de las prestaciones, al señalar que "si alguna cláusula del contrato admitiere varios sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efectos".

3º) Que, aunque la cláusula de ejercicio del derecho de opción de compra no es del todo clara, conforme al art. 1288 CC, esa falta de claridad "no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad", no siendo controvertido que los contratos de compraventa fueron redactados por la parte compradora.

30 STS 9 octubre 2006 (RJ 2006,6463).

31 STS 21 junio 2022 (RJ 2022,3044).

4º) Que, a diferencia del resto de pagos del contrato, el 25% inicial del precio no se vinculó expresamente a los distintos hitos de tramitación y aprobación del Plan General de Ordenación Urbana, lo que en la práctica comportaba que el comprador asumiese el riesgo de que el objeto de la venta resultase finalmente inhábil para la finalidad pretendida. Por ello, el efecto resolutorio y restitutorio no alcanzaría al pacto de opción ni al precio o prima allí determinado.

5º) Que, a mayor abundamiento, la limitación del efecto restitutorio también se apoya en el carácter profesional del comprador (promotora inmobiliaria experta) y en la ausencia en una regulación contractual de condiciones o previsiones relacionadas con la tramitación o situación urbanística de la finca respecto de esos primeros pagos del precio.

A pesar del prolijo razonamiento, la limitación de los efectos restitutorios que determinan las cuatro Sentencias comentadas resulta criticable.

Según los hechos probados, el Convenio urbanístico suscrito entre el Ayuntamiento y la promotora se firmó en 2004, el contrato de arras fue firmado en 2005, y el contrato de compraventa se firmó en 2006. A la vista de esta cronología, resulta ilógico colegir que la promotora firmase los contratos de arras sin tomar en consideración las expectativas urbanísticas futuras de las parcelas que iba a comprar: el cambio de uso del suelo, de rústico a urbanizable, ya estaba previsto como consecuencia de la futura recalificación, expresamente contemplada en un Convenio urbanístico de fecha anterior a la suscripción de los contratos con los particulares vendedores.

Por otro lado, las Sentencias establecen una distinción entre los contratos de arras y los contratos de compraventa, dando a entender que los primeros no estaban vinculados al desarrollo urbanístico, pero que los segundos sí lo estaban. Esta pretendida compartimentación entre ambos contratos resulta criticable, y hasta cierto punto artificiosa, pues más allá de que los denominados contrato de arras estuviesen redactados con mayor o menor claridad, las arras confirmatorias (que no se mencionan en el CC, pero que sí están reguladas en el art. 343 CCom[32]), presuponen el pago a cuenta de una parte del precio de un contrato de compraventa ya existente (por todas, SSTS 20 febrero 1996[33] y 26 septiembre 2013[34]).

Además, la argumentación que utiliza el Tribunal Supremo para justificar la limitación de la restitución de las prestaciones puede considerarse contradictoria

32 "Las cantidades que, por vía de señal, se entreguen en las ventas mercantiles, se reputarán siempre dadas a cuenta del precio y en prueba de la ratificación del contrato, salvo pacto en contrario".

33 STS 20 febrero 1996 (RJ 1996, 1261).

34 STS 26 septiembre 2013 (RJ 2013, 6402).

con el razonamiento empleado en otros pasajes de la propias Sentencias comentadas. La ausencia en el contrato de una condición resolutoria expresa, así como la condición de experto inmobiliario, constituyen argumentos que bien podrían haberse esgrimido para fallar en contra de la promotora compradora en los cuatro litigios. Recuérdese, a estos efectos, que el contrato privado de compraventa suscrito en 2006 no contenía ninguna condición resolutoria expresa para el caso de que las expectativas urbanísticas del inmueble, plasmadas en el Convenio urbanístico de 2004 (Avance), no llegasen a buen puerto; y que, a pesar de ello, las cuatro Sentencias consideran que la parte del precio pagado por el comprador a medida que se cumplieron los hitos de la tramitación del planeamiento urbanístico sí que debía ser restituido, al existir un condicionamiento implícito del cumplimiento de la compraventa al cambio de los usos del suelo. Además, el comprador era una promotora experta inmobiliaria no solo cuando firmó los denominados contratos de arras en 2005, sino también, lógicamente, cuando firmó los posteriores contratos privados de compraventa en 2006. Como ha quedado apuntado, la nítida separación que pretenden establecer las cuatro Sentencias entre el contrato de arras y el contrato privado de compraventa se asienta en premisas poco sólidas.

En definitiva, las cuatro sentencias comentadas limitan los efectos restitutorios con una muy discutible argumentación, puesto que a pesar de declarar resueltos los contratos de compraventa, permiten que los vendedores, que lógicamente se quedan con el pleno dominio de las fincas vendidas, también se quedan con parte del precio de compra cobrado. Esta consecuencia resulta indeseable, pues en la práctica comporta un enriquecimiento injusto de los vendedores, en claro perjuicio de los intereses económicos de un comprador que, a pesar de conseguir en sede judicial la resolución de los contratos de compraventa, pierde parte del precio pagado en virtud de los contratos resueltos.

APLICACIÓN DE LA STC 182/2021, DE 26 DE OCTUBRE, QUE DECLARA LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PLUSVALÍA MUNICIPAL: COMENTARIO DE LA SENTENCIA NÚM. 126/2022, DE 5 DE ABRIL, DEL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO NÚM. 3, DE VALENCIA

APPLICATION OF STC 182/2021, OF OCTOBER 26, WHICH DECLARES THE UNCONSTITUTIONALITY OF MUNICIPAL CAPITAL VALUE: COMMENTARY ON JUDGMENT NO. 126/2022, OF APRIL 5, OF THE CONTENTIOUS-ADMINISTRATIVE COURT Nº 3, OF VALENCIA

Rev. Boliv. de Derecho Nº 35, enero 2023, ISSN: 2070-8157, pp. 570-585

Fernando
HERNÁNDEZ
GUIJARRO

ARTÍCULO RECIBIDO: 1 de septiembre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 15 de septiembre de 2022

RESUMEN: El presente estudio analiza la sentencia 126/2022 de 5 de abril, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, nº 3 de Valencia, 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, expondremos nuestra opinión sobre la aplicación del fallo constitucional a la luz de los criterios interpretativos del Derecho.

PALABRAS CLAVE: Plusvalía municipal; inconstitucionalidad; efectos de la STC 182/2021, principios generales del derecho.

ABSTRACT: *The present study analyzes the sentence 126/2022 of April 5, of the Contentious-Administrative Court, nº 3 of Valencia, which has applied the STC 182/2021, of October 26, which declared the unconstitutionality and nullity of the articles 107.1, second paragraph, 107.2.a) and 107.4 TRLHL. For this, we will comment on the STC and the effects declared in it; We will continue with the analysis of the ruling of the Contentious-Administrative Court; and, finally, we will present our opinion on the application of the constitutional ruling in light of the interpretive criteria of the Law.*

KEY WORDS: *Municipal capital gain; unconstitutionality; effects of STC 182/2021, general principles of law.*

SUMARIO.- SUPUESTO DE HECHO.- DOCTRINA.- COMENTARIO: I. declaración de nulidad de la plusvalia municipal.- II. LA PUBLICACIÓN Y EFECTOS DE LAS SSTC SEGÚN LA CE Y LOTC.- III. La SENTENCIA DEL JUZGADO A LA LUZ DE los criterios interpretativos del derecho.- 1. Interpretación según el sentido propio de sus palabras.- 2. Interpretación en relación al contexto y antecedentes.- 3. Interpretación atendiendo al espíritu y finalidad.- 4. Interpretación principial.- IV. CONCLUSIONES.

SUPUESTO DE HECHO

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Valencia ha dictado la sentencia número 126/2022, de fecha 5 de abril, por la que ha estimado el recurso interpuesto contra la resolución desestimatoria del Ayuntamiento de Paterna que confirma en reposición la liquidación del impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana (en adelante, IIVTNU). En su fallo, el Juzgado de lo contencioso-administrativo, estima el recurso y declara que la resolución impugnada es contraria a Derecho. Junto a ello, reconoce el derecho a la devolución del ingreso realizado por la actora, más los intereses de demora.

Como dijimos en nuestro anterior comentario de la Sentencia núm. 350/2021, de 10 de noviembre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, núm. 11, de Madrid, conviene comenzar recordando 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:

1º) En primer lugar, la expulsión del ordenamiento jurídico de los preceptos legales mencionados, dejando un vacío normativo sobre la determinación de la

• Fernando Hernández Guijarro
Profesor de Derecho Tributario en la Universitat Politècnica de València. Beneficiario de la ayuda otorgada en el marco de las "Ayudas para la recualificación del sistema universitario español", modalidad recualificación del profesorado universitario funcionario o contratado, del Ministerio de Universidades de España, financiado por la Unión Europea, NextGenerationEU. Premio extraordinario de tesis doctoral en Derecho por la Universitat de València. Abogado y Economista, no ejerciente. Ha trabajado en despachos profesionales de reconocido prestigio como Garrigues y Arco Abogados y Asesores Tributarios. Es autor de Ediciones Francis Lefbvre y Aranzadi. Correo electrónico: ferhergu@upv.es.

base imponible que impide la liquidación, comprobación, recaudación y revisión de este tributo local y, por tanto, su exigibilidad;

2º) 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.

3º) 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 3 de Valencia, dicta sentencia anulando las resoluciones administrativas y aplica la STC interpretando que cuando el Tribunal establece los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad desde "*la fecha de dictarse la misma*", debe interpretarse que dicha fecha coincide con la de publicación de la sentencia (BOE de fecha 25 de noviembre) y no con la fecha que formalmente figura en la sentencia.

DOCTRINA

El mencionado Juzgado fundamenta su sentencia anulatoria sobre los siguientes razonamientos fácticos y jurídicos:

- Que la STC 182/2021, de 26 de octubre, que declaró la inconstitucionalidad y nulidad de varios artículos de la Ley que regula el IIVTNU, ha sido publicada en el BOE de 25 de noviembre de 2021.

- Que el fallo dispone: 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 el que fija el alcance y efectos anteriormente expuestos.

- Que la liquidación impugnada es definitiva pero no firme, pues la actora formula en plazo recurso contencioso-administrativo contra la desestimación de la reposición. En este sentido, el *iter* procedimental fue: el recurrente recibió la liquidación en fecha 13 de octubre, el fallo del TC se conoció de forma oficiosa en fecha 26 de octubre, por tanto, en plazo de reposición. Se formula reposición en fecha 27 de octubre, publicándose el fallo en BOE en fecha 25 de noviembre.

- Que una interpretación del fundamento jurídico sexto, "que no hayan sido impugnadas a la fecha de dictarse esta sentencia" acorde a lo dispuesto en el art. 164.1 CE, supone que dicha fecha coincide con la de publicación de la sentencia, y no con la fecha que formalmente figura en la misma.

COMENTARIO

I. DECLARACIÓN DE NULIDAD DE LA PLUSVALIA MUNICIPAL.

La declaración de inconstitucionalidad del IIVTNU ha sido uno de los pronunciamientos más complejos y extensos en el tiempo sobre los que se ha pronunciado nuestro Tribunal Constitucional. En este sentido, conviene tener presente que la nulidad de los preceptos 107.1 párrafo segundo, 107.2 a) y 107.4 del TRLHL, ha requerido de tres pronunciamientos del intérprete supremo de la Constitución.

En efecto, el análisis de la constitucionalidad de los citados preceptos comenzó con la STC 59/2017, de 11 de mayo, dictada en Pleno y por unanimidad, la cual declaró la inconstitucionalidad de los arts. 107.1, 107.2 a) y 110.4 del TRLHL "en la medida que someten a tributación situaciones de inexistencia de incrementos de valor". Dos años después, el mismo Tribunal, en su Sentencia 126/2019, de 31 de mayo, dictada también en Pleno y por unanimidad, declaró la inconstitucionalidad del art. 107.4 del TRLHL por vulnerar el principio de capacidad económica y la prohibición de confiscatoriedad (art. 31.1 CE), en aquellos supuestos en los que la cuota a pagar fuese superior al incremento patrimonial obtenido por el contribuyente. Por último, la STC 182/2021, de 26 de octubre, que declaró la inconstitucionalidad y nulidad sin más limitaciones que las establecidas en lo atinente a su alcance y efectos. Si embargo, a diferencia de sus anteriores pronunciamientos, expulsó de forma definitiva dichos preceptos del ordenamiento jurídico.

Además de lo anteriormente expuesto, la forma en la que se dio a conocer la última de las sentencias citadas fue poco ortodoxa y algo sorprendente. Sobre todo, tenido en cuenta el órgano de procedencia y las consecuencias que del fallo se derivaban. En efecto, el primer conocimiento que se tubo del pronunciamiento fue la nota informativa número 99/2021, de la Oficina de Prensa del Gabinete del Presidente del Tribunal Constitucional, emitida el día 26 de octubre de 2021, que se denominaba: ADELANTO DE PARTE DISPOSITIVA. Dicha comunicación exponía que el Pleno del TC declaraba la inconstitucionalidad y nulidad de los arts. 107.1 párrafo segundo, 107.2 a) y 107.4 del TRLHL. Dicha nota informativa se publicaba en el portal web del TC y 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.

Dos días más tarde, el 28 de octubre de 2021, se filtró un borrador de la sentencia del que dieron cuenta los medíos de comunicación[1], y en dicha noticia se afirmaba que "fuentes del Constitucional han trasladado a Europa Press que el redactado final de la sentencia ha sufrido modificaciones con respecto a este primer borrador, aunque no han precisado si afecta a este aspecto, y han indicado que el fallo definitivo se conocerá en los próximos días junto con los votos particulares". Este proceder dio lugar a que algunos juristas cuestionaran el 26 de octubre como fecha en que se dictó realmente la sentencia[2].

Posteriormente, el texto de la sentencia se publicó en la sede electrónica del Tribunal Constitución. Hecho este que dio lugar a que, en la jurisdicción contencioso-administrativa, algunos órganos aplicaran la misma pese a no estar publicada en el BOE[3]. Y finalmente, la sentencia se publicó en el BOE el día 25 de noviembre de 2021. Casi un mes después de la nota informativa evacuada por dicho Tribunal.

II. LA PUBLICACIÓN Y EFECTOS DE LAS SSTC SEGÚN LA CE Y LOTC.

El Título IX de la CE está dedicado al Tribunal Constitucional. Dentro de los preceptos que regulan este órgano constitucional destacamos, a los efectos del presente trabajo, el art. 164.1 de la citada Carta Magna. Efectivamente, dicho precepto establece que: "las sentencias del Tribunal Constitucional se publicarán en el boletín oficial del Estado con los votos particulares, si los hubiere. Tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas. Las que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos".

Es importante recalcar que las sentencias del TC declaratorias de inconstitucionalidad cumplen con una importante función. A saber; depurar el ordenamiento jurídico resolviendo de forma definitiva y con carácter general las dudas que puedan plantearse[4]. Por ello la CE quiere dar eficacia a estas resoluciones de forma cierta y concreta, es decir, al día siguiente de su publicación en el BOE.

1 Ver en: https://www.europapress.es/economia/fiscal-00347/noticia-borrador-sentencia-tc-plusvalia-no-contempla-aplicar-recursos-caracter-retroactivo-20211028171847.html y https://www.elconfidencial.com/vivienda/2021-10-28/plusvalia-municipal-impuestos-tribunal-constitucional_3314832/.

2 Ver en: https://aticojuridico.com/26-octubre-sentencia-plusvalia/. En este sentido, exponían que:
1) La sentencia no fija una fecha cierta y determinable, delimitación de efectos; 2) El 26 de octubre fue el día en el que se dictó la providencia de señalamiento para votación y fallo; 3) Es difícil que la sentencia se redactara el mismo día 26 de octubre; 4) Es difícil que la sentencia se firmara el mismo día 26, por todos los magistrados; 5) Los votos particulares no se redactaron el mismo día 26 de octubre.

3 Sobre este pronunciamiento, Hernández Guijarro, F.: "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", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 33, 2022.

4 STC 4/1981, de 2 de febrero (RTC 1981/4).

En lógica coherencia con el principio de publicidad de las normas pues, en estos supuestos, el TC realiza una función de legislador negativo.

Si la literalidad del precepto constitucional trascrito no fuera suficiente en cuanto a señalar a partir de cuando surten efectos estas sentencias del TC, el art. 38.1 de la LOTC refiere también a la delimitación temporal de la producción de efectos de las sentencias dictadas con este objeto. En efecto, dicho precepto determina 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»". Quedando perfectamente fijado, en consecuencia, a partir de cuándo surten efectos las sentencias del TC que, como en el caso estudiado, declaran la nulidad de preceptos legales[5].

La publicación de las normas o resoluciones con efectos *erga omnes* es de vital importancia. A tal efecto, el art. 9.3 CE señala el principio de publicidad de las normas como garantía constitucional y 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. Este principio de publicidad "no constituye un mero requisito formal susceptible de subsanación, sino de un condicionamiento irrenunciable para la legitimidad de la norma"[6]. 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.

En definitiva, otorgar efectos a las SSTC con anterioridad a la fecha de su publicación en el BOE plantea serias cuestiones sobre su adecuación a la propia CE y a la LOTC. Sobre todo, en los casos en que es en perjuicio de los contribuyentes. Por ello, esta fijación de efectos con anterioridad a la publicación de la STC 182/2021 nos plantea dudas sobre su conformidad a Derecho.

5 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.

6 STS 8 noviembre 1999, rec. núm. 1348/1995.

III. LA SENTENCIA DEL JUZGADO A LA LUZ DE LOS CRITERIOS INTERPRETATIVOS DEL DERECHO.

La cuestión capital que se plantea en sede del Juzgado de lo contencioso-administrativo es la aplicación de la STC interpretando la CE. De ahí que nuestro propósito de análisis en este apartado sea enjuiciar el pronunciamiento jurisdiccional sobre la base de los distintos criterios de interpretación del Derecho.

Para dicha empresa, resulta del todo procedente trae a colación el art. 3 CC que establece lo siguiente: "Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas". Por ello, nos proponemos analizar la sentencia comentada sobre la hermenéutica basada en: 1) interpretación según el sentido propio de sus palabras; 2) interpretación en relación al contexto y antecedentes; 3) Interpretación atendiendo al espíritu y finalidad; y por último, teniendo en cuenta que el Derecho Público-Administrativo es un derecho forjado en los principios generales del derecho[7], 4) interpretación principal.

1. Interpretación según el sentido propio de sus palabras.

Podemos convenir que el ordenamiento jurídico es el conjunto de normas positivas que regulan la convivencia de una sociedad en un momento determinado. Y resulta una obviedad decirlo, pero estas normas se configuran mediante el uso de palabras. Por ello, la primera forma de interpretación referida en el CC es atendiendo al sentido propio de las palabas.

La interpretación en función de la gramática tiene como objetivo dar sentido y alcance a los textos normativos en función de los términos utilizados en éstos, y así llevar a cabo, posteriormente, su aplicación al caso concreto. Esta tarea es más amplia que la simple labor intelectual. No en vano, no bastará comprender lo que pueda establecer un precepto concreto, sino su significado dentro de la norma que lo acoge, el ordenamiento en su conjunto y el fin supremo del Derecho que es la Justicia.

7 Tal y como reconoce la jurisprudencia del Tribunal Supremo "los principios generales del derecho forman parte del Ordenamiento jurídico español, en general (art. 1.1 y 1.4 CC) y muy especialmente del Ordenamiento jurídico administrativo, al que frecuentemente se le ha calificado de "principial", por la importancia y trascendencia que en él tienen tales principios. El Derecho Administrativo es en gran medida desde sus comienzos, y lo sigue siendo en la actualidad, decantación de principios generales del Derecho efectuada por la jurisprudencia" (SSTS de 15 de abril de 2002, número de recursos 9281/1996, 77/1997 y 10381/1997). También cabe recordar lo que establecía la Exposición de Motivos de la LJ de 1956: "lo jurídico no se encierra y circunscribe a las disposiciones escritas, sino que se extiende a los principios y a la normatividad inmanente en la naturaleza de las instituciones".

Determinado lo anterior, entendemos que tanto el precepto constitucional que hace referencia a la aplicación y efectos de las sentencias que declaran inconstitucional una ley, como el previsto en la LOTC, utilizan una terminología clara y concisa. En este sentido, el operador jurídico no debe encontrar mayor obstáculo en la interpretación de lo que dichos artículos establecen.

Entendemos, por consiguiente, que a la luz de los arts. 164.1 CE y 38.1 LOTC, la interpretación que realiza la sentencia comentada sobre la STC 182/2021, no parece inadecuada. Sobre todo, atendiendo a las palabras que utilizan ambos textos normativos a la hora de determinar la producción de efectos generales de este tipo de sentencias.

2. Interpretación en relación al contexto y antecedentes.

Otra de las vías de interpretación del ordenamiento es atendiendo al contexto y antecedentes. En efecto, la norma, por muy reciente o veterana que sea, debe ser aplicada en un contexto concreto y, en la mayoría de los casos, con unos antecedentes en lo que a su interpretación se refiere.

Como hemos comentado con anterioridad, la STC que aplica el Juzgado de lo contencioso-administrativo de Valencia, es la tercera que se dicta sobre los mismos preceptos del TRLHL. Por ello, partiendo del mismo contexto, podemos acudir a estos antecedentes sobre la interpretación que realizó el mismo Tribunal -en lo que a la fecha de los efectos se refiere- en sus dos sentencias previas.

Pues bien, en las dos sentencias de inconstitucionalidad dictadas con anterioridad sobre los mismos preceptos legales, el Tribunal Constitucional declaró lo siguiente:

- En la STC 59/2017 contenía en su fundamento jurídico 5.c) el siguiente mandato "una vez expulsados del ordenamiento jurídico, ex origine, los arts. 107.2 y 110.4 LHL, en los términos señalados, debe indicarse que la forma de determinar la existencia o no de un incremento susceptible de ser sometido a tributación es algo que solo corresponde al legislador, en su libertad de configuración normativa, *a partir de la publicación de esta Sentencia*".

- Y más específicamente la STC 126/2019 afirmaba en su fundamento jurídico 5.a) 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* (…)".

Por consiguiente, ante el mismo entorno jurídico, es decir, dentro del análisis de las mismas normas legales que no respetaban la Constitución, el citado Tribunal fijó como precedente dentro del alcance de su fallo que los efectos generales de su sentencia serían a partir de la fecha de publicación de ésta[8]. Por lo que la interpretación de la Juez *a quo* en la que entiende que la expresión del TC "que no hayan sido impugnadas a la fecha de dictarse esta sentencia (…), supone que dicha fecha, coincide con la de publicación de la sentencia, y no con la fecha que formalmente figura en la sentencia", va en sintonía con el contexto y los antecedentes del mismo Tribunal.

Esta interpretación de la Juez está en plena sintonía con la establecida por el Tribunal Supremo -órgano jurisdiccional superior de todos los órdenes- que, sobre los efectos de la STC que declaran la inconstitucionalidad de una disposición interpretó que: "a tenor del art. 164 de la Constitución la Sentencia del Tribunal Constitucional que declare la inconstitucionalidad de una Ley tiene plenos efectos frente a todas, no debiendo olvidarse que en nuestro Ordenamiento jurídico el vicio de inconstitucionalidad es un vicio de nulidad plena (así lo establece el art. 39.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) y los efectos de la Sentencia que así lo declare se producen *ex tunc*, es decir, se retrotraen al momento en que se dictó la Ley declarada inconstitucional, vinculando tal declaración de inconstitucionalidad, a partir de la publicación de la Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado», a las partes, a todos los poderes públicos y, lógicamente, a los Órganos jurisdiccionales"[9].

Por último, es de advertir que la interpretación y aplicación de las leyes es una tarea que incumbe a nuestro sistema jurisdiccional ordinario del que, como hemos dicho, el Tribunal Supremo es el órgano superior[10].

3. Interpretación atendiendo al espíritu y finalidad.

La siguiente forma de interpretar los textos legales es considerando el espíritu y la finalidad de los preceptos. En el caso analizado, nos enfrentamos a la

8 Nótese que el TC hace referencia a más sentencias suyas en la que establece el mismo alcance y efectos. Por ejemplo: En la STC 22/2015, de 16 de febrero, dispuso: "sólo queda precisar el alcance concreto que debe atribuirse a la declaración de inconstitucionalidad y nulidad que lo integra. Pues bien, por exigencia del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), y al igual que hemos hecho en la STC 179/2006, de 13 de junio, con respecto al impuesto extremeño sobre instalaciones que inciden en el medio ambiente (fundamento jurídico 11), y en las SSTC 196/2012, FJ 5 y 60/2013, FJ 7, en relación con el impuesto castellano-manchego sobre determinadas actividades que inciden en el medio ambiente, únicamente han de considerarse situaciones susceptibles de ser revisadas con fundamento en esta Sentencia aquellas que, *a la fecha de publicación de la misma*, no hayan adquirido firmeza por haber sido impugnadas en tiempo y forma y no haber recaído todavía en ellos una resolución administrativa o judicial firme".

9 STS de 13 de octubre de 1990, rec. núm. 995/1989.

10 La propia STC 30/1987, de 11 de marzo, describió a nuestro Alto Tribunal "como un órgano formador o unificador de jurisprudencia sobre la interpretación y aplicación de las leyes, tarea ésta que, según varias veces hemos recordado (STC 125/1986, de 22 de octubre, y Auto de 29 de octubre de 1986) le cumple en nuestro sistema jurisdiccional al Tribunal Supremo de Justicia (art. 123.1 de la Constitución).

interpretación de un precepto de nuestra Carta Magna y de la Ley Orgánica que regula nuestro Tribunal Constitucional. Por ello, entendemos que la mejor forma de interpretación posible será la que derive, precisamente, del espíritu y finalidad de nuestra *Lex Superior.*

Comenzaremos trayendo a colación el preámbulo de la Constitución donde se manifiesta que: la Nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad (…) y consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular. Afirmaciones estas que expresan, como prefacio, un ánimo de establecer la seguridad (también en su vertiente jurídica) y asegurar un Estado de Derecho.

Por lo que respecta al texto articulado, el art. 1 CE establece que: España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político, y el art. 9.3 CE declara como garantías jurídicas: el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

De lo anteriormente expuesto podemos colegir fácilmente que dentro del espíritu y finalidad de nuestra Constitución está la seguridad jurídica como uno de los principios vertebradores del ordenamiento jurídico. Y en lo que al objeto de este estudio se refiere, podemos definir este principio como certidumbre jurídica, certeza jurídica del sometido al Derecho respecto a sus obligaciones y derechos y a las consecuencias de su aplicación[11]. Por ello, claramente, la interpretación realizada por la Juez en su sentencia es más acorde a la seguridad jurídica dado que la fecha en la que se aplican los efectos de la STC es cierta, concreta y determina el momento exacto a partir del cual despliega sus efectos con conocimiento formal de todos los ciudadanos, es decir, desde la fecha de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

Otorgar eficacia a una fecha anterior al de su conocimiento público, no sólo podría conculcar la seguridad jurídica, sino el principio de publicidad y la retroactividad de un pronunciamiento que restringe los derechos de los contribuyentes en cuanto impide rectificar, revisar o solicitar la devolución de ingresos indebidos como consecuencia de la nulidad de un impuesto que le ha sido aplicado.

11 Ferreiro Lapatza, J. J.: *Curso de Derecho Financiero Español*, Marcial Pons, Barcelona-Madrid, 2000, pp. 66 y 67.

Por todo ello, entendemos que la interpretación de la sentencia de la jurisdicción contencioso-administrativa que se está comentando viene avalada por una interpretación que atiende al espíritu y finalidad de la CE.

4. Interpretación principal.

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"[12]. Junto a ello, también resultará importante su consideración a efectos de interpretar el ordenamiento dado su carácter informador, tal y como dispone el art. 1.4 CC.

Por ello, y sin perjuicio de otros posibles principios aplicables al caso, nos centremos en los que seguidamente citamos: el de publicidad, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad.

Por lo que respecta a la publicidad de las normas, ésta es condición *sine qua non* para su vigencia y ha de reunir tanto sus requisitos formales (publicación en el Diario Oficial señalado, con exclusión de otro medio de divulgación) como materiales (inserción íntegra del texto normativo). En palabras del propio TC: "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 de las normas tienen una efectiva oportunidad de conocerlas en cuanto tales normas"[13]. Como consecuencia de lo anterior, tanto en su entrada en vigor como su expulsión del ordenamiento jurídico, la publicación de la ley y de la STC respectivamente, deberá realizarse en el boletín oficial correspondiente. De ahí que la sentencia del juzgado comentada entienda que los efectos de inconstitucionalidad del TRLHL deben

12 STS 8 de junio de 1992 (RJ 5148).

13 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»)".

conferirse a partir de la publicación en el BOE, en concreto, el 15 de noviembre de 2021.

Por lo que respecta a la seguridad jurídica, ya hemos anticipado su significado y que implica "predictibilidad, es decir, que los ciudadanos puedan predecir las consecuencias jurídicas que se derivan de un determinado acto"[14]. Lo que en nuestro caso implica que, la nulidad de una norma, conllevan la nulidad de todos los actos no firmes dictados sobre la base de ésta. Y ello porque el vicio de nulidad declarado por el TC se retrotrae al mismo momento del origen o entrada en vigor de la disposición.

Por ello, la nulidad de pleno derecho por inconstitucionalidad determina "la retroactividad de la invalidez a todos los actos posteriores al que se declara nulo"[15] que no sean firmes. Es por ello que, en la sentencia comentada, la Juzgadora declare contraria a Derecho la liquidación impugnada porque la misma estaba pendiente de revisión cuando se publicó la STC en el BOE.

Por último, y sobre el principio de la interdicción de la arbitrariedad, la STC 165/1993, de 18 de mayo, declaraba que "la exigencia de motivación suficiente es, sobre todo, una garantía esencial del justiciable mediante la cual se puede comprobar que la resolución dada al caso es consecuencia de una exigencia racional del Ordenamiento y no el fruto de la arbitrariedad"[16] . En otra ocasión, el mismo Tribunal afirmaba que "una Sentencia que nada explique la solución que proporciona a las cuestiones planteadas, ni que pueda inferirse tampoco cuáles sean las razones próximas o remotas que justifican aquélla, es una resolución judicial que no sólo viola la Ley, sino que vulnera también el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 de la Constitución"[17].

Partiendo de las anteriores premisas resulta llamativo que la STC 182/2021, de 26 de octubre, que introduce la fecha de la sentencia como momento a partir del cual surten efectos su pronunciamiento, no motive su separación frente a los dos pronunciamientos dictados con anterioridad. Es más, como hemos visto, ni menciona la seguridad jurídica, ni justifica el porqué de su alejamiento de lo que establece la propia LOTC sobre la producción de efectos generales desde la fecha de su publicación en el BOE.

Sobre esta situación, emergen con vigor y fuerza las palabras dichas por uno de los más autorizados en la academia jurídico-administrativa que concluía lo

14 Alzaga Villaamil, O., Gutiérrez Gutiérrez, I. y Rodríguez Zapata, J.: *Derecho Político Español*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1997, p. 237.

15 STS 3 abril 2000, rec. núm. 3570/1994.

16 En idéntico sentido SSTC 75/1988, 199/1991, 34/1992 y 49/1992.

17 STC 116/1986, de 8 de octubre (RTC1986/116).

siguiente: "si la prohibición constitucional de arbitrariedad que formula el artículo 9.3, in fine, de la Norma Fundamental tiene algún significado, y es innegable que lo tiene, ese significado no es otro que el de expulsar de nuestro sistema jurídico-político cualquier expresión de poder público que no cuente con el fundamento adicional de la razón, esto es, cuyo único apoyo sea la mera voluntad y la fuerza o la autoridad formal de quien lo ejerza"[18]. En definitiva, en una resolución administrativa o judicial, "lo no motivado es ya, por este solo hecho, arbitrario, como con todo acierto concluyen las Sentencias de 30 de junio de 1982, 15 de octubre y 29 de noviembre de 1985, entre otras"[19].

Por todo lo expuesto, no nos parece inapropiada la interpretación hecha por el Juzgado de lo contencioso-administrativo de Valencia en la medida en que, partiendo del pronunciamiento de la STC 182/2021, la interpreta a la luz de las disposiciones constitucionales. Y reconociendo que lo mejor hubiera sido que no hubiera ocurrido esta circunstancia de conflicto interpretativo, esta lectura pude ser una forma ponderada de integrar la resolución del TC con su propio ordenamiento jurídico.

IV. CONCLUSIONES.

El presente comentario tenía como objetivo analizar la sentencia 126/2022 de 5 de abril, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, nº 3 de Valencia, que ha aplicado la STC 182/2021, de 26 de octubre, que tanto revuelo ha despertado en atención a los efectos de su pronunciamiento.

En anteriores trabajos ya nos pronunciamos sobre la propia STC y de la aplicación que otros juzgados estaban haciendo con relación a la misma. Sin embargo, ahora hemos abordado el supuesto en el que, un órgano jurisdiccional, debía interpretar dicha sentencia y sus efectos temporales, concretamente, la fecha a partir de cuándo debe entenderse la producción general de efectos.

Ciertamente la resolución jurisdiccional analizada es muy parca en cuanto al desarrollo del criterio seleccionado, y quizás hubiera sido deseable una mayor extensión en su razonamiento y fundamentación. Mas, como hemos visto a lo largo de este estudio, las diversas formas de interpretar el ordenamiento jurídico parecen avalar la decisión del Juzgado valenciano. Desde su comprensión en función del sentido propio de sus términos, pasando por el contexto y los antecedentes, el espíritu y finalidad del marco constitucional analizado y, por último, los principios generales del derecho, todo apunta que la solución otorgada en la sentencia que

18 Fernández, T-R.: *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, Iustel, Madrid, 2005, p. 120.

19 Fernández, T-R.: *De la arbitrariedad de la Administración*, Aranzadi, Pamplona, 2008, pp. 81 y 82.

hemos comentado puede ser una solución de equilibrio para cuando este conflicto se pueda plantear en instancias superiores.

Somos conscientes de que la interpretación defendida por la Juez *a quo*, antes o después llegará a nuestro Alto Tribunal. Y será a éste al que corresponda fijar la doctrina definitiva sobre la cuestión de la aplicación y efectos de la STC 182/2021, de 26 de octubre.

PANORAMA

RECORRIDO JURÍDICO SOBRE MEDIDAS DE APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

LEGAL REPORT ON SUPPORT MEASURES FOR PEOPLE WITH DISABILITIES

Rev. Boliv. de Derecho Nº 35, enero 2023, ISSN: 2070-8157, pp. 588-625

Gema
POLONIO DE
DIOS

ARTÍCULO RECIBIDO: 14 de diciembre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 15 de diciembre de 2022

RESUMEN: 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, ha traído importantes consecuencias al tráfico jurídico, alterando considerablemente, no solo la regulación positiva, sino la propia "mens legis" del cuerpo jurídico que deroga, pues se antepone y protege la esencia de la persona sobre cualquier situación o estado que motive su situación de discapacidad. Bajo esta premisa, abordaremos la supresión del proceso de incapacitación, la desaparición de la tutela para personas con discapacidad y la reformulación de instituciones ya existente en la práctica como la guarda de hecho y las medidas de apoyo, consecuencias, todas ellas, del nuevo modelo de protección de las personas con discapacidad que inspira la norma jurídica objeto de este artículo.

PALABRAS CLAVE: Discapacidad; capacidad jurídica; incapacitación; sistemas de apoyo.

ABSTRACT: *Law 8/2021 of June 2, which reforms civil and procedural legislation to support people with disabilities in the exercise of their legal capacity, has brought important consequences to legal traffic, considerably altering, not only the positive regulation, but the very "mens legis" of the legal body that repeals, since the essence of the person takes precedence and protects over any situation or state that motivates their disability situation. Under this premise, we will address the suppression of the incapacitation process, the disappearance of guardianship for people with disabilities and the reformulation of institutions already existing in practice as de facto guardianship and support measures, consequences, all of them, of the new model of protection of people with disabilities that inspires the legal norm object of this article.*

KEY WORDS: *Disability; legal capacity; incapacitation; support systems.*

SUMARIO.- I. ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS NORMATIVOS.- 1. Ámbito nacional.- 2. Ámbito internacional.- II. NOVEDADES OPERADAS POR 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 DESDE EL ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN PRECEDENTE.- 1. Régimen Jurídico anterior a la Ley 8/2021.- A) Capacidad jurídica y capacidad de obrar.- B) La incapacitación.- C) Las llamadas instituciones de guarda: tutela, curatela y defensor judicial.- 2. Régimen jurídico tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021.- A) Medidas de carácter voluntario: mandatos y poderes preventivos y autocuratela.- B) Medidas de carácter legal o judicial: guarda de hecho, curatela y defensor judicial.- III. CONCLUSIÓN.

I. ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS NORMATIVOS.

1. Ámbito nacional.

La protección de los derechos e intereses de las personas con discapacidad ha sido y es una preocupación para el legislador, pero el enfoque de la misma ha experimentado un cambio radical a lo largo de la última centuria, pasando de un enfoque meramente económico a otro de carácter integral, centrado en la propia esencia de la persona.

En el siglo XIX, la conceptualización de la protección a las personas con discapacidad giraba en torno a la protección de su patrimonio, especialmente inmobiliario, debido a la falta de independencia y libertad en su toma de decisiones. A tal efecto, se implementó un sistema de "inhabilitación absoluta" por el que, tras la sustanciación de un procedimiento judicial, se atribuía representación y poderes plenos al tutor[1].

Esta concepción de las personas con discapacidad como un problema de índole exclusivamente económico que había que solventar para no obstaculizar el tráfico mercantil, que deviene del liberalismo económico imperante en el siglo XIX, fue la que se trasladó a nuestro Código Civil de 1889[2], permaneciendo prácticamente inmaculada en él hasta la irrupción en nuestro ordenamiento jurídico de la Constitución española de 1978[3], cuyo art. 49 arrojó una visión completamente diferente a la contemplada hasta ese momento, pues traslada el foco de atención a las personas con discapacidad del ámbito económico a la

1 Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: *La marginación de los locos y el Derecho*, Taurus, Santander, 1976.

2 Gaceta de Madrid, núm. 206, de 25 de julio.

3 BOE núm. 311, de 29 de diciembre.

• Gema Polonio de Dios
Colaboradora Honoraria del Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Córdoba (2015 hasta la actualidad), Colaboradora Honoraria del Departamento de Derecho Internacional Privado (2022 hasta la actualidad), Profesora Sustituta Interina del Departamento de Derecho Internacional Privado.

esfera individual y personal, ofreciendo una protección y garantías idénticas a las que corresponderían a cualquier ciudadano español[4]. Si bien la consideración del citado precepto en nuestra Carta Magna como principio rector de la política social y económica implica, de conformidad con el art. 53.3 del texto constitucional[5], una protección más tenue que la contemplada para otros derechos previstos en él, no cabe duda que supone un cambio de mentalidad y salto cualitativo en la protección de los intereses de las personas con discapacidad, quienes dejan de ser concebidos como una traba en la actividad económica y comercial para ser elevados a la categoría plena de ciudadanos, lo que, obviamente, comporta trasladar el enfoque de protección desde su economía y patrimonio hacia su persona.

Debido a la posición que ocupa nuestra Constitución como norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico, la nueva perspectiva adoptada por el constituyente obligó a una reforma de la regulación preexistente, especialmente del Código Civil. Consecuencia de ello, se promulgó la Ley 13/1983, de 24 de octubre, que modificaba el citado texto normativo en materia de tutela[6]. Como principal novedad, pretendía graduar la declaración de incapacidad con el fin de circunscribirla a las medidas estrictamente necesarias para garantizar la protección de la persona con discapacidad.

A pesar de que la citada reforma debería haber transformado los procedimientos de incapacitación, en la práctica no fue así. Durante esa década y la venidera, se multiplicaron exponencialmente el número de demandas de incapacitación y casi el 95% de las sentencias dictadas en el curso de las mismas concluían en incapacitaciones plenas y permanentes que raramente fueron modificadas o adaptadas debido, en gran medida, a la burocratización del llamado "Estado Social de Bienestar", que todo lo documenta y cuantifica y que, para activar los recursos destinados a garantizar la protección de las personas con discapacidad, exigía la declaración de incapacitación[7].

Además de la reforma operada en el ámbito de las personas con discapacidad por la precitada Ley 13/1983, el legislador no cesó en su empeño de adaptar el marco jurídico de aquéllas a las nuevas corrientes jurídicas y doctrinales cuyo principal botón de muestra se concretaba en el ya comentado art. 49 de la Carta

4 Art. 49 Constitución española: "Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos".

5 Art. 53.3 Constitución española: "El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen".

6 BOE núm. 256, de 26 de octubre.

7 Santos Urbaneja, F.: *Sistema de Apoyo Jurídico a las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Colección Summarium, Cuniep, Madrid, 2021.

Magna. En este sentido, y hasta llegar a la norma legal objeto de este trabajo, podemos citar, entre otras, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil[8], la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de Autonomía del Paciente[9], la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de reforma del Código Civil en materia de Autotutela[10], y la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia[11].

No obstante, y sin menoscabar la importancia de los referidos textos legales como antecedentes de nuestra 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 adelante, Ley 8/2021)resulta imposible abordar el análisis de esta sin detenerse en la Convención de la Organización de Naciones Unidas (ONU) sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, celebrada en Nueva York en el año 2006, ratificada por España mediante instrumento de fecha de 23 de noviembre de 2007[12] y cuyas conclusiones fueron traspuestas a nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley 26/2011, de 1 de agosto[13]. Como principales aportaciones en la protección de las personas con discapacidad, la Ley 1/2000 simplificó el procedimiento para la determinación de la capacidad de obrar que pasó del "juicio de menor cuantía" al "juicio verbal", más rápido y ágil. Asimismo, introdujo la posibilidad de nombrar a persona tutora en la propia sentencia sin necesidad de acudir a un posterior proceso de jurisdicción voluntaria y permitió que, en aquellos casos en los que una persona con discapacidad no sometida a régimen de tutela fuera demandada, se pudiera nombrar un defensor judicial para preservar sus intereses sin necesidad de suspender el procedimiento en curso para interponer, con carácter previo, una demanda de determinación de la capacidad de obrar con la que obtener un nombramiento de tutor.

Por su parte, mientras que la Ley 41/2002, de autonomía del paciente, impuso el consentimiento informado también para las personas con discapacidad y permitió que estas pudieran deducir voluntades vitales anticipadas y nombrar un representante ante la Administración Sanitaria, la Ley 41/2003, que reforma el Código Civil en materia de autotutela, mejoró y agilizó ostensiblemente los mecanismos y herramientas de las que disponía el ordenamiento jurídico para garantizar el bienestar económico y patrimonial de las personas con discapacidad. En concreto, la referida norma legal introdujo por primera vez los poderes

8 BOE núm.7, de 8 de enero.

9 BOE núm. 274, de 15 de noviembre.

10 BOE núm. 277, de 19 de noviembre.

11 BOE núm. 299, de 15 de diciembre.

12 BOE núm. 96, de fecha 21 de abril de 2008.

13 BOE núm. 184, de 2 de agosto.

preventivos[14] (cuya filosofía y configuración prácticamente ha heredado la Ley 8/2021), los cuales permiten que las personas con discapacidad puedan contar con un apoderado o representante designado por ellas mismas sin necesidad de acudir a sede judicial. Además, la Ley 41/2003 también instauró la posibilidad de constituir "patrimonios protegidos" en beneficio de las personas con discapacidad al objeto de proporcionarles liquidez económica y bienestar durante un tiempo determinado, permitió que aquellas disfrutaran de una posición privilegiada para, tras el fallecimiento o ausencia de los padres o tutores, continuar con el uso de la vivienda habitual y reguló la posibilidad de disponer de la legítima de los hermanos a su favor mediante un régimen de sustitución fideicomisaria que tal como afirma Roca Sastre, la sustitución fideicomisaria es como una droga que en varias situaciones proporciona ventajas, pero de la que no puede abusarse[15].

En este breve recorrido por la legislación patria anterior a la Ley 8/2021, debemos mencionar la Ley 39/2006 que, si bien no fue promulgada con carácter expreso para las personas con discapacidad, sí que, indirectamente, las incluye de facto en su ámbito de aplicación al introducir en nuestro ordenamiento jurídico un concepto nuevo como el de "autonomía"[16], el cual, tal como afirma Santos Urbaneja, nos conduce de lleno al de "autogobierno", clave para comprender la "mens legis" que sustenta la reforma operada por la Ley 8/2021 en nuestro Código Civil[17], y sobre el cual abundaremos más adelante.

2. Ámbito internacional.

El texto principal que informa e inspira todas las recientes modificaciones introducidas en el sector de la discapacidad lo encontramos en la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Este tratado, que está compuesto por un Preámbulo y cincuenta artículos y que fue aprobado en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, persigue promover, defender y garantizar el "goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad" así como "el respeto de su dignidad", cubriendo una serie de ámbitos fundamentales.

14 Estos poderes preventivos se contemplaban en el art. 1732 in *fine* del Código Civil, según la redacción otorgada por el art. 1.1 de la Ley 41/2002. A saber: "El mandato se extinguirá, también, por la incapacitación sobrevenida del mandante a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste. En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor".

15 Roca Sastre: *El fideicomiso si sine liberis decesserit y el Código Civil*, Discurso leído en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid.

16 En concreto, el art. 2.1 de la Ley 39/2006 define la autonomía como: "la capacidad de controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa, decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias, así como de desarrollar las actividades básicas de la vida diaria".

17 Santos Urbaneja, F.: *Sistema de Apoyo Jurídico a las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio,* cit., pp. 51-52.

Para la consecución de este objetivo, el eje fundamental de la Convención pivota, principalmente, no en la salvaguarda de derechos individuales y concretos, sino garantizarlo mediante la prohibición de toda discriminación[18]. De hecho, los acuerdos alcanzados en la Convención fueron tan innovadores que, prácticamente, ninguna legislación de los países que participaron en ella los tenía implementados en su acervo jurídico interno. A tal efecto, y para suavizar los cambios radicales que algunos Estados debían acometer en su Derecho, la Convención introduce el concepto de "ajuste razonable", según el cual, las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que haya que impulsar para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales no pueden suponer para los países cargas desproporcionadas e indebidas[19]. Con respecto a este concepto, Fábrega señala como necesaria la precisión de la carga desproporcionada o indebida[20].

En cualquier caso, el principio inspirador que preside todos los trabajos y acuerdos alcanzados en la Convención fue el nuevo enfoque aplicado a la discapacidad, definida como un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias 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 los demás. Es decir, la Convención viene a poner el acento sobre el concepto de persona, que es la verdadera esencia del individuo, desplazando la discapacidad que padece a un accidente. El sujeto no es esencialmente discapacitado, sino que es persona, igual al resto de sus semejantes, constituyendo la discapacidad una cuestión circunstancial o accidental que, si bien limita a la persona, no debe constituir obstáculo para justificar una merma de derechos o libertades. En este sentido, la propia Convención afirma que la persona con discapacidad es esencialmente digna e igual al resto de las personas, por lo que el verdadero objetivo o finalidad debe ser dotar a aquella de los apoyos precisos para que sus circunstancias (es decir, las limitaciones derivadas de su discapacidad) no afecten a su esencia (persona titular de los mismos derechos y libertades que el resto de sus iguales). A tal efecto, la Convención va a establecer un modelo basado en tres pilares fundamentales que, si bien están presentes a lo largo de todo su contenido, quedan nítidamente sintetizados en el art. 12

18 de Lorenzo García, R.: *Discapacidad, sistemas de protección y Trabajo Social*, Alianza, Madrid, 2018.

19 Tal como señala Sastre, para que un "ajuste razonable" tenga fundamento, serán necesarias dos premisas: que efectivamente exista un perjuicio con carácter discriminatorio para quien solicita los ajustes en caso de que estos no sean adoptados y que el esfuerzo para implementar dichos ajustes sea proporcional en función de su coste económico, carga que supone para el funcionamiento de los servicios y perjuicio que acarrea para derechos de terceros. Sastre, A.: *La no discriminación de las personas con discapacidad en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España*, Fundación Derecho y Discapacidad, 2013, pp. 75-96.

20 Fábrega Ruiz, C. F.: "Realidad y nuevos horizontes de la guarda de las personas con autogobierno limitado" en *Hacia una visión global de los mecanismos jurídicos de protección en materia de discapacidad* (coord. de Salas Murillo), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010.

de la misma, a saber: mínima intromisión en el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, promoción de su autonomía, prestación de apoyos puntuales o permanentes para superar las barreras o limitaciones generadas por su discapacidad[21].

La Convención entiende que la autonomía y la libertad para la toma de decisiones está vinculadas de forma intrínseca a la dignidad inherente de las personas con discapacidad en un doble sentido. En un sentido negativo en tanto en cuanto, el respeto a la libre elección no puede verse restringida por razón de discapacidad y en sentido positivo, reclamando que, en aquellas situaciones en las que las diferencias que, en efecto, algunas personas puedan tener en sus capacidades cognitivas y puedan generar dificultades en la toma de decisiones, se adopten las medidas oportunas para eliminarlas o paliarlas[22]. En tal sentido, la finalidad de la Convención es maximizar la autonomía de las personas con discapacidad no entorpecerla ni impedirla, esgrimiendo como fundamento incuestionable el principio de protección[23].

Por otro lado, la Convención también va a introducir una serie de obligaciones generales que han de ser asumidas por los Estados, así como una serie de derechos mínimos de las personas con discapacidad. Siguiendo el estudio sistemático empleado por Palacios[24] las citadas obligaciones pueden aglutinarse en tres grandes grupos. Entre las que distingue: obligaciones de respecto, obligación de los Estados de abstenerse de actos o prácticas que sean incompatibles

21 Art. 12 Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad:
"1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.
2. Los Estados Partes 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 Partes 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 Partes 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*".*

22 Solé Resina, J.: "El derecho a decidir sobre la propia salud. Especial referencia a las personas discapacitadas", *Revista Electrónica de Direitto*, núm. 2, junio 2014, pp. 2-27.

23 Cuenca Gómez, P.: "El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española", *REDUR*, diciembre 2012, pp. 61-94.

24 Palacios, A.: *El modelo Social de Discapacidad: Orígenes, Caracterización y Plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad,* Cinca, Madrid, 2008.

con la Convención; obligaciones de protección, debiendo adoptar las medidas pertinentes para que ninguna persona, organización o entidad de carácter privado discrimine por motivos de discapacidad; y obligaciones de cumplimiento, debiendo adoptar todas las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad.

En cuanto a los derechos mínimos de las personas con discapacidad, podemos clasificarlos en cinco ámbitos genéricos: derechos de igualdad[25], derechos de protección de situación de especial vulnerabilidad[26], derechos de libertad y autonomía personal[27], derechos de participación[28] y derechos sociales básicos[29].

Como ya hemos anunciado, el modelo asumido por la Convención, en consonancia con el modelo social de la discapacidad que inspira todo su contenido, es el modelo de asistencia en la toma de decisiones, según el cual una persona puede aceptar ayuda en la toma de decisiones, pero sin que ello implique renunciar al derecho a tomar las suyas propias de forma que la libertad de elección nunca es vulnerada. En nuestra opinión el art. 12 constituye muy probablemente el mayor desafío que presenta la Convención, es decir, garantizar la igualdad en el ámbito de la capacidad jurídica y exigirá a los Estados un esfuerzo de imaginación para crear nuevas instituciones coherentes con los principios de la Convención[30]. Sin embargo, a pesar de la extensión y complejidad del citado precepto, la Convención no define ni regula con detalle el sistema de apoyos que predica, lo que deja un amplio margen a los Estados para decidir cuál es el sistema compatible con la Convención más apropiado dentro de su territorio.

En la esfera nacional, este cambio de mentalidad lo expresa con rotundidad el propio legislador en el Preámbulo de la Ley 8/2021 en el que propugna que la reforma introducida por este cuerpo normativo es una cuestión de derechos humanos que viene a erradicar la perspectiva económica y patrimonial que, desde

25 La Convención no solo contiene una prohibición general de discriminación, sino que contempla expresamente y de modo específico la prohibición de discriminar por motivo de discapacidad.

26 Partiendo de la premisa de que en determinadas situaciones las personas con discapacidad se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad o riesgo en cuanto a la limitación, restricción o violación de sus derechos, la Convención recoge una serie de disposiciones que tienen como objetivo fundamental garantizar un nivel de protección específica en el ejercicio de derechos.

27 La Convención contiene una serie de medidas que pretenden asegurar a estas personas la toma de decisiones y el diseño y desarrollo de una vida independiente.

28 La Convención recoge una serie de medidas que tienden a asegurar la participación social de las personas con discapacidad en los principales ámbitos de la vida cotidiana. Estas medidas pretenden una mayor visibilidad social de las personas con discapacidad, buscando alcanzar una mayor toma de conciencia social respecto de la situación de marginación y exclusión a la que tradicionalmente han sido sometidas estas personas, lo cual, entre otras consecuencias, les han impedido participar en la sociedad en igualdad de condiciones que el resto de personas.

29 La Convención va a recoger una serie de derechos sociales que conforman un conjunto de normas y principios cuyo reconocimiento e implementación resulta esencial para alcanzar la igualdad material de las personas con discapacidad.

30 Palacios, A. y Bariffi, F.: *La Discapacidad como una Cuestión de Derechos Humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad,* Cinca, 2007, Madrid.

el siglo XIX, venía informando e inspirando las medidas protectoras adoptadas en la esfera privada de las personas con discapacidad[31]. Por todo ello, no podemos seguir concibiendo el tratamiento y protección de la discapacidad a través de la figura de la plena incapacitación como la herramienta más idónea con la que eludir dificultades de representación de la persona afectada para la realización de trámites burocráticos o la celebración de operaciones de índole económico o patrimonial. En definitiva, el nuevo sistema invierte diametralmente el modelo tradicional de actuación. Si antes, el sentir común de familiares y profesionales ante la situación de incapacidad de una persona era proceder a su incapacitación judicial, actualmente, dicha posibilidad, debe ser contemplada como última opción. Por todo ello, podemos afirmar que el nuevo enfoque de sistemas de apoyos inspirado por la Convención es mucho menos burocrático, más humano y más respetuoso con las personas con discapacidad, pues el eje informador no es ya su limitación funcional o cognitiva, sino su consideración de persona plena y titular de los mismos derechos y libertades que el resto de la ciudadanía, lo cual, al mismo tiempo, supone un incuestionable refuerzo para su autoestima y autonomía.

Como ya se ha expuesto con anterioridad, los acuerdos rubricados en la Convención fueros transpuestos al ordenamiento jurídico español por la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, la cual, en cumplimiento de los acuerdos alcanzados y ratificados por nuestro país, fue aprobada con el objetivo de reformar un total de diecinueve leyes ya existentes en el acervo interno para ajustarlas al nuevo modelo definido por la Convención. En este sentido, cabe reseñar que durante la tramitación parlamentaria de esta norma se incorporó e a su texto la actual Disposición Adicional séptima que, en base al art. 12 de la Convención, propugnaba la adaptación normativa necesaria para el ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, circunstancia que conllevaba una necesaria reforma sustantiva del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil para los procesos de modificación de la capacidad civil de las personas. Concretamente, la citada Disposición Adicional otorgaba al Gobierno el plazo de un año desde la entrada en vigor de la Ley para acometer

31 "Tal como señala el tercer párrafo del apartado III del Preámbulo de la Ley 8/2021, 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 advierta algo que ha pasado durante mucho tiempo desapercibido: que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, derecho que ha de ser respetado; se trata, por tanto, de una cuestión de derechos humanos. Y es que muchas limitaciones vinculadas tradicionalmente a la discapacidad no han procedido de las personas afectadas por ella, sino de su entorno: barreras físicas, comunicacionales, cognitivas, actitudinales y jurídicas que han cercenado sus derechos y la posibilidad de su ejercicio. La reforma normativa impulsada por esta Ley debe ir unida, por ello, a un cambio del entorno, a una transformación de la mentalidad social y, especialmente, de la de aquellos profesionales del Derecho -jueces y magistrados, personal al servicio de la Administración de Justicia, notarios, registradores- que han de prestar sus respectivas funciones, a requerimiento de las personas con discapacidad, partiendo de los nuevos principios y no de visiones paternalistas que hoy resultan periclitadas".

esta reforma y, aunque dicho mandato ha sido cumplido con excesivo retraso, la Ley 8/2021 que nos ocupa es el fruto del mismo.

Pero también no podemos olvidar que, en este proceso de adecuación y adaptación, se produjo una refundición de la legislación vigente en el ámbito de la discapacidad hasta ese momento. Nos referimos a la LISMI[32] y LIOUNDAU[33] a través del RD-legislativo 1/2013, de 29 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de los Derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social (que derogó, además de las citadas, también la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad) dándose cumplimiento al mandato de la disposición final segunda de la Ley 26/2011[34].

II. NOVEDADES OPERADAS POR 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 DESDE EL ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN PRECEDENTE.

1. Régimen Jurídico anterior a la Ley 8/2021.

A) Capacidad jurídica y capacidad de obrar.

Aunque tras la ratificación de la Convención y la entrada en vigor de la Ley 8/2021 podemos afirmar que se trata ya de un debate estéril, no se debe confundir capacidad jurídica con capacidad de obrar. Mientras que la capacidad jurídica podía ser definida como la aptitud ostentada por todo individuo para ser titular de ciertas relaciones jurídicas, la capacidad de obrar sería la facultad para realizar, en general, actos jurídicos; es decir, la facultad para autogobernarse de manera autónoma, es decir, la posibilidad de ejercitar por uno mismo los derechos y obligaciones de los que se es titular. Esta capacidad se ve afectada tanto por la edad y por la posibilidad de formar voluntad para tomar decisiones. En efecto, en este momento se sigue empleando el concepto de discapacidad jurídica para referirse a la titularidad de derechos y se emplea la expresión ejercicio de la capacidad jurídica para referirse a las concretas actuaciones que la persona puede llevar a cabo en el ejercicio de los derechos de que es titular[35]. Este entramado de conceptos que, como ya

32 Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos.

33 Ley 53/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal.

34 López San Luis, R.: "El principio de respeto de la voluntad de las personas con discapacidad en la convención de Nueva York y su reflejo en el anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad", *Indret*, 2020, pp. 111-130.

35 Carrancho Herrero. T.: *Manual de Derecho Civil. Volumen I. Parte General de Derecho Civil. Derecho de la Persona,* Wolters Kluwer, Madrid, 2021.

avanzamos, constituyen pilares básicos de la reforma operada por la citada Ley 8/2021[36].

Por todo ello, para poder realizar válidamente un acto se precisaba tanto capacidad jurídica como capacidad de obrar, entendiendo la primera como una cualidad inherente a cualquier persona por el simple hecho de serlo. Constituye aquella no solo una condición necesaria para la válida intervención en el tráfico jurídico, sino también un requisito imprescindible para el ejercicio de todos los derechos humanos[37]. En cuanto a la capacidad de obrar, ejercida de forma independiente y autónoma, no la poseían todas personas por lo que, para su ejercicio, requerirían la intervención de un tercer sujeto que le asistiera.

En este sentido, el régimen anterior a la Ley 8/2021 preveía los siguientes instrumentos para paliar o complementar la falta de capacidad de obrar de la persona afectada: la incapacitación (en caso de ausencia total de capacidad de obrar) y las llamadas instituciones de guarda (tutela, curatela y defensor judicial), en el supuesto de capacidad de obrar limitada. Actualmente, con el nuevo enfoque que introduce la Ley 8/2021, se supera la antigua dualidad existente entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, pues ambos términos quedan refundidos en el más amplio y unitario de "capacidad jurídica", pudiendo ser este definido como la aptitud para decidir sobre sobre actos concretos, siendo necesaria la implementación de medidas de apoyo en beneficio de aquellas personas cuya capacidad jurídica se encuentre limitada o cercenada.

B) La incapacitación.

La falta de una plena capacidad de obrar por aquél que la padecía no significaba que el ordenamiento jurídico se desentendiera de la protección de sus intereses y derechos. Para paliar la inexistencia de capacidad, el ordenamiento contemplaba la figura de la incapacitación legal que habría de llevarse a cabo por el juez siempre en interés de la persona afectada. Así, al declarar a una persona incapaz, se perseguía

36 Aunque toda persona poseía capacidad jurídica -comienza con su nacimiento y finaliza con su defunción-, no podíamos realizar la misma afirmación respecto a la capacidad de obrar. Ni todo individuo podía disfrutar esta última, ni es igual para todos los que la ostentaban. En este sentido, la capacidad de obrar puede faltar totalmente (por ejemplo, en el caso de un niño recién nacido), existir plenamente (como ocurre en el caso de toda persona mayor de edad en pleno uso de sus facultades) o tener un carácter limitado (por ejemplo, en el supuesto de los menores emancipados). Por todo ello, podíamos definir la discapacidad como la falta de idoneidad de la persona para celebrar actos jurídicos, es decir, la carencia, parcial o total, de capacidad de obrar, la cual puede tener su origen en factores naturales (es decir, derivados de la propia vicisitud de la vida humana) o legales (impuestos por el Derecho).

37 Martínez de Aguirre, C.: "Panorama general de las figuras de guarda legal de los discapacitados intelectuales", en *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico -privados de protección en materia de discapacidad,* El Justicia de Aragón, 2010.

su protección, asegurando su correcto cuidado y atención personal y preservando sus intereses patrimoniales[38].

Los requisitos exigidos para poder declarar judicialmente la incapacitación de una persona eran los establecidos en el art. 200 del Código civil[39]: existencia de una enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico[40]; persistencia en el tiempo de la enfermedad o deficiencia, de tal modo que se pudiera asegurar que sería crónica o, cuando menos, que presumiblemente se prolongaría por mucho tiempo[41]; imposibilidad de autogobierno, entendida ésta como aptitud necesaria para obrar por uno mismo o actuar libremente[42].

El procedimiento de declaración de incapacidad, actualmente ya derogado, se hallaba regulado en los art. 756 y siguientes de la Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Según dicha norma, será competente para conocer de las demandas sobre capacidad el Juez de Primera Instancia del lugar en que residiera la persona a la que se refería la declaración que se solicitaba. La declaración de incapacidad podía ser promovida por el presunto incapaz, el cónyuge o quien se encontraba en una situación de hecho asimilable, los descendientes, los ascendientes, o los hermanos del presunto incapaz. Si las personas mencionadas no existían o, en su caso, no habían solicitado la declaración, ésta sería promovida por el Ministerio Fiscal. No obstante, la incapacitación de menores de edad, en los casos en que procedía conforme a la Ley, sólo podía ser promovida por quienes ejercieran su patria potestad o tutela.

En los procesos de incapacitación, además de las pruebas que se practicaban, el tribunal oía a los parientes más próximos del presunto incapaz, examinaba a éste por sí mismo y acordaba los dictámenes periciales necesarios o pertinentes en relación con las pretensiones de la demanda y demás medidas previstas por las leyes. Nunca se decidía sobre la incapacitación sin previo dictamen pericial médico,

38 Gázquez, L. y Méndez, M. M.: *Régimen Jurídico de las Personas con Discapacidad en España y en la Unión Europea. Tratamiento de la discapacidad desde la perspectiva del Derecho Civil,* Comares, Granada, 2006, pp. 96-156.

39 Sancho Gargallo, I.: *Incapacitación y Tutela*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

40 Para el Tribunal Supremo (STS 16390/1991, de 31 de diciembre) "son aquellos estados en los que se da un impedimento físico, mental o psíquico, permanente y a veces progresivo, que merma la personalidad, la deteriora y amortigua, con efectos en la capacidad volitiva y de decisión, incidiendo en su conducta al manifestarse como inhábil para el ejercicio de derechos civiles y demás consecuentes".

41 En cualquier caso, el propio Tribunal Supremo había señalado que la sentencia de incapacitación no producía efectos de cosa juzgada, por lo que, si desapareciera, total o parcialmente, la causa de incapacitación, se podría instar y acordar dejar sin efecto o modificar la declaración de incapacidad. Los intervalos lúcidos que pudiera tener una persona incapacitada no habían de suponer un impedimento para la declaración de incapacitación. En este sentido, si un sujeto incapacitado llevaba a cabo un acto jurídico en un intervalo de lucidez, se podría instar la validez del mismo, aunque, si la materia sobre la que versaba el acto estaba incluida en el ámbito de la declaración de incapacitación, la carga de la prueba recaería sobre la parte que pretendía lograr dicho efecto.

42 Por lo tanto, aquellas enfermedades que impedían el conocimiento adecuado de la realidad y la posibilidad de realizar juicios de conveniencia constituían causas de incapacitación.

acordado por el tribunal. Asimismo, la sentencia que declaraba la incapacitación determinaba la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda al que hubiera de quedar sometido el incapacitado, y se pronunciaba, en su caso, sobre la necesidad de internamiento. Asimismo, la sentencia de incapacitación no impedía que, sobrevenidas nuevas circunstancias, pudiera instarse un nuevo proceso que tuviera por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida. La sentencia de incapacitación podía establecer que esta fuera total o parcial. Sería total cuando se trataba de enfermedades o deficiencias cuyos efectos, además de ser irreversibles, determinaban una imposibilidad de regirse por sí mismos como consecuencia de la pérdida de las funciones cognitivas básicas[43]. En el caso de incapacitación parcial, el déficit de capacidad afectaba sólo a algunas facetas del actuar humano[44]. A tal fin, para graduar la falta de capacidad, y según han detallado Gázquez y Méndez, la autoridad judicial podía llevar a cabo las siguientes actuaciones[45]: 1) enumerar los actos concretos para los que el incapacitado necesita asistencia o, bien a la inversa, declarar la incapacidad general de la persona dejando a salvo una serie de actos que se relacionan, 2) declarar la incapacidad de la persona para administrar sus bienes, precisando de un curador que complemente su capacidad, 3) declarar a la persona capacitada para administrar sus bienes, pero no para disponer por sí solo de ellos, necesitando del complemento de capacidad del curador; 4) declarar la incapacidad parcial para cuidarse, precisando de otra persona que supervise su sometimiento a un tratamiento médico o asistencial, especialmente en el caso de enfermos mentales que carecen de conciencia de enfermedad para que someterse al tratamiento.

Actualmente, tras la reforma introducida por la Ley 8/2021, La Ley de Enjuiciamiento Civil también se ha visto afectada sobre todo en lo que se refiere al Capítulo II del Título I del Libro IV. Las normas previstas en este capítulo se aplican a los supuestos que sea pertinente el nombramiento de curador y en el expediente de jurisdicción voluntaria dirigido a tal efecto se haya formulado oposición, o cuando el expediente no hay podido resolverse, tal como se establece en el art.756.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. De no darse algunas de estas circunstancias, las medidas de apoyo se adoptan conforme a lo establecido en la Ley de la Jurisdicción Voluntaria. La legitimación para tal proceso se regula en el art. 757 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Esta medida obedece a la idea del legislador de contribuir a la descongestión que sufrían juzgados y

43 Así sucedía, por ejemplo, en el caso de deficiencias psíquicas graves, demencias seniles avanzadas o enfermedades de alzhéimer.

44 En estos casos, en los que existía un mínimo de facultades cognitivas, pero éstas eran insuficientes para garantizar una plena capacidad, el juez debía circunscribir la incapacitación solo a aquellas esferas o ámbitos de la vida del hombre que realmente se veían afectados por la enfermedad o deficiencia.

45 Gázquez, L. y Méndez, M. M.: *Régimen Jurídico de las Personas con Discapacidad en España y en la Unión Europea…*, cit.

tribunales como consecuencia de este tipo de prácticas donde la incapacitación se había considerado la medida estrella para la protección de las personas con discapacidad cayendo en el abuso de tal práctica.

C) Las llamadas instituciones de guarda.

Como es sabido, la asistencia o representación puede ser voluntaria o legal. La primera surge cuando una persona mayor de edad en pleno usos de sus facultades psíquicas encomienda a otra que actúe en su nombre y le confiere para ello poder de representación[46]. Por el contrario, la asistencia o representación legal surge en virtud de mandato legal o exigencia judicial, dando lugar a las llamadas como instituciones de guarda cuyo objeto es la protección de la persona y/o bienes de los individuos incapacitados y cuyo desempeño constituye un deber para quien ha de cumplirlas, admitiéndose su excusa sólo en los supuestos legalmente previstos.

Las llamadas instituciones de guarda se hallaban reguladas en el hoy modificado art. 215 del Código Civil, el cual disponía que "la guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados, se realizará, en los casos que proceda, mediante: la tutela, la curatela o el defensor judicial". En cualquier caso, estas funciones, que aún se mantienen, aunque modificadas, en la Ley 8/2021 bajo la denominación de "tutela y guarda de menores" y "medidas de apoyo", se ejercen en beneficio de la persona incapacitada y, cuando proceda, bajo salvaguarda de la autoridad judicial y vigilancia del Ministerio Fiscal.

La función de guarda es una actividad esencialmente gratuita, aunque si la persona que la desempeña, sin culpa por su parte, sufre algún daño o perjuicio, tendrá derecho a una indemnización con cargo a los bienes de la persona incapacitada, salvo que pueda obtener el resarcimiento por otro medio. No obstante, como excepción a la regla general de gratuidad, el vigente art. 229 del Código Civil, que regula la tutela, dispone que "el tutor tiene derecho a una retribución, siempre que el patrimonio del tutelado lo permita".

En la regulación precedente a la Ley 8/2021, la tutela tenía por objeto la guarda y protección de aquellas personas incapacitadas a las que una sentencia sometía a esta forma de amparo, fijando el fallo judicial el ámbito o sector sobre el que se extendía la incapacidad y, por tanto, también la tutela. Además de los incapacitados, tal como recogía la anterior redacción del art. 222 del Código Civil, podían estar también sometidos a tutela los menores no emancipados cuando no estaban sujetos a patria potestad, los menores que se hallan en situación de desamparo y

46 Se denomina "voluntaria" porque todo sujeto mayor de edad en pleno uso de sus facultades psíquicas rige su persona y bienes por sí mismo y puede actuar en la vida jurídica personalmente, sin necesidad de que nadie lo asista o represente, salvo que él lo haya dispuesto así de forma expresa.

los individuos sujetos a patria potestad prorrogada cuando ésta cesaba, colectivos a los que ha quedado restringido el ámbito de esta institución tras la reforma operada por la Ley 8/2021. Así pues, como regla general se establece que las funciones tutelares constituyen un deber que se ejercerán en beneficio del menor tutelado y que estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial[47].

En este sentido, y más allá de las buenas intenciones que hayan podido presidir la voluntad del legislador, la eliminación de la tutela para, especialmente, las personas con discapacidad psíquica grave, no ha sido bien recibida por un sector doctrinal al considerar que esta decisión acarreará importantes consecuencias para quienes tienen que ocuparse de ellas, sobre todo sus progenitores[48].

De conformidad con el antiguo art. 229 del Código Civil, estaban obligados a promover la constitución de la tutela, desde el momento en que conocieran el hecho que la motivare, los parientes llamados a ella y la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor o incapacitado y, si no lo hicieren serán responsables solidarios de la indemnización de los daños y perjuicios causados. Asimismo, también estaban obligados a la constitución de la tutela los Fiscales y los Jueces competentes que tuvieren conocimiento de que existiera en el territorio de su jurisdicción alguna persona que debiera quedar sometida a ella, sin perjuicio de que cualquier otra persona pudiera avisar de esta situación al Ministerio Fiscal o a la autoridad judicial competente.

Con carácter previo a su constitución, el Juez pedía audiencia a los parientes más próximos, a las personas que estimara más conveniente y, en todo caso, al tutelado si éste tuviera juicio suficiente y fuera mayor de doce años. Mientras se tramitaba la tutela, el sujeto de la misma quedaba bajo el amparo y representación del Ministerio Fiscal y, si además era necesario proteger sus bienes, el Juez designaba un administrador para tal fin.

El nombramiento del tutor correspondía al Juez que, salvo resolución motivada en contrario en aras de un mayor beneficio del incapacitado, debía de ajustarse al orden de preferencia que contemplaba el extinto art. 234 del Código Civil[49].

47 Carrancho Herrero. M. T.: *Manual de Derecho Civil. Volumen I. Parte General de Derecho Civil. Derecho de la Persona,* Wolters Kluwer, Madrid, 2021.

48 Velilla Antolín, por ejemplo, señala que el legislador no ha tenido en cuenta, por ejemplo, que una persona que nace con una enfermedad congénita o una patología incapacitante que obliga a sus padres a asistirle en todas las actividades básicas de la vida diaria más allá de su mayoría de edad necesita una protección tan elevada que no puede por sí mismo prestar ningún tipo de consentimiento, por lo que es imprescindible que alguien lo haga en su lugar. La patria potestad prorrogada tenía la enorme ventaja de ser permanente hasta el fallecimiento de los padres o hasta que estos devinieran incapaces para hacerse cargo del hijo, en cuyo caso pasaban a una institución tutelar.
Velilla Antolín, N.: "Una visión crítica a la Ley de apoyo a las personas con discapacidad", *El notario del Siglo XXI*, núm. 99, visto en https://www.elnotario.es/opinion/opinion/10938-una-vision-critica-a-la-ley-de-apoyo-a-las-personas-con-discapacidad?tmpl=component&print=1&l.

49 Art. 234 extinto… literal.

En cualquier caso, tal como rezaba el hoy modificado art. 236 del Código Civil, el cargo de tutor debía recaer sobre un único sujeto, salvo supuestos concretos y determinados. Nuestro Código Civil no establecía (ni establece actualmente) como exigencia para ser tutor una capacidad especial, aunque sí requería que el individuo que pudiera adquirir tal condición gozara de plena capacidad de obrar. Por lo tanto, podía ocupar el puesto de tutor tanto una persona física que se hallara en pleno ejercicio de sus derechos civiles, como una persona jurídica que no tuviera finalidad lucrativa y entre cuyos fines figurara la protección de menores o incapacitados[50]. Como excepción a esta regla general, el Código Civil iba a recoger en sus arts. 243 y siguientes unas causas de inhabilidad que impedían el acceso a la función tutelar, las cuales, con pequeñas modificaciones, aún se mantienen en los vigentes arts. 216 y 217.

La tutela estaba considerada como institución que facultaba a su titular para cumplir ciertos deberes en beneficio del tutelado y bajo salvaguarda judicial, al mismo tiempo que, como consecuencia de ello, sugería la obligatoriedad de su ejercicio. Así pues, no cabía la posibilidad de su renuncia, aunque, de conformidad con el modificado art. 251 del Código Civil, sería posible la admisión de su excusa por razones de edad, enfermedad, ocupaciones personales o profesionales, falta de vínculos de cualquier clase entre tutor y tutelado o por cualquier otra causa que resultara excesivamente gravosa para el ejercicio del cargo.

En cuanto a las funciones del tutor, cabe reseñar que, con carácter general, el art. 269 del Código Civil disponía que aquel estaba obligado a velar por el tutelado y, en particular, a procurarle alimentos, educarlo, promover la adquisición o recuperación de su capacidad, velar por su mejor inserción en la sociedad e informar anualmente a la autoridad judicial sobre la situación en la que se encontraba, rindiendo cuenta también, en su caso, de la administración de su patrimonio.

En relación a la extinción de la antigua institución de tutela, conviene destacar la diferencia entre la conclusión de ésta de manera definitiva y el cese, pura y simplemente, de un tutor determinado en el ejercicio de su cargo; había supuestos en los que se extinguía el expediente de tutela, mientras que en otros únicamente se producía la sustitución de su titular[51]. El tutor, al cesar en sus funciones, debía rendir la cuenta general justificada de su administración ante la Autoridad judicial en el plazo de tres meses, prorrogables por el tiempo que fuera necesario si concurría justa causa. Los gastos necesarios de la rendición de cuentas, serían a cargo de la persona que estuvo sometida a tutela.

50 Gázquez, L. y Méndez, M. M.: *Régimen Jurídico de las Personas con Discapacidad en España y en la Unión Europea,* cit.

51 Sancho Gargallo, I.: *Incapacitación y Tutela.*cit.

Para concluir, cabe señalar que la tutela, entendida hasta la reforma como la institución que ha otorgado mayor protección a las personas con discapacidad no ha sido la apuesta de la Convención Internacional, apostándose por otras medias como veremos en el apartado siguiente[52].

En referencia a la curatela, se establece que es una institución de guarda que surge en nuestro derecho tras la modificación operada en el Código Civil por la Ley 13/1983. Tanto en el anterior régimen como en el actualmente vigente, la curatela nunca acarrea la representación legal del incapacitado ya que, fundamentalmente, tiene un contenido asistencial para complementar la capacidad del sujeto sometido a la misma. En este sentido, tal como expone Albaladejo, la figura de la curatela limita la capacidad de la persona sometida a la misma de modo que sigue siendo ella quien ejerce las facultades que le corresponderían, pero, en vez de permitirle obrar por sí sola, se le impone que en ciertos sectores o asuntos lo haga con intervención de otra persona, llamada curador, que mediante su aprobación o asistencia completará la capacidad de la persona afectada[53]. En concreto, tal como señalaban en su anterior redacción los arts. 286 y 287 del Código Civil, estaban sujetos a curatela: los emancipados cuyos padres fallecieren o quedaran impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la Ley, los que obtuvieren el beneficio de la mayor edad, los declarados pródigos y las personas a quienes la sentencia de incapacitación o, en su caso, la resolución judicial que la modifique coloquen bajo esta forma de protección en atención a su grado de discernimiento.

En cuanto al ámbito material de la curatela, cabe reseñar que los actos en los que se requería la intervención del curador serían los fijados en la sentencia judicial aunque, tal como indicaba el art. 290 del Código Civil, "si la sentencia de incapacitación no hubiese especificado los actos en que deba ser necesaria la intervención del curador, se entenderá que ésta se extiende a los mismos actos en que los tutores necesitan, según este Código, autorización judicial", es decir, los relacionados en el art. 271 que ya hemos descrito más arriba.

Por último, en lo que respecta al Defensor Judicial es un cargo transitorio de amparo y representación de menores o incapacitados que el Juez designa en ciertos casos. Antes de la reforma introducida por la Ley de 1983, el Código Civil ya acogía esta figura para casos de choque de intereses entre menores e incapacitados y sus padres o guardadores ordinarios. No obstante, tras la citada reforma, la figura del Defensor Judicial se generalizó y extendió a otros casos. En este sentido, el anterior art. 299 del Código Civil disponía que se procedería a nombrar un defensor judicial para la representación y defensa de los derechos e intereses de las personas que se hallaran en alguno de los siguientes supuestos:

52 García Alguacil, M. J.: *Protección jurídica de las personas con discapacidad,* Reus, Barcelona, 2016.

53 Albaladejo, M.: Derecho *Civil, Volumen Primero,* Bosch, Barcelona, 1995.

"1) Cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores o incapacitados y sus representantes legales o el curador. En el caso de tutela conjunta ejercida por ambos padres, si el conflicto de intereses existiere sólo con uno de ellos, corresponderá al otro por ley, y sin necesidad de especial nombramiento, representar y amparar al menor o incapacitado. 2) En el supuesto de que, por cualquier causa, el tutor o el curador no desempeñare sus funciones, hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona para desempeñar el cargo. 3) En todos los demás casos previstos en este Código".

El nombramiento de Defensor Judicial, así como la delimitación de sus atribuciones y facultades, correspondían al Juez mediante procedimiento de jurisdicción voluntaria, debiendo designar para este cometido a la persona que estimara más idónea la cual, una vez concluida su gestión, debería rendirle cuentas.

2. Régimen jurídico tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021.

Según expusimos con anterioridad, el espíritu y razón de ser de la Ley 8/2021 lo encontramos en su Preámbulo donde el legislador, con la firme voluntad de adecuar nuestro ordenamiento jurídico a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, traslada su voluntad de imponer un cambio de sistema en el que predomina el respeto a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad frente al modelo precedente que abogaba por su sustitución por otra persona en la toma de sus propias decisiones. No obstante, tal como se advierte, esta nueva regulación debe ir unida también a una transformación de la mentalidad social y, muy especialmente, de la de aquellos profesionales que operan en el ámbito del Derecho que han de prestar sus respectivas funciones a requerimiento de las personas con discapacidad, partiendo de los nuevos principios postulados en la ley. En definitiva, tal como ha puesto de manifiesto Santos Urbaneja, la Ley 8/2021 culmina la evolución de la posición jurídica de las personas con discapacidad que han pasado de una subordinación a su propia familia, con o sin apoyo de los poderes públicos, a un respeto por su autonomía y libertad a través de la articulación de un sistema de apoyos que complemente las limitaciones derivadas de su estado[54].

En este sentido, tras la reforma el Código Civil observa una reforma extensa al sentarse las bases de un nuevo sistema fundamentado en el respeto a la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad. En lo que se refiere al Título XI del Libro Primero ha pasado a rubricarse "De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica".

54 Santos Urbaneja, F.: *Sistema de Apoyo Jurídico a las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio*, cit., pp. 116 a 119.

De conformidad con el art. 249 del Código Civil, las medidas de apoyo que precisen las personas con discapacidad "(…) 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. Estas medidas de apoyo deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales. Las de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate", circunstancia que supone una clara apuesta por una razonable desjudicialización del sistema que sólo deberá actuar con carácter subsidiario, es decir, en defecto o por insuficiencia de las medidas de naturaleza voluntaria[55]. Sin embargo, Serrano considera que hay una indeterminación en este punto, puesto que no establece el destinatario en concreto sean las personas con discapacidad[56].

En este contexto, y al amparo del art. 250 del Código Civil, las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad que configura el legislador, a raíz de la Ley 8/2021 son, además de la de naturaleza voluntaria (entre las que distinguimos los poderes y mandatos preventivos y la autocuratela), la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial. Veamos a continuación como se desarrolla toda esta novedad legislativa en nuestro Código Civil.

A) Medidas de carácter voluntario: los poderes y mandatos preventivos y la autocuratela.

Los poderes preventivos no constituyen en sí mismos una novedad para garantizar la autonomía de las personas con discapacidad, pues ya fueron introducidos en el Código Civil por la reforma operada en virtud de la Ley 41/2003. No obstante, la Ley 8/2021 les va a reconocer una mayor importancia con una sección propia (arts. 256 a 262 del Código Civil) y una regulación más detallada.

Tal como prevén los arts. 256 y 257 del Código Civil, los poderes preventivos pueden ser otorgados en estado de plena capacidad jurídica para, respectivamente, un hecho presente o para un supuesto futuro. En el primer caso, se emite el poder para que produzca efectos inmediatos con la inclusión de una cláusula por la que se prevé que el mismo subsista en el futuro aun cuando sobrevenga una situación de incapacidad. Por el contrario, el art. 257 alberga la regulación de poderes cuya efectividad queda sometida al cumplimiento de un hecho futuro e incierto como

55 En este sentido, el art. 255 in fine del Código Civil señala que "sólo 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".

56 Serrano García, I.: "Proyectos de reforma del tratamiento jurídico de las personas con discapacidad, en *Contribuciones para una reforma de la discapacidad. Un análisis transversal de apoyo jurídico a la discapacidad*, pp. 69-89.

es el supuesto de necesidad de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica[57]. Podemos decir, que nos encontramos con dos tipos de medidas de apoyo: por un lado, las anticipatorias o preventivas basadas en la voluntad de la persona en tanto que se toma por parte del interesado ex ante, es decir, en previsión de una futura necesidad de apoyo y, por otro, las medidas ex post porque nada ha previsto al respecto el propio interesado[58]. Por consiguiente, de esta manera, se parte del respeto de la autoprevisión y autoprotección de las personas con discapacidad[59]. En cualquier caso, como disposiciones comunes para ambas modalidades, podemos destacar las siguientes:

- Habrán de otorgarse en escritura pública y el Notario autorizante deberá comunicarlos de oficio al Registro Civil para su constancia en el registro individual del poderdante (art. 260 del Código Civil).

- Los poderes mantendrán su vigencia pese a la constitución de otras medidas en favor del poderdante (art. 258.1).

- El poder otorgado a favor del cónyuge o de la pareja de hecho se extinguirá automáticamente con el cese de la convivencia, salvo manifestación expresa en contrario del poderdante o cuando el cese se deba al internamiento de este (art. 258.2).

- El poderdante podrá incluir las medidas de control e instrucciones, revisiones y preferencias que estime conveniente (art. 258.3).

- Si el poder determina facultades representativas, estas serán personales e indelegables sin perjuicio de la posibilidad de encomendar uno o varios actos concretos a terceras personas (art. 261).

- Supletoriedad, para lo no previsto en el poder, del régimen aplicable a la curatela (art. 259).

Finalmente, aunque el legislador no le dedica una regulación detallada, reconoce la existencia del mandato emitido sin poder en el art. 262 del Código Civil, atribuyendo al primero el régimen jurídico de este último. El mandato, al igual que el poder, expresa un acuerdo personal entre poderdante y apoderado

57 De conformidad con el art. 257 del Código Civil, "el poderdante podrá otorgar poder solo para el supuesto de que en el futuro precise apoyo en el ejercicio de su capacidad. En este caso, para acreditar que se ha producido la situación de necesidad de apoyo se estará a las previsiones del poderdante. Para garantizar el cumplimiento de estas previsiones se otorgará, si fuera preciso, acta notarial que, además del juicio del Notario, incorpore un informe pericial en el mismo sentido".

58 García Rubio, M. P.: "Las medidas de apoyo de carácter voluntario preventivo o anticipatorio", *Revista de Derecho Civil,* vol. V, núm. 3, julio-septiembre 2018, pp. 29-60.

59 López Azcona, A.: "El respeto a las voluntades anticipadas en el Derecho Civil aragonés", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, agosto 2015, pp. 313-330.

que debe formalizarse por escrito, pero, a diferencia de aquél, no es necesario que se extienda en escritura pública. Y se impone al notario autorizante la obligación de comunicarlos de oficio sin dilación al Registro Civil para su constancia en el registro individual del poderdante[60].

En cuanto a la autocuratela, al amparo de lo previsto en los art. 271 a 274 del Código Civil, surge como una posibilidad que asiste a la persona con capacidad jurídica derivada de los poderes preventivos que hemos visto previamente. En concreto, la autocuratela es un acto solemne, que requiere elevación a escritura pública, mediante el que una persona plenamente capaz designa a un tercero o terceros para que, ante una eventualidad futura que comporte la pérdida o limitación su capacidad jurídica, puedan ejercer la función de curador o curadores. Asimismo, el legislador también ha formulado esta posibilidad en sentido negativo, es decir, que igualmente resulta factible a la persona que acude a la autocuratela efectuar, no el nombramiento, sino la exclusión de ciertas personas para el desempeño futuro del papel de curador o curadores.

El nombramiento efectuado mediante la figura de la autocuratela, así como el resto de disposiciones voluntarias impuestas por la persona interesada, vincularán a la autoridad judicial encargada de constituir la curatela aunque esta afirmación no puede ser formulada de forma taxativa, pues el párrafo segundo del art. 272 del Código Civil la matiza al permitir a la autoridad judicial, de oficio o a instancia de parte, a prescindir total o parcialmente de dichas disposiciones mediante resolución motivada cuando concurran graves circunstancias que eran desconocidas por la persona que instituyó la autocuratela o se produce una grave alteración de las causas que tuvo en cuenta para instituirla.

Finalmente, tal como establecen los art. 273 y 274 del Código Civil, en el supuesto de que se haya producido un nombramiento múltiple de curadores en diversos documentos y no se haya determinado un orden de preferencia, se optará por la persona propuesta en el documento posterior y, si el nombramiento múltiple tiene lugar en un mismo acto, será preferida la persona propuesta en primer lugar. En cualquier caso, y sin perjuicio de lo expuesto, la facultad para elegir al curador entre las personas relacionadas en escritura pública podrá ser delegada en el cónyuge o en otra persona.

60 Chamarro Herrera, M. T.: *Manual de Derecho Civil. Volumen I. Parte General de Derecho Civil. Derecho de la Persona,* Wolters Kluwer, Madrid, 2021.

B) Medidas de carácter legal: la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial.

Comenzando con la guarda de hecho, sin lugar a dudas, tal como podemos deducir en el propio Preámbulo de la Ley 8/2021[61], es una institución que, si bien ya preexistía en nuestro Derecho, ha sido reforzada por el legislador en el actual sistema de apoyos que contempla el citado cuerpo legal. En concreto, la guarda de hecho es una institución de protección de personas con discapacidad que irrumpió en nuestro ordenamiento tras la reforma operada en el Código Civil por la ya referida con anterioridad Ley 13/1983 y que, en contraposición con su propia denominación, no tiene su origen en una situación en precario al margen de toda regulación jurídica, sino que el guardador de hecho recibe sus atribuciones directamente de la norma jurídica que contempla esa figura que le permite ejercer las funciones inherentes a la misma sin necesidad de exhibir resolución expresa emitida al respecto, todo ello sin perjuicio de que, para ciertos actos excepcionales, sí que sea preceptivo acudir a la autoridad judicial competente para exhibirla[62]. Rodríguez manifiesta que estamos antes una figura compleja[63]. Siguiendo a este autor, es aconsejable, para poder llevar a cabo una mejor comprensión de la misma, hacer un viaje en el tiempo y retrotraernos a su regulación anterior a la reforma, resumir cuál fue su concepción y tratamiento y observar el cambio que el legislador ha querido darle a esta institución considerando que no debía desaparecer sino reforzarla con los ajustes razonables para que mejor encaje con los parámetros de la Convención[64].

Realizada esta precisión, muy brevemente, comentaremos que la guarda de hecho, tradicionalmente, ha sido concebida como una situación fáctica en que una o varias personas, no jurídicamente obligadas, acogen en su domicilio y prestan asistencia sin nombramiento judicial a un menor o una persona con discapacidad o, incluso con capacidad modificada judicialmente, cuando el cargo tutelar no ejerce sus funciones o aun no hay sido nombrado[65]. Otro sector doctrinal representado

61 El cuarto párrafo del apartado III del Preámbulo señala que (…) conviene destacar 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 -generalmente un familiar, pues la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables-, que no precisa de una investidura judicial formal que la persona con discapacidad tampoco desea. 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.

62 Santos Urbaneja, F.: *Sistema de Apoyo Jurídico a las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio,* cit., pp. 191 y 192.

63 Rodríguez, A.: *Lecciones de Derecho Mercantil*, Tecnos, Madrid, 2022.

64 Hernández Caballero, M.ª J.: "La guarda de hecho en el panorama tuitivo de las personas con discapacidad", *Diario La Ley*, núm. 8991, Sección Doctrina, 2017, pp. 1-13.

65 Alba Ferré, E.: "La nueva guarda de hecho como verdadera institución de apoyo", *Revista Boliviana de Derecho,* núm. 30, julio 2020, pp. 152-177.

por Albácar y Martín -Granizo, siguen esta línea conceptual y añaden que la guarda de hecho se definía como el ejercicio con respecto a menores o incapaces, de funciones propias de las instituciones tutelares con carácter de generalidad y permanencia, de su custodia y protección, o de administración de su patrimonio o gestión de intereses, por parte de personas que no son tutores, ni curadores ni defensores judiciales. La doctrina entendía, por tanto, que toda guarda continuada que no se constituía como tutela, curatela o patria potestad, el guardador asumía de forma implícita las funciones de un tutor o un curador. A este respecto, Monje señala que "una de las características de esta institución va ser su indefinición en cuanto a la facultad y funciones asociadas a la misma. Y, es que la guarda, era sin más, la asunción voluntaria de obligaciones por parte de la persona que decide asistir y cuidar a la persona con discapacidad"[66].

En definitiva, podemos decir que, antes de la reforma, la regulación jurídica de esta institución era escasa e incorrecta lo que provocaba acudir a ideas interpretativas. Parra Lucán consideró que era una institución avocada a desaparecer[67]. Sin embargo, como ahora veremos, es una de las apuestas más fuertes que realiza el legislador en materia de apoyos.

Actualmente, el art. 250 del Código Civil la define como una medida informal de apoyo que puede existir cuando no haya medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente. Es evidente que el legislador lo que pretende es que sea una medida de apoyo flexible o como bien dice el art. 250.4º del Código Civil, una media informal pues dependiendo de las circunstancias de la persona con discapacidad, en ocasiones será necesario que el guardador represente a las personas y, en otras, se limite a prestar una ayuda o asistencia para que la persona con discapacidad ejerza libremente su capacidad jurídica[68].

Tras la reforma del nuestro Código Civil introducida por la Ley 8/2021, la guarda de hecho se encuentra regulada en los arts. 263 a 267 del Código Civil. Su carácter fáctico aparece definido en el art. 263 según el cual señala: quien viniere ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho de una persona con discapacidad continuará en el desempeño de su función incluso si existen medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial, siempre que estas no se estén aplicando eficazmente. No obstante, como excepción a esa regla antiformalista, el art. 264 nos remite, a su vez, al art. 287 del Código Civil para enumerar una serie de actos en los que la

66 Monje Balmaseda, O.: "El estado de la cuestión: La guarda de hecho. Instrumento clave en las instituciones de apoyo", en *Estudio básico sobre la guarda de hecho alginas reflexiones sustantivas y procesales notables de lega lata y de lege ferenda de la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006 al anteproyecto por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad de 26 de septiembre de 2018,* 2019, pp.59-81.

67 Parras Lucán, Mª. Á.: "La guarda de hecho de las personas con discapacidad" en de Salas Murillo. S. (coord.): *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*, pp. 211 y ss.

68 Pereña Vicente, M.: "La autotutela: ¿desjudicialización de la tutela?, *La Ley 1010/2007*, pp.1-16.

persona que ejerce la guarda de hecho habrá de obtener autorización judicial a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria[69]. Aunque las situaciones enumeradas en dicho precepto no constituyen un supuesto de numerus clausus, sí es cierto que recogen la práctica totalidad de las situaciones en las que la persona que ejerce la guarda de hecho acude a la autoridad judicial para formalizar dicha situación y poder acometer uno o varios actos en beneficio de la persona con discapacidad, debiendo ser ejercida, en todo caso, esta función de apoyo respetando su voluntad, deseos y preferencias. A juicio de López San Luis, el hecho de que la guarda de hecho haya pasado a consagrarse como medida de apoyo universal de carácter informal y permanente, no cambia su naturaleza jurídica[70].

En contraposición a la exigencia de autorización judicial y en aras del espíritu "desjudicializador" que impregna la Ley 8/2021, el art. 264, párrafo tercero, del Código Civil va a especificar que no será necesaria autorización judicial cuando el guardador solicite una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, siempre que esta no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona, o realice actos jurídicos sobre bienes de esta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar. En cualquier caso, ya para aquellos asuntos que por su naturaleza y peculiaridades así lo exijan, la autoridad judicial podrá acordar el nombramiento de un defensor

69 El art. 287 del Código Civil, aunque está previsto para la regulación de la actividad del curador, también resulta aplicable a la figura del guardador de hecho. Según el mismo, "el curador que ejerza funciones de representación de la persona que precisa el apoyo necesita autorización judicial para los actos que determine la resolución y, en todo caso, para los siguientes:
1.º Realizar actos de transcendencia personal o familiar cuando la persona afectada no pueda hacerlo por sí misma, todo ello a salvo lo dispuesto legalmente en materia de internamiento, consentimiento informado en el ámbito de la salud o en otras leyes especiales.
2.º Enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, bienes o derechos de especial significado personal o familiar, bienes muebles de extraordinario valor, objetos preciosos y valores mobiliarios no cotizados en mercados oficiales de la persona con medidas de apoyo, dar inmuebles en arrendamiento por término inicial que exceda de seis años, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones. La enajenación de los bienes mencionados en este párrafo se realizará mediante venta directa salvo que el Tribunal considere que es necesaria la enajenación en subasta judicial para mejor y plena garantía de los derechos e intereses de su titular.
3.º Disponer a título gratuito de bienes o derechos de la persona con medidas de apoyo, salvo los que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar.
4.º Renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones relativas a los intereses de la persona cuya curatela ostenta, salvo que sean de escasa relevancia económica. No se precisará la autorización judicial para el arbitraje de consumo.
5.º Aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia o repudiar esta o las liberalidades.
6.º Hacer gastos extraordinarios en los bienes de la persona a la que presta apoyo.
7.º Interponer demanda en nombre de la persona a la que presta apoyo, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía. No será precisa la autorización judicial cuando la persona con discapacidad inste la revisión de la resolución judicial en que previamente se le hubiesen determinado los apoyos.
8.º Dar y tomar dinero a préstamo y prestar aval o fianza.
9.º Celebrar contratos de seguro de vida, renta vitalicia y otros análogos, cuando estos requieran de inversiones o aportaciones de cuantía extraordinaria".

70 López San Luis. R.: El principio de respeto de la voluntad de las personas con discapacidad en la convención de Nueva York y su reflejo en el anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad", *Indret*, 2020, pp.111-130.

judicial para la mejor defensa de los derechos e intereses de la persona con discapacidad[71].

La tendencia "antiformalista" que la Ley 8/2021 imprime a la institución de la guarda de hecho no es incompatible con el establecimiento de mecanismos de control que garanticen el correcto ejercicio de la institución en beneficio de la persona con discapacidad. En este sentido, el art. 265 del Código Civil, así como el art. 52 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria[72], determinan que la autoridad judicial podrá, en cualquier momento, exigir que la persona guardadora de hecho rinda cuentas de su actuación o informe de la misma, a través de un expediente de jurisdicción voluntaria impulsado de oficio, a solicitud del Ministerio Fiscal o a instancia de cualquier interesado, pudiendo establecer, a la luz de los conclusiones que se deduzcan, las salvaguardas que estime necesarias para garantizar la protección de los intereses de la persona con discapacidad.

Si bien el ejercicio de la guarda de hecho es gratuito, ello obsta para que, tal como reconoce el art. 266, el guardador sea reembolsado en los gastos justificados e indemnizado por los daños derivados de su función, en ambos casos, a cargo de los bienes de la persona con discapacidad.

Finalmente, en cuanto a su duración, la guarda de hecho se ejercerá mientras persista la situación que la motivó y se mantengan las condiciones que determinaron su constitución. No obstante, el art. 267 del Código Civil va a enumerar una serie de supuestos cuya concurrencia determinará la extinción de esta figura. A saber: 1.º Cuando la persona a quien se preste apoyo solicite que este se organice de otro modo. 2.º Cuando desaparezcan las causas que la motivaron. 3.º Cuando el guardador desista de su actuación, en cuyo caso deberá ponerlo previamente en conocimiento de la entidad pública que en el respectivo territorio tenga encomendada las funciones de promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad. 4.º Cuando, a solicitud del Ministerio Fiscal o de quien se interese por ejercer el apoyo de la persona bajo guarda, la autoridad judicial lo considere conveniente.

En definitiva, el sistema acogido por la Ley 8/2021 que permite acudir directamente al Juzgado para solicitar autorización en aquellos casos en los que resulte preceptivo sin previa incapacitación es mucho más razonable y respetuoso con los derechos de la persona necesitada de apoyos, al tiempo que para la Administración de Justicia supone un importante alivio de carga de trabajo. Asimismo, el cese de control judicial permanente no debe ser considerado como

71 Rueda Díaz de Rábago, M. Mª.: "Personas mayores. Vida independiente y soluciones jurídicas", *Fundación Aequitas* (2009), pp.1-20.

72 BOE núm. 158, de 3 de julio.

una "irresponsabilidad", pues lo cierto es que la estadística demuestra que los abusos o malas praxis son escasos y pueden ser corregidos a través de otros instrumentos jurídicos y judiciales[73].

En referencia a la curatela no es una institución novedosa, pues forma parte de nuestro acervo jurídico desde el Derecho Romano que la concebía como un instrumento para completar o perfeccionar una capacidad o aptitud incompleta o imperfecta, que no es lo mismo que inexistente. Bajo ese prisma se instauró, tal como hemos visto previamente, en el Código Civil, contrapuesta a la institución de la tutela, la cual estaba prevista para casos de carencia absoluta de capacidad. Por todo ello, ante una realidad dual, el legislador, antes de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, ofrecía dos alternativas: la curatela para completar capacidades insuficientes y la tutela para representar y suplir una capacidad inexistente.

En el nuevo marco jurídico, se termina con esa dualidad, pues, como ya tuvimos la oportunidad de avanzar, la tutela ha quedado relegada para las personas menores de edad no sometidas a patria potestad o en situación de desamparo. Por tanto, en el ámbito de la discapacidad sólo subyace ya la curatela, en consonancia con el espíritu que informa el nuevo sistema, según el cual, no existen personas plena o totalmente incapaces, pues todos los individuos están habilitados, en mayor o menor medida, a ejercer su capacidad jurídica.

En cualquier caso, el legislador es conocedor de que existen casos excepcionales en los que ese ejercicio de la propia capacidad está muy limitado, por lo que, frente a la "curatela ordinaria", basada en la mera asistencia, prevé una "curatela representativa", cuyo régimen recuerda al de la antigua tutela y cuya oportunidad ha sido criticada por un sector de la doctrina al entender que el legislador ha transformado y desvirtuado esta institución, convirtiéndola en una dudosa técnica jurídica, para aquellos casos excepcionales que no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona. A tal respecto, y según propugna este sector, la nueva ley combina conceptos y terminologías, pues la institución del curador realiza la antigua función que ostentaba en el tutor anteriormente, pero con la obligación de hacer inventario y rendir cuentas ante el juez[74].

Debates y consideraciones aparte, es el art. 269 del Código Civil el que contempla ambas tipologías de curatela antes enunciadas, estableciendo para la primera que la autoridad judicial deberá determinar en su resolución los actos concretos para los que la persona con discapacidad requerirá asistencia del curador, pudiendo actuar por sí misma sin necesidad de apoyos para el resto de

73 Santos Urbaneja, F.: *Sistema de Apoyo Jurídico a las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio,* cit., pp. 194.

74 Boza Rucosa, M.: *Comentario crítico a la Ley 8/2021*. Visto en https://bozarucosa.com/blog/comentario-critico-a-la-ley-8-2021/.

supuestos. Por el contrario, y con carácter excepcional, el párrafo tercero del citado precepto va a regular la "curatela representativa" en la que el curador, más allá de un simple apoyo, asume la representación de la persona con discapacidad[75].

De conformidad con el art. 250 del Código Civil, podemos definir 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, debiendo ser proporcionadas a las necesidades de las personas que las precisen, respetando su máxima autonomía y atendiendo a sus deseos y preferencias. En cualquier caso, tal como establece el art. 268, las medidas de apoyo adoptadas en sede judicial deben ser revisadas periódicamente en un plazo máximo de tres años, aunque la autoridad judicial, de forma excepcional y motivadamente, podrá establecer un plazo superior de revisión que, en ningún caso, podrá exceder de seis años. No obstante, sin perjuicio de lo expuesto y al margen de cualquier consideración de índole temporal, las medidas de apoyo judiciales se revisarán ante cualquier cambio en la situación de la persona que pueda exigir una modificación de las mismas.

En cuanto a la capacidad para ser curador, el art. 275 del Código Civil va a reconocer dicha condición, con carácter general, a toda persona física mayor de edad que sea apta para el desempeño de esta función y a toda persona jurídica sin ánimo de lucro entre cuyos fines figure la promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad. No obstante, frente a este reconocimiento genérico, el legislador ha establecido una serie de excepciones que operarán, bien de forma absoluta, bien de forma relativa, pues en estos últimos supuestos se prohibirá el nombramiento de curador salvo circunstancias excepcionales debidamente acreditadas. En este sentido, entre las limitaciones absolutas para adquirir la condición de curador, el legislador ha establecido las siguientes: 1.º Quienes hayan sido excluidos por la persona que precise apoyo. 2.º Quienes por resolución judicial estuvieran privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad o, total o parcialmente, de los derechos de guarda y protección. 3.º Quienes hubieren sido legalmente removidos de una tutela, curatela o guarda anterior.

Asimismo, y si perjuicio de lo expuesto, entre las prohibiciones absolutas, hemos de contemplar también la prevista en el art. 250 in fine del Código Civil que excluye de la prestación de medidas de apoyo a quienes, en virtud de una relación

75 El art. 269 del Código Civil, párrafos tercero y cuarto, señala que (…) "Sólo en los casos excepcionales en los que resulte imprescindible por las circunstancias de la persona con discapacidad, la autoridad judicial determinará en resolución motivada los actos concretos en los que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad. Los actos en los que el curador deba prestar el apoyo deberán fijarse de manera precisa, indicando, en su caso, cuáles son aquellos donde debe ejercer la representación".

contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo, restricción que, tal como ha puesto de manifiesto Santos Urbaneja, podría dar lugar a muchos problemas en el caso de entidades privadas que han asumido tutelas de personas que se encuentran ingresadas en sus Centros. Para estos casos, el citado autor estima que habría que distinguir entre la titularidad del centro o establecimiento, que es la verdadera prestadora del servicio, y los profesionales del mismo que sí podrán continuar ejerciendo la guarda de hecho sobre las personas usuarias, pues, tal como el legislador ha formulado la prohibición, esta resulta claramente aplicable a las medidas de apoyo constituidas judicialmente (curatela o guarda judiciales) pero no a la guardia de hecho ordinaria que previamente ya hemos analizado[76].

Por otro lado, tampoco se podrá designar como curador, salvo circunstancias excepcionales debidamente motivadas a las siguientes personas: 1.º A quien haya sido condenado por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñará bien la curatela. 2.º A quien tenga conflicto de intereses con la persona que precise apoyo. 3.º Al administrador que hubiese sido sustituido en sus facultades de administración durante la tramitación del procedimiento concursal. 4.º A quien le sea imputable la declaración como culpable de un concurso, salvo que la curatela lo sea solamente de la persona.

Con carácter general, y salvo que concurran alguno de los supuestos anteriores o las circunstancias excepcionales a las que hemos aludido al abordar el art. 272, la autoridad judicial nombrará curador a la persona que haya sido propuesta por el/la propio/a interesado/a o en quien este/a hubiera delegado. En defecto de propuesta, tal como señala el art. 276, la autoridad judicial nombrará curador la persona que corresponda respetando el siguiente orden: 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 sin ánimo de lucro, pública o privada, entre cuyos fines figure la promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad.

76 Santos Urbaneja, F.: *Sistema de Apoyo Jurídico a las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio,* cit., pp. 292-293.

No obstante, y sin perjuicio de lo expuesto, la autoridad judicial podrá alterar el orden anterior, una vez oída la persona que precise apoyo. Asimismo, cuando, una vez oída, no resultare clara su voluntad, la autoridad judicial también podrá alterar el orden legal, nombrando a la persona más idónea para comprender e interpretar su voluntad, deseos y preferencias.

Con carácter general, el nombramiento del cargo de curador es de aceptación obligada, aunque el art. 279 del Código Civil establece que será excusable el desempeño de la curatela si resulta excesivamente gravoso o entraña grave dificultad para la persona nombrada para el ejercicio del cargo, bien por causas originarias, bien por causas sobrevenidas. Por su parte, las personas jurídicas privadas también podrán excusarse cuando carezcan de medios suficientes o las condiciones del ejercicio de la curatela no sean acordes con sus fines estatutarios.

El interesado que alegue causa de excusa deberá hacerlo dentro del plazo de quince días a contar desde que tuviera conocimiento del nombramiento. Si la causa fuera sobrevenida podrá hacerlo en cualquier momento. Mientras la autoridad judicial resuelva acerca de la excusa, el nombrado estará obligado a ejercer su función. Si no lo hiciera y fuera necesaria una actuación de apoyo, se procederá a nombrar un defensor judicial que sustituya al curador, quedando el sustituido responsable de los gastos ocasionados por la excusa, si esta fuera rechazada. Admitida la excusa, se procederá al nombramiento de nuevo curador.

Al igual que existe un proceso y unas reglas para el nombramiento del cargo de curador, el legislador también prevé en el art. 278 del Código Civil un régimen para su remoción. En concreto, el aludido precepto establece que serán removidos de la curatela los que, después del nombramiento, incurran en una causa legal de inhabilidad, o se conduzcan mal en su desempeño por incumplimiento de los deberes propios del cargo, por notoria ineptitud de su ejercicio o cuando, en su caso, surgieran problemas de convivencia graves y continuados con la persona a la que prestan apoyo. La autoridad judicial, de oficio o a solicitud de la persona a cuyo favor se estableció el apoyo o del Ministerio Fiscal, cuando conociere por sí o a través de cualquier interesado circunstancias que comprometan el desempeño correcto de la curatela, podrá decretar la remoción del curador mediante expediente de jurisdicción voluntaria. Durante la tramitación del expediente de remoción la autoridad judicial podrá suspender al curador en sus funciones y, de considerarlo necesario, acordará el nombramiento de un defensor judicial. Declarada judicialmente la remoción, se procederá al nombramiento de nuevo curador, salvo que fuera pertinente otra medida de apoyo.

En cuanto al desempeño del cargo de curador, el art. 282 del Código Civil consagra que la persona designada para este fin deberá tomar posesión de su cargo ante el/la Letrado/a de la Administración de Justicia y estará obligada a mantener

contacto personal con la persona a la que va a prestar apoyo para asistirla con la diligencia debida en el ejercicio de su capacidad jurídica, respetando su voluntad, deseos y preferencias y fomentando, en la medida de lo posible, sus aptitudes para que aquella pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones y reducir así, en un futuro próximo, la necesidad de apoyo. Si bien el legislador sólo establece principios generales para regular el ejercicio de la institución de curador, sí que va fijar una serie de prohibiciones expresas y concretas para quien, con carácter general, desempeñe alguna medida de apoyo, regulando tal cuestión en el art. 251 del Código Civil[77]: 1.º Recibir liberalidades de la persona que precisa el apoyo o de sus causahabientes, mientras que no se haya aprobado definitivamente su gestión, salvo que se trate de regalos de costumbre o bienes de escaso valor. 2.º Prestar medidas de apoyo cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses. 3.º Adquirir por título oneroso bienes de la persona que precisa el apoyo o transmitirle por su parte bienes por igual título.

Si bien el curador tiene una serie de obligaciones que cumplir en el ejercicio de su cargo, el ordenamiento también le reconocer el derecho a percibir una retribución, siempre que el patrimonio de la persona con discapacidad lo permita, así como al reembolso de los gastos justificados y a la indemnización de los daños sufridos sin culpa por su parte en el ejercicio de su función. En estos casos, tal como dispone el art. 281 del Código Civil, corresponderá a la autoridad judicial fijar el importe de la retribución y el modo de percibirla.

Finalmente, aunque como ya hemos indicado, el ejercicio de la curatela está definido en el marco de unos principios generales y unas prohibiciones taxativas, ello no implica que esté exento de diversas técnicas de control que, siguiendo a Santos Urbaneja, podemos clasificar en cinco grupos: general, previo, periódico, ocasional y final[78].

El control general sobre la actividad del curador lo encontramos regulado en el art. 270 del Código Civil que permite a la autoridad judicial establecer en la resolución que constituya la curatela o en otra posterior las medidas de control que estime oportunas para garantizar los derechos, voluntad y preferencias de la persona que precisa el apoyo, así como para evitar los abusos, los conflictos de intereses y la influencia indebida. Asimismo, tanto la propia autoridad judicial como el Ministerio fiscal podrán, en cualquier momento, recabar al curador la

77 En las medidas de apoyo voluntarias, tal como recoge el art. 251 *in fine*, estas prohibiciones no resultarán de aplicación cuando el otorgante las haya excluido expresamente en el documento de constitución de dichas medidas.

78 Santos Urbaneja, F.: *Sistema de Apoyo Jurídico a las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio*, cit., pp. 295-303.

información que consideren necesaria a fin de garantizar el buen funcionamiento de la curatela.

Por su parte, el control previo gira en torno a las figuras de la fianza y el inventario, reguladas, respectivamente, en los arts. 284 y 285 del Código Civil. Respecto a la fianza, la autoridad judicial podrá exigir la constitución de la misma al curador cuando, por razones excepcionales, lo considere preciso para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones. En cuanto al inventario, el art. 285 determina que el curador con facultades representativas (no se aplica, por tanto, a la "curatela ordinaria") estará obligado a hacer inventario del patrimonio de la persona en cuyo favor se ha establecido el apoyo en el plazo de sesenta días, a contar desde aquel en que hubiese tomado posesión de su cargo. El inventario se formará ante el/la Letrado/a de la Administración de Justicia, quien podrá prorrogar el plazo anterior si apreciase causa suficiente para ello. Si hubiera bienes (tales como dinero, objetos preciosos, valores mobiliarios, etc.) que, a juicio del/la Letrado/a, no debieran quedar en poder del curador, se depositarán en un establecimiento destinado a este efecto. En cualquier caso, los gastos que resultarán de la formulación del inventario correrán a cargo de los bienes de la persona necesitada de apoyo.

Mientras que el fundamento del control periódico lo hallamos en el art. 292 del Código Civil, que impone al curador la obligación de rendición periódica de cuentas en los términos prefijados por la autoridad judicial, el control ocasional se sustenta en el art. 287, al cual ya nos hemos referido con anterioridad al abordar los actos para los que la persona que ejerce la "guarda de hecho" precisa de autorización judicial previa. Es preciso destacar que, en la institución que ahora mismo nos ocupa, este régimen sólo resulta aplicable a la "curatela representativa", por lo que en el ámbito de la "curatela ordinaria" esta autorización no resulta exigible.

Por último, el control final tiene lugar con la extinción de la curatela que, conforme al art. 291 del Código Civil, tiene lugar por la muerte o declaración de fallecimiento de la persona con medidas de apoyo, así como por resolución judicial, cuando ya no sea precisa esta medida de apoyo o se adopte otra más adecuada para la persona sometida a curatela. Asimismo, aunque el legislador no lo ha contemplado expresamente, también asistimos a un supuesto extintivo cuando el curador cesa en su cargo y se procede a su sustitución por otra persona. Sea cual sea el motivo, llegado ese momento, y tal como establece al art. 292 antes citado, el curador deberá rendir cuentas ante la autoridad judicial en el plazo de tres meses, prorrogables por el tiempo que fuere necesario si mediase causa justa. En cualquier caso, la acción para exigir esta rendición prescribe a los cincos años computados desde la terminación del cómputo de este plazo de tres meses. Presentada esta rendición de cuentas, y antes de resolver su aprobación,

la autoridad judicial deberá oír a la persona a la que se prestó apoyo o a sus herederos o, en su caso, al nuevo curador. La aprobación judicial de las cuentas (afirmación que también podríamos extender a la aprobación del inventario) no impedirá el ejercicio de las acciones que recíprocamente puedan asistir al curador y a la persona que recibe el apoyo o a sus causahabientes para la defensa de sus derechos e intereses, pues dicha aprobación no produce efectos de "cosa juzgada"[79].

En cualquier caso, si como resultado de la actuación de control final se determinase la responsabilidad del curador, tal como establece el art. 293, responderá de los daños que hubiese causado por su culpa o negligencia a la persona a la que preste apoyo. A tal efecto, la acción para reclamar esta responsabilidad prescribe a los tres años contados desde la rendición final de cuentas.

Para concluir nuestra exposición abordamos la figura del defensor judicial que, tras la reforma operada en el Código Civil por la Ley 8/2021 se encuentra en los arts. 295 al 298. En su nueva regulación, esta institución se va a caracterizar por tener un carácter subsidiario y provisional. Afirmamos que la figura del defensor judicial es subsidiaria porque el legislador acude a ella en defecto de medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o, en ausencia de estas, si tampoco concurre la guarda de hecho o la curatela. Por otra parte, la provisionalidad de esta institución se deduce del propio art. 250 del Código Civil, según el cual, el nombramiento de esta medida procederá cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente.

La subsidiariedad y provisionalidad de la figura del defensor judicial también resulta patente tanto en la regulación de los casos en los que procede su nombramiento, como en aquellos casos en los que este no resulte procedente. Respecto a los primeros, cabe reseñar que constituyen supuestos tasados al margen de los cuales no resulta posible acudir a esta institución. Estos casos, que se enumeran en el art. 295 de Código Civil, son los siguientes: 1.º Cuando, por cualquier causa, quien haya de prestar apoyo no pueda hacerlo, hasta que cese la causa determinante o se designe a otra persona. 2.º Cuando exista conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y la que haya de prestarle apoyo. 3.º Cuando, durante la tramitación de la excusa alegada por el curador, la autoridad judicial lo considere necesario. 4.º Cuando se hubiere promovido la provisión de medidas judiciales de apoyo a la persona con discapacidad y la autoridad judicial considere necesario proveer a la administración de los bienes hasta que recaiga resolución judicial. 5.º Cuando la persona con discapacidad

79 Así, a modo de ejemplo, el Auto de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Córdoba de 23 de diciembre de 2020 ha establecido que ni la inclusión o exclusión de un bien en el inventario o la aprobación de las cuentas resuelven definitivamente cuestiones de propiedad que puedan suscitarse por parte de terceros.

requiera el establecimiento de medidas de apoyo de carácter ocasional, aunque sea recurrente.

Una vez oída la persona con discapacidad, la autoridad judicial nombrará defensor judicial. Por su parte, el art. 296 del Código Civil establece que no se nombrará defensor judicial si el apoyo se ha encomendado a más de una persona, salvo que ninguna pueda actuar o la autoridad judicial motivadamente considere necesario el nombramiento, regulación que, como hemos expuesto, denota el matiz subsidiario que presenta esta institución.

En cuanto al régimen aplicable a la figura del defensor judicial, el Código Civil, a través de su art. 297, remite al régimen previsto para las causas de inhabilidad, excusa y remoción del curador, así como las obligaciones que a este se atribuyen para conocer y respetar la voluntad, deseos y preferencias de la persona a la que se preste apoyo. No obstante, y como regulación específica de esta figura, el art. 298 establece que se podrá dispensar al defensor judicial de la venta en subasta pública, fijando un precio mínimo, y de la aprobación judicial posterior de los actos. No obstante, el defensor judicial, una vez realizada su gestión, deberá rendir cuentas de ella.

III. CONCLUSIÓN.

De todo lo expuesto y como conclusión a esta revisión jurídica podemos señalar que esta ansiada reforma ha conllevado:

Primero, desde un punto de vista procesal, la desaparición del proceso de incapacitación, supone no solo una gran modificación de la legislación procesal civil sino también, el fin de un procedimiento que, hasta entonces, era la medida por excelencia de protección hacia las personas con discapacidad. Ahora, el procedimiento para la adopción de medidas de apoyo a las que he hemos hecho referencia a lo largo de esta exposición se encuentran reguladas en el Capítulo II del Título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dedicado a "Los procesos sobre la provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad, filiación, matrimonio y menores".

Segundo, la desaparición de la figura de la tutela quedando relegada solo para el ámbito de los menores. La eliminación de la tutela para, especialmente, las personas con discapacidad psíquica grave, no ha sido bien recibida por un sector doctrinal al considerar que esta decisión acarreará importantes consecuencias para quienes tienen que ocuparse de ellas, sobre todo sus progenitores.

Tercero, la superación de un debate ya obsoleto entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, el cual durante años ha dado lugar a importantes ríos de tinta

y donde la doctrina ha centrado grandes esfuerzos. Actualmente, ambos términos quedan refundidos en el más amplio y unitario de "capacidad jurídica", pudiendo ser este definido como la aptitud para decidir sobre sobre actos concretos, siendo necesaria la implementación de medidas de apoyo en beneficio de aquellas personas cuya capacidad jurídica se encuentre limitada o cercenada.

Cuarto, la remodelación y nuevo sentido de las figuras ya existente con una nueva visión y tratamiento dando primacía a la guarda de hecho, mandatos y poderes preventivos y autocuratela. El fortalecimiento de estas medidas conlleva el cumplimiento de lo establecido en la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con discapacidad donde ya se implementó la necesidad de un cambio de sistema en el que predominara el respeto a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad.

Quinto, en cuanto a la guarda de hecho es la medida por excelencia a pesar de estar ya recogida en nuestro Código Civil. A pesar del carácter "poco formal" que se le pretende otorgar, no por ello está exenta de un exhaustivo control. Se ha convertido en la medida por excelencia para la prestación de apoyos, de carácter informal y permanente pero no por ello ha cambiado su naturaleza jurídica.

Por último y en sexto lugar, en cuanto a la curatela: frente a la "curatela ordinaria" existente basada en la mera asistencia, se prevé ahora una "curatela representativa", cuyo régimen recuerda al de la antigua tutela la cual ha sido criticada por un sector de la doctrina al entender que el legislador ha transformado y desvirtuado esta institución, convirtiéndola en una dudosa técnica jurídica, para aquellos casos excepcionales que no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona.

Sin dudar que estamos ante un apasionante reto, habrá que esperar a la puesta en práctica de tales medidas y ver en el día a día y en el devenir del tráfico jurídico que ventajas e inconvenientes se desprenden de las mismas, lo que servirá de acicate para mejorar aquellas cosas que no funcionen y perfeccionar las que, obviamente den resultados positivos sin perder de vista los dos objetivos fundamentales: el respeto de la voluntad de las personas con discapacidad y facilitar la labor a jueces y tribunales en el ejercicios y adopción de medidas preventivas.

BIBLIOGRAFÍA

Alba Ferré, E.: "La nueva guarda de hecho como verdadera institución de apoyo, *Revista Boliviana de Derecho,* núm. 30, julio 2020.

Albaladejo, M.: Derecho *Civil, Volumen Primero,* Bosch, Barcelona, 1995.

Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: *La marginación de los locos y el Derecho*, Taurus, Santander, 1976.

Boza Rucosa, M.: *Comentario crítico a la Ley 8/2021*. Visto en https://bozarucosa.com/blog/comentario-critico-a-la-ley-8-2021/.

Chamarro Herrera, M. T.: *Manual de Derecho Civil. Volumen I. Parte General de Derecho Civil. Derecho de la Persona,* Wolters Kluwer, Madrid, 2021.

Cuenca Gómez, P.: "El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española", *REDUR*, diciembre 2012.

de Lorenzo García, R.: *Discapacidad, sistemas de protección y Trabajo Socia*l, Alianza, Madrid, 2018.

Fábrega Ruiz, C. F.: "Realidad y nuevos horizontes de la guarda de las personas con autogobierno limitado" en *Hacia una visión global de los mecanismos jurídicos de protección en materia de discapacidad* (coord. de Salas Murillo), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010.

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

García Rubio, M. P.: "Las medidas de apoyo de carácter voluntario preventivo o anticipatorio", *Revista de Derecho Civil,* vol. V, núm. 3, julio-septiembre 2018.

Gázquez, L. y Méndez, M. M.: *Régimen Jurídico de las Personas con Discapacidad en España y en la Unión Europea. Tratamiento de la discapacidad desde la perspectiva del Derecho Civil,* Comares, Granada, 2006.

Hernández Caballero, Mª. J.: La guarda de hecho en el panorama tuitivo de las personas con discapacidad", *Diario La Ley*, núm. 8991, Sección Doctrina, 2017.

López Azcona, A.: "El respeto a las voluntades anticipadas en el Derecho Civil aragonés", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, agosto 2015.

López San Luis, R.: "El principio de respeto de la voluntad de las personas con discapacidad en la convención de Nueva York y su reflejo en el anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad", *Indret*, 2020.

Martínez de Aguirre, C.: "Panorama general de las figuras de guarda legal de los discapacitados intelectuales", en *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico -privados de protección en materia de discapacidad,* El Justicia de Aragón, 2010.

Monje Balmaseda, O.: "El estado de la cuestión: La guarda de hecho. Instrumento clave en las instituciones de apoyo", en *Estudio básico sobre la guarda de hecho alginas reflexiones sustantivas y procesales notables de lega lata y de lege ferenda : de la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006 al anteproyecto por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad de 26 de septiembre de 2018,* 2019.

Palacios, A.: *El modelo Social de Discapacidad: Orígenes, Caracterización y Plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad,* Cinca, Madrid, 2008.

Palacios, A. y Bariffi, F.: *La Discapacidad como una Cuestión de Derechos Humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad,* Cinca, 2007, Madrid.

Parras Lucán, Mª. Á.: "La guarda de hecho de las personas con discapacidad", en de Salas Murillo, S. (coord.): *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*.

Pereña Vicente, M.: "La autotutela: ¿desjudicialización de la tutela?, *La ley 1010/2007*.

Roca Sastre : *El fideicomiso si sine liberis decesserit y el Código Civil*, Discurso leído en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid.

Rodríguez, A.: *Lecciones de Derecho Mercantil*, Tecnos, Madrid, 2022.

Rueda Díaz de Rábago, M. Mª.: "Personas mayores. Vida independiente y soluciones jurídicas", *Fundación Aequitas,* 2009.

Sancho Gargallo, I.: *Incapacitación y Tutela*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

Santos Urbaneja, F.: *Sistema de Apoyo Jurídico a las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Colección Summarium, Cuniep, Madrid, 2021.

SASTRE, A.: *La no discriminación de las personas con discapacidad en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España*, Fundación Derecho y Discapacidad, 2013.

SERRANO GARCÍA, I.: "Proyectos de reforma del tratamiento jurídico de las personas con discapacidad, en *Contribuciones para una reforma de la discapacidad. Un análisis transversal de apoyo jurídico a la discapacidad.*

SOLÉ RESINA, J.: "El derecho a decidir sobre la propia salud. Especial referencia a las personas discapacitadas", *Revista Electrónica de Direitto,* núm. 2, junio 2014.

VELILLA ANTOLÍN, N.: "Una visión crítica a la Ley de apoyo a las personas con discapacidad", *El Notario del Siglo XXI*, núm. 99.

LOS PLANES DE REESTRUCTURACIÓN EN EL NUEVO RÉGIMEN DE LA INSOLVENCIA ESPAÑOL

RESTRUCTURING PLANS IN THE NEW SPANISH INSOLVENCY REGIME

Rev. Boliv. de Derecho Nº 35, enero 2023, ISSN: 2070-8157, pp. 626-657

Roberto RIVAS URBINA

ARTÍCULO RECIBIDO: 13 de diciembre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 15 de diciembre de 2022

RESUMEN: El presente trabajo tiene por objeto el análisis y estudio de las principales implicaciones jurídicas en el ámbito del Derecho Concursal español, a raíz de la reciente aprobación de la Ley 16/2022, de 6 de septiembre, de reforma del texto refundido de la ley concursal. Esta reforma supone la transposición de la Directiva 2019/1023, sobre Reestructuración e Insolvencia, introduciendo en el régimen jurídico nacional, entre otras, herramientas de reestructuración que doten a las empresas viables, de mayores posibilidades de recuperación antes situaciones de distress. En consecuencia, se analizará, de forma general, las principales implicaciones en el ámbito del «nuevo» derecho preconcursal español.

PALABRAS CLAVE: Reestructuración; insolvencia; arrastre intraclase; financiación; experto en reestructuración.

ABSTRACT: *The purpose of this paper is to analyse and study the main legal implications in the field of Spanish Insolvency Law, following the recent approval of Law 16/2022, of 6 September, on the reform of the revised text of the Insolvency Law. This reform involves the transposition of Directive 2019/1023 on Restructuring and Insolvency, introducing into the national legal system, among others, restructuring tools that provide viable companies with greater possibilities of recovery before situations of distress. Consequently, a general analysis will be made of the main implications in the field of the "new" Spanish pre-bankruptcy law.*

KEY WORDS: *Restructuring; insolvency; intra-class cramdown; financing; restructuring expert.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN: LA DIRECTIVA UE 2019/1023: UN CAMBIO DE PARADIGMA.- II. CONSIDERACIONES INICIALES: LA COMUNICACIÓN DE APERTURA DE LAS NEGOCIACIONES.- III. LOS NUEVOS PLANES DE REESTRUCTURACIÓN.- IV. LOS CRÉDITOS Y CONTRATOS AFECTADOS POR EL PLAN.- V. LA APROBACIÓN DE LOS PLANES DE REESTRUCTURACIÓN E INCIDENCIA EN LOS SOCIOS.- VI. CUESTIONES GENERALES DE LA HOMOLOGACIÓN DE LOS PLANES DE REESTRUCTURACIÓN.- VII. LA PROTECCIÓN DEL FRESH MONEY.- VIII. CUESTIONES BÁSICAS ACERCA DEL EXPERTO EN REESTRUCTURACIÓN.- IX. EL RÉGIMEN ESPECIAL DE LAS PYMES.- X. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN: LA DIRECTIVA UE 2019/1023: UN CAMBIO DE PARADIGMA.

La aprobación de la Directiva UE 2019/1023, sobre Reestructuración e Insolvencia[1], (Directiva 2019/1023), supuso un amplio marco de actuación para los Estados Miembros respecto a la introducción de mecanismos preconcursales para garantizar que el tejido empresarial de cada país contase con una variedad más amplia, flexible y eficaz en la adopción de herramientas jurídicas ante situaciones de dificultad económica o *distress*.

Tal como reza en nombre de la propia Directiva 2019/1023, se pretende prevenir que las empresas se vean obligadas a solicitar la declaración de concurso, evitando los efectos adversos del concurso, como la inasumible duración del concurso para las empresas, la rigidez propia del procedimiento concursal y la pérdida de valor derivada del "estigma concursal" y, finalmente, la liquidación de la empresa. Por el contrario, el núcleo fundamental sobre el que pivota la Directiva 2019/1023 es garantizar la continuación de la actividad económica[2], garantizando su reestructuración temprana.

La Directiva 2019/1023 pretendía, además luchar contra una suerte de competición entre los ordenamientos jurídicos europeos, en la búsqueda de un marco jurídico más ventajoso para los deudores, llevando a cabo prácticas

1 Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia).

2 Considerando (1) de la Directiva 2019/1023 "La presente Directiva pretende eliminar tales obstáculos sin que ello afecte a los derechos fundamentales y libertades de los trabajadores, garantizando que: las empresas y empresarios viables que se hallen en dificultades financieras tengan acceso a marcos nacionales efectivos de reestructuración preventiva que les permitan continuar su actividad".

• Roberto Rivas Urbina
Doctorando en Derecho de la Universitat de València. Becario SEDI. Máster Universitario de Abogacía por la Universitat de València. Autor de varios trabajos sobre prepack en publicaciones de prestigio (Anuario de Derecho Concursal) y libros colectivos internacionales. Correo electrónico: robertorivas804@gmail.com.

como el *fórum shopping*, como consecuencia de la, hasta entonces, desarmonizada legislación europea de la insolvencia[3].

Así, se introdujeron los marcos de reestructuración preventiva, estableciendo específicamente el concepto de reestructuración, como "aquellas medidas destinadas a la reestructuración de la empresa del deudor que incluyen la modificación de la composición, las condiciones o la estructura de los activos y del pasivo o cualquier otra parte de la estructura del capital del deudor, como las ventas de activos o de partes de la empresa" y, otorgando facultades al legislador nacional acerca de si introducir en su ordenamiento la "la venta de la empresa como empresa en funcionamiento, así como cualquier cambio operativo necesario o una combinación de estos elementos", lo cual, como se dirá, se ha llevado a cabo por el legislador español.

La tarea transpositiva se ha llevado a cabo de forma tardía y haciendo uso de la prórroga concedida por el art. 34.2 de la Directiva 2019/1023 y tras un extenso trámite parlamentario marcado por un Anteproyecto de Ley con numerosas enmiendas y un Proyecto de Ley discutido tanto por profesionales del Derecho Concursal como por Jueces y Magistrados de lo Mercantil.

Aunque el Derecho Preconcursal no era totalmente ajeno a la institución de la reestructuración, aproximándose a través de los Acuerdos de Refinanciación, su contenido no gozaba del suficiente contenido para atender las necesidades empresariales en materia de reestructuración[4].

No obstante, la finalidad de la norma debe cohonestarse con los motivos que justifican la inclinación del legislador por incentivar un escenario de reestructuración sobre un escenario liquidativo de la empresa, común en nuestra experiencia concursal. En este sentido, la reunión de los intereses en liza entre el deudor, los acreedores y terceros *stakeholders*, existentes en toda empresa desde sus inicios y, acentuados en situaciones de *distress* empresarial justifican los esfuerzos del legislador europeo (y español) por acercar mecanismos preventivos que acerquen los diferentes intereses en juego y solucionen, al menos parcialmente, la eventual litigiosidad y conflictos surgidos entre los actores de la empresa[5].

3 Gómez Asensio, C.: "La Directiva (UE) sobre Marcos de Reestructuración Preventiva y su futura transposición al ordenamiento jurídico espanyol", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 12, 2020, pp. 472-511.

4 Para un estudio exhaustivo sobre las distintas reformas en materia de refinanciación, vid. Pulgar Ezquerra, J.: *Preconcursalidad y reestructuración empresarial*, Madrid, La Ley 3ª ed., 2021.

5 A este respecto, Pulgar Ezquerra, J.: "Reestructuraciones preconcursales forzosas: el mejor interés de los acreedores", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 323, 2022, pp. 2-3, en relación con Jackson, T. H.: "The logic and limits of bankruptcy Law", Washington DC, 2001.

De esta forma, el pasado 6 de diciembre, se aprobó la Ley 16/2022, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, estableciendo un nuevo modelo de derecho preconcursal y concursal, basado en los mecanismos preventivos y tempranos, impulsando la finalidad conservativa del Derecho Concursal y, en consecuencia, garantizando la conservación del tejido empresarial y del empleo, tal como reza su Exposición de Motivos.

II. CONSIDERACIONES INICIALES: LA COMUNICACIÓN DE APERTURA DE LAS NEGOCIACIONES.

De acuerdo con el *iter* frecuente del procedimiento de plan de reestructuración en sus diferentes fases, debemos comenzar analizando el instituto preconcursal de la comunicación de apertura de negociaciones, que queda ahora incardinada en los arts. 585 y siguientes y que experimenta modificaciones significativas.

El Título II comienza su articulado estableciendo los presupuestos objetivos y subjetivos con los que operará la comunicación. Como se observa desde un primer momento, los presupuestos objetivos cambian desde "insolvencia actual o inminente", a "probabilidad de insolvencia o de insolvencia inminente"[6]. Con ello, el legislador pretende atajar de manera previa el posible deterioro en la situación de deudora, estableciendo su reestructuración temprana, en cumplimiento del fin preventivo de los marcos de reestructuración. No obstante, el precepto, en su apartado 2, establece para el presupuesto objetivo de insolvencia actual la posibilidad de efectuar esta comunicación, siempre que no esté admitida a trámite la solicitud de declaración de concurso necesario, recogiendo el antiguo art. 584 "Momento de la comunicación", que ahora queda suprimido. Por su parte, los presupuestos subjetivos se mantienen idénticos, "persona natural o jurídica", si bien, como se desprende del articulado, los planes se encuentran ciertamente más orientados a la persona jurídica deudora.

En todo caso y, por lo que aquí interesa, tanto persona natural, por sí misma, como persona jurídica, a través de su órgano de administración, podrán comunicar la existencia actual o inminente de negociaciones para alcanzar un plan de reestructuración. Se mantiene que el deudor sea el legitimado exclusivo para efectuar esta comunicación, a pesar de las amplias facultades que se otorgan a los acreedores en otras sedes.

Del mismo modo, el nuevo TRLC añade el art. 586, estableciendo, por una parte, la forma en que se deberá realizar esta comunicación al juzgado competente para

6 El concepto de probabilidad de insolvencia es de nuevo cuño en nuestro país, estableciéndolo como un nuevo presupuesto objetivo del preconcurso y definiéndolo en el art. 584.2 con el siguiente tenor literal: "cuando sea objetivamente previsible que, de no alcanzarse un plan de reestructuración, el deudor no podrá cumplir regularmente sus obligaciones que venzan en los próximos dos años", en consonancia con el plazo previsto para las acciones rescisorias del art. 226 del mismo cuerpo legal.

la declaración de concurso, esto es, a través de medios telemáticos o electrónicos, con excepción de las personas físicas que, conforme a la legislación administrativa[7], no estén sujetas a este tipo de comunicación, es decir, el deudor persona natural. Sin embargo, la cuestión verdaderamente innovadora respecto al texto legislativo anterior a la reforma es el contenido de la comunicación. A estos efectos, el precepto establece hasta 10 apartados donde se recoge el "contenido mínimo" de la comunicación, pudiendo verse ampliado en otros supuestos (deudor miembro de un grupo de sociedades; ampliación o reducción de acreedores; modificación del importe de los créditos), así como en el caso de la comunicación conjunta.

En esta línea, en cuanto a la resolución sobre la comunicación, se amplía el plazo para dictar decreto por el Letrado de Administración de Justicia, de uno a dos días, debiendo llevar a cabo, además, el control sobre normas de competencia internacional o territorial, con el nuevo TRLC.

En cuanto a la publicidad, resolución se publicará en el Registro Público Concursal, pudiendo, en su caso, quedar reservada, a petición del quien comunica el inicio de las negociaciones, sin perjuicio de poder desistir del carácter privado de la comunicación.

Respecto a los efectos generados por la comunicación, debe destacarse que el nuevo TRLC comienza por establecer, como regla general, el principio del "debtor-in-possession" o deudor no desapoderado, que emana de la Directiva 2019/1023, en su art. 5.1. Dicho principio supone un reflejo del principio de intervención mínima, con la intención de incentivar la reestructuración por parte de los deudores en un estadio temprano y evitando costes innecesarios[8].

En cuanto a los demás efectos, entre otros, se mantiene la suspensión del deber de solicitar el concurso voluntario, así como la suspensión y prohibición legal en relación con las ejecuciones ya en tramitación y la iniciación de nuevas, respectivamente. Se mantiene, asimismo, la exclusión de los créditos públicos del principio de suspensión de ejecuciones singulares, indicándose este inciso expresamente y pudiendo, por tanto, iniciar o seguir con los procedimientos de ejecución. Empero, respecto al texto normativo anterior, se establece que "Si la ejecución recayera sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor, una vez iniciado el procedimiento de ejecución, se podrá suspender exclusivamente en la fase de realización o enajenación por el juez que esté conociendo del mismo".

7 Art. 14 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

8 Gómez Asensio, C.: "La Directiva (UE) sobre Marcos de Reestructuración Preventiva y su futura transposición al ordenamiento jurídico espanyol", cit., p. 486.

Dicho aspecto no supone, en nuestra opinión, una desnaturalización del tratamiento (siempre) privilegiado del crédito público, sino que pretende otorgar un margen de maniobra más amplio al deudor para que pueda hacer garantizar la satisfacción del acreedor público[9].

Cabe destacar, como efecto asociado a la comunicación de inicio de las negociaciones, la introducción realizada por el legislador respecto a las cláusulas de vencimiento anticipado de los créditos o cláusulas *ipso facto*[10], estableciendo su ineficacia respecto a cláusulas de modificación de los términos o condiciones del crédito.

Sin ánimo de llevar a cabo un estudio pormenorizado de la comunicación de inicio de negociaciones, deben destacarse dos cuestiones adicionales en el nuevo esquema de la comunicación de las negociaciones. En primer lugar, la introducción del principio de vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, por la (i) presentación de la comunicación o su admisión a trámite; (ii) la solicitud de suspensión general o singular de acciones y procedimientos ejecutivos; (iii) por circunstancias análogas o directamente relacionadas. Así, este principio se establece, como se verá, en términos similares que en sede de concurso y en sede de plan de reestructuración.

En segundo lugar, la introducción del nuevo régimen de prórrogas de los efectos de la comunicación, estableciendo que, cuando el periodo de tres meses finalice (mismo periodo que el previsto con el texto anterior) tanto el deudor como los acreedores afectados por el plan y representativos de más del cincuenta por cien del pasivo, como legitimados bajo la regla general, podrán solicitar un periodo de tres meses adicionales al inicial, debiendo estar acompañada de documentos como el informe del experto en reestructuración, en su caso, o el acta de conformidad de los acreedores. En el caso de las pequeñas y medianas empresas, solamente el deudor será el legitimado para solicitar dicha prórroga *ex* art. 683.3 TRLC.

En esta línea, el porcentaje de pasivo mencionado parece pretender la no obstaculización de los acreedores, en este caso, minoritarios, que podrían impedir el buen funcionamiento del plan. No obstante, se establece asimismo un mecanismo protector ante estas posibles prácticas abusivas de los acreedores mayoritarios,

9 Como señala López Narváez, M.: "La comunicación de la apertura de las negociaciones con los acreedores", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 59, 2022, p. 26, esto supone "una oportunidad para que el deudor, en el marco del plan de reestructuración, pueda conseguir los fondos suficientes para pagar el crédito público", cuestión que no se prevé, como señala la autora, respecto de los créditos de responsabilidad civil extracontractual o de créditos laboral (exceptuando los de alta dirección) y los créditos futuros (nacidos de derivados).

10 Para un análisis pormenorizado de las cláusulas ipso facto, vid. Azofra Vegas, F.: "Las cláusulas ipso facto y la posibilidad de denuncia unilateral del contrato en escenarios preconcursales y concursales", *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 55, 2022, pp. 151-172.

estableciendo, en su art. 609 la prohibición de presentar comunicaciones sucesivas en el plazo de un año.

III. LOS NUEVOS PLANES DE REESTRUCTURACIÓN.

El Título III del nuevo TRLC ha introducido en los arts. 614 a 671 el nuevo régimen de los planes de reestructuración, caracterizado por su exhaustividad y sistemática legislativa.

Así, el art. 614 de del nuevo TRLC comienza estableciendo la acepción de los planes de reestructuración en términos idénticos que la Directiva 2019/1023 en su art. 2.1.1, con el siguiente tenor literal: "Se considerarán planes de reestructuración los que tengan por objeto la modificación de la composición, de las condiciones o de la estructura del activo y del pasivo del deudor, o de sus fondos propios, incluidas las transmisiones de activos, unidades productivas o de la totalidad de la empresa en funcionamiento, así como cualquier cambio operativo necesario, o una combinación de estos elementos". Esta figura incluiría a la venta de unidad productiva realizada en sede de plan de reestructuración, diferenciándose así de la enajenación de la unidad productiva que se inicia previamente a la declaración de concurso mediante la solicitud de nombramiento de experto para recabar ofertas de adquisición de la unidad productiva, dispuesta en el art. 224 *ter*, que ha adquirido notoria importancia en los últimos años en nuestro país, como mecanismo que garantiza la continuación de la actividad económica y la evitación de tejido productivo[11]. En consecuencia, el régimen previsto en sede de enajenación de unidades productivas se encontraría fuera del ámbito del marco de un plan de reestructuración a pesar de contar con una finalidad común[12].

El legislador, por tanto, ha hecho uso de la facultad concedida por la Directiva 2019/1023 para introducir la transmisión de la empresa en funcionamiento y la combinación de los elementos como objetos de un plan de reestructuración. Del mismo modo, este artículo establece un amplio margen de actuación para el deudor, estableciendo la posibilidad de llevar a cabo "cualquier cambio operativo necesario"[13], entendiéndose, así, incluidas las modificaciones estructurales o la capitalización de créditos. De este modo, no solamente se ve afectado el pasivo y, en especial, el pasivo financiero, como era común hasta ahora, sino que el activo también puede sufrir cambios en sus condiciones y en su estructura en global. Con todo, como se advierte, el TRLC presentará una influencia significativa en otras

11 Para un análisis más detallado de la figura del pre-pack administration, vid. Rivas Urbina, R.: "Enajenación de la unidad productiva y pre-pack en el proyectado procedimiento especial para microempresas", *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 56, 2022, pp. 121-146.

12 A este respecto, Fernández Aguado, J. I.: "Los difusos ámbitos subjetivo y objetivo de los planes de reestructuración", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 989, 2022.

13 Considerando (2) de la Directiva 2019/1023.

normativas de derecho mercantil, como la Ley de Sociedades de Capital (LSC)[14] y la Ley de Modificaciones Estructurales (LME)[15].

Asimismo, cabe destacar que la semántica en esta sede es de importancia, puesto que el concepto de plan de reestructuración supone una diferencia notoria respecto a los institutos concursales anteriores basados, los Acuerdos de Refinanciación (AR)

En primer lugar, porque el concepto de plan de reestructuración pretende acercarse al establecido por la Directiva 2019/1023, pero, fundamentalmente, porque su introducción supone un cambio de paradigma frente al texto legislativo anterior. El plan, en lugar de suponer la conformidad de las voluntades de deudor y de acreedores (fundamentalmente, de carácter financiero), se establece como un completo régimen procedimental basado en la negociación entre los acreedores de créditos afectados y el deudor, en un régimen de votación concreto, en cauces previstos ante la eventual impugnación del plan e incluso la imposición de una clase de acreedores que cumpla con determinados porcentajes de los créditos afectados[16].

Por lo que respecta al ámbito objetivo de los planes de reestructuración, el art. 615 previene dos supuestos incardinados en este ámbito: en primer lugar, establece a los "acreedores o clases de acreedores titulares de créditos afectados que no hayan votado a favor del plan". Así, el plan se impone también a aquellos acreedores y clases de acreedores y socios, tanto disidentes como aquellos que no hayan votado, extendiéndose forzosamente, contraviniendo, por tanto, principios consagrados en nuestro derecho. Asimismo, como prevé el apartado 2 del mismo precepto, el marco de la reestructuración recoge a aquellos interesados en proteger la financiación interina y la nueva financiación, supuestos que gozarán de un régimen de protección frente a acciones rescisorias ante situaciones de inmediatez y necesidad para el cumplimiento del plan, como se dispone en los arts. 665 y siguientes del TRLC.

En los tres supuestos mencionados que forman parte del ámbito objetivo del Título III del TRLC, deberán constar obligatoriamente con la homologación judicial preceptuada en el art. 635 para gozar de las protecciones previstas por el plan de reestructuración.

14 Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

15 Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

16 Garcimartín, F.: "Sobre el nuevo régimen aplicable a los planes de reestructuración (y algunas novedades en el Libro IV", *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, núm. 7, 2022, p. 60.

IV. LOS CRÉDITOS Y CONTRATOS AFECTADOS POR EL PLAN.

Por otra parte, la Ley 16/2022, en su art. 616 establece una variedad de supuestos en los que se puede considerar afectado un crédito, sufran una modificación de sus términos o condiciones, en particular, la modificación de la fecha de vencimiento, la modificación del principal o los intereses, la conversión en crédito participativo o subordinado, acciones o participaciones o en cualquier otro instrumento de características o rango distintos de aquellos que tuviese el crédito originario, la modificación o extinción de las garantías, personales o reales, que garanticen el crédito, el cambio en la persona del deudor o la modificación de la ley aplicable al crédito. Esto supone un cambio relevante respecto al tratamiento otorgado por la reestructuración mediante el AEP y el AR, focalizados en el pasivo financiero de las empresas.

Sin embargo, quedan fuera de este ámbito de afectación los créditos de alimentos, de responsabilidad civil extracontractual, así como los derivados de relaciones laboral. En este último cabe señalar que aquellos derivados del personal de alta dirección si quedarán afectados por el plan. Ello se debe, como se dirá en sede de contratos afectados, al enorme perjuicio que puede presentar en el pasivo de la deudora la permanencia de los altos directivos, especialmente en aquellas empresas donde el margen de negociación para instar la resolución de la relación laboral es menor.

Como segundo párrafo del art. 616.2, el legislador ha establecido la no afectación por el plan de los créditos futuros nacidos de contratos de derivados. Este inciso debe cohonestarse con la facultad de terminación o cancelación anticipada prevista para este tipo de contratos con la finalidad de asegurar el éxito del plan, previendo además la afectación del saldo resultante de la liquidación, de conformidad con el art. 620.3[17].

Especial incidencia presenta una cuestión tratada ampliamente por la doctrina concursal. Este es régimen del crédito público y el tratamiento privilegiado que ha recibido en el Anteproyecto y Proyecto de Ley, como en el TRLC vigente.

En efecto, el TRLC, haciendo uso de la prerrogativa concedida por la Directiva 2019/1023[18], ha establecido mediante la introducción del art. 616 bis, el modo de afectación del crédito público de manera expresa y exclusiva, determinando,

17 Si bien las escasas referencias específicas a los contratos de derivados son una cuestión novedosa en el nuevo TRL, la doctrina ya ha analizado este aspecto en profundidad. A este respecto, vid. Sáez Lacave, Mª. I.: "Los derivados en el concurso", *InDret Revista para el análisis del Derecho*, núm. 4, 2013, pp. 1-49.

18 Así, su Considerando (52) establece que "cuando los acreedores públicos institucionales tengan un estatuto privilegiado con arreglo a la normativa nacional, los Estados miembros pueden establecer que el plan no pueda imponer una cancelación total ni parcial de los créditos de dichos acreedores.".

entre otros, la imposibilidad de reducir el importe del crédito o su conversión en participaciones o préstamos participativos.

Respecto de esta última posibilidad, consideramos que la posibilidad de conversión del crédito no debería estar restringida en todo caso, toda vez que tanto las empresas en *distress* como la Administración podrían beneficiarse mediante un préstamo de estas características, contribuyendo a la aprobación del plan de reestructuración[19], si bien las empresas que, en su caso, quedasen participadas mediante la conversión del crédito en capital o mediante préstamos participativos deberían ser *numerus clausus* y, en todo caso, en sectores estratégicos.

En esta línea, el legislador ha limitado el alcance de la afectación del crédito público a criterios puramente temporales, excluyendo como se ha dicho, las quitas. Así, ha establecido los plazos de amortización, que serán de doce meses, como regla general, y de seis meses cuando el crédito ya hubiese sido previamente aplazado o fraccionado. Ambos plazos tienen como inicio de cómputo, la fecha de homologación del plan de reestructuración. Además, este precepto establece un plazo máximo de amortización de dieciocho meses desde la comunicación de apertura de negociaciones.

Sin embargo, todo ello queda sujeto al cumplimiento de dos requisitos que pueden suponer una excesiva sobreprotección del crédito público. Estos son, por un lado, haber cumplido con sus obligaciones tributarias[20] y en materia de Seguridad Social, tanto en el momento de la comunicación de apertura de negociaciones, como cuando solicite la homologación, para lo cual deberá presentar las certificaciones correspondientes al efecto. Por otro lado, los créditos no podrán contar con una antigüedad superior a dos años.

Por último, el privilegio otorgado al crédito público mencionado adquiere mayor notoriedad si se cohonesta el art. 616 bis referido a los plazos de amortización del crédito previstos con el art. 671, donde se establece que los acreedores de derecho público afectados por el plan estarán facultados, en todo caso, para instar la resolución del plan por el incumplimiento de este, suponiendo una excepción a la regla general que dicta el apartado precedente, al establecer "una vez homologado, no se podrá pedir la resolución del plan por el incumplimiento", si bien es cierto que, en el propio plan se puede prever cuestión distinta. A este respecto, nos

19 Este último supuesto debe entenderse atendiendo a criterios de política económica, si bien cada vez son más las empresas que se encuentran participadas mediante préstamos participativo. Un ejemplo de ello los préstamos concedidos por ENISA, si bien estos requieren de un análisis de viabilidad que se revela improbable de superar.

20 En este sentido, se refiere a la certificación del encontrarse al corriente de las obligaciones tributarias prevista en el art. 74 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos (RGAT).

atrevemos a señalar que el privilegio crédito público será objeto de reforma, una vez más, para adecuarse a las necesidades empresariales de reestructuración. Dichas reformas, consideramos, podrían establecer un plazo más amplio para el pago de los créditos, dado el breve plazo establecido por la reforma. Menos probable es la posibilidad suprimir total o parcialmente el requisito de estar al corriente con las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social, bien eliminando totalmente dicho requisito, bien, estableciendo un criterio de mínimos en este cumplimiento. En todo caso, queda por ver como operará el limitado margen de actuación del crédito público en el ámbito del plan.

Por último, el nuevo TRLC establece el modo de cómputo de los créditos a efectos de votación, estableciendo que "cada crédito se computará por el principal más los recargos e intereses vencidos hasta la fecha de formalización del plan en instrumento público". Como cuestión relevante en este ámbito, es que se otorga facultades de valoración de los créditos contingentes a los sujetos que propongan el plan, sin perjuicio de una posterior corrección en caso de materialización, viéndose afectados únicamente por la cuantía correspondiente al importe previsto en el plan. En todo caso, la inclusión por un importe inferior es potestativa para los proponentes del plan, computándose en caso contrario, por el máximo[21].

En sede concursal, el principio general de vigencia de los contratos es un aspecto consagrado en el esquema concursal español[22]. Así, en sede de declaración de concurso, se establece dicho principio, en el art. 156 del TRLC. Del mismo modo, la comunicación de apertura de negociaciones tampoco afectará, por sí sola, a los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento. Por ello, el legislador ha establecido en el art. 618, en términos similares, este principio, estableciendo la no validez de las cláusulas contractuales que faculten para la suspensión o modificación de las obligaciones por la homologación del plan de reestructuración, por su solicitud o por circunstancias análogas.

Por el contrario, tanto los acuerdos de compensación contractual sujetos al Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública recibirán el tratamiento previsto en virtud del principio de vigencia contractual. Tampoco quedarán afectadas las garantías financieras sujetas a este Real Decreto.

Además, por razones de política legislativa, en un contexto económico de crisis energética, se prohíbe expresamente el vencimiento anticipado y la resolución de

21 Garcimartín, F.: "Sobre el nuevo régimen aplicable a los planes de reestructuración (y algunas novedades en el Libro IV", cit., p. 63.

22 En otros ámbitos del derecho, como el administrativo, este principio de vigencia de los contratos no goza de la misma protección, vid. art. 211 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. (LCSP).

contratos de suministro de bienes, servicios o energías, siempre que estos se consideren necesarios para la continuidad de la actividad, con la sola excepción de que estos hayan sido negociados en mercados organizados.

Sin perjuicio de lo dicho anteriormente, cuando el interés de la reestructuración y, especialmente, el interés de los acreedores lo requiera, el plan de restructuración puede prever la resolución de los contratos, pudiendo quedar afectado por el plan el crédito indemnizatorio derivado de la resolución. No obstante, se prevé un mecanismo de protección frente a esta -amplia- facultad del plan para resolver el contrato, teniendo en consideración su contravención a principios consagrados del Derecho Civil, como se ha mencionado con anterioridad. Así, dicha tutela se encauza vía impugnación del plan, en particular, por mediante el examen de la prueba del interés superior de los acreedores, previsto en el art. 654.7º, en sede de impugnación del auto de homologación.

Dicha prueba tiene su origen en el art. 2.1.6º de la Directiva 2019/1023, la cual compara los escenarios en los que se encontraría el acreedor disidente, bien mediante un plan de reestructuración, bien en el orden normal de prelación en un escenario liquidativo de bienes o de venta de empresa en funcionamiento. No obstante, cuanto exista un gran número de acreedores con intereses en liza, la tarea de garantizar de todos y cada uno de los acreedores mediante esta prueba puede provocar un alto grado de litigiosidad que se presenta como desventaja frente a los beneficios de poder optar por un plan de reestructuración[23]. Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo de de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública quedarán afectadas.

Otra de las facultades atribuidas al plan, es la posibilidad de prever la suspensión o extinción de los contratos con consejeros ejecutivos y de alta dirección, reconociendo al juez la posibilidad de moderar la indemnización. En el TRLC se encuentran referencias a los contratos de alta dirección en los arts. 186 a 188, en el ámbito de la resolución en interés del concurso, en esta sede se faculta a la administración concursal para extinguir o suspender los contratos y a solicitar al juez el aplazamiento de la indemnización del alto directivo hasta la firmeza de la sentencia de calificación; a extinguir el contrato por voluntad del alto directivo. Pues bien, en el ámbito de los planes de reestructuración, estas disposiciones parecen haber sufrido una suerte de adaptación al estadio preconcursal, estableciendo, ante la obvia falta de administración concursal, a los proponentes del plan como sujetos encargados de instar dicha suspensión o extinción contractual y manteniendo la facultad moderadora del juez, ya mencionada. Con todo, del mismo modo que en sede concursal, la resolución de este tipo de contratos obedece a criterios

23 Para un exhaustivo análisis del concepto de mejor interés de los acreedores, vid. Pulgar Ezquerra, J.: "Reestructuraciones preconcursales forzosas: el mejor interés de los acreedores", cit., p. 18.

económicos evidentes. Como se ha mencionado, el pasivo generado por este tipo de contratos puede ser inasumible por la empresa en crisis. No obstante, el -acertado- criterio económico puede cohonestarse con criterios de política legislativa que obedecen a cuestiones de "razonabilidad" y/o "sentido común". En términos simples, no parece apropiado que, ante una situación de *distress*, los contratos de alta dirección lastren la viabilidad de una empresa.

Cabe puntualizar una última cuestión en esta sede, y es que de igual manera que en el ámbito de créditos afectados, al establecer la inclusión de los créditos del personal de alta dirección prevista en el art. 616.2 *in fine*, se equipara una relación de naturaleza puramente mercantil, como es la de "consejero ejecutivo", con la relación laboral especial de "alto directivo". Asimismo, los límites establecidos en la legislación laboral para indemnización, conforme al art. 621.2, se aplicarían a una relación de carácter mercantil, deviniendo ineficaz la indemnización que, en su caso, se hubiese pactado en virtud del contrato mercantil suscrito al efecto[24]. En todo caso, cabe destacar que esta cuestión puede presentar una problemática en relación con un posible conflicto de interés. Los consejeros ejecutivos, por lo general, serán al menos, uno de los encargados de promover, proponer y negociar el plan, por lo que será cuando menos improbable que insten la extinción de su propio contrato.

Uno de los puntos sobre los que pivota el cambio de paradigma introducido es la nueva dinámica en la negociación de los planes de reestructuración, en concreto, respecto la formación de clases, concepto inexistente en el derecho español hasta la entrada en vigor del nuevo TRLC. Como se ha adelantado, el cambio de paradigma se basa en el cambio de modelo de intereses en liza, pasando de acuerdos, AEP y AR, a cómputos de créditos, mayorías, votaciones, etc.

Así, la formación de clases supone un elemento añadido en la clasificación de los créditos. Con el nuevo TRLC, no solamente deberá atenderse al rango concursal (privilegiado, ordinario o subordinado) para la categorizar los créditos, sino que deberá observarse con especial atención los intereses comunes originadores de cada clase. Así, como establece el art. 623, establece secuencialmente los criterios de formación, basados en un aspecto objetivo, basado en el idéntico rango concursal en la prelación de créditos en el concurso.

La nueva separación de las distintas clases de crédito se figura como necesaria teniendo en consideración la mayor complejidad en el esquema del pasivo del

24 A este respecto, existe en el derecho española una completa construcción doctrinal y jurisprudencial alrededor de la denominada "Teoría del vínculo" de origen laboralista pero acogida también en el ámbito mercantil-societario.

deudor, ante la apertura de las clases de pasivos afectados[25]. A su vez, dentro de la misma clase de créditos, pueden existir diversas subclases atendiendo a criterios tan variados como la naturaleza financiera (o no); los conflictos de intereses entre los acreedores o al modo de afectación de los créditos como consecuencia del plan de reestructuración. Sin embargo, se deberá justificar qué razones motivan la formación de una eventual subclase.

Asimismo, el art. 623 *in fine*, preceptúa que las pymes deberán formar una clase separada, si el plan supone el sacrificio de más del cincuenta por ciento de su crédito, toda vez que se considera que supone un perjuicio evidente para la pyme, justificativo para poder adquirir un verdadero derecho de clase. Por último, con buen criterio, el legislador apunta qué criterios pueden considerarse como créditos financieros, con objeto de llevar a cabo una correcta formación de la clase en el plan y sin que haya lugar a dudas.

En cuanto a los créditos garantizados con garantía real, en principio deberá constituirse como una sola clase, sin perjuicio de motivos justificativos de la formación de una subclase como consecuencia de la distinta naturaleza de los bienes y derechos gravados. Por su parte, el 624 *bis* establece la separación del crédito público en diferentes clases de su mismo rango concursal, surgiendo la cuestión relativa a la votación del plan. Si atendemos únicamente al criterio objetivo que justifica la existencia de un interés común, se observa que es formar parte de un mismo rango concursal. Sin embargo, la heterogeneidad que puede existir en los créditos públicos, pudiendo ser clasificados en rangos concursales distintos, con privilegio especial, con privilegio general, ordinarios y subordinados, y, en consecuencia, formando multitud de clases y subclases de créditos. Ello plantea la cuestión acerca de si el crédito público votaría como una clase única, o como varias clases separadas, teniendo en consideración que el acreedor último de todas ellas sería el mismo, la Administración Pública[26].

Por último, en sede de formación de clases, se establece que el deudor y aquellos acreedores representativos del cincuenta por ciento o superior del pasivo afectado por el plan pueden solicitar la confirmación judicial. Este procedimiento supone una doble garantía: en primer lugar, es una garantía para los proponentes del plan en la correcta formación de clase o clases, si bien, las

25 Como señala Garcimartín, F.: "Sobre el nuevo régimen aplicable a los planes de reestructuración (y algunas novedades en el Libro IV", cit., p. 66, el escenario previo a la entrada en vigor del TRLC suponía un escenario más "sencillo", ante un criterio diferenciador de los acreedores basado en su carácter financiero o en la existencia de una garantía real.

26 Así, Lado Castro-Rial, C.: "El crédito público en la Ley de Reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal", *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, núm. 7, 2022, pp. 199-200. Esta autora señala que el interés común en el crédito público supone una excepción al criterio objetivo general, puesto que viene determinado por el sujeto titular del crédito público (una entidad de derecho público) y que, por tanto, a efectos de voto en el plan, los créditos públicos recibirán el tratamiento de clase única, con independencia de su rango concursal.

especificaciones establecidas en la ley dejan escaso margen a la duda acerca de su clasificación. Como se advierte, se trata de una mera confirmación, por lo que requiere necesariamente de una tarea activa de los proponentes del plan en la formación de la clase o clases, puesto que se realiza en un estadio previo a la solicitud de homologación del plan. Por otro lado, supone una garantía para las partes afectadas por la confirmación del plan, puesto que el art. 626.1 establece, asimismo, la obligación de comunicación de la propuesta de formación de clase, sin perjuicio del régimen de oposición previsto para los acreedores. Esta oposición no podrá ser superior a quince días (diez días para presentar escrito de oposición a partir de la publicación de la providencia y cinco días para la resolución de la oposición mediante sentencia), garantizando así plazos de tramitación cortos, que no dificulten la consecución del plan.

V. LA APROBACIÓN DE LOS PLANES DE REESTRUCTURACIÓN E INCIDENCIA EN LOS SOCIOS.

En consonancia con la naturaleza atribuida a los nuevos planes de reestructuración[27], basado en la negociación, en la formación de clases, a la que sucede la votación y eventual aprobación del plan, nos encontramos ante diferentes fases previas a la culminación del plan con su homologación judicial.

En primer lugar, el art. 627 dispone la obligatoriedad para los promotores del plan de comunicar la propuesta a los acreedores afectados. A pesar del cambio de paradigma experimentado por la formación de clases y el cambio concepto de acreedor, que no puede (ni debe) entenderse de forma individualizada sino como la conjunción de intereses de la clase, el legislador opta por que esta comunicación se realice de forma individualizada, sin dar lugar a posibles confusiones. No obstante, se respete la forma de comunicación para los acreedores que tuvieren suscrito un pacto de sindicación.

A continuación, el nuevo TRLC reconoce un derecho de voto a todos los créditos afectados, puntualizando que, para los créditos con garantía personal o real de tercero, este derecho corresponderá al acreedor principal, sin perjuicio de los acuerdos que, en su caso, el acreedor y el garante hayan adoptado.

Por otra parte, se establece que la modificación o la extinción de la relación laboral deba cumplir con la normativa laboral aplicable, para lo cual especifica, que no excluye, el derecho de información y consulta de trabajadores. Debe entenderse en este sentido la relación de alta dirección, toda vez que, aunque no

27 Como señala García-Villarrubia, M.: "Socios y Reestructuración", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 59, 2022, p. 5, la naturaleza del modelo de plan de reestructuración adoptado por el legislador es híbrida o intermedia, en tanto confluyen tres elementos en su regulación. Por una parte, la aprobación de los socios, por otra, dicha aprobación se realiza de conformidad con reglas especiales y, por último, se prevé la posibilidad de imponerse a los socios en determinados casos.

se hace expresa referencia en su normativa aplicable, esta relación es de naturaleza laboral de carácter especial[28].

En cuanto a las mayorías exigidas para que se entienda aprobado el plan, cabe destacar, en primer lugar, que, conforme al mencionado cambio de paradigma en la reestructuración, la votación se deberá realizar por cada clase de créditos, debiendo superar los dos tercios o el sesenta y seis por ciento del pasivo de esa clase. En caso de estar formados por créditos con garantía real, esta mayoría es reforzada, situándose en tres cuartos o setenta y cinco por ciento del pasivo[29].

En lo referido a los pactos de sindicación previstos en el art. 630 del TRLC, como se ha mencionado, se respetan los acuerdos existentes entre los sindicados, incluso en contravención de las mayorías de dos tercios y tres cuartos previstas en el artículo, pudiendo, al efecto, rebajar dichas mayorías para que se considere aprobado el plan.

En todo caso, con el TRLC anterior, en sede de Acuerdos colectivos de Refinanciación, este se entendía aprobado cuando los acreedores sindicados que suscribiesen el acuerdo representasen un mínimo del setenta y cinco por ciento del pasivo sindicado, por lo que con la reforma del TRLC nos encontraríamos, salvo en caso de créditos con garantía real, ante una reducción del porcentaje necesario para obtener la mayoría respecto al escenario previo a la reforma.

Así, cuando se cumplan se mayorías requeridas, el plan se considerará aprobado por la totalidad de los créditos, arrastrando, en consecuencia, a los acreedores disidentes. No obstante, en caso de no obtener las mayorías previstas en el art. 629 (o aquellas establecidas contractualmente), el cómputo a efectos de votación será individual, "salvo que los créditos sindicados formen una única clase, en cuyo caso se considerará que el plan de reestructuración no ha sido aprobado por esa clase".

Por último, ante el efecto arrastre de los votantes disidentes, se establecen mecanismos de protección para estos, mediante la eventual oposición o impugnación de conformidad con el art. 653 y siguientes del TRLC.

28 A estos efectos, Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección no contiene el derecho de información y consulta, como sí se recoge en el art. 4.1. g) del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

29 Dichas mayorías suponen una diferencia con otros ordenamientos jurídicos como el holandés "Dutch Scheme", donde los dos tercios y los tres cuartos se calculan sobre créditos que hubieren ejercido el derecho de voto. Por el contrario, en el nuevo TRLC, se calcula sobre el importe total del pasivo de esa clase. En este sentido, vid. Díaz Moreno, A.: "Socios, planes de reestructuración y capitalización de créditos en la Directiva (UE) 2019/1023, sobre reestructuración e insolvencia", *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 49, 2020, p. 16.

En cuanto a los aspectos societarios que prevé el nuevo TRLC, son varias las implicaciones derivadas del nuevo esquema de aprobación del plan. Para ello, la normativa concursal establece una suerte de régimen societario especial caracterizado por tener como base las normas propias de la LSC, pero adaptando diferentes aspectos al carácter urgente de una empresa en crisis. En este sentido, dicho régimen pretendería la protección, tanto de los socios mayoritarios como minoritarios, puesto que también la mayoría se vería afectada por la eventual imposición del plan por parte de los acreedores, por no mencionar la débil posición habitual de los socios minoritarios, que se ve incluso más acentuada por el régimen de quórums y mayorías establecidas para la aprobación de diversas operaciones de gran importancia, como modificaciones estructurales o aumentos de capital[30].

En primer lugar, el art. 631 comienza por establecer una regla general, esta es, la adaptación de este régimen a las características y requisitos legales del tipo legal de la sociedad. En concreto, los plazos de convocatoria y celebración de la junta general pasan a ser de diez días y de veintiún días en sociedades admitidas a negociación en un mercado regulado (cotizadas). Esto supone un acortamiento drástico de los plazos previstos en la LSC, de quince días para sociedades limitadas y de treinta días para sociedades anónimas. Como se ha dicho, esta reducción de tiempos debe contextualizarse en una situación de *distress*, en que la empresa se encuentra ante el riesgo de una reducción exponencial de valor por cada día que transcurre sin tomarse medidas efectivas para su reestructuración. Asimismo, el precepto fija la posibilidad de celebración de junta en un momento posterior a la solicitud de homologación del plan, con la condición de haber convocado la junta previamente a la solicitud o simultáneamente. En consecuencia, se contraviene el orden lógico del procedimiento previsto para el plan de reestructuración, donde la junta que apruebe, en su caso, el plan debería ser previa a la solicitud de homologación por parte de los proponentes del plan. Es más, la norma faculta al solicitante del plan para que pueda instar al juez que sea él mismo quien convoque la junta, que en la legislación societaria sólo encuentra algún resquicio de similitud con la convocatoria llevada a cabo el "Secretario judicial" (Letrado de Administración de Justicia) *ex* art. 170 de la LSC y, en todo caso, atribuyéndole las competencias propias del órgano de administración en materia de convocatoria[31].

Por último, el apartado 2 del precepto establece una presunción de rechazo del plan cuando (i) no se convoque la junta; (ii) no se constituya la junta; (iii)

30 A este respecto, como bien señala Iribarren Blanco, M.: "Los socios en los planes de reestructuración en la reforma del texto refundido de la Ley Concursal", *Revista de Insolvencias & Reestructuraciones*, núm. 6, 2022, p. 116, la contraposición habitual de intereses entre el socio mayoritario y el minoritario debe entenderse en esta sede sustituida por la dicotomía acreedores-mayoritarios.

31 En este sentido, autores como García-Villarrubia, M.: "Socios y Reestructuración", cit., p. 78, considera que, a pesar de que no se especifica en el articulado ni en la Exposición de Motivos del cuerpo legal, el elemento teleológico de la norma responde a superar "posibles resistencias de los administradores a convocar la junta".

no se apruebe el plan en el plazo de diez o veintiún días desde la solicitud de homologación.

En cuanto al orden del día fijado en la junta general, se excluye cualquier otro tipo de asunto diferente a la aprobación del plan. Por tanto, nos encontramos, por una parte, ante una junta extraordinaria, de conformidad con los arts. 164 y 165 de la LSC. Por otra parte, la junta merece el calificativo de limitada, toda vez que ningún asunto puede ser tratado salvo la aprobación o, en su caso, desaprobación de la junta. Además, como señala el precepto, el derecho de información de los socios, previsto en los arts. 196 y 197 de la LSC para sociedades limitadas y anónimas respectivamente, también se encuentra circunscrito al orden del día de forma exclusiva. Con gran acierto, el legislador establece un último inciso en este apartado, fijando el mismo alcance del derecho de información para las sociedades cotizadas. Ello se debe a que, como dispone el art. 520 de LSC, el derecho de información del accionista de la sociedad cotizada presenta un alcance más amplio, al establecer la facultad de solicitud información a los administradores acerca de la información facilitada por la sociedad a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, debiendo ser incluidas en la página web de la sociedad.

En lo relativo a al acuerdo, quedan fuera de aplicación los posibles quórums y mayorías reforzados aplicables, bien mediante disposición legal, bien mediante disposición estatutaria, en favor de un quórum y mayoría legal ordinaria[32].

Como aspecto procesal, destaca el régimen de impugnación del acuerdo social que apruebe el plan, el cual excluye expresamente la vía de impugnación establecida en virtud de la LSC, esto es, el previsto en el art. 207. Por el contrario, establece que estas impugnaciones se tramitarán mediante la impugnación u oposición a la homologación, del art. 653 del TRLC, que serán tramitadas como cuestión incidental de previo pronunciamiento.

Sin perjuicio de esta exclusión, la norma establece la obligatoriedad del cumplimiento con la LSC y, en su caso, con la LME, salvo en lo previsto para los quórums y mayorías. Así, el plan deberá cumplir con todos aquellos aspectos preceptuados por la norma y, en especial, en sede de modificaciones estructurales con el régimen general previsto para la fusión en sus arts. 30 y siguientes, entre otros, (i) el proyecto común; (ii) el informe de administradores sobre el proyecto; (iii) el informe de expertos sobre el proyecto, en su caso; (v) balances (iv) acuerdos sobre la modificación estructural en cada caso.

32 La LSC establece, en su art. 198, como mayoría ordinaria para las sociedades de responsabilidad limitada la "mayoría de los votos válidamente emitidos, siempre que representen al menos un tercio de los votos correspondientes a las participaciones sociales en que se divida el capital social. No se computarán los votos en blanco", mientras que, para las sociedades anónimas, el art. 201 fija como acuerdo adoptado por mayoría simple aquel que hubiese obtenido "más votos a favor que en contra del capital presente o representado".

No obstante, el derecho de oposición de los acreedores, previsto en los arts. 44, 88 y 100 de la LME queda suprimido. En el mismo sentido, el derecho de suscripción preferente en aumentos de capital (y también en "operaciones acordeón") se elimina en los casos de insolvencia actual o inminente, entendiendo, por tanto, que, ante el presupuesto de probabilidad de insolvencia, este derecho sí permanecerá.

En lo referido al contenido de plan, el art. 633 establece en 12 apartados los extremos con los que deberá contar el plan, como mínimo, pudiendo en consecuencia ampliar dicha información, entendemos que de forma razonable.

Así, el artículo establece este contenido en términos similares que la Directiva 2019/1023, destacando en la normativa nacional el último apartado 12º "En el caso de que se pretenda que el plan de reestructuración afecte al crédito público, se incluirá la acreditación de encontrarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social mediante la presentación de las correspondientes certificaciones emitidas por la Agencia Estatal de Administración Tributaria y la Tesorería General de la Seguridad Social".

Finalmente, en lo referido a su formalización el plan debe adoptarse en instrumento público, esto es, en escritura de elevación a público ante notario, debiendo constar con una certificación del experto en reestructuración al efecto. Dicha escritura, como establece el apartado dos, será un documento sin cuantía a efectos de honorarios. Por su parte, a efectos de calificación registral, el Registrador Mercantil deberá llevar a cabo un examen de la legalidad de las formas extrínsecas; de la capacidad y legitimación de los otorgantes y suscriptores, así como la validez del contenido del documento[33].

VI. CUESTIONES GENERALES DE LA HOMOLOGACIÓN DE LOS PLANES DE REESTRUCTURACIÓN.

En lo que concierne al régimen previsto en el Capítulo V, relativo a la homologación del plan de reestructuración se advierte, desde un primer momento, la obligatoriedad de la aplicación de este mecanismo *ex ante*, caracterizado por el control judicial de los diferentes aspectos del plan (mayorías, confirmación de la correcta formación de clases, requisitos legales, impugnación, etc.).

33 Como artículo de referencia donde se analiza los aspectos registrales del plan de reestructuración, vid. Dorado Muñoz, M.: "La calificación por el Registrador Mercantil de los planes de reestructuración en el Proyecto de Reforma de la Ley Concursal", *Revista Lex Mercatoria*, vol. 20, núm. 2, 2022.

Así, la homologación resultará necesaria bajo tres supuestos: (i) cuando se pretenda "arrastrar" a acreedores no votantes del plan o a los socios; (ii) cuando se pretenda la resolución de contratos en interés de la reestructuración[34].

En cuanto a los presupuestos objetivos de la homologación, los tres presupuestos de probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente e insolvencia actual para su solicitud, previa aprobación, se regulan de forma similar que en la comunicación de la apertura de negociaciones[35].

Respecto a los efectos previstos por la homologación, se señala que el juez podrá suspender la solicitud de concurso voluntario, siempre que se cumplan dos requisitos. Por una parte, que los acreedores que representen más del cincuenta por ciento del pasivo que pudiera quedar afectado por el plan lo soliciten al juez o, en su caso, el experto en la reestructuración. Por otra parte, la presentación de un plan susceptible de tener éxito. Así, lo razonable es que, junto con la acreditación de su presentación, el experto emita un informe por el que argumenten al juez los compromisos de voto del plan de los acreedores, a fin de obtener dicha aprobación.

Asimismo, se establece un límite temporal para la solicitud de homologación del plan, desde que el deudor solicita el concurso, puesto que se entenderá que este no ha sido finalmente aprobado, por lo que, con el fin de evitar un mayor tiempo, con la consecuente pérdida de valor, el concurso deberá seguir su cauce.

En referencia a los requisitos de la homologación del plan, los cuales en realidad se analizan *ex post* con motivo de su eventual impugnación (arts. 654 y 655 TRLC), estos se diferencian considerablemente en caso de que existan acreedores disidentes o no. Así, en el caso de que la homologación del plan aprobado por todas las clases (planes consensuados o unilaterales), el TRLC exige hasta 5 requisitos acumulativos siendo los más importantes los referentes a la viabilidad del plan, así como en todo caso, la superación del "test de eficiencia" (*BIC test* or no *worse off rule*), respetando el mejor interés de los acreedores[36].

Por lo que respecta a los planes no aprobados por todas las clases de créditos (planes no consensuados o bilaterales), además de las reglas anteriores, el plan deberá respetar la Regla de la Prioridad Absoluta (*Absolute Priority Rule, APR*), por la que se garantiza que los acreedores *juniors* no cobren o reciban cualquier pago o derecho antes que los acreedores *seniors*. Dicha regla se matiza posteriormente en sede del régimen Especial para Pequeñas Empresas (arts. 682-68 TRLC),

34 A estos efectos, vid. IV.

35 Art. 585 TRLC.

36 Un estudio exhaustivo de esta cuestión puede encontrarse en Pulgar Ezquerra, J.: "Reestructuraciones preconcursales forzosas: el mejor interés de los acreedores", cit.

sustituyéndose por la regla de la Prioridad Relativa (*Relative Priority Rule RPR*) ex. art. 684.4 TRLC[37].

Por su parte, el art. 656 TRLC regula el régimen de impugnación del auto de homologación del plan no aprobado por los socios, de lectura conjunta con el antes expuesto art. 631 TRLC, y que permite la impugnación del plan de reestructuración por los socios, entre otras causas, cuando la sociedad deudora se encontrara en situación de probabilidad de insolvencia y no en insolvencia actual o inminente[38].

Como especialidades destacables en esta sede, conviene señalar los siguientes: (i) Posibilidad de solicitar la homologación de planes conjuntos de reestructuración; (ii) régimen de impugnación diferenciado para planes aprobados con clases de créditos disidentes (iii) facultad de impugnación de la resolución de contratos con base en el buen fin de la reestructuración o una inadecuada indemnización (iv) se establece la prohibición de solicitar una nueva homologación por el deudor en el plazo de un año cuando se haya obtenido la homologación de un plan.

VII. LA PROTECCIÓN DEL *FRESH MONEY.*

Otro de los aspectos a valorar positivamente con objeto de la reforma del TRLC es el régimen de financiación de la financiación interina y nueva financiación, conocida en el derecho anglosajón como *fresh money*.

El nuevo TRLC ha fijado definiciones para sendos conceptos, en términos similares (que no iguales) que la Directiva 2019/1023. Así, el texto europeo fijaba la "ayuda financiera" como un elemento a valorar cuando se pretende el buen funcionamiento de la reestructuración, tanto en el momento de negociación del plan de reestructuración como en su aplicación[39]. Por otra parte, a diferencia de lo que ocurre en el nuevo TRLC, la Directiva 2019/1023 entendía la ayuda financiera como un "cajón de sastre", donde podían confluir aportaciones de dinero, garantías de tercero, existencias o materias primas. Ante este concepto, establecía que el legislador nacional debía fijar un sistema de protección ante las posibles acciones revocatorias, cuestión que ha sido asumida en nuestro país.

Del mismo modo, la Directiva 2019/1023 estableció un amplio campo de actuación para este régimen de protección, sin establecer limitaciones obligatorias

37 En profundidad sobre estas cuestiones Martínez Muñoz, M.: "El arrastre de acreedores en la Directiva UE 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva y su transposición al Derecho preconcursal espanyol", *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 66, 2022, pp. 133-162.

38 Sobre las dinámicas de comportamiento de los socios en estos escenarios Pulgar Ezquerra, J.: "El papel de los socios en reestructuraciones de empresas en crisis y la proyectada reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal", *El Notario del siglo XXI: Revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 102, 2022.

39 Considerando (66) de la Directiva 2019/1023.

a la financiación "provisional". Además, facultó a los legisladores de los Estados Miembros a establecer mecanismos *ex ante*, lo cual ha sido asumido en nuestra legislación concursal mediante la obligatoriedad de homologar judicialmente el plan de reestructuración. No obstante, desde la Unión Europea se establecieron otros mecanismos que *prima facie*, parecen ser más flexibles y ágiles, como el control por un administrador en materia de reestructuración (en nuestro caso, experto en la reestructuración); o por un comité de acreedores, donde, presumiblemente, deberían encontrarse representadas todos los intereses de cada clase de acreedores. Empero, el legislador nacional ha realizado una interpretación restrictiva del mecanismo *ex ante* a aplicar, limitando la flexibilidad del plan de reestructuración, pero, consideramos, ofreciendo mayor seguridad jurídica, tanto al deudor como a los acreedores.

Por su parte, el nuevo TRLC ha establecido diferentes criterios para definir la financiación interina y la nueva financiación.

Así, la financiación interina constaría de tres elementos: (i) debe ser razonable y necesaria inmediatamente; (ii) en aras de asegurar la continuidad de la actividad (total o parcial); preservar o mejorar el valor de la empresa o de las unidades productivas (iii) durante las negociaciones con acreedores hasta la homologación del plan.

En el mismo sentido, en la nueva financiación (i) ésta debe presentarse como necesaria; (ii) la financiación aseguraría el cumplimiento del plan de reestructuración; (iii) debe estar prevista en el plan.

Por ello, la doctrina ha considerado que en ambas acepciones concurre un triple elemento finalista, causal y temporal en los que cuales el legislador se ha basado[40]. Destaca, en este sentido, el criterio finalista de la financiación interina, puesto que se diferencia de la Directiva 2019/1023 al establecer el carácter parcial de la continuidad de la actividad y de la preservación o mejora de la empresa (o unidades productivas), permitiendo, a estos efectos, que el *fresh money* recaiga sobre determinadas ramas de actividad de la empresa, por ejemplo, posibilitando la reestructuración de unidades productivas económicamente viables[41].

Como se ha comentado, el requisito para que opere la protección frente a acciones rescisorias (*clawback*), así como a efectos de presunciones de perjuicio a la masa, en caso de concurso posterior, es la homologación judicial del plan,

40 Sobre el triple elemento en el que se sustentan las nuevas definiciones de financiación interina y de nueva financiación, vid. Pulgar Ezquerra, J.: "Financiación interina, nueva financiación y planes de reestructuración en la Reforma del texto refundido de la Ley Concursal", *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, núm. 7, 2022, pp. 129-171.

41 Colldeforns Papiol, E.: "La financiación (interina o nueva) en el contexto de una reestructuración: un único y delicado puente hacia un doble incentivo", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 58, 2022, pp. 101-107.

suponiendo uno de los cambios más relevantes. Ahora bien, con el régimen anterior, la homologación judicial ya había adquirido una gran relevancia, al ofrecer mayor seguridad jurídica que en otras modalidades no homologadas de AR, por lo que esta obligación pretende asentar una práctica que ofrece mayores garantías a los acreedores[42].

Este régimen de protección no sufre grandes cambios, si bien existen ciertos incentivos al *fresh money*, mediante un sistema de protección dual. Por una parte, la protección contra las acciones rescisorias de determinadas actos y operaciones (necesarios, bien para el éxito de las negociaciones, bien para la ejecución del plan), salvo prueba de que se realizaron en fraude de acreedores.

Para que opere este régimen de protección, los créditos afectados deben, como mínimo, ser representativos del cincuenta y uno por ciento del pasivo total

Por otra parte, en relación con los financiadores que sean personas especialmente relacionadas (PER), el legislador permite que la protección rescisoria opere, sin embargo, establece requisitos más exigentes que para el régimen general. En sede de concurso, dicha protección solamente se aplicaría si, habiendo excluido los créditos de la PER financiadora del total de créditos afectados, estos últimos supongan un porcentaje superior al sesenta por ciento, es decir, casi un diez por ciento más que en el régimen general.

Como es ampliamente conocido, las PER reciben un tratamiento especial por la que se presumen perjudiciales "los actos de disposición a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado"[43]. De esta manera, se constata la desconfianza que el legislador demuestra, en diferentes fases de la empresa en *distress*, por ejemplo, en sede de enajenación de unidad productiva[44]. Destaca negativamente que, mientras el legislador pretende impulsar la recuperación de las empresas mediante mecanismos como la financiación, siga poniendo trabas, precisamente, a aquellos sujetos, los PER, que presentan una mayor disponibilidad a poner en riesgo su patrimonio, financiando a la empresa en crisis.

Por último, en cuanto a la impugnación en este ámbito, por una parte, se establece un régimen de protección mediante los cauces de oposición e impugnación para el acreedor disidente ante la vulneración de las mayorías, de los requisitos legales y de los intereses de los acreedores. Sin embargo, los acreedores no afectados

42 Colldeforns Papiol, E.: "La financiación (interina o nueva) en el contexto de una reestructuración: un único y delicado puente hacia un doble incentivo", cit., p. 109.

43 Art. 228 del TRLC. Presunciones relativas de perjuicio.

44 En este sentido, lo dispuesto en el art. 224.2 del TRLC.

estarán, a su vez, legitimados para hacer uso de estos cauces, sumándole, además, un cuarto motivo, en sintonía con el art. 654 3º y 4º.

VIII. CUESTIONES BÁSICAS ACERCA DEL EXPERTO EN REESTRUCTURACIÓN.

Una de las cuestiones más comentadas acerca de la reforma del TRLC ha sido la introducción de un nuevo profesional que operará en el ámbito concursal. Este es el experto en reestructuración. Si bien en el texto anterior se hablaba de un "experto independiente" en numerosos artículos[45], la fijación de un completo estatuto jurídico del experto no deja lugar a dudas acerca de la novedad de este profesional. Esta introducción trae lugar en la gran insistencia por parte de la Directiva 2019/1023 en el nombramiento de este profesional a lo largo de su articulado, y lo califica como "administrador en materia de reestructuración"[46].

En primer lugar, es conveniente comenzar analizando los requisitos subjetivos que debe cumplir este profesional, para lo que el art. 674 establece que podrá ser tanto persona física como jurídica, con amplios conocimientos en la materia y que cumpla los requisitos para ser administrador concursal, esto es, deberán cumplir los requisitos previstos en el art. 61 del TRLC, caracterizado, entre otras, por la obligación de poseer titulación y superar un examen de aptitud, salvo que se le excluya de esta obligación por motivos previstos en el Reglamento de la administración concursal. Así, destaca que el legislador haya establecido qué tipo de conocimientos debe tener el experto, sin embargo, no se especifica los profesionales susceptibles de ser expertos en reestructuración, empero, no es una cuestión exclusiva del derecho español[47].

Además, se prevé que, para procedimientos complejos, que cuenten con especialidades por razón del sector o que presente elementos transfronterizos, se deberá atender especialmente a estas circunstancias en el nombramiento.

En cuanto al nombramiento del experto, el art. 672, en su apartado 1, prevé los supuestos en que este adoptará el carácter de obligatorio. El apartado 2 del

45 Arts. 203, 273 o 600 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, previo a la reforma.

46 Así, el art. 2.1.12º de la Directiva 2019/1023 se refiere a él como "toda persona u órgano nombrado por una autoridad judicial o administrativa para desempeñar, en particular, una o más de las siguientes funciones: a) asistir al deudor o a los acreedores en la elaboración o la negociación de un plan de reestructuración; b) supervisar la actividad del deudor durante las negociaciones de un plan de reestructuración e informar a una autoridad judicial o administrativa; c) tomar el control parcial de los activos y negocios del deudor durante las negociaciones". La traducción del nombre del profesional no es una cuestión menor, puesto que puede lugar a cierta confusión con el administrador concursal ya existente en el derecho concursal español.

47 Como señala Martínez Sanz, F.: "Aproximación al experto en reestructuraciones en el Proyecto de Ley de reforma del texto refundido de la Ley Concursal", *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, núm. 6, 2022, p. 26, el derecho alemán también se presta ambigüedades al establecer una serie de posibles profesionales y al finalizar mencionando "cualquier persona física con cualificación similar".

precepto establece, asimismo, los documentos que deberán acompañarse a la solicitud del nombramiento. El tercer apartado, establece la competencia para el nombramiento y su forma, esto es, el juez mediante auto dentro de los dos días siguientes a la solicitud, debiendo publicarse en el Registro Público Concursal.

Por último, el apartado cuarto establece la posibilidad de que el mismo experto se encargue de planes conjuntos de reestructuración, quizás por un abaratamiento en los costes derivados de la retribución de este profesional, pero también por el mayor conocimiento que tendrá al conocer de todos ellos.

En cuanto al supuesto especial, se faculta a los acreedores representativos de, al menos, el treinta y cinco por ciento del pasivo para solicitar un experto concreto, aludiendo en la solicitud los motivos justificativos de este nombramiento. Asimismo, se establece un mecanismo de oposición en el nombramiento, junto con la solicitud de un experto distinto, que se decidirá mediante auto por el juez.

El régimen de incompatibilidades y prohibiciones del experto se limita a las siguientes personas "Quienes hayan prestado servicios profesionales relacionados con la reestructuración al deudor o a personas especialmente relacionadas con esta en los últimos dos años, salvo que se prestaran como consecuencia de haber sido nombrado experto en una reestructuración previa." y a " 2.º Quienes se encuentren en alguna de las situaciones de incompatibilidad previstas en la legislación en materia de auditoría de cuentas en relación con el deudor o las personas especialmente relacionadas con este".

Este punto diferiría especialmente del establecido para la administración concursal en su art. 73, el cual comprende, además de todas aquellas incompatibilidades y prohibiciones en el TRLC, también el régimen previsto en el art. 124 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)[48] y, por remisión, de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)[49]. Sin embargo, si atendemos a la condición subjetiva del cumplimiento de los requisitos para ser administrador concursal, debe entenderse que aquellas previstas en la LEC y en la LOPJ se encuentran también incluidas.

En cuanto a la impugnación del nombramiento prevista en el art. 677, este se tramitará vía incidente concursal, en cualquier momento por quien acredite interés legítimo. Además, esta impugnación deberá ser por los motivos que establece el precepto (i) no reunir las condiciones de la ley (ii) encontrarse incurso en incompatibilidad o prohibición o (iii) no contar con cobertura o garantía adecuada (en la práctica, un seguro de responsabilidad civil).

48 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

49 Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Por otra parte, los acreedores mayoritarios, representativos de más del cincuenta por cien, podrán solicitar la sustitución del experto. No obstante, deberán hacerse cargo de la retribución de este y podrá ser impugnada por los motivos anteriormente mencionados, en aras de garantizar que no se actúe abusivamente en detrimento de los minoritarios o del deudor.

Por último, y en lo referido al estatuto del experto, destacan tres cuestiones del Capítulo II. En primer lugar, el art. 679 establece las funciones que deberá cumplir el experto. Así, el experto se encargará de asistir al deudor y a los acreedores en las negociaciones y en la elaboración del plan, así como de los informes requeridos por mandato de la ley o mandato judicial. Sin embargo, el experto no supervisará los poderes de administración o disposición patrimonial del deudor, salvo en aquellos casos previstos para el Procedimiento Especial de Microempresas, acercándose así a la figura del administrador concursal[50].

En segundo lugar, se establece la obligación de actuar con diligencia (*lex artis*), con independencia e imparcialidad, tanto del deudor como de los acreedores. Estos dos últimos deberes pueden cohonestarse con la prohibición de propuesta, nombramiento y aceptación del profesional previsto en el art. 675.1º, ya mencionado.

Finalmente, como salvaguarda del cumplimiento de los deberes mencionados, se establece la posibilidad de incurrir en responsabilidad por daños y perjuicios causados tanto al deudor como a los acreedores. En consecuencia, la contratación de un seguro de responsabilidad civil (o garantía adecuada) acorde a la cobertura del riesgo, será obligatoria.

IX. EL RÉGIMEN ESPECIAL DE LAS PYMES.

Finalmente, cabe hacer una breve mención al régimen previsto para las pequeñas y medianas empresas. Nótese que, en esta sede, no podemos hablar de microempresa, puesto que este tipo de empresa queda relegado al régimen previsto en el Libro III dedicado al Procedimiento Especial para Microempresas.

Así, el legislador nacional, haciendo uso de las facultades concedidas por el art. 2.2 de la Directiva 2019/1023, comienza definiendo qué debemos entender por pequeña y mediana empresa. En este sentido el legislador español introduce una

50 En este sentido, señala Martín Torres, A.: "La figura del experto en la reestructuración en la ley de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal", *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, núm. 7, 2022, p. 217, que el deficiente empleo en la técnica legislativa al nombrar experto en la reestructuración a quien actúa en el ámbito del Libro III, puede prestarse a confusión, pudiéndose haber solucionado calificándolo como administrador en esta sede.

definición autónoma de micropyme en el art. 685 TRLC, cuyos umbrales se sitúan por debajo de la definición europea de PYME[51].

Por otra parte, se establecen dos excepciones a la aplicación de este régimen especial. Por un lado, cuando se trate de empresa perteneciente a un grupo de sociedades obligada a consolidar las cuentas anuales, en el sentido del art. 42 del Código de Comercio. Por otro lado, como se ha adelantado, la microempresa quedaría, asimismo, fuera de este ámbito de aplicación.

Por lo que se refiere a las especialidades del régimen, destacan dos cuestiones.

En primer lugar, en materia de comunicación de apertura de las negociaciones, además del contenido previsto en el art. 586, en este ámbito se deberá acreditar con los requisitos económico-contables. Si este contenido adicional (y fundamental), no se especifica, se impide la posibilidad de presentar dicha comunicación en el plazo de un año. Además, como se ha mencionado con anterioridad, una diferencia sustancial respecto al régimen general de comunicación es la legitimación para solicitar la prórroga de los efectos de la comunicación pasando de ser el deudor y los acreedores representativos de un pasivo superior al cincuenta por ciento *ex* art. 607, a ser el deudor el único sujeto legitimado para solicitar la prórroga.

Respecto a las especialidades en reestructuración, se establece como modo procedimental un modelo oficial adaptado a las características particulares de las pymes, incluyendo una guía para elaborar el plan de reestructuración. Este aspecto tiene su razón de ser en la intención del legislador por promover la reestructuración de las pymes a un bajo coste, asumiendo, de una forma práctica, la tarea establecida por la Directiva 2019/1023[52]. A estos efectos, se establece que el documento que contiene las directrices de elaboración del plan será sin cuantía y estará disponible también por medios electrónicos.

Por último, como último apunte, cabe destacar que la norma se abre a la posibilidad de arrastre en las modalidades *intra-class cramdown* y *cross-class cramdown* de créditos disidentes, al establecer que, aunque nos encontremos ante un plan no consensuado, este podrá homologarse si las clases de acreedores que no

51 De esta forma, el legislador diferencia pyme y microempresa de acuerdo con el número de trabajadores y el volumen de facturación. Las diferencias son amplias, puesto que, en la microempresa, como dispone el art. 685 del TRLC, deberá haberse empleado a una media de menos de diez trabajadores y su volumen de negocio anual deberá ser inferior a setecientos mil euros o un pasivo inferior a trescientos mil euros. De hecho, con buen criterio, durante la tramitación legislativa este criterio ha sufrido una considerable rebaja, ya que en el Proyecto de reforma de Ley Concursal se fijaba como volumen de negocio anual máximo y un pasivo máximo de dos millones de euros, lo cual como se observa, suponía que la norma careciese de virtualidad.

52 El Considerando (17) de la Directiva 2019/1023, establece que "Con el fin de ayudar a estos deudores a reestructurarse a bajo coste, deben elaborarse, a escala nacional, unas listas exhaustivas de control de los planes de reestructuración que estén adaptadas a las necesidades de las pymes y que puedan consultarse en línea".

lo hayan aprobado "reciben un rato más favorable que cualquier otra clase de rango inferior", operando la Regla de la Prioridad Absoluta[53].

X. CONCLUSIONES.

La Ley 16/2022 ha supuesto ha supuesto un verdadero cambio de paradigma en el escenario concursal español. A pesar de su tardía transposición, la reforma del TRLC llega en un momento político-económico clave, tras la crisis generada por el COVID-19, el fin de la moratoria concursal y la actual crisis en materia energética. A estos efectos, los mecanismos preventivos de reestructuración y alerta temprana pueden (y deben) cumplir la finalidad que, tanto el legislador europeo como el nacional, han atribuido al nuevo TRLC.

A pesar del enorme avance que se observa en el articulado del texto normativo, que garantiza una mayor agilidad, flexibilidad y, eficacia de la norma concursal, existen algunos puntos que, a nuestro entender, siguen siendo una tarea pendiente en aras de garantizar la viabilidad y continuidad de la actividad económica de las empresas en situaciones *distress*.

Como elemento relevante a considerar ante nuevas reformas legislativas, se encuentra el tratamiento privilegiado del crédito público que, con la reforma, se encuentra aún más protegido si cabe, tanto en escenarios preconcursales como concursales. Esta cuestión no puede entenderse como una oposición o crítica a un trato diferenciado respecto al resto de acreedores. Al fin y al cabo, el crédito público repercute en la ciudadanía. La crítica viene, entonces, en que el legislador ha optado por no establecer algún tipo de mecanismo o vía de "liberación" de este tipo de crédito, ni tampoco por establecer una mayor flexibilidad para hacer frente a su pago. De hecho, ha establecido condiciones ciertamente limitadas para el deudor que, en la práctica, no se verá beneficiado de manera óptima.

Por otra parte, las condiciones de los socios en la reestructuración han experimentado relevantes modificaciones, especialmente en el régimen especial de los acuerdos de aprobación del plan, en la limitación de algunos derechos, como el de información en la junta general o el de oposición ante modificaciones estructurales. Sin duda, los principales aspectos a valorar en la práctica será la extensión del plan al socio disidente, con el denominado efecto "arrastre", así como la regulación de los cauces previstos para la impugnación del acuerdo que aprueba (o rechaza) el plan. En este sentido, anticipamos que los aspectos societarios serán ulteriores reformas, concretando ciertas lagunas y limitando o ampliando ciertos derechos que quedan restringidos, con el nuevo TRLC.

53 Un estudio en profundidad sobre el régimen de estos planes puede encontrarse en Gómez Asensio, C.: "La efectividad del plan de continuación para microempresas", *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, núm. 8, 2022, pp. 139-155.

Por su parte, la protección otorgada por el legislador a la financiación interina o nueva se revela como positiva en términos generales. Sin embargo, la norma sigue manteniendo el ya tradicional prejuicio o desconfianza contra las personas especialmente relacionadas. Esta cuestión deberá ser objeto de estudio, puesto que, como se ha afirmado, serán precisamente estas personas quienes estén dispuestas a aportar recursos financieros para la recuperación de la empresa.

Otras cuestiones merecen, asimismo, especial consideración, como la figura del experto en reestructuración, de "nuevo cuño", el cual deberemos observar cómo se cohonesta con las funciones atribuidas a otros profesionales como el administrador concursal y, en su caso, el experto independiente en sede de *pre-pack*.

Por último, el trato diferenciador que se ha atribuido a las pymes respecto de las microempresas se presenta como acertado. No tanto por la regulación prevista para las pymes, sino por la orientación que se le ha dado al Libro III, adaptándolo a las necesidades de este tipo de empresas, predominante en nuestro país.

En definitiva, la reforma del TRLC, como afirmamos, supone un escenario novedoso en la experiencia concursal española y puede ser calificada como positiva. No obstante, requerirá de un estudio pormenorizado y de la puesta en práctica de los mecanismos de reestructuración por los operadores jurídicos y en la praxis judicial, en aras de valorar los efectos de la reforma de una forma más exhaustiva y acertada.

BIBLIOGRAFÍA

AZOFRA VEGAS, F.: "Las cláusulas ipso facto y la posibilidad de denuncia unilateral del contrato en escenarios preconcursales y concursales", *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 55, 2022.

COLLDEFORNS PAPIOL, E.: "La financiación (interina o nueva) en el contexto de una reestructuración: un único y delicado puente hacia un doble incentivo", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 58, 2022.

DÍAZ MORENO, A.: "Socios, planes de reestructuración y capitalización de créditos en la Directiva (UE) 2019/1023, sobre reestructuración e insolvencia", *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 49, 2020.

DORADO MUÑOZ, M.: "La calificación por el Registrador Mercantil de los planes de reestructuración en el Proyecto de Reforma de la Ley Concursal", *Revista Lex Mercatoria*, vol. 20, núm. 2, 2022.

FERNÁNDEZ AGUADO, J. I.: "Los difusos ámbitos subjetivo y objetivo de los planes de reestructuración", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 989, 2022.

GARCÍA-VILLARRUBIA, M.: "Socios y Reestructuración", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 59, 2022.

GARCIMARTÍN, F.: "Sobre el nuevo régimen aplicable a los planes de reestructuración (y algunas novedades en el Libro IV", *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, núm. 7, 2022.

GÓMEZ ASENSIO, C.:

- "La Directiva (UE) sobre Marcos de Reestructuración Preventiva y su futura transposición al ordenamiento jurídico espanyol", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 12, 2020.

- "La efectividad del plan de continuación para microempresas", *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, núm. 8, 2022.

IRIBARREN BLANCO, M.: "Los socios en los planes de reestructuración en la reforma del texto refundido de la Ley Concursal", *Revista de Insolvencias & Reestructuraciones*, núm. 6, 2022.

JACKSON, T. H.: "The logic and limits of bankruptcy Law", Washington DC, 2001.

Lado Castro-Rial, C.: "El crédito público en la Ley de Reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal", *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, núm. 7, 2022.

López Narváez, M.: "La comunicación de la apertura de las negociaciones con los acreedores", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 59, 2022.

Martín Torres, A.: "La figura del experto en la reestructuración en la ley de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal", *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, núm. 7, 2022.

Martínez Muñoz, M.: "El arrastre de acreedores en la Directiva UE 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva y su transposición al Derecho preconcursal espanyol", *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 66, 2022.

Martínez Sanz, F.: "Aproximación al experto en reestructuraciones en el Proyecto de Ley de reforma del texto refundido de la Ley Concursal", *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, núm. 6, 2022.

Pulgar Ezquerra, J.:

- "El papel de los socios en reestructuraciones de empresas en crisis y la proyectada reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal", *El Notario del siglo XXI: Revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 102, 2022.

- "Financiación interina, nueva financiación y planes de reestructuración en la Reforma del texto refundido de la Ley Concursal", *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, núm. 7, 2022.

- *Preconcursalidad y reestructuración empresarial*, Madrid, La Ley, 3ª ed., 2021.

- "Reestructuraciones preconcursales forzosas: el mejor interés de los acreedores", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 323, 2022.

Rivas Urbina, R.: "Enajenación de la unidad productiva y pre-pack en el proyectado procedimiento especial para microempresas", *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 56, 2022.

Sáez Lacave, Mª. I.: "Los derivados en el concurso", *InDret Revista para el análisis del Derecho*, núm. 4, 2013.

LA CONSTRUCCIÓN Y DESCATEGORIZACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES AL DEBIDO PROCESO Y A UNA RESOLUCIÓN DEBIDAMENTE FUNDAMENTADA EN BOLIVIA

THE CONSTRUCTION AND DECATEGORIZATION OF THE FUNDAMENTAL RIGHTS TO DUE PROCESS AND A DULY FOUNDED RESOLUTION IN BOLIVIA

Rev. Boliv. de Derecho Nº 35, enero 2023, ISSN: 2070-8157, pp. 658-681

Dora
MONTENEGRO
CABALLERO

ARTÍCULO RECIBIDO: 13 de diciembre de 2022
ARTÍCULO APROBADO: 15 de diciembre de 2022

RESUMEN: Los derechos al debido proceso y a una resolución debidamente fundamentada, son derechos fundamentales de orden procesal en Bolivia; aunque no estuvieron, ni están nominalmente así reconocidos, dado que han sido construidos desde la Constitución abrogada de 1967 (reformada en 1994 y en 2002), sin embargo, su rango está siendo menoscabado por los propios jueces que ejercen la jurisdicción constitucional, no sólo a tiempo de ejecutar las sentencias que conceden las tutelas, sino incluso a tiempo de otorgarlas. El propio contralor de la constitucionalidad es promotor de esta conducta, la cual podría generar con el transcurso del tiempo, una supresión de estos derechos. El presente artículo analiza esta situación desde la construcción de estos derechos por la jurisdicción constitucional a partir del año 1.999, y su descategorización hasta el presente año 2022.

PALABRAS CLAVE: Derecho al debido proceso; descategorización; derecho a una resolución debidamente fundamentada; relevancia constitucional; estado constitucional; justicia constitucional; incumplimiento; dilación indebida; queja.

ABSTRACT: *The rights to due process and a duly substantiated resolution are fundamental procedural rights in Bolivia; although they were not, nor are they nominally recognized as such, since they have been built since the abrogated Constitution of 1967 (reformed in 1994 and in 2002), however, their rank is being undermined by the judges who exercise constitutional jurisdiction, not only in time to execute the sentences that grant guardianships, but even in time to grant them. The controller of constitutionality himself is a promoter of this conduct, which could generate, over time, a suppression of these rights. This article analyzes this situation from the construction of these rights by the constitutional jurisdiction from the year 1999, and its decategorization until the present year 2022.*

KEY WORDS: *Right to due process; decategorization; right to a duly substantiated resolution; constitutional relevance; constitutional status; constitutional justice; non-compliance; undue delay, complaint.*

SUMARIO.- I. CUESTIONES PREVIAS.- II. CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO.- III. CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO A UNA RESOLUCIÓN DEBIDAMENTE FUNDAMENTADA.- IV. EL CONCEPTO DE RELEVANCIA CONSTITUCIONAL, COMO ELEMENTO DE CATEGORIZACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES AL DEBIDO PROCESO Y LA RESOLUCIÓN DEBIDAMENTE FUNDAMENTADA.- V. DESCATEGORIZACIÓN POR INCUMPLIMIENTOS IN CRESCENDO, Y LA QUITA DE RELEVANCIA CONSTITUCIONAL POR LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL.

I. CUESTIONES PREVIAS.

Desde la apertura de la jurisdicción constitucional el 1º de junio de 1999, los justiciables bolivianos conocieron un nuevo sistema jurisdiccional, dado que hasta entonces, si bien la Constitución Política del Estado de la República de Bolivia (CPERB), hoy abrogada, reconocía y garantizaba formalmente derechos fundamentales, en la práctica, éstos eran poco garantizados materialmente, más aún cuando los únicos medios procesales estaban previstos en una ley ordinaria, como era el Código de Procedimiento Civil abrogado el 13 de abril de 2013 (CPC-abrog.).

La cultura procesal constitucional para entonces era nula; sin embargo, a partir de las funciones del Tribunal Constitucional (TC), hoy Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP)[1], tuvo un cambio radical. Al tenerse un contralor constitucional especializado, éste diseño una constante y dinámica pedagogía constitucional interactuando académicamente con todas las instituciones del Estado, en particular, con la jurisdicción ordinaria, a cuyos jueces se les impartió seminarios, conferencias y conversatorios, además de celebrarse cada año un seminario internacional con el mismo motivo.

Practicando entonces, el ejercicio de la jurisdicción constitucional, se fueron conociendo varios derechos fundamentales desconocidos. Esto, a pesar de que antes podían abstraerse de los preceptos enunciativos de la CPERB, o en su caso de los instrumentos internacionales como el Pacto de San José de Costa Rica de 1969 (PSDCR) , que no sólo reconoce derechos civiles y políticos, sino también derechos fundamentales de orden procesal, que igualmente, para entonces eran harto invocados, definidos y protegidos en las jurisdicciones constitucionales como

1 Denominación vigente por disposición de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia de 9 de febrero de 2009.

• Dora Montenegro Caballero
Licenciada en Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Master en Derecho Constitucional, Diplomada en Arbitraje, Profesora en cursos de postgrado en diversas universidades de Bolivia, en materias de Derecho Constitucional, Derecho Tributario, y Derecho Penal, ex Letrada del Tribunal Constitucional de Bolivia, ex Subdirectora de la Autoridad de Impugnación Tributaria y ex Gerente Sectorial de Hidrocarburos del Servicio de Impuestos Nacionales. Correo electrónico: doritamontenegro@gmail.com.

la Española y Colombiana, cuyas sentencias y doctrina jurisprudencial sirvieron de referencia a la jurisdicción constitucional boliviana.

Entre muchos derechos desconocidos en su *nomen iuris*, el TC, fue reconociendo los derechos que serán objeto del presente trabajo, efectuando a este efecto, interpretaciones progresivas de la CPERB sobre los mismos; sin especificar que aplicaba el principio de progresividad den su interpretación. Como ejemplo de la aplicación este principio, también reconoció el derecho a la seguridad jurídica, que fue garantizado a partir del art. 7 inc. a) CPERB; pero éste, luego fue proscrito como tal por la Constitución Política del Estado del Estado Plurinacional de Bolivia (CPEEPB) vigente desde el 9 de febrero de 2009. Este nuevo texto constitucional si bien acogió el concepto de seguridad jurídica lo hizo en términos literales como principio (Art. 178,I); por tanto, a partir de este precepto, se plasmó una regresión expresa en el desarrollo progresivo del sistema de derechos fundamentales en Bolivia, lo cual, ha dado lugar a que los jueces y magistrados que aplican justicia constitucional, en lugar de seguir reconociendo un derecho adquirido en la jurisprudencia y doctrina boliviana, haciendo interpretación literal, nieguen el citado derecho, pese a que respecto a otros derechos siguen sujetándose a los contenidos trabajados y basados en la abrogada CPERB, como son los derechos fundamentales que hoy son motivo de este trabajo, cuando ninguno de ellos estuvieron ni están reconocidos expresamente.

Resulta un retroceso en el ejercicio de derechos fundamentales, pero además una merma al estado constitucional de derecho, quitar derechos humanos ya reconocidos, pues sólo en los regímenes dictatoriales es posible ignorar el principio de progresividad de derechos y libertades fundamentales. En efecto, en el marco del constitucionalismo, suprimir a los ciudadanos un derecho humano que ya ingreso al sistema de derechos de esta estirpe, marca ciertamente un peligro o un hito sospechoso del rumbo de un Estado. Como señala Vasquez y Serrano "La progresividad implica tanto gradualidad como progreso. La gradualidad se refiere a que la efectividad de los derechos no va a lograrse de una vez y para siempre, sino que se trata de un proceso que supone definir metas a corto, mediano y largo plazo. El progreso patentiza que el disfrute de los derechos siempre debe mejorar.69 La progresividad requiere del diseño de planes para avanzar hacia el mejoramiento de las condiciones de los derechos mediante el cumplimiento de dichos planes"[2].

En Bolivia como se mencionó, por una nomenclatura jurídica de calificación, se retiró la seguridad jurídica como derecho y se lo reconoció como principio. Podría decirse que, al ser un principio, igualmente garantiza la correcta y justa actuación

2 Vasquez, L.D. y Serrano, S.: "Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica", *Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.*, 2011, p.159.

del poder público, pero no es menos cierto, que, al ser un principio, por lo menos en la práctica jurídica procesal constitucional boliviana, no es tutelable partiendo del accionante, de manera que queda sólo a merced de la observancia o no, de quien debe regirse por él; es decir, que su omisión, no produce ninguna sanción.

La otra forma, de suprimir un derecho fundamental es descategorizarlo, a partir de la práctica procesal, que al final, es la que garantiza el avance de un Estado en el constitucionalismo. La mera declaración de derechos en una carta fundamental, no asegura *per se* que un Estado sea respetuoso de los derechos y garantías de sus ciudadanos. La práctica procesal es la que reflejará el estado de reconocimiento y vigencia de los derechos y garantías fundamentales, por tanto, serán los jueces los que mantengan su rango y cumplimiento, ya que no podría serle útil a un justiciable tener un reconocimiento de derechos positivo en las normas vigentes cuando al denunciar su vulneración, los jueces luego de declararla probada formalmente, en la práctica demoren años en repararla y restituir el derecho.

La CPEEPB en vigencia, no sólo es declarativa sino además enunciativa de derechos fundamentales; y según su propia redacción se decanta por el progresismo interpretativo, dado que en su artículo (Art.) 13, establece que los derechos reconocidos en la misma, "son progresivos", y que los que tiene proclamados , "no serán entendidos como negación de otros derechos no enunciados", y de forma categórica prevé la clasificación que establece, "no determina jerarquía alguna ni superioridad de unos derechos sobre otros." También este precepto dispone que estos derechos, se "interpretarán de conformidad a los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia".

Complementando, el referido precepto, el Art. 109, dispone que todos los derechos gozan de iguales garantías, con lo queda por demás de claro, que todos los derechos fundamentales que reconoce, e incluso, los que se puedan incorporar de acuerdo el principio progresivo de interpretación, tienen la misma categoría fundamental. El categorizar a un derecho como fundamental, implica en términos de la propia CPEEPB, la proscripción de quitarle este rango posteriormente, en cumplimiento precisamente del el Art. 13.

La CPEEPB, tiene una particularidad, dado que este último artículo citado está inserto en su Título IV, compuesto por las "Garantías Jurisdiccionales y Acciones de Defensa"; sin embargo, dentro de este artículo es de donde se extrae el debido proceso como garantía, pero también como derecho, y desprendido de éste, pero a la vez independiente, el derecho a una resolución debidamente fundamentada.

Actualmente en la CPE vigente, en su título IV relativo a las garantías jurisdiccionales y acciones de defensa, y en lo que atañe al tema que se aborda, los

artículos (Arts.) 115[3], 116, 117, 119, 120, 121 y 123, reconocen el debido proceso, más no así expresamente el derecho a una resolución debidamente fundamentada.

La falta de declaratoria constitucional expresa del reconocimiento del derecho al debido proceso y a una resolución debidamente fundamentada, no impidió que en una interpretación progresiva y reflectora de la jurisdicción comparada, así como de las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, hayan sido identificados a partir del derecho, garantía y principio del debido proceso; es decir, primero fue reconocido el derecho al debido proceso, y como elemento de éste, el derecho a una resolución debidamente fundamentada; de manera que fueron constituidos prácticamente a la par, a la luz de la jurisprudencia comparada, como a partir de la experiencia jurisdiccional boliviana; y del entendimiento expresado por los propios justiciables a tiempo de pedir tutela.

Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos "El debido proceso se entiende como puntal esencial de la obligación general de investigar las violaciones de los derechos humanos; presenta consecuencias particulares cuando la obligación violada es el derecho a la vida, en el caso de las graves violaciones de los derechos humanos como las desapariciones forzadas, las ejecuciones sumarias o los actos de

3 115.I. Toda persona será protegida oportuna y efectivamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos.
II. El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones.
116.I. Se garantiza la presunción de inocencia. Durante el proceso, en caso de duda sobre la norma aplicable, regirá la más favorable al imputado o procesado.
II. Cualquier sanción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible.
Art. 117.I Ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente en un debido proceso. Nadie sufrirá sanción penal que no haya sido impuesta por autoridad judicial competente en sentencia ejecutoriada.
II. Nadie será procesado ni condenado más de una vez por el mismo hecho. La rehabilitación en sus derechos restringidos será inmediata al cumplimiento de su condena.
III. No se impondrá sanción privativa de libertad por deudas u obligaciones patrimoniales, excepto en los casos establecidos por la ley.
Art. 119. I. Las partes en conflicto gozarán la igualdad de oportunidades para ejercer durante el proceso las facultades y los derechos que les asistan, sea por la vida ordinaria o por la indígena originaria campesina.
II. Toda persona tiene derecho inviolable a la defensa. El Estado proporcionará a las personas denunciadas o imputadas una defensora o un defensor gratuito, en los casos en que éstas no cuenten con los recursos económicos necesarios.
Art. 120.I. Toda persona tiene derecho a ser oída por una autoridad jurisdiccional competente, independiente e imparcial, y no podrá ser juzgada por comisiones especiales ni sometida a otras autoridades jurisdiccionales que las establecidas con anterioridad al hecho de la causa.
II. Toda persona sometida a proceso debe ser juzgada en su idioma; excepcionalmente, de manera obligatoria, deberá ser asistida por traductora, traductor o intérprete.
Art. 121.I En materia penal, ninguna persona podrá ser obligada a declarar contra sí misma, ni contra sus parientes consanguíneos hasta el cuarto grado o sus afines hasta el segundo grado. El derecho a guardar silencio no será considerado como indicio de culpabilidad.
II. La víctima en un proceso penal podrá intervenir de acuerdo con la ley, y tendrá derecho a ser oída antes de cada decisión judicial. En caso de no contar con los recursos económicos necesarios, deberá ser asistida gratuitamente por una abogada o abogado asignado por el Estado.
Art. 123. La ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, excepto en materia laboral, cuando lo determine expresamente a favor de las trabajadoras y de los trabajadores, en materia penal, cuando beneficie a la imputada o imputado; en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado; y en el resto de los casos señalados por la Constitución.

tortura (que viola el derecho a la integridad personal); se lo entiende como parte esencial de la lucha contra la impunidad y, finalmente, ha servido para fundamentar la existencia de un derecho a la verdad en el marco del Sistema Interamericano. Esta comprensión dota al debido proceso de un carácter intrínsecamente complejo, pero también de un derecho que se erige como sustento de otras obligaciones internacionales que se cumplen juntamente con este derecho.".[4]Se trata de un análisis que se profundiza cada vez más en el contexto internacional.

II. CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO.

El TC, inició labores jurisdiccionales el 1° de junio de 1999, y como todo inicio tuvo sus defectos, siendo uno de ellos, la omisión de fundamentar adecuadamente sus fallos, pues su forma de resolver era extremadamente escueta, similar a una conclusión puntual, dado que no hacía alusión a los derechos invocados; sin embargo los fallos no dejaron de ser justos, y en el caso de los derechos que aquí trataremos, no se explicara los motivos del porque no eran lesionado, partiendo de su contenido mínimo. La primera resolución constitucional, AC No. 001-R de 18 de junio de 1999[5], fue dictada en materia de amparo, sin reflejarse la invocación de ningún derecho fundamental por parte del recurrente, y tampoco la exposición de fundamento[6].

El primer caso, en el que se invocó el derecho al debido proceso expresa y tácitamente el derecho a una resolución debidamente fundamentada, éste último como parte del debido proceso, se dio en un amparo, que fue resuelto por el Auto Constitucional 004/99 (AC) de 28 de junio de 1999[7], en el que se da cuenta que el "recurrente" para entonces, hoy "accionante" (en función al cambio de conceptuación procesal del amparo), indicaba que se declaró la prescripción del proceso penal que tramitaba como víctima, mediante "un auto absolutamente carente de fundamentación, violando el derecho a un debido proceso". Ante este fundamento de derecho, el TC, en un escueto fundamento luego de referirse a las previsiones del amparo en la CPERB abrog.[8], estableció: "(…) la recurrente

4 SALMON, E. y BLANCO, C.: *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos*. Pontificia Universidad Católica del Perú. 2012, pp.23-24.

5 AC N° 015/99-R 15/06/99.

6 "Que el tribunal de amparo, al haber declarado, por auto de 28 de mayo de 1999, cursante a fs. 24, PROCEDENTE el recurso y dispuesto "la entrega normal de los cheques de los recurrentes en forma oportuna y mientras se resuelva el conflicto y reclamaciones pendientes", no se ha pronunciado en el fondo sobre la controversia que sostienen los recurrentes con la Dirección Nacional de Pensiones, sino que ha reconocido el derecho de aquellos a recibir el pago de sus rentas, otorgándoles la protección inmediata de un derecho adquirido que no puede desconocerse mientras se lo discute y resuelve por vía competente."

7 AC N° 004/99-R 28/06/99.

8 "Que el recurso de amparo constitucional, previsto por el art. 19 de la C.P.E., tiene como finalidad preservar los derechos fundamentales de la persona ante actos ilegales u omisiones indebidas de los funcionarios o particulares que afecten al ejercicio de tales derechos, sean suprimiéndolos o restringiéndolos, contrariando las garantías de la persona que le reconoce la Constitución y otras leyes especiales, sin que ello quiera decir que el recurso de amparo sea sustitutivo de otros medios que la ley franquea a la persona."

pretende, por la vía del amparo constitucional, insta a que se prosiga con un proceso penal ya concluido en la fase de la instrucción, propósito que resulta inadmisible en virtud de lo señalado precedentemente".

Poco después, recién se emitió la que vendría a ser la primera resolución que hizo alusión al debido proceso, empero señalando que no hubo procesamiento indebido (AC 015/99-R de 15 de julio) [9], lo cual, resultó un avance en el reconocimiento del mismo. La forma de fallar sin exponer la motivación, se mantuvo hasta mediados del año 2000, en el que se diseñó un nuevo formato de resolución y se cambió el denominativo de las decisiones de fondo, a Sentencia Constitucional (SC), quedando el denominativo de AC, para temas de admisión, rechazo, observaciones, quejas y otros hasta la actualidad, términos a los que en la actualidad se le ha sumado el de "plurinacional", en alusión a que al denominativo de la entidad se le ha agregado también el mismo adjetivo, dado que el TC pasó a ser denominado Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP).

La SC 418/2000-R de 2 de mayo[10], en procura de continuar germinando los alcances del derecho al debido proceso estableció: "(…) la autoridad recurrida, no ha suprimido ni restringido la garantía constitucional del debido proceso del recurrente. Considerando que esta garantía constitucional consiste en el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo en el que sus derechos se acomoden a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se hallen en una situación similar; se concluye que los hechos denunciados no constituyen un procesamiento indebido, toda vez que el recurrente está siendo juzgado dentro de un proceso penal ante un Juez competente con pleno reconocimiento de los derechos que componen la garantía del debido proceso."

A más de dos años del inicio de labores jurisdiccionales, se dicta la SC 1369/2001-R de 19 de diciembre[11], en la que el TC entiende: "(…) el derecho al debido proceso, que entre su ámbito de presupuestos exige que toda Resolución sea debidamente fundamentada (…)".

Como se puede advertir, más que referirse al derecho cardinal y expansivo, como resultó ser y es hasta el presente, el debido proceso; se refirió al derecho a una resolución debidamente fundamentada, y no fue hasta la SC 0119/2003-R de 28 de enero[12], que el TC, fue configurando el debido proceso a partir de los entendimientos dictados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), y otras resoluciones anteriores, exponiendo "la garantía consagrada

9 AC N° 015/99-R 15/07/99.

10 SC 418/2000-R 02/05/00.

11 SC N° 1369/2001-R 19/12/99.

12 SC N° 119/2003-R 28/01/03.

por el art. 16 de la Constitución, reconocido como derecho humano en los arts. 8 del Pacto de San José de Costa Rica y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ha sido entendida por este Tribunal en su uniforme jurisprudencia básicamente como "el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo en el que sus derechos se acomoden a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se hallen en una situación similar (..) comprende el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos".

En la SC 1044/2003-R de 22 de julio señala[13] "(…) conviene precisar que del contenido del art. 16. IV CPE, en conexión con los arts. 14 y 116. VI y X constitucionales, se extrae la garantía del debido proceso, entendida, en el contexto de las normas constitucionales aludidas, como el derecho que tiene todo encausado a ser oído y juzgado con las debidas garantías, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, instituido con anterioridad al hecho y dentro de los márgenes de tiempo establecidos por ley." En esta sentencia, el debido proceso es perfilado como una garantía.

En la SC 0316/2010-R de 15 de junio[14], el TC, con mucho más didáctica, considera al debido proceso como derecho, principio y garantía; sin embargo omite desarrollar el concepto de principio, tal como lo extractamos: 1) Derecho fundamental: Como un derecho para proteger al ciudadano en primer orden de acceso a la justicia oportuna y eficaz, como así de protección de los posibles abusos de las autoridades originadas no sólo en actuaciones u omisiones procesales, sino también en las decisiones que adopten a través de las distintas resoluciones dictadas para dirimir situaciones jurídicas o administrativas y que afecten derechos fundamentales, constituyéndose en el instrumento de sujeción de las autoridades a las reglas establecidas por el ordenamiento jurídico.

2) Garantía jurisdiccional: Asimismo, constituye una garantía al ser un medio de protección de otros derechos fundamentales que se encuentran contenidos como elementos del debido proceso como la motivación de las resoluciones, la defensa, la pertinencia, la congruencia, de recurrir, entre otras, y que se aplican toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, constituyendo las distintas garantías jurisdiccionales inherentes al debido proceso, normas rectoras a las cuales deben sujetarse las autoridades pero también las partes intervinientes en el proceso en aplicación y resguardo del principio de igualdad.

13 SC N° 1044/2003-R de 22/07/03.

14 SC 0316/2010-R 15/06/10.

A este desarrollo del contenido del debido proceso, la SCP 299/2011-R de 29 de marzo[15], le agrega señalando "que doctrinalmente el debido proceso tiene una doble dimensión, de un lado como derecho fundamental y de otro, como garantía jurisdiccional, aspectos que previó el constituyente a tiempo de consagrarlo en Constitución Política del Estado, enriqueciéndolo además con su carácter de principio procesal, lo que implica que su aplicación nace desde el primer acto investigativo o procesal, según sea el caso, y debe subsistir de manera constante hasta los actos de ejecución de la sentencia, constituyendo una garantía de legalidad procesal que comprende un conjunto de garantías jurisdiccionales que asisten a las partes procesales, lo que implica que el debido proceso debe estar inmerso en todas las actuaciones procesales ya sea en el ámbito jurisdiccional o administrativo." A partir de estos contenidos, el TCP, ha redundado hasta la actualidad, sin mayores aportes ni recortes en la construcción gramatical expresa.

Posteriormente, se fueron agregando otros elementos de composición del debido proceso como derecho, tal como se refleja en la SCP 1902/2012 de 12 de octubre[16], al expresar: "(…) este derecho consiste en la garantía de legalidad procesal para proteger la libertad, la seguridad jurídica, la racionalidad y la fundamentación de las resoluciones judiciales o administrativas; en las actuaciones judiciales o las actuaciones sancionadoras administrativas exige que los litigantes tengan el beneficio de un juicio imparcial ante los tribunales (…)". En la SCP 2240/2012 de 8 de noviembre[17], se señala: "(…) El debido proceso constitucional no se concreta en las afirmaciones positivizadas en normas legales codificadas, sino que se proyecta hacia los derechos, hacia los deberes jurisdiccionales que se han de preservar con la aspiración de conseguir un orden objetivo más justo, es decir, el debido proceso es el derecho a la justicia lograda a partir de un procedimiento que supere las grietas que otrora lo postergaban a una simple cobertura del derecho a la defensa en un proceso."

En la SCP 0180/2013 de 27 de febrero[18], se van adicionando más elementos al debido proceso como derecho procesal básico al indicar que es "(…) el derecho de toda persona a un proceso justo, oportuno, gratuito, sin dilaciones y equitativo, en el que entre otros aspectos, se garantice al justiciable el conocimiento o notificación oportuna de la sindicación para que pueda estructurar eficazmente su defensa, el derecho a ser escuchado, presentar pruebas, impugnar, el derecho a la doble instancia, en suma, se le dé la posibilidad de defenderse adecuadamente de cualquier tipo de acto emanado del Estado, donde se encuentren en riesgo sus

15 SC 0299/2011-R 29/03/11.

16 SCP 1902/2012 12/10/12.

17 SCP 2240/2012 08/11/12.

18 SCP 0180/2013 27/02/13.

derechos, por cuanto esta garantía no sólo es aplicable en el ámbito judicial, sino también administrativo (…)".

Luego de una forma más contractada en la SCP 0013/2019-S3 de 1 de marzo[19], se establece: "(…) el razonamiento doctrinal, de manera uniforme señaló, que se refiere al derecho que tiene toda persona, a un proceso justo y equitativo, en el que los órganos e instancias encargadas de resolver las peticiones o controversias, acomoden sus actuaciones y decisiones a las disposiciones normativas.

Consecuentemente el debido proceso está destinado a proteger al ciudadano de los posibles abusos y/o arbitrariedades de las autoridades, como resultado de sus actuaciones u omisiones procesales, en la aplicación de las normas sustantivas y en las decisiones que se adopten a través de las distintas resoluciones dictadas para dirimir situaciones jurídicas o administrativas (…)".

En lo posterior todas comprensiones del contenido esencial del debido proceso como derecho, se han reiterado hasta el presente, así tenemos la SCP 1056/2022-S4 de 19 de agosto[20], y la SCP 1233/2022-S4[21] de 21 de septiembre, que hace una recopilación de varios entendimientos de otras SSCC, en los que el debido proceso es concebido en sus tres vertientes garantía, derecho y principio, y al efecto reitera ampliamente:

"(…) la SC 1491/2010-R de 6 de octubre, manifestó que: "Respecto al debido proceso consagrado como garantía constitucional en el art. 16 de la CPEabrg y art. 115.II de la CPE; este Tribunal en la SC 0981/2010-R de 17 de agosto, refiriéndose al debido proceso determinó que 'En el ámbito normativo, el debido proceso se manifiesta en una triple dimensión, pues por una parte, se encuentra reconocido como un derecho humano por instrumentos internacionales en la materia como el Pacto de San José de Costa Rica (art. 8) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14), que conforme al art. 410.II de la Constitución Política del Estado vigente (CPE) forman parte del bloque de constitucionalidad, y también se establece como un derecho en el art. 115.II; por otra, al mismo tiempo en el ámbito constitucional, se le reconoce como derecho fundamental y como garantía jurisdiccional: configuración jurídica contemplada ya por el art. 16 de la CPEabrg, que se ha mantenido y precisado en el art. 117.I de la CPE que dispone: 'Ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente en un debido proceso'.

19 SCP 0013/2019-S3 01/03/13.

20 SCP 1056/2022-S4 19/08/22.

21 SCP 1233/2022-S4 21/09/22.

En consonancia con los Tratados Internacionales citados, a través de la jurisprudencia constitucional se ha establecido que los elementos que componen al debido proceso son el derecho a un proceso público; derecho al juez natural; derecho a la igualdad procesal de las partes; derecho a no declarar contra si mismo; garantía de presunción de inocencia; derecho a la comunicación previa de la acusación; derecho a la defensa material y técnica; concesión al inculpado del tiempo y los medios para su defensa; derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas; derecho a la congruencia entre acusación y condena; la garantía del non bis in ídem; derecho a la valoración razonable de la prueba; derecho a la motivación y congruencia de las decisiones (SSCC 0082/2001-R, 0157/2001-R, 0798/2001-R, 0925/2001-R, 1028/2001-R, 1009/2003-R, 1797/2003-R, 0101/2004-R, 0663/2004-R, 0022/2006-R, entre otras); sin embargo, esta lista en el marco del principio de progresividad no es limitativa, sino más bien enunciativa, pues a ella se agregan otros elementos que hacen al debido proceso como garantía general y que derivan del desarrollo doctrinal y jurisprudencial de este como medio para asegurar la realización del valor justicia, en ese sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, ha manifestado: 'En opinión de esta Corte, para que exista' debido proceso legal' es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. El desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. (…) Es así como se ha establecido, en forma progresiva, el aparato de las garantías judiciales que recoge el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al que pueden y deben agregarse, bajo el mismo concepto, otras garantías aportadas por diversos instrumentos del Derecho Internacional'. Así configurado, es preciso recordar que el derecho y garantía genérica del debido proceso no se restringe en su aplicación al ámbito jurisdiccional solamente, sino que es extensiva a cualquier procedimiento en el que deba determinarse una responsabilidad (SSCC 0042/2004 y 1234/2000-R entre otras).

Resumiendo, podemos decir que el debido proceso ha sufrido una transformación de un concepto abstracto que perseguía la perfección de los procedimientos, es decir que daba preeminencia a la justicia formal, a un ideal moderno que destaca su rol como única garantía fundamental para la protección de los derechos humanos. El debido proceso constitucional no se concreta en las afirmaciones positivizadas en normas legales codificadas, sino que se proyecta hacia los derechos, hacia los deberes jurisdiccionales que se han de preservar con

la aspiración de conseguir un orden objetivo más justo, el debido proceso es el derecho a la justicia lograda de un procedimiento que supere las grietas que otra lo postergaban a una simple cobertura del derecho a la defensa en un proceso.

III. CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO A UNA RESOLUCIÓN DEBIDAMENTE FUNDAMENTADA.

La construcción del derecho a una resolución debidamente fundamentada en Bolivia, se hizo a la par de la construcción del derecho al debido proceso, es más, de principio sino se construía el debido proceso no existiría el derecho a una resolución debidamente, pues el TC no los concibió de manera separadas, sino más bien uno dependiente del otro, relación que hasta la fecha no ha sido disuelta sino más bien reforzada en diferentes fallos, en los que se considera al uno elemento del otro. Al margen de esta relación, el derecho a una resolución debidamente fundamentada, es un derecho autónomo que tiene su propio contenido mínimo desarrollado específicamente, como referimos a lo largo de este acápite.

Como se mencionó, no es posible pensar en un sistema de derechos humanos dentro de un estado constitucional, sino se garantiza a las personas la obtención de una respuesta, acto administrativo o cualquier tipo o género de resolución fundada sobre un caso que involucre derechos fundamentales.

Desde esta perspectiva y con relación al derecho a una resolución debidamente fundamentada, el entendimiento expresado en la SC 1369/2001-R de 19 de diciembre citada, en sentido de que "(…) cada autoridad que dicte una Resolución debe imprescindiblemente exponer los hechos y al margen de ello, la fundamentación legal que sustenta la parte dispositiva de la misma (…) cuando un Juez omite la motivación de una Resolución, no sólo suprime una parte estructural de la misma, sino también en los hechos toma una decisión arbitraria y dictatorial que vulnera de manera flagrante el citado derecho que otorga a las partes saber el por qué de la parte dispositiva de un fallo o Resolución." Este entendimiento, no ha dejado de ser replicado en los más de veintiún años de desempeño de la jurisdicción constitucional, pese a que posteriormente se han dictado otras SSCC que ampliaron el contenido del derecho a una resolución debidamente fundamentada.

En la SC 1365/2005-R de 31 de octubre[22], el TC amplía más aún su alcance en el siguiente sentido: "(…) significa, que toda autoridad que conozca de un reclamo, solicitud o que dicte una resolución resolviendo una situación jurídica, debe ineludiblemente exponer los motivos que sustentan su decisión, para lo cual, también es necesario que exponga los hechos establecidos, si la problemática

22 SC 1365/2005-R 31/10/05.

lo exige, de manera que el justiciable al momento de conocer la decisión del juzgador lea y comprenda la misma, pues la estructura de una resolución tanto en el fondo como en la forma, dejará pleno convencimiento a las partes de que se ha actuado no sólo de acuerdo a las normas sustantivas y procesales aplicables al caso, sino que también la decisión está regida por los principios y valores supremos rectores que rigen al juzgador, eliminándose cualquier interés y parcialidad, dando al administrado el pleno convencimiento de que no había otra forma de resolver los hechos juzgados sino de la forma en que se decidió.

Al contrario, cuando aquella motivación no existe y se emite únicamente la conclusión a la que ha arribado el juzgador, son razonables las dudas del justiciable en sentido de que los hechos no fueron juzgados conforme a los principios y valores supremos, vale decir, no se le convence que ha actuado con apego a la justicia (…)".

En la SC 0871/2010-R de 10 de agosto[23], se van pergeñando los requisitos del contenido mínimo, de manera más detallada de una resolución debidamente fundamentada, al establecerse que ésta: "a) Debe determinar con claridad los hechos atribuidos a las partes procesales, b) Debe contener una exposición clara de los aspecto: fácticos pertinentes, c) Debe describir de manera expresa los supuestos de hecho contenidos en la norma jurídica aplicable al caso concreto, d) Debe describir de forma individualizada todos los medios de prueba aportados por las partes procesales, e) Debe valorar de manera concreta y explícita todos y cada uno de los medios probatorios producidos, asignándoles un valor probatorio específico a cada uno de ellos de forma motivada, f) Debe determinar el nexo de causalidad entre las denuncias o pretensiones de las partes procesales, el supuesto de hecho inserto en la norma aplicable, la valoración de las pruebas aportadas y la sanción o consecuencia jurídica emergente de la determinación del nexo de causalidad antes señalado".

En la SC 2221/2012 de 8 de noviembre[24], el TC se decanta por hacer alusión al núcleo esencial, indicando: "En ese marco, se tiene que el contenido esencial del derecho a una resolución fundamentada y motivada (judicial, administrativa, o cualesquier otra, expresada en una resolución en general, sentencia, auto, etc.) que resuelva un conflicto o una pretensión está dado por sus finalidades implícitas, las que contrastadas con la resolución en cuestión, dará lugar a la verificación de su respeto y eficacia. Estas son: (1) El sometimiento manifiesto a la Constitución, conformada por: 1.a) La Constitución formal; es decir, el texto escrito; y, 1.b) Los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos que forman el bloque de constitucionalidad; así como a la ley, traducido en la observancia del principio de

23 SC 0871/2020-R 10/08/10.

24 SC 2221/2012 08/11/12.

constitucionalidad y del principio de legalidad; (2) Lograr el convencimiento de las partes que la resolución en cuestión no es arbitraria, sino por el contrario, observa: El valor justicia, los principios de interdicción de la arbitrariedad, de razonabilidad y de congruencia; (3) Garantizar la posibilidad de control de la resolución en cuestión por los tribunales superiores que conozcan los correspondientes recursos o medios de impugnación; y, (4) Permitir el control de la actividad jurisdiccional o la actividad decisoria de todo órgano o persona, sea de carácter público o privado por parte de la opinión pública, en observancia del principio de publicidad.(…) ".

En la SCP 1233/2022-S4 de 21 de septiembre, el TCP hace una recopilación de varias sentencias anteriores, recopilando el entendimiento del debido proceso como ya se refirió al final del acápite I, y con relación al derecho a una resolución debidamente fundamentada también recuerda que es un elemento del debido proceso, y le atribuye el contenido de las SSCC 1369/2001-R y 1365/2005-R, entre otras, dictadas en el primer decenio de labores.

IV. LA RELEVANCIA CONSTITUCIONAL, COMO NÚCLEO BÁSICO DE CATEGORIZACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL DEBIDO PROCESO Y DE UNA RESOLUCIÓN DEBIDAMENTE FUNDAMENTADA.

Como se puede apreciar, la construcción de los contenidos de estos dos derechos procesales fundamentales (que a su vez son instrumentales para proteger otros derechos de carácter sustantivo, dependiendo en qué tipo de proceso nazca la acción de amparo o la acción de libertad), ha tomado cierto tiempo. Ahora bien, paralelamente a la construcción de los contenidos esenciales de estos derechos, aunque sin decirlo, se pergeñaba el concepto de relevancia constitucional, dado que la concesión de la tutela para restituir estos derechos, bajo ningún concepto puede entenderse, que sólo es para cumplir un formalismo procesal; esto es, para únicamente citar o interpretar algún artículo ignorado, o en su caso para ampliar los fundamentos de una resolución, pues de ser así, no cabría resolver por la concesión sino por la denegación, sí se decidiera por conceder sólo para que se cumpla una formalidad, la jurisdicción constitucional estaría convirtiéndose en una jurisdicción ordinaria alterna.

El concepto de relevancia constitucional, allá por el año 2004, no fue denominado como tal, empero el TC, trabajo sus elementos entre otras, en la SC 00995/2004-R de 29 de junio[25], estableciendo que cuando se alegaba violación del derecho al debido proceso y del derecho a una resolución debidamente se debía "(…) recordar que los errores o defectos de procedimiento que materialmente no lesionan derechos y garantías fundamentales no tienen relevancia constitucional y por lo mismo, no son susceptibles de corrección por la vía del amparo, a menos

25 SC 0995/2004-R 29/06/04.

que concurran necesariamente, los presupuestos jurídicos que se detallan a continuación: a) cuando el error o defecto procedimental en el que incurra el Juez o Tribunal, provoque una lesión evidente del debido proceso en cualquiera de sus elementos constitutivos; b) los errores o defectos procedi0mentales que ocasionan una indefensión material en una de las partes que interviene en el proceso judicial, impidiéndole toda posibilidad de que pueda hacer valer sus pretensiones, alegando, contrastando o probando; y c) esas lesiones tengan relevancia constitucional, es decir, que esa infracción procedimental de lugar a que la decisión impugnada tenga diferente resultado al que se hubiera dado de no haberse incurrido en los errores o defectos denunciados." Al resolver la problemática en esta SC, la jurisdicción constitucional hizo referencia a los dos derechos fundamentales, en los que se debe hacer el examen de la concurrencia o no de los componentes de la relevancia constitucional.

El concepto, de relevancia no se ha dejado de lado hasta el presente; tal como se refleja en la SCP 0862/2022-S2 de 25 de julio[26], que establece: "la jurisprudencia precedentemente citada debe ser complementada a partir de la relevancia constitucional que tenga la alegada arbitraria o insuficiente fundamentación y motivación de las resoluciones, es decir, que deberá analizarse la incidencia de dicho acto supuestamente ilegal en la resolución que se está cuestionando a través de la acción de amparo constitucional; pues, si no tiene efecto modificatorio en el fondo de la decisión, la tutela concedida por este Tribunal únicamente tendría como efecto el que se pronuncie una nueva resolución con el mismo resultado; consiguientemente, a partir de una interpretación previsora, si bien la arbitraria o insuficiente fundamentación, aún carezca de relevancia, deberá ser analizada por el Tribunal Constitucional Plurinacional; empero, corresponderá denegar la tutela por carecer de relevancia constitucional, con la aclaración que este entendimiento es únicamente aplicable a la justicia constitucional que no exigirá para efectuar el análisis, que la o el accionante cumpla con carga argumentativa alguna".

Manteniendo este concepto como la sustancia básica de los derechos fundamentales al debido proceso y a una resolución debidamente fundamentada, en la reciente SCP 1307/2022-S4 de 26 de septiembre[27] al margen de reiterar jurisprudencia sobre el caso concreto a resolver, basándose en la inexistencia de indefensión,, el TCP deniega la tutela al no encontrar en consecuencia la concurrencia de la relevancia constitucional.en la causa, y por ello fundama: "Ahora bien, analizando lo desarrollado por la jurisprudencia constitucional con relación a la relevancia constitucional; se tiene que, el error o defecto procesal calificado como lesivo del derecho al debido proceso, puede dar lugar a la nulidad sólo en aquellos casos en los que tengan relevancia constitucional; es decir, cuando

26 SCP 0862/2022-S2 25/07/22.

27 SCP 1307/2022-S4 26/09/22.

hubieran provocado indefensión material a la parte procesal que los denuncia y sea determinante para la decisión final adoptada, ya sea en un proceso judicial o un proceso administrativo interno; esto en razón de que, no tendría sentido jurídico alguno conceder la tutela impetrada y disponer se subsanen los posibles defectos procedimentales; si es que, finalmente se llegara a los mismos resultados a los que ya se arribó mediante la decisión objetada, por los errores procesales."

Esta connotado fundamento que categoriza al debido proceso y a una resolución debidamente como derechos fundamentales, también se destaca en la SCP 1335/2022-S4 de 3 de octubre[28], "(…) la jurisprudencia precedentemente citada debe ser complementada a partir de la relevancia constitucional que tenga la alegada arbitraria o insuficiente fundamentación y motivación de las resoluciones, es decir, que deberá analizarse la incidencia de dicho acto supuestamente ilegal en la resolución que se está cuestionando a través de la acción de amparo constitucional; pues, si no tiene efecto modificatorio en el fondo de la decisión, la tutela concedida por este Tribunal únicamente tendría como efecto el que se pronuncie una nueva resolución con el mismo resultado; consiguientemente, a partir de una interpretación previsora, si bien la arbitraria o insuficiente fundamentación, aún carezca de relevancia, deberá ser analizada por el Tribunal Constitucional Plurinacional; empero, corresponderá denegar la tutela por carecer de relevancia constitucional, con la aclaración que este entendimiento es únicamente aplicable a la justicia constitucional que no exigirá para efectuar el análisis, que la o el accionante cumpla con carga argumentativa alguna" (las negrillas son nuestras).

En esta misma SCP, el TCP, para ingresar a valorar la prueba que el accionando denunció fue mal valorada, expresa: "(…) es posible efectuar la revisión de la valoración de la prueba, conforme a los siguientes criterios: i) La valoración de la prueba es una actividad propia de las juezas y jueces de las diferentes jurisdicciones del Órgano Judicial o de las autoridades administrativas; ii) La justicia constitucional puede revisar la valoración de la prueba cuando: ii.a) Las autoridades se apartaron de los marcos legales de razonabilidad y equidad; ii.b) Omitieron de manera arbitraria la consideración de las pruebas, ya sea parcial o totalmente; y, ii.c) Basaron su decisión en una prueba inexistente o que refleje un hecho diferente al utilizado en la argumentación; iii) La competencia de la justicia constitucional en el análisis de la revisión de la valoración de la prueba, se reduce a establecer la ausencia de larazonabilidad y equidad en la labor valorativa o a constatar una actitud omisiva en esa tarea o finalmente, si se le dio un valor diferente al medio probatorio, desconociendo el principio de verdad material; y, iv) Las irregularidades en la valoración de la prueba solo darán lugar a la concesión de la tutela cuando tengan relevancia constitucional; es decir, cuando incidan en el

28 1335/2022-S4 03/10/22.

fondo de lo demandado y sean la causa para la lesión de derechos fundamentales y/o garantías constitucionales".

La relevancia constitucional, entonces, se ha convertido en la parte central y consustancial a los derechos en cuestión, lo que quiere decir, que, en realidad procesal, si a tiempo de resolver una petición de amparo, no se encuentra este núcleo que los erige como derechos fundamentales, no se habilita la competencia del TCP para resolver el fondo de la problemática que se le exponga y conceda tutela.

V. DESCATEGORIZACIÓN POR INCUMPLIMIENTOS *IN CRESCENDO*, Y LA QUITA DE RELEVANCIA CONSTITUCIONAL POR LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL.

No obstante todos los años en que se fueron construyendo los contenidos esenciales del derecho al debido proceso, y del derecho a una resolución debidamente fundamentada, a la par se iban también descategorizando *ipso facto*, por la propia jurisdicción constitucional en sus dos niveles, esto es, por los jueces y vocales constitucionales así como por los Magistrados del TCP. La mayoría de las acciones de amparo que buscan protección para los derechos al debido proceso y una resolución debidamente fundamentada, se originan en procesos judiciales tramitados por la jurisdicción ordinaria, y quienes resuelven las mismas son juzgadores constitucionales que forman parte administrativa y disciplinariamente de la jurisdicción ordinaria, siendo esta la razón que les impide tener independencia, dado que cuidan no afectar los intereses de sus pares o inmediatos superiores como son los Vocales y Ministros de la jurisdicción ordinaria, ya que el TCP, no tiene en su estructura funcional jueces ni vocales, y sin bien puede disponer la remisión de obrados al órgano disciplinario (Consejo de la Magistratura) para que sean procesados administrativamente por negar las tutelas indebidamente, eso no implica que se le disciplinará, porque quienes son favorecidos resultan sus disciplinadores. Tampoco tiene la facultad de constituirse en parte, o cuando menos, una unidad que haga el seguimiento al proceso disciplinario.

En los casos, en que se concede la tutela por violación al debido proceso, el obligado de la jurisdicción ordinaria (sea juez, vocal o ministro) si bien dicta otra resolución en supuesto cumplimiento a la orden dispositiva del juez constitucional (en sentido de que se dicte nueva resolución, aplicando o interpretando las normas que se acusaron de mal interpretadas o mal aplicadas cuando se restituye el derecho al debido proceso); ésta es dictada sin modificar el fondo; es decir, se aplica la norma omitida, o se la interpreta en otro sentido que no cambia el fondo, dejando el acto lesivo indemne al control constitucional en materia de derechos humanos, muchas veces incluso se incorporan otras normas dando

lugar a un segundo amparo por las nuevas violaciones al dictarse la resolución en cumplimiento de la primer tutela.

El proceder rebelde al cumplimiento, y por tanto de descategorización, también se da cuando se restituye formalmente el derecho a una resolución debidamente fundamentada, dado que hay frecuentes quejas de incumplimientos por repetirse el acto lesivo aunque en una resolución más ampulosa en texto. Es tanto, el vaciamiento de contenido de estos derechos fundamentales, que muchas veces el desorientado o afligido justiciable plantea otra acción de amparo, con previsible resultado, la declaratoria de improcedencia por identidad de sujeto, objeto y causa, pero como aliciente orientando a que debe acudir a la queja, cuyo tratamiento puede durar incluso más tiempo del que ocupo obtener la tutela, esto, debido a que se dictan hasta más de dos resoluciones en la etapa de ejecución, ya que los jueces ordinarios se niegan a cumplir el *decisum* con relación a la *ratio decidendi* del fallo; y con dicho actuar, descategorizan los derechos procesales fundamentales, y dejan desprotegidos los derechos sustantivos que buscaban a su vez resguardar los derechos al debido proceso y el derecho a una resolución debidamente fundamentada.

Muestra de la descategorización fáctica, así como de la inaplicabilidad del principio de progresividad, tenemos miles de quejas presentadas contra el incumplimiento de las disposiciones de emisión de nuevas resoluciones aplicando las normas omitidas, mal interpretadas o parcialmente mal aplicadas o interpretadas, así como aquellas disposiciones que ordenan dictar nuevas resoluciones considerando pruebas no consideradas, o mal valoradas.

No existe una escala que mida cuáles son los órganos de poder que más incumplen las sentencias constitucionales concedentes de tutela; pero lo más llamativo es que, esta conducta es cohonestada por la propia jurisdicción constitucional en su máxima instancia, de forma clara y abierta, colocándose en estos casos, en un sitial de jurisdicción ordinaria paralela, prueba de ella, tenemos el ACP 0038/2022-O de 7 de julio[29], que resuelve una queja por incumplimiento de la SCP 509/2021-S4 de 7 de septiembre[30], que revocó la resolución de denegatoria dictada el 16 de septiembre de 2020, declarándola "NO HA LUGAR" sin hacer alusión a la relevancia constitucional, dando por cumplida la SCP objeto de la queja, cuando la resolución dictada por la autoridad ejecutiva accionada (Alcalde Municipal) había mantenido el acto lesivo, pero cumpliendo las formalidades de exposición de los motivos que lo hicieron resolver.

29 ACP 0038/2022-O 07/07/22.

30 SCP 509/2021-S4 07/09/21.

El caso expuesto, es emblemático no sólo porque refleja el tiempo que toma la concesión tutelar, sino además porque al final resulta que, el justiciable fue defraudado procesalmente por la jurisdicción constitucional, dado que le concedieron una tutela en revisión, sólo para que se dicte una resolución que cumpla requisitos formales, cuando las tutelas constitucionales no están destinadas para hacer cumplir formalidades.

Siguiendo con las muestras, el caso resuelto por la SCP 0290/2022-S3 de 20 de abril[31], da cuenta de una descategorización grosera de los derechos al debido proceso y a una resolución debidamente fundamentada, puesto que dentro de un proceso disciplinario a una juez, ésta interpuso una primera acción de amparo, que le fue concedida por la SCP 0650/2016-S2 de 8 de agosto[32] (que a su vez confirmó la primera resolución que concedió tutela el 11 de abril del mismo año), disponiendo la anulación de dos resoluciones, y se dicte una nueva resolución. Para que se cumpla esta SCP, la juez, tuvo que interponer queja por incumplimiento, que fue resuelta por el ACP 0011/2017-O de 9 de marzo[33], que declaró "HA LUGAR" la misma; sin embargo, los accionados dictaron nuevas resoluciones con otros argumentos, lo que la obligó nuevamente a interponer otra acción de amparo, que fue resuelta por la SCP 0290/2022-S3 citada, resolviendo:

"1° CONCEDER en parte la tutela solicitada respecto a los derechos al debido proceso en sus elementos de fundamentación, motivación y congruencia, disponiéndose:

a) Dejar sin efecto la Resolución SP-AP 270/2019 de 9 de julio, debiendo la Sala Plena del Consejo de la Magistratura pronunciar una nueva resolución en el plazo de diez días computables a partir de la notificación del presente fallo constitucional.

2° DENEGAR la tutela solicitada respecto los derechos al trabajo y a la tutela judicial en su elemento al recurso efectivo, a la defensa, al juez natural en su vertiente de competencia; y en consecuencia, a la reincorporación laboral, la cancelación de salarios devengados, derechos y beneficios sociales (…).

Es evidente, que la concesión de tutela, ha sido dictada para que otra vez se dicte nueva resolución, por lo que es, muy probable que se repita el acto lesivo a estos derechos, cumpliéndose únicamente la formalidad de explicar mejor a la accionante su destitución, lo que a su vez provocará que interponga queja por incumplimiento. Este caso, por la data que tienen las interposiciones de las

31 SCP 0290/2022-S4 20/04/22.

32 SCP 0650/2016-S2 08/08/16.

33 ACP 0011/2017-O 09/03/17.

acciones de amparo, expone el estado de degradación de los derechos aquí analizados, y al margen de ello, el trato degradante a la justiciable, pese a ser una juez, pues fue amparada formalmente el 11 de abril de 2016 y hasta la fecha no puede materializar dicho amparo, pese a que han transcurrido seis años.

Los tiempos que toman el cumplimiento de las sentencias concedentes de tutela, son mucho más altos en relación al que toma obtener la tutela, como se evidencia entre otros, en el caso resuelto por la SCP 0763/2022-S2 de 4 de julio[34], en la que se da cuenta un incumplimiento a través de la denegación de otro amparo. En esta SCP, el TCP, hace una reseña de la negativa de concesión tutelar acudiendo a la línea jurisprudencial sostenida y reiterada de muchas otras sentencias, en sentido de que no se puede interponer una acción de amparo para lograr el cumplimiento de otra acción de amparo concedida. Haciendo los ajustes del tiempo entre la concesión tutelar en el caso resuelto, se evidencia que la sentencia de concesión data de 17 de noviembre de 2020, la misma que en revisión fue confirmada mediante SCP 0903/2021-S4 de 25 de noviembre[35], disponiéndose que el representante del Ministerio Público en su máxima instancia departamental, dicte una nueva resolución.

Igual de ilustrativo es el caso que se inicia con una denegatoria de la concesión mediante resolución de 13 de mayo de 2020, en la que se invocó violación del derecho al debido proceso. En revisión ante el TCP mediante la SCP 0045/2021-S4 de 20 de abril[36], se revocó la denegatoria concediéndose la tutela, dándose por lesionados los derechos invocados, disponiéndose expresamente "Dejar sin efecto el Auto de Vista 13 de 24 de diciembre de 2019, disponiendo que pronuncie uno nuevo por la Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, conforme a lo expuesto en el presente fallo constitucional." Notificada esta SCP a la Sala Penal obligada a cumplirla, ésta, dictó una nueva resolución pero evadiendo los parámetros de la SCP citada, obligando a la parte accionante a presentar queja de incumplimiento en octubre de 2021, verificándose con estos datos, que la Sala obligada se tomó varios meses en dictar su nueva resolución.

El TCP resolviendo la queja, emitió el ACP 0003/2022-O de 6 de enero[37], en el que da lugar a la queja, concluyendo que los Vocales de la Sala Penal responsable no cumplieron con la SCP 0045/2021-S4, y que debían dictar otra resolución. A la fecha, y aproximadamente a un año de que este ACP, fue conocido por la Sala responsable, ésta no ha restituido los derechos fundamentales del accionante. Otro de los tantos casos de descategorización, es el resuelto por el ACP 0037/2022-O

34 SCP 0763/2022-S2 04/07/22.

35 SCP 0903/2021-S4 25/11/21.

36 SCP 0045/2021-S4 20/04/21.

37 ACP 0003/2022-O 06/01/22.

de 7 de julio[38], en el que el TCP resuelve una queja presentada por incumplimiento a la SCP 0759/2020-S4 de 26 de noviembre[39] (que confirmó la resolución de 6 de febrero de 2020), la cual fue emergente de la denuncia por lesión a los derechos al debido proceso, y a una resolución debidamente fundamentada, por falta de congruencia y valoración de prueba.

La descategorización, no es exclusiva de la conducta de los jueces ordinarios, autoridades administrativas, sino además de la jurisdicción agroambiental, como se verifica en el ACP 0049/2022-O de 31 de agosto[40], que resuelve una queja de incumplimiento de la SCP 0043/2021-S4 de 19 de abril[41] y su Auto de explicación, complementación y aclaración ACP 0010/2021-ECA de 7 de mayo[42], que confirman la resolución de 25 de agosto de 2020.

En la mayoría de los casos, se puede advertir que el mínimo de tiempo que toma obtener la concesión tutelar en términos materiales, es entre dos y tres años, lo cual, se debe a que en principio, e incluso más de seis años, esto se debe a que la resolución dictada por el juez constitucional no se cumple por las autoridades accionadas en la mayoría de los casos pese a lo dispuesto por el Art. 129.V de la CPEEPB[43], sino hasta que el TCP dicta la SCP en revisión, confirmando la concesión tutelar, y luego, aún habiéndola dictado persiste la resistencia. Esta conducta, coloca a estos derechos, por debajo de la categoría de derechos fundamentales, ignorando que los mismos si bien son derechos que valen por sí mismos, también son derechos instrumentales porque emergen de procesos donde se pretende la restitución de derechos tan vitales como la vida, la propiedad, seguridad social, trabajo, salud, y muchos otros.

VI. CONCLUSION.

La jurisdicción constitucional en Bolivia, se tomó tiempo en construir el alcance mínimo y esencial de los derechos fundamentales al debido proceso y a una resolución debidamente fundamentada, pese a que éstos no estuvieron ni están reconocidos literalmente como tales en la CPERB, y tampoco en la CPEEPB. Estos derechos, por su naturaleza no tienen un fin en sí mismos, sino que, al ser de orden procesal, su fin, es proteger otros derechos fundamentales, que se encuentran en

38 ACP 0037/2022-O 07/07/22.

39 SCP 0759/2020-S4 26/11/20

40 0049/2022-O 31/08/22.

41 SCP 0043/2021-S4 19/04/21.

42 ACP 0010/2021-ECA 07/05/21

43 "La decisión final que conceda la acción de amparo constitucional será ejecutada inmediatamente y sin observación. En caso de resistencia se procederá de acuerdo con lo señalado en la Acción de Libertad. La autoridad judicial que no proceda conforme a lo dispuesto por este Art. Quedará sujeta a las sanciones previstas por ley".

controversia en los procesos judiciales o procedimientos administrativos de donde emergen las acciones de amparo, de ahí su importancia.

La descategorización por los obligados a restituirlos (accionados contra los cuales se concede la tutela); así como los responsables de hacerlos restituir (jueces y magistrados constitucionales), menoscaban el estado constitucional de derecho, al negarse a cumplir las acciones de amparo. Los servidores públicos que ejercen la jurisdicción constitucional, son responsables, porque otorgan concesiones que no cambian el resultado de la resolución acusada de lesiva, sin advertir si las problemáticas tienen relevancia constitucional para tramitar y conceder un amparo para restituir los derechos al debido proceso y a una resolución debidamente fundamentada. De la misma manera son responsables de la descategorización, por la dilación indebida a la que someten al justiciable que busca el cumplimiento de la concesión tutelar, que muchas veces, se resigna y queda despojados de sus derechos fundamentales, luego de peregrinar ante los obligados y responsables de hacer cumplir la tutela.

No existe un documento oficial, ni extraoficial que acredite el porcentaje de lo que se denomina en este trabajo la descategorización de los derechos en cuestión; no obstante, navegando en la página web del TCP, es evidente que hay una considerable cantidad de quejas presentadas por incumplimientos de las SSCCPP, en las que formalmente se concedió tutela para la protección de los derechos fundamentales motivos del presente trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

SALMON, E. y BLANCO, C.: "El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos", Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012.

VASQUEZ, L.D. y SERRANO, S. "Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica." *Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM*, 2011, pp. 135-165.

RECENSIONES

AGUSTONOY GUILAYN, A. y MONCLÚS RUIZ, J. *Aspectos legales de las redes sociales*, Madrid, Wolters Kluwer, 2021.

Las redes sociales tienen sus orígenes en los años noventa del siglo pasado con la creación de classmates.com por parte de Randy Randy Conrads. Tales plataformas se erigen en un instrumento fundamental de comunicación personal, profesional o comercial. Estos usos determinan conflictos legales que precisan de un esfuerzo interpretativo. En la presente monografía como, a continuación, se expondrá, se analizan los criterios interpretativos aplicados por la jurisprudencia, nacional y europea, en los ámbitos legales más significativos. Asimismo, de manera complementaria, se incluyen un elenco de modelos y esquemas de carácter procesal que facilitan el ejercicio de los derechos más habituales en materia de redes sociales.

Se analizan los efectos que, tanto la legislación vigente como la propia jurisprudencia, han generado en determinadas áreas vinculado con el tema central de estudio. Se trata, entre otros, de la normativa de los servicios de la sociedad de

la información y comercio electrónico; protección de datos de carácter personal; propiedad intelectual e industrial; derecho de la publicidad; y derechos de la personalidad.

Los autores de la obra -Albert Agustonoy Guilayn y Jorge Monclús Ruiz-son abogados del despacho de Cuatrecasas. Ambos tienen especialización jurídica en el ámbito de las nuevas tecnologías.

La sistemática de la obra cuenta con un total de cinco grandes bloques. El primero de ellos se refiere a un estudio doctrinal de carácter introductorio. En el segundo aborda la problemática jurisprudencial ordenada y sistematizada. El tercero incluye los esquemas procesales, el cuarto los formularios, y el quinto de ellos la normativa reguladora de todos los puntos que han abordado.

En el primero de ellos, entre otras cuestiones, se efectúa un examen de las redes sociales con carácter general, centrándose, a este respecto, en concepto, funcionamiento y aspectos técnicos. A continuación, se concentran, en el paso de la Web 1.0 a 2.0 y la actual 3.0. Tras el examen de las modalidades de redes sociales, se refieren al entronque legal de estas sugerentes plataformas. Como los autores indican, el origen del concepto de red social se encuentra en la teoría de los denominados seis grados enunciada en origen por Karinthy en 1929. De acuerdo con la misma, cualquier persona puede interactuar con otra en el mundo a través de un máximo de seis conexiones. El número de conocidos aumenta, de manera exponencial, con el número de conexiones de la cadena.

A continuación, se incluye un elenco de cuestiones ciertamente heterogéneas. En primer lugar, se examina el marco jurídico de las redes sociales como servicios de la sociedad de la información. Igualmente, se analizan los principales deberes de los operadores de redes sociales, de acuerdo con la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información, el régimen de responsabilidad, y las perspectivas de futuro -*Digital Services Act*-. Esta última representa una norma llamada a sustituir el régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios.

La relación entre la protección de datos de carácter personal y las redes sociales es objeto de examen (sobre todo las obligaciones del operador de redes sociales respecto a la recogida y tratamiento de datos de carácter personal). La normativa legal se complementa en base de la autorregulación de la industria. En función a este último instrumento, se alcanzan unos niveles reforzados de protección de la privacidad de sus usuarios. Los autores, con buen criterio, analizan las iniciativas de autorregulación implantadas en materia de privacidad por parte de los operadores de redes sociales.

No se pierde de vista la relación que las plataformas que son objeto de examen ostentan con los derechos de propiedad intelectual e industrial. En este sentido, entre otros aspectos, se analizan las marcas y la infracción de derechos vinculados a contenidos en las mismas. Una de las características nucleares de las redes sociales es su capacidad para convertirse en plataformas de intercambio masivo de contenidos, una nota distintiva que representa todo un desafío para la normativa en materia de propiedad intelectual.

También es objeto de análisis la protección, civil y penal, de los derechos personalísimos. En ese sentido, los autores se centran en la incidencia de la Ley Orgánica 1/1982. Las tensiones que producen las redes sociales con derechos de terceros proceden de la generación de contenidos que afectan a los citados derechos. El uso mal intencionado de las redes sociales, como indican los autores, no es un hecho aislado. Existe un número significativo de casos en los que ha sido necesario precisamente aplicar la normativa penal.

La publicidad desempeña un papel de primer orden. Las redes sociales, como es sabido, constituyen un sugerente medio publicitario. Igualmente, se recurre a las mismas para la remisión de comunicaciones sociales. El potencial de las redes sociales no ha pasado inadvertido para el sector publicitario y las empresas. El recurso a las mismas para la difusión de mensajes comerciales comporta la ventaja de suponer una plataforma amplificadora de dichos mensajes y, además, un instrumento que permite obtener un conocimiento exhaustivo de los perfiles de los usuarios. Al igual que en materia de privacidad, también en el ámbito de la publicidad, se recurre, de manera exitosa, a la autorregulación. En virtud de este último instrumento, se han aprobado un notable elenco de códigos de buenas prácticas. Entre los últimos, cabe referirse al relativo a los *influencers*.

Otra faceta en la que las redes sociales despliegan un importante valor es en materia laboral. Los autores, en vista del casuismo que se plantea en la práctica, analizan los conflictos más habituales. El uso de las redes sociales en una relación de trabajo por cuenta ajena implica importantes retos para las empresas desde distintas perspectivas. También aluden a la aplicación de los límites jurisprudenciales del uso extra laboral de los medios telemáticos al uso de las redes sociales por parte de los empleados. De forma complementaria los autores, se refieren a los casos en los que se puede penar al trabajador por la concurrencia de conductas sancionables. En definitiva, la incidencia de las nuevas tecnologías en materia de relaciones laborales es innegable y va en creciente aumento.

La segunda parte de la obra, relativa a la problemática jurisprudencial -ordenada y sistematizada-, aborda un elenco heterogéneo de cuestiones. Dentro de las mismas, se analizan diversos supuestos que se han sucedido en materia civil, penal

y laboral. Con buen criterio, los autores consideran los criterios jurisprudenciales que se han ideado a propósito de la libertad de expresión e información.

La tercera parte de la obra, relativa a los esquemas procesales, se centra en cuatro grandes procedimientos, a saber: procedimiento administrativo ante la AEPD; Procedimiento civil; y procedimiento penal -en sus dos variantes (ordinario y abreviado)-.

Los formularios, de notable utilidad práctica, se incluyen en la cuarta parte de la monografía. En este sentido, se incluyen distintos modelos de escritos: ejercicio de derechos sobre los datos personales ante la AEPD; de denuncia ante la AEPD; demanda por infracción de derechos de protección intelectual; demanda por infracción de marca; denuncia penal; y modelo de querella.

Finalmente, la última parte de la obra, incorpora extractos de los textos legales vigentes que se han manejado a lo largo de los diferentes bloques de la misma.

Como se ha podido tomar conciencia, por parte del lector, nos encontramos ante una sugerente monografía que analiza el fenómeno de las redes sociales. No solo se estudia los aspectos teóricos de dichas plataformas, sino las implicaciones prácticas, incorporando, a este respecto, modelos de formularios para acudir a los organismos de control o los tribunales de justicia.

Dra. Patricia Vargas Portillo
Esic University; Esic Business & Marketing School

Díaz Limón, J. A.: *Derecho en tiempos de Zuckerberg. Estudio jurídico sobre las condiciones políticas y normas de Facebook*, Tirant Lo Blanch, México, 2019.

Entre las grandes empresas tecnológicas actuales ocupan un lugar destacado Google, Amazon, Microsoft, Apple, y Facebook. En los últimos años la popular red social se ha visto implicada en escándalos de cierta relevancia. Como consecuencia de todo ello, recientemente, cambio su nombre, como seguidamente veremos, y, asimismo, se implicó en el estudio y promoción del metaverso. Este último concepto parece más propio de la ciencia ficción, si bien, cada vez en mayor medida, acapara más titulares y concentra más inversión de grandes empresas como los de la red social a la que la presente obra se refiere, Nvidia o Microsoft. El metaverso representa un universo virtual que convierte el mundo físico en digital. Se parece a los videojuegos y tiene sus elementos y estética, pero esta réplica de la realidad no está exclusivamente concebida para jugar, sino que va más allá, dado que reproduce gran parte de las dinámicas sociales de nuestra vida cotidiana. Con el fenómeno que se menciona, se podrá interactuar igual que lo hacemos con espacios, objetos y personas físicas gracias a la realidad virtual. Igualmente, cabe señalar que se utilizará para múltiples actividades como entretenimiento y desarrollo industrial.

El autor de la obra, que es objeto de reseña, es Jaime Alberto Diaz Limón. Es licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma Metropolitana, Máster en Derecho Administrativo y Fiscal, por la Facultad de Derecho de la Barra Nacional de Abogados, Diplomado de Desarrollo Gerencial de Acto Impacto -Anáhuac Querétaro-, estando, en la actualidad, cursando su doctorado por la Universidad Ius Semper. Cabe destacar, asimismo, su gran trayectoria, como académico, en diferentes asignaturas jurídicas. Así, entre otras, podemos citar, sin ánimo agotador, las siguientes: Derecho Informático, Propiedad Industrial, Propiedad Intelectual, Derechos de Autor, Teoría General del Proceso. Igualmente, ha impartido diplomados y seminarios de Contratos en el Mundo del Software, Valoración de la Prueba Electrónica y Juicios Contenciosos en Línea.

La editorial en la que se publica la monografía es Tirant lo Blanch, que cuenta con un notable reconocimiento en el ámbito jurídico, a tenor de Scholarly Publishers Indicators -SPI-. Éste último representa un sistema de información que ofrece indicadores y herramientas relacionados con las editoriales científicas o de interés para la investigación en el ámbito de las Humanidades y las Ciencias Sociales.

El contenido de la obra que se comenta es notablemente sugerente, ya que permite tomar conciencia de aquello que se aceptó en el momento de crear un usuario o perfil en Facebook -hoy Meta- y en todas las empresas filiales de la misma -Whatsapp, Instagram, Messenger y Twitter-. Se efectúa un examen, completo e independiente, de los términos y condiciones que se aceptaron por parte de los usuarios. Asimismo, se analizan las pautas que integran lo que se denomina *click wrap agreement*. También se estudian los canales instaurados, por parte de Facebook, para evitar que el usuario acuda a la Justicia ordinaria.

Respecto a su sistemática, la obra cuenta con un total de cinco capítulos que se analizan, de manera individualizada pero somera, a continuación.

El primero de los capítulos se refiere a los principios por los que se rige Facebook, explicando lo que el autor califica de los diez mandamientos de su fundador -Zuckerberg-. Empieza por la libertad de compartir -que, como es sabido, es aquella que nos hace más activos en la red-, siguiendo por el de la propiedad y el de control de la información. Se abordan conceptos muy oportunos que nos llevan a la reflexión. Las tecnologías no solo son máquinas o instrumentos, sino que, en cierta medida, como sugiere el autor, son la prótesis necesaria para convivir o relacionarse con los demás.

El documento de usuarios de la red social Facebook, denominado Declaración, Condiciones o DOR es objeto de estudio en el siguiente capítulo. Resultan ciertamente sugerentes las apreciaciones que se formulan, a propósito de la

privacidad, pues no ha de olvidarse que los usuarios, en sus respectivos perfiles, divulgan numerosos datos de su vida privada. Uno de los puntos nucleares abordados en este capítulo son los aspectos vinculados con la protección de datos de carácter personal y el consentimiento de sus respectivos titulares. En efecto, la red social recopila un elenco muy notable de datos e imágenes, que, en muchas ocasiones, resultan públicos, relativos a sus usuarios. Igualmente, se describe como todos estos gigantes tecnológicos -dentro de los que se encuentra Facebook- han creado empresas en paraísos fiscales, con los dilemas éticos que tal aspecto representa.

El capítulo siguiente aborda cuestiones que han tenido un enorme eco a nivel mundial. Así, a título de ejemplo, en primer término, podemos mencionar el caso de Cambridge Analytica. En virtud de la misma, se manipuló la voluntad de los usuarios de la popular red social, cambiando el curso de acontecimientos de enorme relevancia histórica -caso de la elección del presidente Trump o de la separación de la Unión Europea por parte del Reino Unido (Brexit)-. El autor continúa con el desarrollo de importantes normas comunitarias que tratan de evitar la comisión de actividades delictivas o a través de la misma. También se refiere a la posibilidad de eliminar determinados contenidos de la red, pues, entre otras cuestiones, fomenta la pornografía, el suicidio, la explotación sexual, el bullyng, entre otros. Finalmente, el autor se detiene en un fenómeno tan sugerente como habitual en Internet que son las denominadas Fakenews. La desinformación es uno de los problemas más extendidos de la Red en general y de las redes sociales en particular.

Con buen criterio, el autor se refiere también al examen de la propiedad intelectual. A este respecto, se utilizan métricas para su evaluación que nos permiten su examen a propósito del Copyright.

Las mecánicas de autocomposición se estudian en el último capítulo de la obra. En el mismo se incluyen las herramientas que nos permiten obtener información significativa para los juzgadores. A este respecto, el autor se refiere al centro de seguridad de Facebook.

En suma, la obra que se ha reseñado constituye un documento de referencia, en materia jurídica, con una enorme aplicación práctica que permite que el usuario tome conciencia de las cláusulas que necesariamente debe aceptar cuando crea un perfil en las redes sociales.

Dr. David López Jiménez
EAE Business School

García Más, F. J.: *Firma electrónica, contratos electrónicos y otras cuestiones*, Cuniep Editorial, Madrid, 2022.

El 2022 constituye un año esencial para numerosos sectores. Así, entre otros aspectos, en el mismo estamos asistiendo a las nuevas y disruptivas dinámicas que nos ha dejado la pandemia del coronavirus. Dentro de los cambios, que ocupan un lugar de preeminencia, podemos señalar el auge de la Economía Digital. Gran parte del crecimiento de las ventas digitales obedece al efecto postpandemia. Asimismo, cabe citar la crisis de los contenedores que ha provocado un elevado nivel de precios de los bienes adquiridos a través de la Red. El comercio electrónico se posiciona en un canal esencial determinante para que las empresas, con carácter general, puedan crecer.

A todo cuanto se plantea se refiere la obra de Francisco Javier García Más. Es Notario y Registrador de la Propiedad (en excedencia). Ha sido Delegado Especial del Consejo General del Notariado en la Unión Europea y coordinador del Notariado Español en el Bureau de Bruselas del CNUE -Consejo de los Notariados

de la Unión Europea-. También ha ocupado el cargo de letrado adscrito de la Dirección General de los Registros y del Notariado del Ministerio de Justicia -hoy Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública- desde 1998 a 2009. Como letrado, fue parte de la Delegación Española, por parte del Ministerio de Justicia, en la redacción de la Directiva sobre comercio electrónico en Bruselas dentro del grupo de cuestiones económicas "Servicios de la Sociedad de la Información". Académico de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Está, además, en posesión de la Cruz de Honor de la Orden de San Raimundo de Peñafort. También fue parte, por el Ministerio de Justicia, del Comité de Redacción para la elaboración del Real Decreto Ley sobre firma electrónico y en el Proyecto de Ley de Comercio Electrónico para la transposición de la Directiva de Comercio Electrónico y en el borrador del Anteproyecto de Ley de Firma Electrónica. Igualmente, ha sido asesor de UNCITRAL, en el grupo de comercio electrónico, en representación del Ministerio de Justicia. Finalmente, cabe destacar que cuenta con una prolija producción científica traducida a diversos idiomas.

En cuanto a su contenido, la obra que es objeto de reseña, aborda las figuras y procedimientos que se emplean, en materia de nuevas tecnologías, como la firma electrónica, los contratos electrónicos y el documento electrónico. Todo ello, desde una perspectiva jurídica, respecto a su aplicación y efectos en el Derecho latino germánico continental en el que España se posiciona.

Por lo que respecta a su sistemática, la monografía, cuenta con un análisis independiente y riguroso de un elenco de materias heterogéneas vinculadas al espacio digital. Dentro de las mismas se observan aspectos generales, pero también cuestiones específicas de enorme aplicación práctica que acontecen en la actualidad.

Como bien advierte el autor en la introducción, las nuevas tecnologías están al servicio del ciudadano. Por consiguiente, también lo están respecto al sistema jurídico, la seguridad jurídica, y la seguridad jurídica preventiva. Los sistemas jurídicos no deben adaptarse a las nuevas tecnologías, sino al contrario. Estas últimas deben ser un instrumento tecnológico al servicio del ciudadano y de su Estado de Derecho.

García Más, como reconocida autoridad en la materia, ofrece una panorámica general de la firma electrónica. La analiza, desde diversos planos, atendiendo a su naturaleza y efectos, pues se trata de un instrumento tecnológico esencial en este proceso de las nuevas tecnologías que se integran en el sistema jurídico. El autor realiza un análisis crítico del concepto, clases y naturaleza de la firma electrónica. Para ello, estudia la normativa actualmente vigente en España sobre la materia: Ley 6/2020, de 11 de noviembre, reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza. Se muestra crítico con la derogación de la anterior

normativa, en materia de firma electrónica, ya que la misma no era incompatible con el Reglamento 910/2014, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y a los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior. La idea central de esta última norma, de aplicación directa, es intentar ofrecer un marco global, transfronterizo e intersectorial, para asegurar unas transacciones electrónicas seguras, fiables y de fácil uso. Se abordan las particularidades del sello electrónico: la firma de las personas jurídicas. Como bien determina el autor, la firma electrónica debería observar los mismos parámetros que la firma manuscrita respecto a la representación de la firma por una tercera persona -representantes de personas físicas como de personas jurídicas legales o voluntarias-. Igualmente, se tratan determinadas cuestiones ciertamente sugerentes en relación al tema central. Así, entre otros aspectos, podemos destacar la autenticación de sitios Web. En muchas ocasiones, los notarios son requeridos para efectuar actas de constatación de hechos para ver y constatar qué existe en un determinado sitio Web en un instante preciso. El problema radica en verificar la veracidad de la página Web y las eventualidades que suscita.

A continuación, se analiza el documento electrónico desde diversas perspectivas. Como se puede deducir de la exposición de García Más, a pesar de que el documento esté en soporte electrónico, el sistema documental sigue manteniendo su esencia. Lo relevante no es el soporte, sino la categoría de documento. En otros términos, lo significativo es el contenido y no el continente. El documento será público o privado con independencia del soporte electrónico, papel o cualquier otro. Será público si observa los requisitos autorizados por un funcionario competente para dar fe según las formas y solemnidades. De esta manera, se aborda, con especial consideración, el documento público y, de entre los mismos, el notarial. El mismo resulta muy útil para los prácticos del Derecho.

Otra de las cuestiones actuales que se estudian es la cadena de bloques o *blockchain*. Precisamente, la cadena de bloques basada en el sistema de firma electrónica reconocida o de más alta calidad -que se apoya en claves asimétrica- representa un precedente total de la cadena de bloques. En esta plataforma se realizan un conjunto de registros que, en el caso de bitcoin, son registros de transmisiones con pago a través de la citada criptomoneda. Cuando se han sucedido estas transmisiones se cierran en un conjunto de bloques que se van encadenando. En suma, la cadena de bloques se erige en un registro de transacciones único llevado de manera distribuida como un libro de contabilidad. Se haya completamente descentralizado, por lo que no hay una autoridad, un prestador de servicios de confianza que certifique que a una clave pública le corresponde una clave privada. Como García Más determina, todo ello está relacionado con la economía colaborativa y la democracia respecto a las políticas deliberativas con el uso de las nuevas tecnologías. El *blockchain* se encuentra, en

cierta medida, vinculado con la función notarial, pero, en modo alguno, puede sustituirla. Como es sabido, esta última efectúa un control de la legalidad material y formal. También observa la adecuación de las declaraciones de voluntad a la legalidad, la legitimación de las partes, el juicio de capacidad, entre otros aspectos. Asimismo, debe tomarse conciencia de que nos encontramos ante un documento privado que no se guarda. Todo ello con independencia de ciertos efectos como el sellado de tiempo.

Se presta especial consideración del denominado tercero de confianza. Estamos frente a una figura inicialmente disciplinada en el artículo 25 de la Ley de comercio electrónico de 2002. Como bien establece García Más, se trata de una herramienta creada en el Derecho anglosajón y más en concreto en el ámbito norteamericano. En el caso español, la figura ya estaba inventada y presentaba regulación en la Ley del Notariado, el Reglamento Notarial, el Código Civil y las Leyes especiales que disciplinan la materia. Resultan oportunas las apreciaciones que el autor formula respecto al error de derogar el artículo sobre el tercero de confianza en la Ley de comercio electrónico de 2002.

Si se relacionan los planteamientos previos con la cadena de bloques, podemos afirmar que el *blockchain* no es ni bueno ni malo en sí mismo, como tampoco la firma electrónica. En cualquier caso, como la obra reseñada indica, habrá que fijar para qué sirven, cuál es su alcance y no pretender que estas sustituyan actuaciones que suponen controles efectuados por determinadas personas en las que el Estado delega el ejercicio de la función pública. En definitiva, estamos ante un sugerente medio de prueba privado con un elenco de fisuras que no deben olvidarse.

García Más también se refiere a los contratos electrónicos. Eran, efectivamente, una novedad hasta finales del siglo pasado, por lo que son relativamente recientes. El código civil español, sigue muy vigente con la aparición de las nuevas tecnologías, siendo la base de la materia contractual y que únicamente se ha efectuado una pequeña adaptación debido al nuevo soporte. García Más se refiere a la teoría general de la contratación electrónica, pero también a las particularidades de la transposición de la Directiva 2000/31 de contratación electrónica. De forma complementaria, centra su análisis en la regulación de la Ley 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico.

La monografía cierra su exposición con el examen de los mal denominados *smart contracts* -traducidos, de manera literal, como contratos inteligentes-. Son acuerdos que se formalizan en virtud de códigos informáticos en los que las cláusulas son sentencias o comandos escritos en lenguaje de programación. La irrupción de la cadena de bloques ha potenciado tal figura.

En definitiva, la obra de García Más representa una rigurosa exposición de temas ciertamente heterogéneos relativa a la contratación electrónica. El autor parte de la teoría general para, posteriormente, centrar su examen en cuestiones de extraordinaria actualidad y aplicación práctica. Resultan especialmente sugerentes las apreciaciones relativas a la cadena de bloques, en base al fundamento en el que se apoyan las criptomonedas, los contratos inteligentes y un largo elenco de actividades en el que pueden apoyarse actividades empresariales crecientes como los seguros, el financiero, o el aeronáutico.

Dr. David López Jiménez
EAE Business School

MARTÍNEZ CALVO, J.: *El derecho al olvido digital como remedio frente a la hipermnesia de Internet*, Thomson Reuters, Navarra, 2021.

Los derechos de la personalidad constituyen aquellos derechos subjetivos que derivan de la naturaleza humana y de la dignidad inherente a la persona que se dirigen a proteger la esfera más personal del ser humano tanto en su faceta física como espiritual. Precisamente, los derechos pertenecientes a la esfera espiritual son los que pueden resultar afectados a través de Internet. Como consecuencia de encontrarnos ante derechos de carácter fundamental, su lesión nos permitirá dirigirnos en amparo ante el Tribunal Constitucional.

La red tiene la capacidad de recordar cualquier información que esté o haya estado en la misma. Todo ello resulta accesible a través de los buscadores. Dentro de estos últimos Google se encuentra a la cabeza. Ahora bien, la capacidad de recordar sin limitaciones ostenta riesgos manifiestos. A parte de estos últimos hace alusión el derecho al olvido. En base a la red de redes, la información ya no sólo está presente en los medios de comunicación social, sino también en chats, blogs, foros y sitios Web. Se trata de una nueva amenaza.

La primera manifestación del derecho al olvido puede encontrarse en la popular sentencia del Tribunal de Apelación de California Mevin v. Reid de 1931. Se dictó como consecuencia de la interposición de una demanda por parte de una mujer que emprendió una nueva vida después de haber ejercido la prostitución y de haber sido acusada de un asesinato del que fue absuelta. Su historia fue llevada al cine, haciendo alusión a la misma por su nombre de soltera. El Tribunal consideró que tenía derecho a que la publicación de actividades pretéritas no dañase su reputación actual. Asimismo, como el autor determina, la primera vez en la que se empleó la expresión derecho al olvido fue, en 1965, en Francia en un caso sometido ante el Tribunal de Gran Instancia de Sena. Una antigua amante de un asesino pidió indemnización, manifestando que la emisión de una película, narrando la vida del mismo, en la que se hacía alusión a ella, le había generado perjuicios, ya que era una época de su vida que quería olvidar. El tribunal se planteó la existencia de un eventual derecho al olvido.

La monografía que es objeto de reseña, aborda, de manera sistemática, las dos manifestaciones del derecho al olvido, por un lado, en las búsquedas de Internet que encuentran su origen en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2014 y, por otro, el derecho al olvido en las redes sociales y servicios equivalentes. Al analizar, de manera completa, ambos derechos, revisa su fundamento, naturaleza, requisitos subjetivos, presupuestos, límites, procedimiento y, finalmente, sus efectos. Como el autor, acertadamente establece, estamos frente a un derecho vivo que está en pleno derecho de expansión y respecto al que se producirán cambios legales y jurisprudenciales en el futuro. La velocidad con la que se desarrolla la Red determina que surjan nuevos riesgos para los derechos de los ciudadanos, lo que implica una permanente actualización de las acciones para la salvaguarda de los mismos.

El Dr. Martínez Calvo, autor de la obra (prologada por Sergio Cámara Lapuente: catedrático de Derecho civil), es Doctor en Derecho y actualmente desempeña su labor docente e investigadora como Profesor Ayudante Doctor en el área de Derecho Civil en la Universidad de Zaragoza. La monografía se ocupa de las consecuencias prácticas del derecho al olvido en sus aspectos sustantivos -iusprivatistas y administrativos-, procedimentales y procesales. Se efectúa un pormenorizado análisis de la normativa española y europea, sin perder de vista la jurisprudencia nacional y europea. En este último sentido, se examinan destacadas sentencias de la Audiencia Nacional, respecto a resoluciones de la Agencia Española de Protección de Datos -AEPD-, informes del Grupo de Estudios del Art. 29 y su sucesor -el Comité Europeo de Protección de Datos-.

El derecho al olvido presenta naturaleza civil. La doctrina no es unánime de si es una proyección de los derechos al honor y a la intimidad personal y familiar, o

si es una manifestación del derecho a la protección de datos de carácter personal. Cuando el autor de la obra se refiere al régimen actualmente vigente en las búsquedas de Internet, da su definición personal, efectuando una crítica al art. 93 Ley Orgánica de Protección de Datos de carácter personal. Respecto al examen de los requisitos subjetivos de este derecho, Martínez Calvo analiza quienes deben ser los sujetos pasivos desde el punto de vista del tratamiento de datos. Este último que existe en la actividad de los buscadores y de los editores Web permite encontrar a dos responsables.

Asimismo, debe considerarse que el derecho al olvido no tiene carácter absoluto. De hecho, a este respecto, cede ante la presencia de otros derechos que justifican que se conserve el derecho a la información. Por consiguiente, actúan como límite al ejercicio del derecho al olvido y exigen que, en cada supuesto, se acometa una ponderación con los derechos con los que entra en conflicto. Asimismo, como el autor indica, tampoco el derecho a la protección de datos tiene carácter absoluto.

Por lo que respecta al procedimiento para ejercitar el derecho al olvido, se analiza la vía de la reclamación extrajudicial frente a los responsables del tratamiento y el ejercicio en vía administrativa y en el plano civil. Los objetivos son bien distintos. En vía administrativa, inicialmente se presentará solicitud ante la AEPD o la autoridad competente y posterior recurso contencioso administrativo ante la Audiencia Nacional. En este caso, la pretensión estriba en la cesación, imposición de eventuales sanciones y la indemnización que, en su caso, proceda en el supuesto de que el responsable sea una Administración Pública. En el supuesto de la vía civil, se buscará la cesación en el tratamiento de datos de carácter personal y la indemnización que, en su caso, proceda. El autor manifiesta su crítica en dos aspectos. En primer lugar, con el plazo de resolución del que dispone la AEPD -9 meses- como con las consecuencias prácticas de la reclamación directa al responsable del tratamiento. Podría, de esta manera, estar estimándose gran parte de las solicitudes del derecho al olvido para evitar posteriores reclamaciones, planteándose cierto poder verificador por las entidades privadas.

El capítulo sobre el derecho al olvido en las búsquedas de Internet culmina con las consecuencias del ejercicio de ese derecho. Como es conocido, la información originaria se conservará y, además, la decisión que se tome se ha de notificar al resto de responsables del tratamiento. Como el autor matiza, no se trata de informar de la solicitud, sino de la decisión.

Una cuestión especialmente sugerente que el autor examina es el alcance territorial que presenta los efectos del derecho al olvido en las búsquedas en Internet. Existen, a este respecto, diversas alternativas. Entre las mismas, podemos destacar impedir el acceso en todas las esferas del motor de búsqueda, con

independencia del lugar en el que la misma se realice, hasta impedirlo únicamente en el dominio del país desde el que se realizó la búsqueda. Existen ciertas soluciones intermedias como la opción del bloqueo geográfico de acceso al buscador desde una dirección IP establecida en un punto de la Unión Europea.

La última parte de la obra se refiere al derecho al olvido en servicios de redes sociales y equivalentes. Las personas, cada vez en mayor medida, reservan menos datos para su esfera privada. Estas últimas incorporan, de manera voluntaria, en las redes sociales y otros servicios, informaciones propias y de personas cercanas. De hecho, en el público más joven de la sociedad, resulta cada vez más habitual subir a la Red todo tipo de datos personales como imágenes, experiencias personales, gestos, formas de comportamiento, generándose, con ello, un perfil público de la propia persona. Repárese en que, en este caso, el propio interesado ha publicado determinada información en tales plataformas de manera deliberada. En tales supuestos, estamos más ante un derecho de supresión que de olvido. Asimismo, se ejerce contra el responsable de la red social, y no frente a particulares. Una de las dificultades con la que podríamos encontrarnos es qué se entiende por red social y qué constituyen los servicios equivalentes a los que alude la LOPD sin dar una definición al respecto. El autor entiende que de los servicios equivalentes se excluyen los periódicos y hemerotecas digitales, así como servicios de mensajería instantánea como WhatsApp.

En suma, la obra que se ha reseñado representa un completo y exhaustivo análisis del derecho al olvido. Surge con el firme objetivo de hacer frente a la indexación de la información por parte de los buscadores a partir del nombre de la persona afectada. Su configuración actual obedece a importantes aportaciones doctrinales y jurisprudenciales. La presente monografía fija los aspectos clave de la configuración actual del derecho al olvido, dando respuestas y propuestas para afrontar los nuevos retos que suscita su expansión.

Dra. Patricia Vargas Portillo
Esic University; Esic Business & Marketing School

Ramón Fernández, F.: *Vivienda inteligente: domótica, inteligencia artificial y regulación legal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, 187 pp.

La obra que se presenta *Vivienda inteligente: domótica, inteligencia artificial y regulación legal* fue realizada gracias a la concesión de una Ayuda PAIV (Propuestas de Actividades de Innovación en Vivienda), convocatoria 2021 de la Cátedra de Innovació en Habitatge de la UPV, marco de colaboración entre la Generalitat Valenciana, a través de la Vicepresidencia Segona i Conselleria d´Habitatge i Arquitectura Bioclimàtica y la Universitat Politècnica de València, y que ha sido publicada por la Editorial Tirant lo Blanch, editorial de gran prestigio y que es referente dentro del ámbito jurídico por la alta calidad en investigación, posicionada en el primer lugar del ranking SPI (Scholarly Publishers Indicators) del año 2018.

Ha sido prologada por Iván Cabrera Fausto, Director de l´Escola Técnica Superior d´Arquitectura de la UPV y por María Carmen Ferrer Ribera, Directora de la Càtedra Innovació en Habitatge de la UPV.

La obra ha sido reconocida con el tercer premio *ex aequo* en los II Premios de Investigación en Innovación en Vivienda 2022 de la Càtedra Innovació en Habitatge de la UPV. Premios destinados a premiar los resultados de investigación destacados por su originalidad y calidad en el ámbito de la innovación en vivienda.

La autora, Francisca Ramón Fernández, es en la actualidad Profesora Titular de Derecho civil en la Universitat Politècnica de València, y ha desarrollado esta investigación que ve la luz en el marco de varios proyectos competitivos en los que participa como son el 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).

Se trata de un estudio muy novedoso que pone el punto de atención en la inteligencia artificial aplicada a la vivienda, y centrándose también en las personas que sufren una discapacidad para poder mejorar sus condiciones y habitabilidad a través de distintas herramientas de la tecnología.

Su enfoque además de su estudio en profundidad de la legislación aplicable, así como propuestas *de lege ferenda* hacen que la obra sea de referencia. Se aportan soluciones de interés en relación a la domótica como es la seguridad, la protección de datos personales y la responsabilidad por daños por la utilización de sistemas basados en algoritmos.

La propia estructura de la obra es sólida y se desglosa en tres grandes bloques: la vivienda inteligente; la domótica aplicada a la vivienda y la inteligencia artificial aplicada a la vivienda. Se presta atención a la categorización de vivienda inteligente, accesibilidad y la relación con la sostenibilidad teniendo en cuenta los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) y la reciente Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética.

En el ámbito de la domótica se analiza la misma en relación con la mejora de la calidad de vida de las personas con discapacidad motriz y sensorial y cognitiva.

Se realiza un exhaustivo análisis de la legislación aplicable incidiendo en el denominado Marco Legislativo 2030.

Por lo que se refiere a la inteligencia artificial aplicada a la vivienda se parte de la regulación actual de la que se dispone y las distintas cuestiones en torno a

los robots asistenciales en la vivienda y la responsabilidad por daños en vivienda y personas.

En definitiva, nos encontramos con una obra imprescindible, rigurosa y muy actual para profundizar en el ámbito de las nuevas tecnologías y la inteligencia artificial aplicada la vivienda, no dejando de lado los colectivos más vulnerables que sufren una discapacidad.

José Ramón de Verda y Beamonte
Catedrático de Derecho Civil
Universitat de València

Shklar, J. N. (trad. Ramos Fontecoba, R.): *Sobre la utopía*, Página Indómita, Barcelona, 2021, 105 pp.

La presente edición recoge dos ensayos inéditos para la lengua castellana de la gran politóloga letona y estadounidense Judith N. Shklar (Riga,1928-Cambridge, Massachusetts, 1992), quien sería la primera mujer en ocupar el puesto de profesora en el Departamento de Gobierno de la Universidad de Harvard. Siendo una de las pensadoras más influyentes y auténticas del círculo liberal de los Estados Unidos en la década de los años ochenta del siglo pasado. La genialidad de Shkalar en el presente texto es la ambición de explicar el papel de la utopía y los límites de ésta, como fuente de inspiración para una teoría política transformadora y creativa.

El primer ensayo de esta edición, se denomina: "La teoría política de la utopía: De la melancolía a la nostalgia" (pp.13-48). La autora inicia su reflexión, preguntándose:

¿Por qué no hay utopías hoy?, le preocupa que dicha pregunta esconde una nostalgia por las ideologías de corte totalitario surgidas en el Siglo XX, que tanto dolor infringieron a la humanidad. Para comenzar el análisis elige al autor Karl Mannheim, teórico político alemán, quien desarrolla una teoría la función histórica de la utopía, dividiendo el pensamiento político premoderno en dos corrientes uno ideológico que representa la lucha de las clases dominantes por mantener el estatus quo del orden establecido, y por otra parte el pensamiento utópico que representa un tipo de orientación revolucionaria, que aspira cambiar el orden social imperante (p.14). Para la autora esta distinción desarrollada por Mannheim, es la expresión de una posición de falsificación de la historia de occidente–reconocida por el mismo autor–que sabía que su análisis de la utopía como motor de la civilización occidental, adolescencia de objetividad y de un histórico analítico preciso, que lo obligó a realizar una selección de personajes y eventos que podrían encajar en un "ideal utópico revolucionario" que sería la constante de la vida política de occidente. Para ello Mannheim elevaría a personajes secundarios como Thomas Muntzer -personaje pre revolucionario alemán del S. XVI- y rebajando el papel central de un Tomás Moro desacreditando su importancia en la historia de una sociología de la utopía (p. 16). Así para Mannheim existiría una suerte de élite intelectual -ejemplificada en Munzter, Condorcet, Marx, etc.- generadora de utopías, que movilizará la historia hacia un continuo perfeccionamiento en libertad, democracia y racionalidad, siendo el papel de la sociología del conocimiento describir este fenómeno (p. 17). Cuestión que la autora no comparte por su destacada posición antimarxista.

Así las cosas, Shklar analizará en la obra la posición de Marx y Engels sobre las ideas utópicas, llegando a la conclusión que eran reflexiones más sólidas que las desarrolladas por Mannheim, en el aspecto del análisis histórico. Desarrollando estos autores, una distinción entre utopías clásica, utopía crítica, y utopía espartana y ascética, las que el "socialismo científico" interpretaría desde la teoría plusvalía y el materialismo dialéctico, aceptando que existirían precursores socialistas de la utopía, como Owen, Fourier y Saint- Simon, quienes siendo utopistas no marxianos, caían en el pecado de predicar una hermandad humana y burguesa, sin tener en cuenta del papel transformativo de la sociedad por parte del filósofo y de la lucha de clases (pp. 18-19)

Para la autora el aporte de Marx y Engels, es su reconocimiento a la función política histórica, que esconde la idea de la utopía clásica en la conformación de un pensamiento histórico crítico y como el socialismo marxista superaría los márgenes de la utopía clásica en su afán humanista, dialéctico y práctico. Llegará a señalar Shklar que las ideologías socialistas y hasta el darwinismo social, fueron los causantes de la ruina de la utopía, en el momento histórico posterior a la revolución francesa y americana (p. 20). Así esta crítica las posiciones revolucionarias, señalando que

no es posible hacer un análisis del pensamiento utópico desde moldes ideológicos, como lo pretenden Mannheim, Marx y Engels, obviando figuras paradigmáticas como Tomás Moro, que no encaja en el análisis de los autores ya que no es ni futurista, ni revolucionaria, la utopía de Moro, pero tampoco está creada para mantener el estatus quo de las clases dominadoras.

La utopía de Moro es literatura política, que cumple una función de criticar las instituciones sociales de su tiempo, y por otra parte la autora señalaría: "(...) la utopía era una forma de rechazar esa noción del "pecado original" según la virtud humana natural y la razón eran facultades débiles y fatalmente dañadas" (p. 21). Por eso en este ensayo llegará a señalar que toda utopía cumple con este requisito sine qua non de ser "un ataque a la radical teoría del pecado original" (p. 21). Esta idea desarrollada por la autora, no pretende atacar la fe de un Tomas Moro, que sabemos es Doctor de la Iglesia Católica y declarado Santo por la Iglesia Católica.

Más bien Shklar, admira la obra del santo, y pretende recordarnos que sus ideas plasmadas en su Utopía no corresponden a ideas históricas. Busca generar un contraste estético melancólico de lo que sería ese mundo utópico, en comparación a la realidad social del reinado de los Tudor. Por ello describe las instituciones de la sociedad utópica de forma detallada, pero no daría la receta para lograrlas, ya que el texto es un mero patrón de una perfección que está más allá de este mundo. Por ello la autora señala que la metafísica platónica es la verdadera propulsora de la utopía de Moro y Fenelón en el S.XVI, ellos querían permitir que un modelo extramundano surgiera para abrir las puertas de un disfrute como diría siguiendo las ideas de Arendt (p. 23).Señalara nuestra autora que la utopías clásicas, tendrán la categoría de artefacto del moralista, donde este descubre que la sociedad perdura en un concepto de bien- que unirá perfección y permanencia, armonía e inmutabilidad-, y donde se juzga esa sociedad señalando que la verdad es única y el error es multiplicidad(p.24), por ello en la utopía clásica–la de Moro, será el paradigma- de esta categoría no habrá excentricidad.

Por otra parte la rememoración de la Antigüedad en la construcción utópica post platónica jugará un rol importante, llegando a señalar: "De este modo, al melancólico contraste entre lo posible y lo probable se le sumó la triste confrontación entre una Europa rudimentaria y disoluta, por un lado, y la virtud y la unidad de la Antigüedad clásica, por otro" (p. 25) dirá que este es el sesgo de la utopía intelectualista del S. XVIII, que desplaza a la de corte metafísico platónico, donde existe una sobreponderación moral de la antigüedad.

La autora resalta de la diversidad de utopías, y cómo están avanzando desde las ideas de un imaginario popular donde las necesidades estaban resueltas, como se señala en el relato bíblico del Edén, o la utopía filosófica de Platón o Fénelon donde la sabiduría espontánea reconstruye el mundo. Así estas utopías se vinculan

a la Antigüedad Clásica, pero existirán otras a partir de la Segunda mitad del XVIII, como las utopías de condena de la racionalidad humana, desarrolladas por Swift y Diderot, donde solo se espera una reflexión por parte del lector (p. 26). La autora nos advierte que el proyecto político en las utopías nunca fue un fin en sí mismo, más bien un espejo donde mirar el deseo de una polis a la altura de lo humano.

La autora, sostiene una tesis controvertida, señala que no fue hasta la Revolución Francesa que la literatura utópica y la política, se tiñeron del concepto de revolución, y a su vez para ella esta etapa histórica, marcó el inicio de la muerte de la utopía clásicamente desarrollada desde Platón a Moro, por una suerte de "optimismo histórico" guiados por las ideas de democracia y ciencia, en la idea de una escalera dinámica entre desafío-respuesta, como Condorcet observaría brillantemente, el mundo estaba en la esperanza del progreso sin límites (pp. 30-32). Estas ideas surgidas desde el auge del pensamiento científico, que siendo abierto y dinámico modificaría la forma de pensamiento utópico; y sería a su vez su ceguera, así surgiría un Marx que pretende un "activismo implacablemente orientado al futuro" (p. 33), que sabemos tiene sus fuentes en las ideas del darwinismo social. Así filósofos como Saint-Simon defienden la idea de progreso intelectual sobre el moral, la autora llamaría a estas ideas como "megalomanía intelectualista" que se encuentra en las fuentes socialistas, liberales y conservadoras (p. 34).

Llegará a señalar que: "La sociedad imaginaria del siglo XIX a diferencia de sus predecesoras, que no estaban en "ninguna parte" en términos históricos, es una sociedad del futuro" (p. 36), por ello la autora los denomina: "cuasiutopías", ejemplificando en autores como: Cabet y Bellamy, y ni Wells podría salvar este género futurista. Nos señala, que el radicalismo del siglo XX quizás se pueda ensayar como un efecto de este "cuasiutopísmo", que se representa a modo de: "ideología radical como sustituto de la religiosidad no convencional" (p. 39). Aunque el radicalismo revolucionario es algo absolutamente nuevo en la historia de la política, el esfuerzo racional de un Marxo o Comte, nos lleva a entender la complejidad de su época. Las ideas como la de lucha de clases, de salto al futuro, de hombre nuevo, traen aparejadas una ideología precisa, que la autora se esmera en quitarles la etiqueta de utopía, para señalar que existe un elemento emocional y religioso que las identifica, que coincide tanto en el nazismo, comunismo y otros eventos revolucionarios del siglo XX, y coincide con el exceso fervor de los seguidores de este cuadro ideológico (p. 42).

Por ello llegara a señalar que, en el pensamiento marxista, ideología y utopía serían la manifestación de un pensamiento desarrollado a propósito, construido por la razón práctica revolucionaria- siguiendo Mannheim- por eso la urgencia y preocupación en aquella ideología, sobre el fin de la utopía como un asunto de

vital importancia para la "alta cultura" representada en la teoría política de corte marxista.

Para nuestra autora la desintegración ocurrida en el S.XVIII debido a los procesos revolucionarios, no ha "permitido a un simple retorno a la teoría crítica clásica, de la que utopía formaba parte"(p.43), así para la autora el fin de los grandes sistemas ideológicos a finales del S.XX marcará la "consunción del último eco del clasicismo" (p. 45), aunque perdura en algunos sectores la búsqueda del ideal clásico, como los casos de Martin Buber y Paul Godman donde la búsqueda de una comunidad unida a una ciudad de escala humana demostraría la inspiración en los valores clásicos de la Antigüedad, siguiendo ciertas ideas clásicas, y dejando de lado el optimismo pueril de los herederos del socialismo (pp. 44-45).

Acercándonos al final del ensayo, la autora empieza a elaborar una respuesta precisa a la pregunta planteada al principio de este: ¿por qué no hay utopías?. Para ella el hecho de que exista la pregunta, demostraría la frustración del mundo actual frente a la intensa creatividad política de los antiguos, eran estos, con sus clásicos -Platón, Aristoteles, Agustin, y Moro- los que moldearon el pensamiento político hasta que aparecieron los "radicales" como Hobbes y Bentham que trazaron líneas entre socialismo y liberalismo influyendo en todo el S. XIX. Creyeron destruir la metafísica platónica y el pensamiento crítico-contemplativo heredero de la escolástica, pero jamás dejaron de subsistir estas ideas "clásicas" en como diría Charles Tylor a través de lo que el autor denomina "imaginarios sociales modernos" ideas que constituyen el pensamiento político moderno.

La tesis central en esta primera parte del libro. Es el inexorable declive de la teoría política posmoderno, lo que se ha producido a causa de las ideologías. Lo que ha permitido que en la actualidad exista un vacío o una falta de imaginación política, que al parecer se ha afianzado en lo que diría nuestra autora en "un mantra de clichés" que son más intuición irracional o sentimental. Así las cosas, al parecer el lenguaje, los hábitos mentales y las categorías del pensamiento no pueden interpretar el actual universo social humano, y por ello no podemos poner orden a lo que sabemos. Todo esto genera una molestia que representa el sentir de la ciencia política del momento de escribir este ensayo en 1965. Llama la atención que concluye este ensayo, que la nostalgia de un mundo clásico cohesionado no es la solución, y que la pregunta que se quiso responder tampoco es relevante, lo relevante fue hacer el viaje por el pasado de la utopía, y descubrir cómo las ideologías cercenaron la capacidad de imaginar y contrastar la realidad, tan propio del utopismo clásico (p. 48).

En el segundo ensayo que contiene la obra que estamos comentando, se denomina: ¿Para qué sirve la utopía?, escrito inédito en vida de la autora, fue publicado póstumamente en el año 1998. Shklar en este ensayo, buscará definir

los márgenes del concepto utopía. Reconociendo la dificultad de fijar un concepto de esta categoría en momentos, que se discutía el "final de la ideología" con el cercano fracaso del proyecto de la URSS. Lo hace dando inicio al ensayo, desde la que para ella era la "verdadera" utopía de autoría de Tomás Moro, quien al comienzo de su obra juega con la palabra: "eutopia", que sería ciudad feliz, y por otro lado utopía, que significa: no está en ninguna parte (p. 51) justamente estas dos palabras caracterizan el género literario de la utopía, que por lo demás es extenso, variado y complejo de escudriñar, siendo el pensamiento utópico un propulsor de discusiones ayer y hoy. En este segundo ensayo, la autora recalca su admiración por la obra de Moro.

Para la autora el uso del adjetivo utopía, el que fue manoseado, especialmente desde la época revolucionaria, donde muchas veces lo utópico, era utilizado para señalar una imposibilidad material de llevar adelante un proyecto político, como los escritos encontrados por la autora en cartas de los tories americanos de 1770, que se oponen a la independencia de EE.UU. (p. 55). Así reconoce que existe un conflicto subyacente dentro del concepto de utopía, que será una herencia de la época de las grandes revoluciones francesa y americana, tesis también desarrollada en la primera parte del libro. Nos indica la autora, que al momento actual, el problema de la utopía es el problema de la esperanza, que nos lleva a preguntarnos ¿para qué sirve la utopía?.El ensayo de aquí en adelante buscará responder a esta pregunta. Sabemos que es una idea constante en la historia de la humanidad y el pueblo siempre ha imaginado una edad de oro, donde la vida sea fácil y digna, pero fue el punto culmine que superó esta mera imaginación, la obra de Moro publicada el año 1516. La que será arquetipo hasta la época revolucionaria. La utopía de Moro es la obra que da inicio a un debate ya no teológico- del mundo ideal, heredero de la idea del jardín del Edén-, sino que político.

Tomás Moro será para nuestra autora un verdadero cultor de la visión platónica, y supera a este por su capacidad de cuestionar la realidad, al diseñar una sociedad donde los ciudadanos poseen un "control racional de la pasión para lograr así la armonía" (pp. 55-56). Por otro lado, la Nueva Atlántida de Francis Bacon, utilizará el conocimiento científico para lograr la armonía, cuestión absolutamente contrapuesta a la idea de Moro, y marcará un cambio de paradigma. Con esta contraposición Bacon vs. Moro, la autora empieza a trazar los caracteres de las utopías. Llegará a señalar que todas coinciden en entenderse como expresión de una: "verdad universal" (p.56), la felicidad como una construcción política, donde la violencia de la discordia social es erradicada, es otra idea dominante, claramente con diferentes matices, unos querrán lograr esta felicidad, desde la arquitectura, el urbanismo, la eugenesia, a la educación. La nota característica del verdadero pensamiento utópico es eliminar la fricción social y luego mejorar la forma de habitar el cosmos por parte de la humanidad. Para la autora el descubrimiento de

América sería el punto inicial de este pensamiento utópico, ya que le permitió al hombre renacentista reivindicar un mundo nuevo, siendo esta una posibilidad real, que se encontraba allende los mares (p.57).

La utopía de Moro seguirá siendo para la autora el punto culmine del pensamiento político clásico, y da inicio al punto de vista crítico, ya que este, construye su utopía sobre ideas totalmente novedosas para el mundo feudal, que aún no terminaba de morir. Moro posee una forma de reivindicar al "pagano virtuoso" y establece de forma clara un reproche a la cristiandad. Lo que para la autora es el gran acierto de Moro, es que logró separar política y religión de un modo claro y radical, y por ello fue tributario de Platón quien fue el primero en construir una "idea de la felicidad pública creada por la racionalidad incorrupta y, en la segunda, la importancia de la leyes específicas y ampliamente entendidas para lograr la verdadera armonía social" (p. 59). Para nuestra autora, Moro quería más bien señalar la distancia entre la realidad política vulgar, llena de lugares comunes y vicios, y por otro lado señalar cuál sería la verdadera racionalidad del hombre político. Las utopías elevan el espíritu humano, no buscan diseñar un futuro como las ideologías, idea que es central en la tesis de Shklar.

Moro entonces quería abrir la razón, tal como Platón, y pensamos que jamás imaginaría el impacto de su obra. Nuestra autora señala que Jean-Jacques Rousseau sería el último gran utopista clásico, y su vez el primer utopista democrático. Para la autora los une su gran realismo con la sociedad política que habitaron. Ambos, Moro y Rousseau utilizan la construcción de ciudades imaginarias para contrastar el caos de su mundo, exponen las fallas de sus realidades sociales, por medio del contraste con el mundo imaginario (p. 61). La gran diferencia entre ambos autores pesquisada por la autora, es que la utopía de Moro tiene un fin evidentemente educativo; y en cambio la de Rousseau no desea esto, es del todo pesimista, pretende denunciar los males de su época, y la imposibilidad de repensar un mundo mejor, con menos desigualdad, menos dolor, siendo esta la tarea de una ciencia política. Mantiene una línea de pensamiento efímero, con tres concepciones de la utopía: Estado de naturaleza -el humano escritura de pleno sentido, sin memoria e imaginación-, la aldea feliz -evocación de un mundo rural- y finalmente Esparta -el mundo planificado- (p. 62), por ello el autor destacó su apego a la "felicidad rural", que según su experiencia la vislumbro en Suiza, donde los campesinos vivían en un equilibrio de necesidades y aspiraciones, que para él era un modelo sano de igualdad material y alcanzable (p. 64); pero en el realismo de Rousseau, aparece Esparta, como modelo del dominio de los impulsos de muerte y caos que son inherentes a la especie humana, al final todo caerá, el pesimismo del autor nos lleva a la cuestión central, por ello señala nuestra autora: "El contrato social tiene por objeto investigar la posibilidad de compatibilizar deber e interés" (p. 65) y no quedara claro si esta justicia racional será posible ayer o hoy por medio de un

contrato social. Será Rousseau para nuestra autora el "filósofo de la decadencia de Europa" (p. 66).

La gran tesis de esta obra, y que sostiene en sus dos ensayos, es la calidad inigualable de la utopía clásica, que es para la autora la cumbre literaria y filosófica jamás alcanzada y que la actual tendencia a la distopía al estilo de Orwell nos hace rememorar, ya no un mundo mejor, si no que el peor de todos los mundos, el que ha sido vivido en parte como experiencia biográfica de estos autores, con la llegada de los totalitarismos fascista, nazi y comunista en el Siglo XX.

Para la autora, tal y como señaló en la primera parte de esta obra, las utopías clásicas, tienen un final, y este sucede en la época revolucionaria del S. XVIII. Será en el siguiente siglo, donde la utopía será una manifestación del progreso científico, como ejemplo de realización de una historia siempre progresiva, ahora planificada por la ciencia, siendo la sociedad donde se ensayarán estas utopías, la fértil tierra de los Estados Unidos.

Será este país donde se intentaría vivir un "socialismo utópico" en contraposición al "socialismo científico" que se nutre de la lucha encarnizada de clases como enseñaría Marx y Engels (p. 68), estas comunidades creadas en Estados Unidos, demostraron su concepción transformadora del mundo, y fueron cuatro las más importantes New Harmony, promovida por Robert Owen, donde el sistema económico era lo central a transformar, una mezcla de cooperativa, trueque y pagares al futuro, creando una sociedad igualitaria, cuestión que no resulto, por el exceso protagonismo de su creador y la falta de formación intelectual de los participantes; los falansterios basados en la enseñanza de Charles Fourier, su objetivo era que las pasiones humanas fueran satisfechas, sexo y comida, no debían faltar en las comunidades, ha sido quizás la primera experiencia de una comunidad de placer planificado, la cual consiguió cierto éxito, pero que se diluyo rapidamente; y por otro lado Icaria del pensador francés Etienne de Cabet, quien deseaba una sociedad ordenada, monogamica, con una jornada laboral lo menos extenuante posible -no olvidemos las condiciones laborales del S. XIX- y una educación uniforme, este modelo fracasó por disgregación y exceso de riqueza generado por la economía de la comunidad, y por último la autora, recuerda a la comunidad de Oneida, promovida por John Humphrey Noyes, quien fundara la comunidad en el concepto de amor libre, cooperatividad económica, y propiedad privada, logrando controlar a sus seguidores por medio de la refinada "crítica pública", esta comunidad fue tan rentable, que terminó haciendo ricos a sus miembros, y vendiendo cada cooperativa la propiedad adquirida en común. Como se puede ver en estos ensayos de comunidades utópicas, la libertad sexual era clave, se entiende esto por ser herederos de una época de puritanismo. La nota persistente en estas comunidades, fue su mala gestión en casi todas, y una tensión

intrínseca entre rendimientos a corto plazo y largo, entre objetivos educativos y económicos y la falta de preparación para la administración de la riqueza común por los utopistas (pp. 68-77).

La experiencia comunitaria utópica de los Estados Unidos–descrita arriba– para la autora fue importante en impulsar un sin número de reformas educativas, siendo este su mejor legado, unos quisieron liberar el eros de una sociedad corrompida por la superstición y otros liberar el peso del trabajo, ambos esquemas fracasaron, pero aportaron nuevas imaginaciones educativas. La autora señala que nada bueno emergió en la literatura utópica en las dos décadas anteriores a la primera guerra mundial, no menciona a ningún autor.

Se pregunta entonces: "¿Qué motivos tenemos para la confianza moral o política" (p. 80), y es realmente la realidad perversa promovida por la ideologías que crearon monstruos totalitarios lo que demostró la capacidad de muerte y destrucción en la modernidad, especialmente en la segunda guerra mundial con las ideologías del fascismo, nazismo y comunismo, la consecución de la guerra fría, y las guerras calientes -como Vietminh- para la autora, eran realidades que demostraban el fin de la utopía, siendo cercenada la capacidad de pensar de forma creativa, la ciencia política se mostraba como un imposible, la autora confiesa que pensar de una forma tan pesimista había impedido soñar un "futuro mejor", y esto también acarrea el problema de quedar sin ideas políticas transformadoras.

Quiere la autora finalizar el ensayo, y responder finalmente: ¿para qué sirve la utopía?, y nos quiere recalcar que la ciencia política no depende de ideologías orientadas al futuro, más bien se requieren modelos de pensamiento, en tres dimensiones: heurísticos, normativos y proféticos, así la utopía propiamente dicha responde más al modelo profético, aunque el modelo normativo surge para demostrar que las formas de gobierno pueden transformar la sociedad, este modelo comenzó con Aristóteles, en la Política, donde quiso apartarse de Platón, describiendo la mejor forma de gobierno vs. la utopía, y es en esta parte donde crea criterios, para clasificar y juzgar los regímenes políticos, ósea crea un sistema de medición de perfección de la polis, una cuestión única en la historia del pensamiento (pp. 81-83). Será otro ejemplo de utopismo normativo, el creador por John Stuart Mill, quien buscó entregar los parámetros de la mejor forma de gobierno o buen gobierno, para lograr el fin de la política: orden y progreso, el aporte de Mill es la idea de modelo de buen gobierno (p. 84). Así la autora señala que la utopía sobrevivió "al declive de las grandes ideologías decimonónica no mediante la vuelta a los modelos utópicos, sino recuperando el pensamiento normativo" (p. 85) siendo el marxismo el que perdió su sitial al basarse en un modelo lineal de desarrollo histórico progresivo, que el tiempo probó que no era correcto en su hipótesis.

Por ello hoy la mejor teoría política es aséptica, lejos de la historia, como la desarrollada por los teóricos de talla Rawls, Habermas, Berlín y Oakeshott. Donde los modelos políticos buscan la forma de un orden social justo basado en modelos racionales, democráticos y plurales.

La autora termina esta gran obra señalando que la utopía no debe ser la fuente de la esperanza, más debe ser la fuente que moviliza la imaginación para lograr una acción política transformativa. La utopía debe ser el vehículo que denuncia el mal del mundo, para iniciar el camino de una verdadera esperanza en el mundo posible, que sería el lugar donde la utopía funciona como paradigma de la sociedad humana diversa, justa y plural. Por todo esto no podemos dejar de recomendar esta obra, en momentos donde el occidente democrático se encuentra atravesando una fuerte crisis en sus sistemas políticos, debido a la irrupción del populismo y la asunción de la guerra a escala planetaria. Por ello debemos reimaginar desde una utopía los modelos de la polis humana, tal y como nos insta la autora.

Rodolfo Marcone Lo Presti.
Doctorando
Universitat de València

COBAS COBIELLA, Mª. E.: *Derecho de Sucesiones. Bases para una reforma*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, 344 pp.

En el mundo jurídico actual, lleno de temas novedosos y complejos como la protección de datos personales, la inteligencia artificial, o el derecho de los animales, entre otros, nos encontramos de pronto con un tema clásico del Derecho civil y del Derecho de sucesiones, magníficamente escrito y desarrollado por la profesora Cobas Cobiella. Me refiero a la obra "*Derecho de sucesiones. Bases para una reforma*".

No sorprende la elección del tema, porque la profesora María Elena Cobas ha dedicado gran parte de su vida a la enseñanza de esta materia y tiene profusas publicaciones sobre dicha disciplina. Sin embargo, esta vez nos encontramos con un trabajo más profundo, completo y exhaustivo en el ámbito del Derecho de sucesiones y la necesidad de una reforma. Esto conlleva un reto y una gran responsabilidad, porque como bien dice la autora de la monografía, citando al insigne autor Royo Martínez, es también el Derecho sucesorio *mortis causa* la rama que, por la supervivencia de sus complejos ingredientes históricos, encierra las más alambicadas construcciones técnicas.

A ello por supuesto se une, como bien señala la autora de la obra, el hecho de la la muerte, que no sólo es un hecho natural sino jurídico y con relevantes implicaciones económicas, sociales e incluso políticas, porque el tratamiento a las sucesiones y a su conformación está en estrecha relación con la política y con todas las facetas del ser humano como persona.

El derecho de sucesiones, por tanto, es una materia técnica y complicada, con profundas raíces romanas, y con otras de corte germánico y con una especial imbricación con el derecho de propiedad y con el derecho de familia, que son las raíces que sustentan la herencia... Pero sería superficial por mi parte no señalar que la obra además de abordar las categorías más clásicas y conocidas del derecho de sucesiones, tanto histórica como legislativamente, aborda problemas actuales que ya se pueden intuir desde el título de la obra.

Quizás sea la complejidad de la disciplina lo que ha conducido a la falta de una reforma legal de la materia sucesoria, incluso a una obsolescencia de la misma, pero cada año que pasa más necesaria se hace una reforma que ajuste la disciplina a los nuevos retos y realidades familiares y sociales, incluso a la sociedad tecnológica en la que vivimos, porque evidentemente el Código civil español ha quedado en sede de sucesión mortis causa aferrado al pasado. De hecho, la asociación de profesores de Derecho Civil ya detectó está necesidad hace casi veinte años, en las jornadas realizadas en la Universidad de Cantabria, en la que ya se puso de manifiesto la necesidad de que el derecho de sucesiones tuviera una apertura de miras hacia figuras como el contrato sucesorio o el protocolo de la empresa familiar, línea doctrinal que ha seguido la Unión Europea en diversos reglamentos sobre la materia de familia y sucesiones.

En ese sentido, la profesora Cobas ha vislumbrado o quizás, y siendo más justo, ha trabajado suficientemente la materia para saber que el Derecho de sucesiones debe ser reformulado, adaptándolo a la sociedad contemporánea, a los nuevos enfoques en la familia y en la conformación del patrimonio. Téngase además en cuenta que el tema que se aborda en este Estudio monográfico fue objeto del Proyecto de Investigación de la autora en su ejercicio para la obtención de la plaza de profesor titular y al cual tuve la oportunidad de asistir.

La monografía publicada además en una editorial de excelencia, está estructurada de una forma armoniosa, y cuenta con seis Capítulos que en la medidas que avanzan introducen al lector en las cuestiones inicialmente más básicas de la disciplina, pero esenciales hasta llegar al meollo del trabajo en cuanto a la necesidad de la reforma de la disciplina hasta un capítulo atrevido y novedoso sobre la reciente Ley 8/2021, de 2 de junio, por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Entrando ya en el desarrollo de la obra, tras la presentación de las cuestiones generales del Derecho de sucesiones y del panorama actual del Derecho de sucesiones, que tiene un notorio interés, pues adentra al lector y a las personas interesadas en la materia en todo el camino pasado y en el presente de la herencia y de todo ese complejo sistema de aplicación e interpretación de las categorías sucesorias.

El Capítulo III es de especial interés y de relevancia porque se ocupa del análisis de la reforma del Derecho de sucesiones, desde una doble perspectiva: patrimonialista y personal, exponiendo y desarrollando los presupuestos para la comprensión de una futura modificación, lo cual resulta necesario para el entendimiento y aprehensión al mismo tiempo de esta necesidad de reforma de la materia. En ese sentido, la autora apuesta por una reforma parcial y no total del Código Civil en sede de Derecho de sucesiones, exponiendo con soltura y decisión cuáles son dicho cambios, así como con profundidad en el análisis sus opiniones.

El Capítulo IV bajo el título: "Propuesta de instituciones a reformar en Derecho de sucesiones" gravita en torno al Código civil y sobre aquellas categorías jurídicas que están urgidas de una reformulación. Cada una de ellas ha sido tratada con total delicadeza por parte la profesora Cobas, desde el ámbito doctrinal, jurisprudencial, histórico y legislativo, mostrando los puntos débiles y aquellos que han de ser tratados en una reforma del Derecho de sucesiones, apoyándose en los trabajos antes mencionados de la Asociación de profesores de Derecho civil y en los estudios minuciosos realizados por otros autores. Todo ello con vistas a arribar a conclusiones pertinentes y a transferir sus conocimientos a la práctica. Porque estamos en presencia de una obra con resultados y de interés para el legislador.

El Capítulo V llama poderosamente la atención porque está destinado al análisis de la Ley 8/2021, de 2 de junio en cuanto a las modificaciones realizadas en orden a la sucesión *mortis causa*. Téngase en cuenta que es una ley reciente, con poco recorrido y de carácter inédito que ha significado un cambio notorio en el tratamiento tradicional de institutos del Derecho civil, que no sólo son clásicos, sino que son esenciales en el estudio y aplicación de la norma. Era un reto del cual ha salido airosa, porque además de ser una norma novedosa, su recorrido es breve aún, pero esto no ha detenido a la autora que ha analizado los artículos del ámbito sucesorio que se han modificado por la ley y ha expuesto las consideraciones en torno a ello.

Es curioso y destacable la organización de la bibliografía en la monografía, porque de forma cuidadosa se ha agrupado por materias, facilitando la lectura del trabajo.

Esta monografía es pertinente y de una utilidad significativa. Porque aúna las principales cuestiones que tienen que ser tenidas en cuenta por parte del legislador y de los estudiosos de la materia, cumpliendo con la finalidad que debe tener este tipo de obra, la de abordar problemas actuales, y extender la visión de un derecho de sucesiones clásico a un derecho de sucesiones que responda a una sociedad española actual, pasando también por los nuevos paradigmas del derecho actual como pueden ser los de la sociedad digital, la herencia digital y el mal llamado "testamento digital".

En definitiva, estamos ante una obra sistemática, moderna, completa y de obligada referencia para todos aquellos estudiosos del derecho y operadores jurídicos interesados en conocer hacia dónde se debe de orientar el moderno derecho de sucesiones, pues se ofrecen propuestas concretas, institución por institución, desde las más clásicas del derecho sucesorio (como las legítimas, las formas testamentarias, la compatibilidad de los testamentos, los pactos sucesorios, el testamento mancomunado, la sucesión del cónyuge viudo, la revocación testamentaria…), hasta temas más actuales como puede ser la referencia al derecho al "testamento digital", a la mediación en el ámbito sucesorio, a la sucesión en la empresa familiar a través de la planificación sucesoria, o a temas vinculados con la bioética y la sanidad, especialmente los relativos la reproducción asistida humana.

Sin obviar finalmente que la muerte nos atañe a todos: "una vez terminado el juego, el rey y el peón vuelven a la misma caja "(Proverbio italiano).

Javier Plaza Penadés

Catedrático de Derecho Civil

Universitat de València